



Jornadas celebradas en Granada, 18-21 abril 2017

# Derecho militar y defensa nacional

## Historia y perspectivas

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA



DERECHO MILITAR  
Y DEFENSA NACIONAL  
HISTORIA Y PERSPECTIVAS

Jornadas celebradas en Granada  
18 al 21 de abril de 2017



DERECHO MILITAR  
Y DEFENSA NACIONAL  
HISTORIA Y PERSPECTIVAS

Jornadas celebradas en Granada  
18 al 21 de abril de 2017

GRANADA

2 0 1 8

## COLECCIÓN CONDE DE TENDILLA

El Centro Mixto UGR-MADOC no se responsabiliza de las opiniones de los autores.

© VV.AA.

© UNIVERSIDAD DE GRANADA

ISBN: 978-84-338-6256-3

Edita: Editorial Universidad de Granada

Campus Universitario de Cartuja. Granada

Colegio Máximo, s.n., 18071, Granada

Telf.: 958 243930-246220

Web: [editorial.ugr.es](http://editorial.ugr.es)

Fotocomposición: María José García Sanchis. Granada

Diseño de cubierta: José María Medina Alvea. Granada

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	11
I. PONENCIAS .....	17
1. La reforma de la justicia militar después de la Constitución de 1978: La Ley Orgánica 9/1980 .....	19
2. La competencia de la jurisdicción militar tras el nuevo Código Penal Militar .....	29
3. La doble instancia penal militar: propuestas de <i>lege ferenda</i> . . .	45
4. El asesoramiento en materia de contratación .....	75
5. Modelos de jurisdicción militar en el derecho Comparado: los sistemas continentales .....	109
6. Sistema anglosajón de jurisdicción militar .....	137
7. La justicia militar durante el reinado de los Austrias . . . .	149
8. La Casa de Borbón y la jurisdicción militar .....	157
9. La jurisdicción militar durante la Segunda República y la Guerra Civil española (1931-1939) .....	207
10. El Código de justicia militar de 1945 .....	243
II. NOTAS SOBRE JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO .....	265
A. Estados sin jurisdicción militar .....	267
11. Albania .....	269
12. Austria .....	271
13. República Federal Alemana .....	273
14. República Argentina .....	277
15. Bélgica .....	283
16. República Checa .....	285
17. Costa Rica .....	289
18. Croacia .....	295
19. Dinamarca .....	299
20. Ecuador .....	301
21. Eslovaquia .....	303
22. Eslovenia .....	307

23. Estonia . . . . .	311
24. Islandia . . . . .	315
25. Letonia . . . . .	317
26. Lituania . . . . .	321
27. Noruega . . . . .	323
28. Panamá . . . . .	325
29. Portugal . . . . .	329
<b>B. Estados con limitadísima jurisdicción militar . . . . .</b>	<b>341</b>
30. República Francesa . . . . .	343
31. Hungría . . . . .	351
<b>C. Estados con jurisdicción militar . . . . .</b>	<b>355</b>
32. Australia . . . . .	357
33. Bolivia . . . . .	363
34. República Federativa de Brasil . . . . .	367
35. Bulgaria . . . . .	371
36. Canadá . . . . .	375
37. República de Chile . . . . .	381
38. Colombia . . . . .	387
39. Cuba . . . . .	393
40. República Dominicana . . . . .	399
41. El Salvador . . . . .	405
42. Estados Unidos . . . . .	411
43. Grecia . . . . .	415
44. Guatemala . . . . .	417
45. Guinea Ecuatorial . . . . .	423
46. Honduras . . . . .	427
47. República de Irlanda . . . . .	433
48. Italia . . . . .	439
49. Luxemburgo . . . . .	443
50. México . . . . .	445
51. Nicaragua . . . . .	451
52. Países Bajos . . . . .	455
53. Paraguay . . . . .	457
54. Perú . . . . .	461
55. Polonia . . . . .	465
56. Reino Unido . . . . .	471
57. Rumanía . . . . .	479
58. Federación Rusa . . . . .	485
59. Suiza . . . . .	491
60. Turquía . . . . .	493
61. Uruguay . . . . .	499
62. Venezuela . . . . .	511

III. ESTUDIOS HISTÓRICOS .....	519
63. La jurisdicción militar de los Borbones .....	521
64. La codificación y su influencia en la justicia militar .....	531
65. La jurisdicción militar durante la II República (1931-1936) .	539
66. La jurisdicción militar durante la Guerra Civil española. Bando sublevado (1936-1939).....	545
67. El Código de justicia militar de 1945 .....	551
68. La reforma de la justicia militar después de la Constitución de 1978: la Ley Orgánica 9/1980 .....	565



## PRÓLOGO

Con el advenimiento de la Constitución de 1978, la jurisdicción militar experimentó una notable transformación en la configuración que la había venido caracterizando en la Historia contemporánea de España.

Así, los postulados constitucionales enunciados en el artículo 117.5 de nuestra Carta Magna, reductivos de la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense en circunstancias de paz y normalidad en la vida del Estado y definidores al propio tiempo de la unidad jurisdiccional como principio básico de la organización y funcionamiento de los tribunales, fueron tomando gradual cuerpo efectivo en la formulación positiva de nuestras leyes militares. Se procedió así dentro de nuestro ordenamiento castrense, a una liquidación paulatina del Código de Justicia Militar de 1945, operada en base a los principios programáticos contenidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por entonces vigente, por la que se regularon los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

De esta manera, fueron promulgándose sucesivamente: la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas —luego con el tiempo sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre—, la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, hasta dejar derogado en su totalidad —como decimos— el antiguo Código de Justicia Militar.

Se optó así por un técnica jurídica de consideración y tratamiento legal separado de las normas sustantivas militares de las de carácter orgánico y procesal, en contra de lo que venía ocurriendo hasta entonces, con arreglo a una concepción autonomista del

Derecho militar imperante anteriormente entre nosotros, el cual aparecía así compendiado en aquel Código marcial, como Ordenamiento separado y completo, propio de la institución castrense, frente al Derecho común, aplicable en el resto de la sociedad.

Por su parte, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, constituyó el hito, el mojón legislativo, que marcó el momento en que la Jurisdicción Militar se desligó totalmente de las atribuciones de los Mandos Superiores de los Ejércitos, que hasta entonces las habían venido ejerciendo con el carácter de autoridades judiciales militares, que se predicaba de los antiguos capitanes generales, de modo que desde entonces el ejercicio de la potestad jurisdiccional quedó confiado en el ámbito estrictamente castrense a los actuales tribunales militares. Además, como manifestación que encarna y realiza plenamente el principio de unidad jurisdiccional, con base en el precedente histórico que ofrecía la legalidad de nuestra 11 República, se creó en el Tribunal Supremo de la Nación una Sala de lo Militar, que si bien no forma parte *strictu sensu* de la jurisdicción militar propiamente dicha, sino que se trata en realidad de un órgano de la jurisdicción ordinaria, tiene empero encomendada la función revisora de la actividad jurisdiccional castrense.

Años más tarde, el nuevo marco jurídico de la función estatal de Defensa y Fuerzas Armadas, establecido en la actual Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, incluyó en su artículo 14 una referencia institucional a la justicia militar, al determinar que:

Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares..

Sin perjuicio de ello, la reelaboración acometida, a raíz de esta última Ley Orgánica de la Defensa Nacional, de toda la normativa deontológica de la profesión militar, compilada en las reglas esenciales de comportamiento y demás códigos conductuales establecidos en esa propia Ley Orgánica del año 2005 y, especialmente, en las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas

Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero y en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, llevó a la promulgación de una nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Tal régimen disciplinario constituye en realidad el reverso de toda esa normativa deontológica de la Institución y el instrumento legal a través del cual se garantiza su observancia, habilitando al efecto jurídicamente a las propias autoridades y mandos militares para corregir y sancionar internamente por sí, en ejercicio de su potestad disciplinaria y con toda inmediatez, prontitud y eficacia, las conductas merecedoras del reproche corporativo, precisamente, por la omisión o el incumplimiento que suponen de las reglas morales establecidas en aquella ética normativa aplicada al ejercicio profesional castrense de las armas.

También en el plano sustantivo ha de destacarse la promulgación, en línea de revisión de todo aquel marco regulador de la Defensa, de una nueva Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, instrumento legal implantado en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil para garantizar la incolumidad de su potencial, el cumplimiento de los objetivos, tareas y fines que les son propios y la observancia en su seno del valor último de la disciplina militar, en su más amplia acepción, factor característico e indispensable para el eficaz cumplimiento de sus misiones.

Obvio es decir que la aplicación de estas otras normas sancionadoras de naturaleza penal se halla excluyentemente reservada a los órganos judiciales y fiscales integrantes de la Jurisdicción Militar, encargados del enjuiciamiento y eventual represión y castigo de las conductas atentatorias de mayor entidad contra los bienes e intereses esenciales de la Institución, a través de los correspondientes procedimientos penales militares, con el aditamento competencial que supone la atribución de la función del control judicial de la legalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria del mando militar, a través de los recursos contenciosos-disciplinarios militares.

Precisamente en relación con la actuación de todos estos aspectos adjetivos de la jurisdicción militar, viene repetidamente estableciendo el legislador un mandato normativo de reforma, dirigido al Gobierno de la Nación. Ya la Disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de

los miembros de las Fuerzas Armadas, instó al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de actualización y adaptación de las «leyes procesales militares».

Dicho mandato normativo ha sido reiterado más recientemente por medio de la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, que insisten por su parte en la reforma de la (...) Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar.

Se apreció así en el seno del Cuerpo Jurídico Militar la necesidad de acometer unos estudios prelegislativos, que antecedan a la elaboración de los correspondientes proyectos normativos que vengan a materializar tales iniciativas legislativas de adaptación y reforma del régimen procesal, ¡orgánico y competencia! contenido en Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Era, en efecto, tarea pendiente en el acervo doctrinal del Cuerpo contar con un conocimiento riguroso y, sobre todo, plenamente actualizado, de los modelos de jurisdicción militar existentes en los países de mayor proximidad cultural y más asidua relación, particularmente los de la Alianza Atlántica y los de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. No menos interés suscitaba ordenar los antecedentes de la justicia militar en España, que muestren los principales hitos de sus instituciones en los períodos acotados de nuestra historia, desde su aparición con los ejércitos modernos y en la época de mayor esplendor de la empresa militar española en el mundo.

Un grupo entusiasta de oficiales auditores, a los que se seleccionaron por considerarlos idóneos, teniendo en cuenta sus conocimientos idiomáticos o alguna otra circunstancia personal, incluido su marchamo personal de afición intelectual y dedicación al estudio, han dado cuerpo a estos estudios iniciales.

Del resultado de estos trabajos se dio oportuno traslado al Cuerpo Jurídico Militar, reunido al efecto como un todo y en cuanto secular depositario de la especialización en la aplicación del Derecho Militar en cualquiera de sus múltiples facetas dentro de la Institución castrense. Con esta finalidad se organizaron unas Jornadas de carácter científico que se celebraron en Granada

durante los días 19 a 21 de abril de 2017, con asistencia también, junto al grueso de los oficiales auditores, de numerosos miembros de la comunidad militar y universitaria que tuvieron a bien acudir a las mismas, incluido el caracterizado concurso de un experimentado Oficial Auditor de las Fuerzas de los Estados Unidos en España y de Oficiales de enlace de otros países hermanos de Iberoamérica.

El exitoso desarrollo de las Jornadas resultó posible merced a la inestimable colaboración material, logística, espiritual y académica así del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra (MADOC), como de la Universidad de Granada. A su realce contribuyó también notablemente el extenso elenco de autoridades civiles y militares que allí se dieron cita, entre ellas el Subsecretario de Defensa, D. Arturo Romaní Sancho, como jefe orgánico del Cuerpo Jurídico Militar y el entonces Fiscal General del Estado, D. Jose Manuel Maza Martín, insigne jurista de mantenido afecto hacia nuestro Cuerpo y quien a modo de *amicus curiae* ofició la ceremonia de clausura, en la que sería una de sus últimas intervenciones públicas en el foro castrense, cuando pocos meses después fue a encontrar la muerte en Buenos Aires, en noviembre de ese mismo año. ¡Que el Señor le haya acogido en su Gloria!

La compilación de las ponencias que se presentaron en el curso de las Jornadas y de los trabajos previamente elaborados en materia de Derecho comparado, así como los de carácter histórico, se nos ofrece ahora en esta obra, fruto del generoso esfuerzo editorial de la Universidad de Granada. Por su actualidad, se trata sin duda de un volumen científico sin par en toda la literatura jurídica militar universal, al menos en la de lengua española. A su evidente mérito dogmático une un marcado sentido práctico, especialmente en lo relativo al examen comparativo de más de medio centenar de diferentes ordenamientos jurídicos, correspondientes a los países más destacados por su importancia militar o por su cercanía cultural a nosotros, método investigador que arroja un notable interés, pues ofrece la posibilidad de examinar las similitudes y diferencias con el modelo analizado y puede arrojar luz sobre las carencias o deficiencias del Derecho Nacional, o por el contrario ratificar sobre unas bases científicas las bondades y ventajas del ordenamiento establecido, sin más necesidad que proceder a las mínimas adaptaciones y reformas que se estimen convenientes.

Constituye, en suma, un valiosísimo recurso bibliográfico a la hora de afrontar cualquier reflexión sobre el futuro del Derecho Militar y del Cuerpo Jurídico, como principal agente que lo cultiva, teniendo en el horizonte la necesidad de contribuir al cumplimiento de aquellos mandatos normativos pendientes ante el Gobierno de España.

Juan Manuel GARCÍA LABAJO

*General Consejero Togado en situación de Reserva  
Anterior Asesor Jurídico General de la Defensa*

## PONENCIAS



## 1. LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR DESPUES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: LA LEY ORGÁNICA 9/1980

JOSÉ OLIVEROS ROSSELLÓ

*Coronel Auditor*

El consenso por solapamiento, que fue el común denominador de la «Transición española», afectó profundamente a la institución militar, a los conceptos de defensa nacional y de organización militar y, como no podía ser de otra forma, a la jurisdicción militar.

Las razones de esa modificación institucional fueron bastante obvias. Se fraguaron durante la preparación del texto constitucional, que una vez aprobado en referéndum, se convirtió en un imperativo legal. La ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, en su artículo 40, con cinco apartados, establecía los criterios generales que debían considerarse en la reforma de la jurisdicción militar, fijándose un plazo de tres meses en su disposición final, para que el Gobierno publicara un calendario de presentación de proyectos a las Cortes Generales.

La Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar fue la concreción de esa disposición final. Pero la reforma de la jurisdicción militar no solo estuvo iluminada por la reforma de la institución militar.

Previamente a la Constitución, fueron los Pactos de la Moncloa, en sus «Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política» de 27 de octubre de 1977 los que exigieron una reforma urgente y parcial de la Legislación Penal y Procesal para adaptarla a la «nueva realidad democrática». En el punto VII se acordaba «la reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:

1. Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

2. Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.
3. Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar.
4. Sometimiento a los tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.
5. Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar». (cfr. «los Pactos de la Moncloa», Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, págs. 85 y ss.).

Los diferentes anteproyectos que culminaron en la Ley Orgánica 9/1980 comenzaron con el elaborado por el Consejo Supremo de Justicia Militar en los primeros meses de 1978, con un segundo proyecto de ley del Ministerio de Defensa, que se remitió al Congreso de los Diputados en noviembre de 1978, y un tercer proyecto remitido por el Gobierno, que surgió tras las elecciones, que culminó con la Ley Orgánica en cuestión. El primer anteproyecto del Consejo Supremo de Justicia Militar planteó una profunda y extensa modificación del Código de Justicia Militar, con la propuesta de reforma de más de 400 artículos, introduciendo aspectos no exigidos por los Pactos de la Moncloa y que fue sometido a consulta de las autoridades judiciales de los tres ejércitos y que sirvió de base para que el Ministerio de Defensa elaborara un segundo Anteproyecto. El Ministerio de Defensa lo estimó excesivo y elaboró su propio anteproyecto, más reducido de 150 artículos, respetando la redacción que dio el Consejo Supremo de Justicia Militar, que sirvió de base para remitir un Proyecto de Ley, que fue remitido por el Gobierno a las Cortes el 15 de Diciembre de 1978 (2). Supuso una tímida y parcial reforma, que destacaban la autonomía y la especialización de la jurisdicción militar. Se proponía introducir un recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, contra las Sentencias en primera instancia del Consejo Supremo de Justicia Militar. En diciembre de 1978 se promulga la Constitución, se disuelven las Cortes y se convocan nuevas elecciones, por lo que caduca el proyecto de ley indicado.

El Gobierno surgido tras las elecciones, tuvo en cuenta la referencia constitucional a la jurisdicción militar, en el art. 117 dentro de la regulación del Poder Judicial del Estado, el estado de opinión pública referente a la jurisdicción militar, por amplia repercusión en medios de difusión, y el procesamiento de la directora de cine Pilar Miró por la película «El crimen de Cuenca» por la jurisdicción militar y que determinaron un tercer proyecto de Ley que abordó la reforma de la jurisdicción militar. Además de la adaptación a la Constitución, la insuficiencia de las reformas proyectadas anteriormente y teniendo en cuenta la regulación de la misma en los países de nuestro entorno, se decidió abordar una reforma provisional y transitoria, estableciéndose, un plazo que se concretó en la Disposición Final Primera y Segunda, de un año para elaborar un proyecto articulado de código o códigos:

Referentes a la justicia militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la jurisdicción militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación.

El plazo se reducía a seis meses para la remisión de un proyecto de Ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario de los Ejércitos.

En cumplimiento de esas Disposiciones de la Ley Orgánica 9/1980, que entraron en vigor el 7 de noviembre de 1980, se publicó la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1980 por la que se constituía la Comisión para Estudio y Reforma de la Justicia Militar, en el seno del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Es decir, la reforma de 1980 no fue más que una transición hacia las más profundas y sustanciales reformas de la Justicia Militar que se concretaron en años posteriores con un nuevo Código Penal Militar, Ley Orgánica Procesal Militar, Ley Orgánica de Competencia y Organización de la jurisdicción militar y una nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas.

Esa provisionalidad de la reforma de 1980 estaba motivada por la necesidad «de no romper bruscamente con el orden constituido ni de dismantelar instituciones de profundo arraigo en el

ámbito de la jurisdicción castrense» (en expresión de Juan Gómez Calero), pues se debía evitar un salto al vacío ante la imposible incardinación en la constitución del Consejo Supremo de Justicia Militar o la atribución a los capitanes generales (en concurso con su auditor) de facultades jurisdiccionales.

La reforma de 1980 mantuvo esa estructura, pero añadiendo un recurso de casación ante la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, conforme los motivos y trámites regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y contra las sentencias de los consejos de guerra, con limitaciones (artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 9/1980). Era el primer entronque entre la justicia militar y la ordinaria, que se profundizó con las reformas posteriores y con la creación de la Sala V en el Tribunal Supremo. Esa primera conexión pretendió dar tintes de constitucionalidad a la reforma de esa Ley Orgánica de 1980. Las limitaciones iniciales de ese recurso de casación, exigiendo que la condena del recurrente fuera privativa de libertad superior a tres años, del art. 13 de la Ley Orgánica 9/1980, fueron declaradas inconstitucionales en 1982 y 1985 (STC 22/82 de 12 de mayo, STC 27/1985, de 26 de febrero, STC 33/1985, de 7 de marzo, entre otras), convirtiéndose en un recurso de casación ordinario, según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se evidenció la transitoriedad e insuficiencia de la reforma, la necesidad de una modificación de más calado y lo complejo, desde el punto de vista constitucional, de mantener al mando militar como autoridad judicial. Fue el primer paso para organizar una jurisdicción militar integrada en el poder judicial del Estado, separada del poder ejecutivo, sin intervención del mando militar. Hasta la fecha actual hemos podido observar diferentes modificaciones legales en ese sentido, pero esa referencia de la Ley Orgánica 9/1980 al recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, estimo que fue el primer precedente y punto de inflexión que determinó las reformas posteriores que constituyen la columna vertebral de la actual jurisdicción militar.

También la «constante preocupación competencial» (en expresión de Antonio Millán Garrido) supuso que durante la tramitación parlamentaria se pasara de los once artículos de Derecho Penal material del Proyecto de Ley presentado, se pasara a treinta. La limitación constitucional del «ámbito estrictamente castrense»,

está trasladada a la Ley Orgánica 6/1980, ya referida, a la Ley Orgánica de Poder Judicial 6/198 de 1 de julio, a la Ley Orgánica 4/1981 de Estados de Alarma Excepción y Sitio, y se concretó en la Ley Orgánica 9/1980, modificando los artículos 2, 6, 7, 9, 13, 16, 21, 48 y especialmente el artículo 194, donde se regulaba la competencia por razón del delito, por razón del lugar, por razón de la persona y añadiendo un concepto jurídico indeterminado, novedoso y problemático cual fue «que afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas» en ocasiones refiriéndose a los ejércitos o a sus clases. Esa expresión se constituyó en el eje vertebrador de la competencia de la jurisdicción militar que se pretendía reducir, abandonando el sistema del Código de Justicia Militar de incriminación independiente de los delitos militares, por la militarización de los delitos comunes, en el nuevo artículo 6, 7, 9, 16 y 194 del Código de Justicia Militar.

Tampoco fue pacífico el mantenimiento del Real Decreto Ley núm. 48/1978, de 21 de diciembre, en el que se sustituía la pena de muerte, para tiempos de paz, por la de treinta años de reclusión, tanto en el Código de Justicia Militar como en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, manteniéndose la pena de muerte para «tiempos de guerra», sin que la reforma de 1980 concretara la interpretación auténtica del contenido de la expresión «tiempos de guerra».

Como características resumidas de la reforma de 1980 de la jurisdicción militar podemos significar, además de las referidas las siguientes:

- Creación de los Juzgados togados militares de instrucción (artículo 12 de la Ley Orgánica 9/1980). Aunque su denominación no es uniforme, abreviadamente se denomina «Juez togado», asignándose entre sus funciones proceder de oficio en aquellos casos de delitos competencia de la jurisdicción militar, conocimiento y resolución de las infracciones de naturaleza común con pena no superior a seis meses de prisión, siendo los encartados tropa y marinería, manteniéndose las diligencias preparatorias para los procedimientos instruidos por uso y circulación de vehículos a motor, por lo que se integraban los antiguos Juzgados militares del automóvil en los Juzgados togados militares

de instrucción, pudiendo también condenar por faltas en los términos de la letra c) del art. 12. Es decir, tenía encomendada la instrucción y también el fallo en determinados asuntos.

Su designación estaba prevista en el art. 136-2 del Código de Justicia Militar «en forma reglamentaria y previa conformidad del ministro de Defensa» lo que ya planteaba problemas respecto de la consideración de la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial y el estatuto personal de los que ejercen funciones jurisdiccionales. Ya se preveía que estuvieran asistidos de uno o varios secretarios relatores y auxiliados por el personal del mismo destino. Se mantenían también los jueces permanentes, del art. 152, los jueces eventuales, del art. 137, del «Juez Instructor Jurídico», del art. 141 y el «Juez Especial» del art. 143, lo que planteaba evidentes problemas y disfunciones. Los antiguos Juzgados Militares del Automóvil sirvieron como base de estos nuevos órganos, que se constituyeron como la primera línea de la jurisdicción militar. En reformas posteriores se fueron suprimiendo los Juzgados permanentes, eventuales y especiales, excluyendo a los militares de armas de esas funciones jurisdiccionales, atribuyéndoselas a miembros de los, entonces, tres cuerpos jurídicos militares.

—Supresión de la figura del fiscal militar y cuyas funciones se atribuyen al nuevo fiscal jurídico militar (art. 9 de la Ley Orgánica 9/1980). Su estructura, organización y funciones se regulan en los nuevos arts. 87, 123 y 127 del Código de Justicia Militar. Esa modificación de la Ley Orgánica constituyó el germen de la Fiscalía Jurídico Militar, tal y como la concebimos hoy en día, es decir, dependiente de la Fiscalía General del Estado, siguiendo los criterios constitucionales de unidad y dependencia jerárquica y excluyendo a los militares no jurídicos del ejercicio de la función de representación del Ministerio Público y de la acusación pública. En las reformas posteriores se mantuvo un recurso de casación especial, con legitimación especial, respecto determinados mandos militares superiores, como residuo de esa intervención histórica del mando militar en la acusación en el proceso penal militar. Legitimación especial que fue extraída de la legislación procesal militar.

- Articulación de la Defensa Letrada y del Defensor Militar en los procedimientos judiciales militares (arts. 154 a 165 del CJM). Se pretendió dar cobertura constitucional con esta reforma a la exigencia de asistencia letrada. Fue un camino también transitorio, donde cohabitaban para el ejercicio del derecho de defensa, tanto abogados en ejercicio como oficiales de las armas, cuerpos o institutos de los ejércitos, pudiendo ser asistidos por ambas clases de defensa los detenidos, procesados o acusados. Las reformas posteriores, que suprimieron la figura del Defensor militar, demostraron la transitoriedad y espíritu de consenso de esta reforma de 1980, que, como se ha indicado no pretendía realizar un salto al vacío ni romper radicalmente las «viejas estructuras».
- La reforma de 1980 incluye, además, una multitud de singularidades tanto de índole sustantivo penal como procesal. Es el caso de la minoría de edad, de la fuerza irresistible, donde se llegó a admitir la fuerza de origen interno o moral como una posibilidad dentro de ese concepto, aspectos hoy ya olvidados, o la regulación de la obediencia debida con una nueva concepción de esa eximente más adecuada a la dogmática penal del momento.

Respecto de la pena de muerte, se optó por su mantenimiento, al amparo del art. 15 de la Constitución, que la reservó para tiempos de guerra, sin que la Ley Orgánica describiera, concretara o precisara el concepto de tiempo de guerra.

Respecto de las penas, se regula la pérdida de empleo, suprimiendo la degradación militar pública y solemne y la separación del servicio, dejando a salvo los derechos pasivos, regulando los efectos especiales de las penas de la Ley Penal Común. Se incluyó la posibilidad de suspensión de condena por delitos militares «a los penados que no pertenezcan a los ejércitos o estén agregados a ellos» (art. 245).

Respecto de los delitos de la parte especial, la reforma de 1980 clarifica, con interpretaciones auténticas muchos conceptos, distingue la traición militar de la traición común, se sustituye la expresión «bandera de la Patria» por «bandera de España», en el delito de alzamiento, se añade el ordenamiento constitucional como objeto de protección, se circunscriben las cuestiones

referidas a las armas de guerra, a la sedición militar o al delito de insulto a fuerza armada, en el que se suprimió la referencia a los miembros de la Guardia Civil, que históricamente estaban equiparados a los miembros de las Fuerzas Armadas. También se modifican los delitos de ultraje a la nación, a la bandera nacional o estandartes o al himno nacional. También a las ofensas a emblemas o insignias militares o las injurias a los ejércitos. Se añaden delitos patrimoniales, agrupando los del Código de Justicia Militar, como el fraude militar o la defraudación de suministros.

Especialmente importante es la referencia a la Guardia Civil, cuyo carácter militar se ha mantenido históricamente y hasta la fecha, y al que hacía especial referencia la Ley Orgánica 6/1980 reguladora de los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, pues en sus artículos 38 y 39, con su doble dependencia en tiempo de paz del Ministerio de Interior y de Defensa, dependiendo de este último en tiempo de guerra o durante el estado de sitio. Se indica que una Ley Orgánica regulará las funciones relativas al orden y la seguridad pública y que el Reglamento Orgánico del Cuerpo de la Guardia Civil regulará la organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina. Ninguna duda había entonces respecto del sometimiento de la Guardia Civil a las normas penales y procesales militares.

—Incipiente separación entre el Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario, con una modificación del Título XV del Tratado Segundo del Código de Justicia Militar, pero confundándose aun infracciones disciplinarias y otras típicamente penales como el quebrantamiento de condena, la desertión o el abuso de autoridad. La Disposición Final Segunda, como ya se ha explicado al inicio de este trabajo, estableció un plazo de seis meses para que el Gobierno presentara un proyecto de ley con «los principios fundamentales del régimen disciplinario de los Ejércitos». Fue el germen de la separación entre el derecho disciplinario y el penal, que se formalizó en las leyes orgánicas posteriores.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN NÚÑEZ, A. y Egido Trillo-Figueroa, B. (octubre 1982), «Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar». *Ejército*, núm. 513.
- BLAY VILLASANTE, F. (1981), «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar». Incluido en el dossier Reforma del Código de Justicia Militar. *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.
- BRAVO NAVARRO, M. (1981), «Reforma de la justicia militar». Incluido en el dossier «Reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (julio-septiembre 1982), «La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional». *Revista de Derecho Público*, núm. 88. Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1991), «La jurisdicción militar en su perspectiva histórica». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, Tomo I. Madrid.
- GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N. (julio-diciembre 1979), «La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España». *REDM* núm. 38. Madrid.
- GÓMEZ CALERO, J. (enero-junio 1983), «La figura del juez togado en la jurisdicción militar». *REDM* núm. 51.
- MILLÁN GARRIDO, A. (1982), «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Española de Derecho Militar*.
- MILLÁN GARRIDO, A. (octubre 2010), *Justicia militar*. Editorial Ariel, Derecho. 8.<sup>a</sup> Edición. Madrid.
- PASCUAL SARRIA, F. L., «Bosquejo histórico del derecho penal militar español desde la antigüedad a nuestros días». *Revista de Historia Militar*, núm. 80 y 81.
- ROJAS CARO, J. (1983), «¿Pueden los tribunales ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?». *Revista de Derecho Público*. Madrid.
- VALENCIANO ALMOYNA, J. (1978), «En torno a un nuevo Código de Justicia Militar». *Revista Española de Derecho Militar*.
- VALENCIANO ALMOYNA, J. (1980), *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid.
- VALENCIANO ALMOYNA, J. (1981), «La Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, Aspectos más importantes». Incluido en el dossier «Reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.



## 2. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR TRAS EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR

FERNANDO MARÍN CASTÁN

*General Consejero Togado*

### 1. PRESENTACIÓN

De los distintos enfoques y clasificaciones que admite la noción competencia, partiremos, a los efectos de esta conferencia, de la idea que la asimila a la medida de jurisdicción (entendida ésta como potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme al art. 117.3. CE y 2.1. LOPJ) que tienen los juzgados y tribunales que integran la jurisdicción militar para conocer de un asunto o conjunto de asuntos con preferencia sobre los de la jurisdicción ordinaria.

O dicho en sentido más objetivo y concretado al título de la conferencia, nos referiremos en esta exposición al conjunto de delitos cuyo conocimiento y enjuiciamiento ha atribuido el legislador actual a los juzgados y tribunales de la jurisdicción militar, delimitando así el «ámbito estrictamente castrense» de esta jurisdicción especial al que se refiere el artículo 117.5. CE. Dejamos al margen, pues, tanto la jurisdicción en el ámbito contencioso disciplinario como la extensión de la jurisdicción militar en los supuestos de estado de sitio.

### 2. CRITERIOS DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. EL ENFOQUE DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY ORGÁNICA 14/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Es sabido que frente a los criterios preconstitucionales que atribuían competencia a la jurisdicción militar tanto por razón del delito, como de la persona, como del lugar (criterios que fueron matizados por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar), la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), al margen los supuestos especiales de estado de sitio y de fuerzas o

unidades militares españolas desplazadas al exterior, se ciñó al criterio por razón del delito, de tal forma que su artículo 12.1 atribuyó a la jurisdicción militar la competencia para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar (CPM).

A su vez, el Código Penal Militar de 1985 con innegable ortodoxia apegada al principio de legalidad, definía el delito militar como «las acciones y omisiones previstas como tales en este Código» (artículo 1), siguiendo el criterio de lista única, aun cuando ello supusiera volver a tipificar conductas ya contempladas en la legislación penal común.

El nuevo CPM de 2015, sin embargo, no se integra ya únicamente por los tipos definidos específicamente en el Libro Segundo del CPM, sino también por aquellas conductas incriminadas en la legislación penal común que lesionan bienes jurídicos militares cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense. Tal cambio no es una simple sutileza, sino que responde a la esencia misma de la reforma, dando lugar a que el delito militar se integre a partir de distintas categorías y fuentes, en unos casos mediante su tipificación completa o incompleta en el Código Penal Militar y en otros mediante la remisión o reenvío, total o parcial, al Código Penal común<sup>1</sup>.

En efecto, el concepto y el propio contenido del delito militar experimentan una profunda transformación en el nuevo Código respecto del anterior, siendo el vehículo a través del cual se introducen las más relevantes novedades. Como señala Millán Garrido<sup>2</sup>, «el Proyecto se basa en un nuevo concepto de delito militar, determinante tanto del ámbito de aplicación del propio Código como de la competencia de la jurisdicción militar».

Así lo reconoce el legislador al proclamar en el preámbulo que en torno al delito militar, concepto central del nuevo Código, se construye la especialidad de la ley penal militar y su carácter complementario del Código Penal.

### 3. MODIFICACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA LLEVADAS A CABO POR LA LEY ORGÁNICA 14/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Es curioso, pues, que en esta ocasión sea a través de legislación sustantiva y no procesal —con la excepción, a la que aludi-

remos, introducida durante la tramitación parlamentaria— como se han llevado a cabo las principales modificaciones en materia de competencia de la jurisdicción militar.

Aludiremos brevemente a las más relevantes, siguiendo el orden del articulado de la citada Ley Orgánica:

### 3.1. *Parte general*

3.1.1. El artículo 1.3. CPM 2015 —conforme al cual cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la jurisdicción militar— fue criticado en su informe al anteproyecto tanto por la fiscalía togada como por el Consejo General del Poder Judicial, básicamente por dos razones: por no añadir nada nuevo al reproducir parcialmente lo ya dispuesto por el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y organización de la jurisdicción militar y por insertar en una norma de carácter sustantivo una regla de naturaleza procesal (competencial).

En realidad, el citado artículo 1.3. CPM viene a determinar el criterio para la resolución de los conflictos de normas entre el Código Penal Común y el CPM conforme al principio de alternatividad, sobre la base de no considerar de aplicación el artículo 8 del CP para resolver tal tipo de conflictos, anudándose a dicho criterio una regla competencial siempre a favor de la jurisdicción militar.

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que aunque la solución sea la misma que la del artículo 12.1. de la LOCOJM, la redacción no es coincidente, pues el artículo 3.1. CPM omite la salvedad que realiza la LOCOJM respecto de lo dispuesto en el artículo 14 de esta misma ley que otorga el conocimiento de los delitos conexos a la jurisdicción a la que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave. Tal omisión puede plantear alguna duda de interpretación sobre la vigencia de la referida salvedad, aunque nos inclinamos a pensar que toda vez que el citado artículo 14 LOCOJM no ha sido derogado, la regla aplicable a los delitos conexos continúa siendo la misma.

3.1.2. Artículo 1.5. Aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil (fuera de los supuestos de conflicto

armado, estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar o en que se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas).

Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código (Delitos contra la disciplina).

También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I (Delitos contra la seguridad y defensa nacionales), III (Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares) y IV (Delitos contra los deberes del servicio) del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

Este precepto, que experimentó diversas redacciones a lo largo de la tramitación del anteproyecto y el proyecto de ley, fue, a la vista de los debates parlamentarios, el que mayor controversia suscitó, provocando incluso la ruptura del consenso y el voto negativo del grupo socialista en la votación de conjunto final del proyecto.

Si ello fue realmente así, creemos que se pagó un alto coste por este precepto, pues hubiera bastado con mantener la redacción del artículo 7 bis del CPM introducido por la LO 12/2007 que pese a su complejidad había sido ya suficientemente interpretada por la Sala V y la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, llegando a la conclusión de que lo relevante para la exclusión aplicativa del Código Penal Militar a los guardias civiles es, en primer lugar, que la función que se cumpla sea de carácter «policial»; y, en segundo término, que la conducta activa u omisiva del sujeto agente forme parte de la realización de los actos propios del servicio que en la ocasión se esté desempeñando (entre otras muchas, STS de la Sala V de 27 de mayo de 2009, 30 de noviembre de 2011, 19 de enero, 29 de mayo y 5 de julio de 2012 y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 16 y 23 de junio de 2009 y 28 de junio de 2010).

El nuevo precepto, según se deduce del Preámbulo de la Ley, lo único que pretende es establecer con una formulación positiva, los

supuestos en los que el Código Penal Militar resultará de aplicación a los miembros de la Guardia Civil, de acuerdo con la expresada doctrina jurisprudencial, pero como decimos, ante la falta de consenso, igual resultado —o más bien, mejor resultado— se habría obtenido manteniendo la antigua fórmula del artículo 7 bis.

El nuevo precepto está dando problemas en materia de competencia, pues ya se ha planteado, por ejemplo, si es posible que los guardias civiles cometan los delitos contenidos en el Título V del CPM 2015, es decir, los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar.

Si bien es cierto que dicho título es el único no citado por el artículo 1.5. CPM 2015 entre los aplicables a los miembros de la guardia civil, no lo es menos que el hecho de que tampoco exista una expresa exclusión aplicativa de tal título a la Guardia Civil, unido a que la expresión Delitos contra la Hacienda en el ámbito Militar que encabezaba el título noveno del viejo Código ha sido sustituida por la más amplia de «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar» y que el artículo 82.2. del nuevo CPM se refiera expresamente a equipo, material y efectos, afectados al servicio de la Guardia Civil, pueden llevar a pensar que sí es posible la aplicación de dichos delitos a los miembros de la Benemérita.

De hecho así lo informaron en un caso concreto el fiscal y el abogado del Estado y lo acordó el juez de instrucción disponiendo su inhibición en favor de la jurisdicción militar. Recurrida en apelación tal decisión por el abogado defensor del guardia civil imputado, la Audiencia Provincial desestimó el recurso al considerar también competente a la jurisdicción militar para conocer del presunto delito cometido contra el patrimonio.

3.1.3. Otro supuesto ya planteado en la práctica es el relativo a si resulta competente la jurisdicción militar para enjuiciar a los guardias civiles que cometan los delitos referidos en el apartado 1.bis del artículo 12 de la LOCOJ, apartado que fue introducido por la Disposición Final Primera de la LO 14/2015 y que se refiere a los delitos previstos en los Capítulos I al VIII del Título XX del Libro Segundo del Código Penal (CP), es decir, a los delitos contra la Administración de Justicia, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.

Mi opinión es afirmativa a la anterior cuestión, pues aquí la competencia en favor de la jurisdicción militar no viene determi-

nada por razón de la persona (observemos que el precepto no distingue entre militares o civiles), ni tampoco por tratarse de delitos militares (puesto que se suprimió durante la tramitación parlamentaria del proyecto de CPM el Título V en el que expresamente se contemplaban como tales), sino por el entorno en el que se cometen estos delitos del Código Penal común, y, más en concreto, por afectar a la administración de justicia militar.

Como puede observarse, con esta regla de competencia introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se ha dado lugar a una nueva categoría que rompe la sistemática de los trabajos pre legislativos del nuevo CPM: la de delitos comunes juzgados por la jurisdicción militar por razón del tipo de procedimiento o del entorno en el que se cometen.

3.1.4. A través de la situación de «conflicto armado» que ha venido a sustituir a la más restrictiva de «en tiempo de guerra» que utilizaba el CPM de 1985, también se ha producido una ampliación de la jurisdicción militar cuando tal situación se produzca.

Es criticable que a diferencia de lo que hacía el CPM 1985 con «en tiempo de guerra», el nuevo código no defina el concepto de «conflicto armado». Tal definición de «conflicto armado», fue calificada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto, de «imprescindible» y «esencial», ya que algunas conductas sólo serán típicas si se cometen en esa situación, otras muchas dan lugar a subtipos agravados y, sobre todo, porque en otras la perpetración del delito en «situación de conflicto armado» dará lugar a que el Código castrense se aplique no sólo a los militares, sino a otros implicados, como así precisan, por ejemplo, los artículos 2.6, 25, 27 y 28 del nuevo CPM.

(Ejemplos: El art. 2.6. extiende la condición de militar, en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, a los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. Por su parte el art. 9.2. califica como delito militar el delito de rebelión tipificado en el Código Penal, cuando sea cometido por militar en caso de conflicto armado internacional. También refiere a la situación de conflicto armado o estado de sitio el incumplimiento de bandos militares, art. 30, pudiendo ser sujeto activo del mismo cualquier persona, militar o civil).

A nuestro juicio, tal necesidad de delimitar a efectos penales el concepto de «conflicto armado» resulta aún mayor si tenemos en cuenta que no es pacífica su definición.

Mientras que para las Fuerzas Armadas norteamericanas, con el pragmatismo que les caracteriza, existe conflicto armado «desde que las balas silban por encima de sus cabezas» —en referencia a los enfrentamientos en los que se hace uso de las armas—, en el Derecho Internacional y en concreto en Europa, el concepto es más complejo.

El Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>3</sup> propone, tras un análisis que refleja la opinión jurídica que predomina actualmente, con atención especial a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (caso de Tadic), las siguientes definiciones que parten de la distinción entre «conflictos armados internacionales» y «conflictos armados no internacionales»:

1. Existe un conflicto armado internacional cuando se recurre a la fuerza armada entre dos o más Estados.
2. Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. La doctrina viene exigiendo además que el enfrentamiento armado alcance un nivel mínimo de intensidad y que las partes intervinientes posean una organización mínima, para que pueda entenderse que estamos ante un conflicto armado.

El hecho de que no exista un concepto único, universalmente aceptado, de conflicto armado vendría a reforzar la necesidad de que el Código Penal Militar lo definiera a efectos del propio Código al ser continuas y trascendentes las referencias de éste a tan indefinido concepto.

3.1.5. Con la nueva configuración del delito de rebelión militar, se ha producido una restricción de la jurisdicción militar.

Como sabemos, mientras que en el Código Penal Militar anterior el delito de rebelión en tiempo de guerra, competencia de la jurisdicción militar, podía cometerlo toda persona que se alzare

colectivamente en armas para conseguir cualquiera de los fines señalados en el artículo 79 o realizare las acciones descritas en el artículo 80, penándose igualmente la conspiración, la provocación, la proposición, y la apología de los citados delitos, el artículo 9.2.b) del CPM 2015 limita el delito militar de rebelión, y con ello la competencia de la jurisdicción militar para conocer de tal delito, al delito de rebelión definido en el Código Penal, cuando sea cometido por militar y sólo en caso de conflicto armado internacional.

Creo que siendo la rebelión uno de los más graves delitos que puede cometer un militar contra la Constitución y el Estado de Derecho, empleando contra éste el poder que el propio Estado le ha conferido para su defensa, resulta difícil desde la lógica jurídica encontrar la razón por la que únicamente se considera delito militar en caso de conflicto armado internacional.

### 3.2. *Parte especial*

3.2.1. Entrando ya en el libro II del CPM 2015, vemos que el incremento de la pena que ha experimentado el delito de allanamiento de dependencia militar (art 29 CPM 2015) —que ha pasado de prisión de tres meses y un día a tres años, a prisión de tres meses y un día a cuatro años— así como la mayor amplitud de su definición, podría suponer una extensión de la competencia de la jurisdicción militar, especialmente en aquellos casos no infrecuentes de aplicación de la regla de la conexión contenida en el artículo 14 LOCOJM por concurrir con otros delitos comunes, como por ejemplo con el de robo.

3.2.2. Mientras que el derrotismo cometido por militar ha pasado a integrarse como una de las modalidades del delito de traición militar (art. 24. 3.º CPM de 2015), no se contempla ya como delito militar su comisión en tiempos de guerra por quien no ostente tal condición, a diferencia que lo que hacía el artículo 64 CPM 1985.

3.2.3. Se amplía la competencia en relación con los delitos contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar, tanto por su más amplia formulación del concepto de fuerza armada en el que ya no se exige el porte de armas, como por poderlo cometer quien no tiene la condición de militar en «situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz» (art. 35 CPM 2015).

3.2.4. La nueva formulación del delito de insulto a superior amplía la competencia de la jurisdicción militar al incluir expresamente el art. 42 CPM 2015 los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales.

Aun cuando por vía jurisprudencial, no sin ciertas vacilaciones, se habían llegado a entender comprendidas en el insulto a superior conductas contra la libertad e indemnidad sexuales, especialmente las que suponían maltrato de obra, es lo cierto que con la nueva formulación se despejan muchas de las dudas planteadas especialmente en los frecuentes casos de concurso de delitos.

En la expresión «atentados contra la libertad e indemnidad sexuales» hemos de entender incluidas, en principio, todas las modalidades delictivas comprendidas en el Título VIII del Libro II del CP, si bien, dada la condición de superior militar de la víctima respecto del autor del delito, resulta dudoso que pueda darse una situación de acoso sexual ante los recursos del superior para evitarlo; y de muy difícil comisión, por no decir imposible, los de exhibicionismo y provocación sexual, y los relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. Serán por tanto las agresiones y los abusos sexuales los que puedan darse con cierta frecuencia de un subordinado respecto de un superior.

3.2.5. Algo parecido cabe decir respecto del delito de abuso de autoridad, aunque en este caso la técnica empleada es distinta y además se le da un mayor contenido. Decimos que la técnica es distinta porque en lugar de la referencia al bien jurídico afectado (la libertad e indemnidad sexuales), coincidente con un título del CP, varias de las acciones que configuran el abuso de autoridad se corresponden con delitos concretos del CP. Así, se refiere el art. 47 CPM 2015 a actos de agresión o abusos sexuales (además de al trato degradante, inhumano o humillante) y el artículo 48 al acoso sexual. Y más amplio porque también califican este delito el acoso por razón de sexo, el acoso profesional, la amenaza, coacción, injuria y calumnia, así como los atentados graves contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo del subordinado, y la realización de actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

3.2.6. Mayor extensión de la jurisdicción militar se produce con la incorporación del Título III, los Delitos relativos al ejer-

cicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares (artículos 49 y 50), pues aquí ya no se trata sólo de ampliar el contenido de delitos que ya existían en el CPM 1985, sino de incluir una serie de delitos realmente nuevos, en cuanto afectan a militares entre los que no existe la relación de jerarquía superior-subordinado, cuando ocurran públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio. Son delitos cuyo conocimiento antes del nuevo CPM, eran competencia de la jurisdicción ordinaria. Las acciones típicas que comprenden son similares a las que integran el delito de abuso de autoridad.

3.2.7. Respecto de la deslealtad, no se ha recogido en el nuevo Código el tipo atenuado consistente en la alteración o desnaturalización de información o certificado, mediante términos ambiguos o inexactitudes (párrafo segundo del artículo 115 del CPM de 1985). Además, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley no prosperó la tipificación como delito militar de la falsedad documental prevista en el artículo 390 del Código Penal, cuando ocasionara riesgo o daño para el servicio o la administración militar (artículo 56 del Proyecto), y en no guardar la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio (artículo 57 del Proyecto).

3.2.8. El abandono de servicio que no fuera de armas o la no presentación a prestarlo en situación de normalidad —es decir, cuando no se produjera en tiempo de guerra, frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas—, había considerado la jurisprudencia de la Sala V que debía penarse como desobediencia, si existía la orden expresa de prestarlo, como ocurría por ejemplo si se publicaba en la Orden diaria de la Unidad con la asignación nominal de los distintos servicios.

Sin embargo, a raíz de la publicación de la nueva Ley Disciplinaria y del nuevo Código Penal Militar, tanto la Fiscalía togada como la Sala V han considerado que se ha producido una despenalización del abandono de servicio no de armas en situación de normalidad, al tipificar expresamente el artículo 7.15. de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, como falta grave, el «...abandonar otro tipo de servicios o guardias distintos a los anteriores o colocarse en estado de no poder cumplirlos».

3.2.9. Dentro de los delitos contra la eficacia del servicio, se produce también una considerable extensión de la jurisdicción

militar con la inclusión en el artículo 76 del CPM 2015 de los delitos contemplados en los artículos 368 a 371 CP, relativos a la producción, tráfico y tenencia de drogas tóxicas y estupefacientes, cuando sean cometidos por militares en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones.

El CPM de 1985 sólo contemplaba, dentro de los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, un delito que podía implicar tráfico de drogas, aunque el bien jurídico que principalmente se pretendía proteger era la seguridad del propio buque o aeronave. El delito en concreto era el tipificado en el artículo 177.3. que castigaba el embarcar sin autorización, en buque de guerra o aeronave militar, personas, materias explosivas o inflamables, drogas tóxicas o estupefacientes o géneros de ilícito comercio. Tipo que el CPM de 2015 ha conservado en el artículo 75. 2.º, sólo referido a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3.2.10. Resulta ciertamente llamativo el olvido del legislador del delito de extralimitación dolosa en la ejecución de un servicio de armas reglamentariamente ordenado, causante de muerte, lesiones o daños que el CPM de 1985 contemplaba en el párrafo primero del artículo 159, tras introducirlo la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 4/1987.

Decimos olvido, producido ya desde el propio proyecto de ley, porque no tiene sentido la supresión deliberada de tan relevante delito esencialmente militar, máxime cuando el CPM de 2015 sí contempla en su artículo 77 sus modalidades culposas —por imprudencia grave, negligencia profesional o imprudencia no grave—, en ejecución de un acto de servicio de armas o fuera de él, cuando cause la muerte o lesiones constitutivas de delito.

3.2.11. Lamentamos la desaparición de los delitos náuticos o contra los deberes del servicio relacionados con la navegación que integraban el Título VII del Libro Segundo del CPM de 1985, en 16 artículos.

Aunque alguno de ellos han sido recogidos en otros capítulos del nuevo CPM como delitos contra la eficacia del servicio (por ejemplo, el artículo 73, párrafo segundo, se refiere a los daños causados por imprudencia grave mediante naufragio, abordaje o varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave) o como

delitos contra los deberes del mando (artículos 61 a 64 y 66) o podrían reconducirse a los delitos genéricos de daños (artículo 82), la familia específica de delitos contra la navegación ha desaparecido como tal en el nuevo CPM con la agravante de que también desaparecieron de la legislación común al derogarse la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y no recogerse en el Código Penal de 1995.

3.2.12. Finalmente, otro título en el que se han producido relevantes modificaciones que afectan a la jurisdicción militar es el quinto y último, relativo a los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar.

La impresión respecto de este capítulo es agrídulce.

Considero positiva la incorporación al Código Penal Militar de los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, en sus tres modalidades: dos ordinarias cuyo sujeto activo sólo puede ser militar, la más agravada cuando los tenga bajo su responsabilidad o custodia y la menos agravada cuando no los tenga bajo su responsabilidad o custodia y una especial, cuando se trate de material de guerra o armamento, en este caso cualquiera que sea su valor y autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar.

Creo, en cambio, negativos los siguientes aspectos del título:

1. La redacción del supuesto referido a armamento y material de guerra no ha tenido en cuenta la última reforma del Código Penal (L.O. 1/2015, de 30 de marzo) que suprimió las faltas penales e incluyó como delitos las sustracciones y los daños de cuantía inferior a 400 euros, aunque con penas sensiblemente bajas.
2. Que haya desaparecido el tipo penal de emplear para fines particulares elementos asignados al servicio o facilitarlos a un tercero cuando no revista escasa entidad (artículo 190 CPM de 1985). Integraría en todo caso la infracción disciplinaria grave prevista en el artículo 7.37 de la Ley Orgánica 8/2014, pero creemos que en algunos casos esta utilización para fines particulares de elementos de carácter oficial puede rebasar el umbral de lo disciplinario.
3. Que durante la tramitación parlamentaria del proyecto se descolgaran del mismo:

- Los delitos de hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños cometidos por un militar de bienes no afectados al servicio pero cometidos en instalaciones de las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, cuando el delito afecte al servicio o vulnere las reglas de comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil (artículo 84.4. del Proyecto).
- La autorización de la recepción o uso de víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio de las Fuerzas Armadas, a pesar de no reunir las condiciones necesarias, realizada por el militar encargado de la logística de las Fuerzas Armadas, en cualquier situación, tanto en su forma de comisión dolosa como por imprudencia grave (artículo 86, apartados 2 y 3 del Proyecto). Curiosamente se mantiene, en cambio, como delito militar el cometido por el particular o empresario contratista de la Administración militar que en situación de conflicto armado o estado de sitio, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliera en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional (artículo 85 CPM).
- El incumplimiento, en beneficio propio, de las normas sobre material inútil, declarando como tal al que todavía se encontrase en condiciones de prestar servicio, o sustrayéndolo al control reglamentario (artículo 194 CPM de 1985 y 87 del Proyecto). En este caso, entendemos también que se ha despenalizado la conducta, llevándola al ámbito disciplinario y en concreto a la falta grave del artículo 7.17. de la Ley Orgánica 8/2014 (el incumplimiento de las normas reglamentarias relativas al armamento, material y equipo), si bien cabe imaginar supuestos en los que por esta vía se cometan graves fraudes a la Hacienda militar.
- Los delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX del Código Penal como delitos contra la Administración

Pública, que cuando fueran cometidos por militares con perjuicio al servicio o la administración militar y con infracción de deberes, aquél preveía en el apartado c) del artículo 9.2.

Se mantienen, en cambio, como delitos militares (Título V Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar), tanto la solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal (artículo 81) como el procurarse intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar o cometer el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal.

Al margen de que no llegamos a comprender la razón por la que se excluyen como delitos militares los primeros y, sin embargo, se mantienen los segundos, cabe aventurar que se produzcan con frecuencia situaciones de concursos de delitos en esta materia de difícil deslinde sustantivo y jurisdiccional.

#### 4. CONCLUSIONES

El CPM 2015, aunque sea una norma esencialmente sustantiva afecta de modo notable a la competencia de la jurisdicción militar al redefinir el propio concepto de delito militar.

Se han incluido como delitos militares delitos del Código Penal común por razón del bien jurídico afectado (la disciplina, el servicio la eficacia de la organización...), por razón de la condición militar de su autor o por razón del lugar de comisión del delito, lo que de alguna forma supone retomar los viejos conceptos de la competencia por razón del delito, de la persona y del lugar, aunque reconduciéndolos al nuevo concepto de delito militar.

Es más, se ha creado una nueva categoría no prevista por los autores del proyecto de ley, consistente en delitos comunes cuyo conocimiento pasa a ser de la jurisdicción militar cuando se producen en un determinado entorno. Nos referimos al nuevo apartado 12 1bis de la LOCOJM introducido por la disposición final primera de la LO 14/2015 que atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos contra la Administración de Justicia previstos en los Capítulos I al VIII del Título XX del Libro Segundo del Código Penal, cuando se cometan en relación

con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares. Estos delitos eran delitos militares en el CPM de 1985 integrando un título completo y también figuraban como delitos militares en el proyecto de ley del nuevo CPM.

La reforma ha supuesto: en unos casos una ampliación de la competencia de la jurisdicción militar, en otros una restricción y en otros una despenalización o degradación al ámbito disciplinario de conductas tipificadas como delitos en el CPM de 1985.

Los ejemplos más notorios de ampliación de la competencia se producen: en relación con los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares; también en los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad al incluir expresamente los actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexuales o impliquen discriminaciones legalmente prohibidas; con la incorporación al CPM de los delitos de producción, tráfico o tenencia de drogas tóxicas o estupefacientes cometidos por militares en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra y de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones; y de los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños de equipo, materiales o bienes afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil.

El ejemplo más notorio e incomprensible de pérdida de competencia se produce en relación con la muerte, lesiones constitutivas de delito o daños, causados dolosamente por un militar en acto de servicio de armas.

Ejemplos significativos de despenalizaciones son: las que afectan a algunas modalidades de deslealtad; el emplear para fines particulares elementos oficiales asignados al servicio o el incumplimiento, en beneficio propio de las normas sobre material inútil, en un caso y otro cuando tengan cierta entidad. También la negativa a someterse a las pruebas de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o embriaguez.

La reforma, a nuestro juicio, se ha quedado a mitad de camino y ha olvidado incluir como delitos militares conductas realmente graves que afectan a bienes jurídicos esencialmente militares o que se cometen en el ámbito estrictamente castrense.

Aparte de los ya mencionados cito como ejemplos: la rebelión cometida por militar en situación distinta de conflicto armado

internacional; la suplantación por un militar de la personalidad de otro militar o ejercer ilegítimamente actos propios de una autoridad o de otro militar, atribuyéndose funciones que no le corresponden (usurpación de estado civil y usurpación de funciones públicas); algunos de los delitos náuticos contemplados en el CPM de 1985 y todos los incluidos en el proyecto de nuevo CPM que se cayeron del mismo durante su tramitación parlamentaria como, por ejemplo, las falsedades documentales del artículo 390 del CP cuando tuvieran trascendencia para el servicio, o la prevaricación, el cohecho y los demás delitos de los funcionarios públicos cuando fueran cometidos por militares y afectaran también al servicio.

### 3. LA DOBLE INSTANCIA PENAL MILITAR: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

JOSÉ ANTONIO JALDO RUIZ-CABELLO

*Coronel Auditor*

RESUMEN: Con la reciente generalización del recurso de apelación contra sentencias en el orden jurisdiccional penal parece haberse culminado la implantación de la doble instancia que deriva del derecho reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 2.1 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Quedan, sin embargo, dos ámbitos excluidos de la reforma, en los que la doble instancia aún está por llegar o no está consolidada: el primero, el de los aforamientos, y el segundo, el de los procedimientos penales seguidos ante la jurisdicción militar, cuya singularidad comporta algunas dificultades para acoger en su normativa orgánica y procesal el modelo de recurso que demandan los nuevos tiempos. Los obstáculos, sin embargo no son insalvables, y en la búsqueda de soluciones viables se formulan en este estudio varias propuestas de reforma, todas ellas precisadas de necesaria crítica y enriquecedor debate.

#### 1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante) llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha solucionado en gran medida la controversia sobre el régimen de recursos y doble instancia en el proceso penal español que se puso de manifiesto con especial intensidad a partir del año 2000, después de que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Caso Cesáreo Gómez Vázquez contra

España<sup>4</sup>, dictaminara que nuestro sistema de recursos vulneraba el art 14 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en base a la «inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente». Se criticó entonces la inexistencia de doble instancia en el enjuiciamiento de los delitos más graves y se instó al Estado español a introducir las reformas consiguientes.

Tras reiteradas comunicaciones sobre el mismo tema del citado Comité de Derechos Humanos en casos sucesivos —aunque no siempre estimatorios—, se avivó la polémica al recibir el Estado Español la censura, esta vez en forma de varias condenas<sup>5</sup>, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por violación del art. 2.1 del Protocolo 7.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, que obliga a los Estados firmantes a regular en sus legislaciones un doble grado de jurisdicción en materia penal, sobre la base, reconocida en dicho artículo, de que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior».

El primer paso para la implantación general de la doble instancia penal en España ya se había dado a través la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En ella se potenciaron las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia —en las que habría de residenciarse la segunda instancia respecto a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia—, y se crea una sala de apelación en la Audiencia Nacional. Pero naturalmente mera modificación de la organización judicial no podría dotar de efectividad al derecho a la doble instancia entretanto no se articulara el correspondiente recurso en el plano procesal. Eso es, precisamente, lo que durante más de una década se ha venido reclamando desde todos los ámbitos jurídicos, y eso es lo que ha culminado la reforma procesal llevada a cabo por la Ley 41/2015, al instaurar con carácter general y uniforme en el orden jurisdiccional penal el recurso de apelación contra todas las sentencias por delito.

Decíamos que la reforma propiciada por la Ley 41/2015 ha venido a solventar «en gran medida», el problema de la doble instancia. Lo decíamos así porque el círculo de la reforma no se ha

cerrado completamente al dejar una brecha abierta en el régimen procesal de los aforados a los Tribunales Superiores de Justicia y, en especial, a los aforados al Tribunal Supremo, para los que la ley rituaría no ha previsto un recurso semejante (de apelación) que satisfaga su derecho a la doble instancia.

Tampoco la reforma ha alcanzado a la jurisdicción ni al proceso penal militar, lo que lleva a cuestionar si el régimen de recursos que regula la Ley Procesal Militar garantiza la doble instancia en los términos exigidos por el art.14.5 del PIDCP y el art. 2.1 del Protocolo 7 del CEDH.

A todo ello se tratará de dar respuesta en los capítulos siguientes, no sin antes realizar unas breves consideraciones sobre la doble instancia o doble grado de jurisdicción, el derecho de acceso a los recursos, el modelo de recurso de apelación acogido en nuestro derecho procesal y el papel que en lo sucesivo se reserva al recurso de casación.

Por último, finalizaremos haciendo alusión a las dificultades que la implantación de la doble instancia presenta en el ámbito penal militar, que han de verse incrementadas por el amplio régimen de aforamientos que subsisten y se perciben como algo consustancial a la jurisdicción castrense. En este punto, no podrán faltar las propuestas de reforma que desde hace mucho tiempo se vienen barajando para uniformar el régimen de recursos en los ámbitos penal y penal militar y adecuarlos a los dictados que demandan los nuevos tiempos.

## 2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA DOBLE INSTANCIA PENAL EN ESPAÑA

2.1. La doble instancia se ha venido definiendo, desde una perspectiva general, como un sistema de organizar el proceso en virtud del cual una cuestión litigiosa puede ser sometida a dos sucesivas decisiones de órganos jurisdiccionales distintos, situados en planos jerárquicos también distintos, y en el que la segunda decisión prevalece sobre la primera, siendo así que el órgano de revisión tiene amplias y plenas facultades revisoras.

2.2. La doble instancia, así definida, puede configurarse en torno a diversos modelos, que suelen reducirse a dos, cuyo significado y alcance es bien diferente. Así, se habla de un modelo denominado de «doble convencimiento» o de «apelación plena»,

que implica la celebración de un nuevo juicio, idéntico al primero, sometido a las mismas garantías, en el que se reproduciría la totalidad de la prueba ante el órgano superior y éste decidirá lo que corresponda con plenitud de jurisdicción. El otro modelo, conocido en la doctrina como «instancia de control», «juicio de revisión» o «apelación limitada», consiste en revisar o controlar la actividad jurisdiccional desarrollada en primera instancia de modo que, al tener un objeto diferente al juicio de primera instancia, no requiere la sustanciación de un nuevo juicio ni la repetición de pruebas.

2.3. En el proceso penal español, el derecho a la doble instancia penal por quien resulta penalmente condenado en sentencia deriva de los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>6</sup> (PIDCP) y 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup> (CEDH), primero, por tratarse de convenios internacionales, que al haber sido ratificados por España forman parte del derecho interno de acuerdo con lo establecido en el art. 96.1 de la Constitución y, segundo, porque el art. 10.2 del Texto constitucional impone su valor y alcance hermenéutico al establecer que:

Las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante P.I.D.C.P) reconoce el derecho del condenado a un juicio revisorio en los términos siguientes: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley».

Por su parte, el Art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1984, reconoce el derecho a un segundo y superior grado de jurisdicción de la siguiente forma:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una juris-

dicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley.

2. Éste derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones menores según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta o haya sido declarado culpable y condenado en un recurso contra su absolución.

2.4. El derecho a la doble instancia no aparece expresamente reconocido como derecho fundamental en la Constitución Española.

Ha sido el Tribunal Constitucional el que, interpretando conjuntamente los artículos 10.2 y 24.1 de nuestra Carta Magna, ha constitucionalizado el derecho al recurso o a la doble instancia en el proceso penal, primero como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>8</sup>, y más tarde como integrante también del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>9</sup>.

La doctrina constitucional nos recuerda que el mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la Constitución Española y obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento; interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales<sup>10</sup>, como lo son el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, respecto del PIDCP y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con relación al Convenio Europeo de Derecho Humanos y sus Protocolos.

En el mismo sentido se expresó el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 5 de octubre de 2005 al anteproyecto de ley de modificación de la LECrim. Según recoge dicho informe:

La Constitución española no exige que toda resolución jurisdiccional pueda ser susceptible de impugnación en vía ordinaria, sino que incluye el derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva, según la interpretación que de este derecho a realizado el Tribunal Constitucional<sup>11</sup>.

2.5. Sobre la ejecutividad de los dictámenes del Comité, el Tribunal Constitucional ha sido muy explícito al considerar que aun no siendo resoluciones judiciales, y por tanto carentes de fuerza ejecutoria directa equiparable a las sentencias del TEDH, ello no implica que carezcan de todo efecto interno pues, como acabamos de indicar, al formar parte de nuestro Derecho interno el PIDCP, no se puede prescindir de la interpretación que lleve a cabo dicho Comité, por ser, precisamente, el garante el cumplimiento de los derechos establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales. Bien es cierto que esos dictámenes, al interpretar el art. 14.5 del PIDCP, no crean recursos inexistentes, pero sí obligan a los Estados a tomar las disposiciones necesarias para remediar la violación declarada y evitar que en lo sucesivo vuelvan a producirse.

Las sentencias del TEDH, en cambio, sí gozan en el Derecho patrio de un cauce legal de cumplimiento, —merced a las reformas llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que introdujo el art. 5 bis en la LOPJ, y más recientemente por la Ley 41/2015, que acogió como nuevo motivo para solicitar la revisión de la sentencia firme la existencia de resolución del tribunal europeo en la que se declare que la sentencia nacional fue dictada en violación de algunos de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos.

2.6. El derecho a la doble instancia penal deducido del PIDCP y art. 2 del Protocolo 7 del CEDH, no fija un modelo de recurso ni los mecanismos para hacer efectivo el derecho al doble grado de jurisdicción, sino que se limita a lo prescrito por la ley nacional.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha puesto de manifiesto que, al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto, entre otros que el sometimiento al tribunal superior de la sentencia condenatoria no se limite a los aspectos formales o legales.

En suma, el derecho a la doble instancia, así concebido, implica el derecho a una «revisión íntegra» de la sentencia, lo que ha sido interpretado por el Comité como que el órgano revisor ha de tener competencias proyectables al control del derecho y de los hechos declarados en la resolución de instancia.

2.7. En particular, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló (Decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación núm. 536-1993, *Perera c. Australia*, § 6.4); que la falta de un juicio oral en la apelación no constituye violación del derecho a un juicio justo, ni del art. 14.5 del Pacto (Dictamen de 29 de octubre de 1999, comunicación núm. 789-1997, *Bryhn c. Noruega*, § 7.2) o que un sistema que no permita el derecho automático a apelar puede ser conforme a las exigencias del art. 14.5 del Pacto, siempre que el examen de la autorización de la solicitud para presentar recurso entrañe una revisión completa, tanto por lo que respecta a las pruebas como a los fundamentos de Derecho, y a condición de que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso (Dictamen de 31 de marzo de 1999, comunicación núm. 662-1995, *Lumley c. Jamaica*, § 7.3.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional<sup>12</sup>, interpretando los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha afirmado que «el derecho a la doble instancia penal contra Sentencias de condena, en los términos recogidos por el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 («Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»), garantiza (...) el «derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» (en el mismo sentido, SSTC 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4); (SSTC 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 13/2014 a 16/2014 inclusive, todas de 30 de enero y en el FJ 2)».

## 2.8. Modelo de doble instancia seguido en el derecho español

Nuestro régimen general de recursos, ya se trate de apelación o casación, sigue el modelo de doble instancia limitada o de control, aún más limitada cuando se trata de recursos de las acusaciones contra sentencias absolutorias, consistente en revisar o controlar la actividad jurisdiccional desarrollada en primera instancia que no requiere la sustanciación de un nuevo juicio ni la repetición de pruebas.

Como veremos más adelante, el tribunal superior que conoce del recurso, llámese apelación o casación, se halla constreñido al examen y crítica de la actividad desarrollada por el órgano inferior, de modo que se revisan los hechos, las pruebas y la motivación de una manera mediata o indirecta. En ningún caso, se vuelve a juzgar lo juzgado al no haber en nuestro sistema previsión de reproducir un segundo juicio en las mismas condiciones que el primero. Sin embargo, sí se admite la práctica de nueva prueba en vía de apelación, si bien limitada a aquellas que no pudieron practicarse por causas independientes de la voluntad de las partes, o fueron indebidamente denegadas en la primera instancia o no se propusieron en su momento por ser de conocimiento sobrevenido.

Sobre este punto parece mayoritaria la doctrina que considera desaconsejable, a la vista de la experiencia ofrecida en otros países, la opción de repetir íntegramente el juicio en la segunda instancia, entre otras razones, porque las posibilidades probatorias se perjudican con el paso del tiempo, y porque la existencia de una plena segunda instancia devalúa en exceso la primera.

En el orden jurisdiccional penal la doble instancia se ha generalizado a través del recurso de apelación contra las sentencias penales, excepción hecha de los casos de aforamientos a los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de los cuales subsiste el recurso de casación ante la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, y los casos de aforados al propio Tribunal Supremo, para los que la ley no prevé recurso revisor ante una jurisdicción superior por hallarse, precisamente, ante el más alto grado de jurisdicción.

Por lo que respecta al ámbito de la penal militar se desconoce el recurso de apelación contra las sentencias por delito en los procedimientos militares, mientras que el acceso a la casación resulta generalizado y desprovistos de trabas formales, de tal manera que en la práctica el recurso de casación penal militar

garantiza, a nuestro juicio, la revisión integral de las sentencias de instancia en los términos exigidos en los referidos instrumentos internacionales.

### 3. LA DOBLE INSTANCIA Y EL RECURSO DE RECURSO DE APELACIÓN

El proceso penal español fue inicialmente diseñado en la LECrim como proceso de instancia única. Tal y como reza su exposición de motivos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal sustituye los dos grados de jurisdicción preexistentes a su promulgación en 1888 por un procedimiento de instancia única en el que se regulaba un recurso de casación con carácter claramente extraordinario o de utilización excepcional. Fue en fechas muy tardías a la promulgación de esta ley procesal, con la ley 6/1967, de 8 de abril, cuando se introdujo el recurso de apelación contra sentencias penales, en el seno del procedimiento de urgencia del que conocía el Juzgado de Instrucción, al que sucedió el procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, creado por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que preveía igual recurso. Más tarde, declarada la inconstitucionalidad de esta ley por la trascendental STC 145/1988, de 12 de julio, se crearon los Juzgados de lo Penal y el procedimiento abreviado por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, con distinción de fases instructora y de enjuiciamiento a cargo de diferentes órganos judiciales (juzgado de instrucción y juzgado de lo penal), y se reguló el recurso de apelación ante las audiencias provinciales contra las sentencias de los juzgados de lo penal.

También la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, incorporó a la LECrim un recurso de apelación propio contra las sentencias del tribunal de jurado, por lo que no dejaba de resultar paradójico que tanto el procedimiento abreviado como el del tribunal de jurado dispusieran de un recurso de apelación y, en cambio, no se dispusiese de ese mismo medio impugnatorio «ordinario» para el procedimiento denominado, precisamente, con ese adjetivo.

Las exigencias de la doble instancia penal, impulsadas con insistencia a partir del año 2000 tras la comunicación del caso Cesáreo Vázquez contra España, en la que se responsabilizaba a nuestro país de haber violado el art. 14.5 del PIDCP, han llevado al legislador a implantar en el orden jurisdiccional penal

con carácter generalizado (excepción hecha de los casos de aforamiento al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia) el recurso de apelación contra las sentencias y determinados autos definitivos, habiéndose optado por continuar con el modelo de apelación limitada o «revisor» de la primera instancia, ya experimentado en nuestro sistema procesal penal, en lugar del modelo de apelación plena, con «nuevo juicio» seguido en otros países.

En efecto, con la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015, el legislador se decidió por acoger, con algunas mejoras<sup>13</sup>, el modelo de recurso de apelación que ya venía regulado en los arts. 790 al 792 de la LECrim para el procedimiento abreviado, cuyos amplios motivos de impugnación se concretan en:

- a) el quebrantamiento de las normas y garantías procesales,
- b) el error en la apreciación de las pruebas, y
- c) la infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación<sup>14</sup>.

Como ya hemos anticipado, nuestro modelo de apelación es limitado o revisor de lo juzgado en la primera instancia, y descarta la repetición integral del juicio ante el tribunal de la apelación, pues sólo se prevé celebración de vista cuando el Tribunal lo estime útil o necesario para la correcta formación de una convicción fundada (art. 791 LECrim), y siempre que se haya admitido la práctica de nueva prueba propuesta por las partes, cuya relevancia ha de justificarse; prueba, además, que se limita a aquella que no se pudo proponer en la primera instancia, por ignorar su existencia, o que habiendo sido propuesta fue indebidamente denegada, o que habiendo sido admitida quedó sin practicar por causas no imputables al proponente (art. 790.3 LECrim).

En otro orden de cosas, la Ley 41/2015 incorporó al artículo 790.2 LECrim nuevas previsiones relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y limita el contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, en particular en los casos de apelaciones contra las sentencias absolutorias o en las impugnaciones de sentencias condenatorias en solicitud de agravación de la pena, con lo que da satisfacción a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada desde la Sentencia del Pleno núm. 167/2002, dictada en coheren-

cia con la doctrina del TEDH<sup>15</sup>, en la que declaraba la imposibilidad del órgano de apelación de modificar los hechos probados en contra del acusado sin presenciar la práctica de la prueba, esto es, sin la exigible inmediación respecto de las pruebas personales.

En este sentido, explica el preámbulo de la ley 41/2015, «cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad».

De esta forma, la LECrim evita el riesgo de una condena en apelación tras una sentencia absolutoria en primera instancia, conocido en los países de corte anglosajona como el peligro de «double jeopardy», que aparece expresamente prohibido en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Téngase en cuenta, además, que si le fuere permitido al tribunal de la apelación dictar una primera sentencia de condena al conocer de un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, ello obligaría, conforme al art. 14.5 del PIDCP, a una nueva revisión del fallo condenatorio y la pena por otro tribunal de grado superior, lo que nos emplazaría a una tercera instancia. Por ello la opción elegida por el legislador español de anular la sentencia apelada y devolver el caso al tribunal *a quo* para nuevo enjuiciamiento nos parece del todo acertada.

La reforma de la LECrim, como recuerda Jaén Vallejo<sup>16</sup>, ha adoptado para la apelación la misma solución que la acogida por el Tribunal Supremo para la casación en el Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012, en el que se consideró que, como no estaba prevista en la ley la práctica de la prueba ante el tribunal ni la citación del acusado a una vista, la Sala no podía rectificar la declaración de hechos probados, por lo

que lo procedente en tal caso era devolver el asunto al tribunal de procedencia para la subsanación del defecto, que puede ser simplemente de motivación o exigir un nuevo enjuiciamiento con un tribunal distinto.

Pese a las críticas que pudiera suscitar nuestro modelo de apelación en cierto sector de la doctrina, la repetición íntegra del juicio en la segunda instancia, que se presenta como alternativa, no asegura un mayor acierto y justicia en la resolución de los casos penales, como puso de manifiesto Bacigalupo Zapater<sup>17</sup>, quien, haciendo acopio de las aportaciones brindadas por insignes representantes de la doctrina alemana, como KÜHNE, SCHLÜCHTER y ROXIN, críticos del sistema de doble instancia con nuevo juicio imperante en el derecho alemán, expuso que dicho sistema de apelación no garantiza el mejor esclarecimiento de la causa, perjudica los medios de prueba por el largo tiempo transcurrido hasta la segunda instancia de los hechos, y, en definitiva, no garantiza una mejor jurisprudencia. También la judicatura alemana parece tener una opinión negativa de tal sistema de doble instancia o por lo menos así lo hizo constar la Federación Alemana de Jueces en un dictamen elaborado a requerimiento del Ministerio Federal de Justicia, que incluso llegó a anunciar una reforma procesal que, salvo error u omisión, no se llevó a efecto hasta la fecha. En el mismo sentido, se ha llegado a decir que el sistema de doble instancia con nuevo juicio integral predispone a las partes a reservar su arsenal probatorio y sus esfuerzos para el segundo asalto judicial, con evidente devaluación del juicio seguido en la primera instancia que acabaría convertido en un acto de «mero trámite» o preparatorio del ulterior y decisivo juicio.

Por lo que respecta al proceso penal militar, la LPM no contiene ninguna previsión relativa al recurso de apelación contra las sentencias penales por delito. Sí regula, en cambio, dicho recurso contra las sentencias dictadas en el procedimiento por faltas penales comunes<sup>18</sup> (arts. 425 a 431 LPM), que sigue el mismo sistema revisor o de control e idénticas pautas de tramitación que las previstas en la LECrim para la apelación en el procedimiento abreviado, con la diferencia de que en el procedimiento militar no aparecen predeterminados los motivos de impugnación.

#### 4. LA DOBLE INSTANCIA Y EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL

Desde que se viera la luz el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, en el caso Cesáreo Gómez Vázquez contra España<sup>19</sup>, se ha venido cuestionando la adecuación de nuestro recurso de casación al derecho del condenado a la doble instancia en materia penal en los términos que reconoce el Art. 14.5 del PIDCP.

El fundamento de éste y otros dictámenes del Comité se basa en que el tribunal de casación no vuelve a evaluar las pruebas del juicio y se limita a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia de instancia, esto es, no realiza una «revisión íntegra» de la sentencia. A ello se une el carácter extraordinario que, desde su origen, se ha venido atribuyendo al recurso de casación, al vetar su acceso a determinadas sentencias y limitar la impugnación a motivos tasados.

Con el paso del tiempo se ha producido una doble evolución que permite reconsiderar aquellas primeras conclusiones del Comité: la primera tiene que ver con el recurso de casación, que ha pasado por lo que se ha convenido en llamar «proceso de constitucionalización», para hacer posible, además del examen de los aspectos legales y formales de la sentencia de instancia, la revisión de sus elementos fácticos, una vez superado el rancio principio de la «intangibilidad de los hechos probados»; la segunda afecta al propio Comité de Derechos Humanos, que ha ido dulcificando su doctrina con relación al recurso de casación español, al pasar de una velada censura de nuestro sistema de recursos<sup>20</sup> al examen y decisión particular sobre la concreta actuación del tribunal de casación en cada caso, dando paso a sucesivas inadmisiones de denuncias en los casos en que ha entendido que la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación satisface el derecho reconocido en el art. 14.5 del Pacto Internacional<sup>21</sup>.

La doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han considerado en todo caso que nuestro sistema de recursos cumple con las exigencias del Pacto de Nueva York en la medida en que éste no impone la naturaleza del recurso revisor de las sentencias condenatorias, ni precisa su contenido, ni requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos a imagen del realizado en la primera instancia.

Tampoco resulta inadecuado nuestro recurso de casación, a juicio del Tribunal Constitucional, en orden a satisfacer el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria por una jurisdicción superior deducido del art. 6.1 del CEDH y art. 2 del Protocolo núm. 7, para lo que suele citarse como ejemplo la declaración realizada por el TEDH sobre el modelo de casación francés, del que es trasunto nuestro recurso de casación<sup>22</sup>.

Resulta muy ilustrativa la doctrina condensada en la STC 70/2002, de 3 de abril<sup>23</sup>, en la que se interpretó que:

Existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto.

Entre esas reglas se encuentran, prosigue la misma STC:

Todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado.

En efecto, la LECRim, además de las oportunidades revisorias que ofrece el artículo 849.2 sobre la valoración de la prueba, deja abierta una vía más amplia —a través del art. 852 y mediante la invocación del art. 24.2 CE, tanto del derecho a un proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia— «que permite al Tribunal Supremo la «revisión íntegra», entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba»<sup>24</sup>. De acuerdo con esa «amplia interpretación» de las posibilidades que ofrece el recurso de casación, es factible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la

que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas, como admite la STC 116/2006, de 24 de abril.

Así, a través del recurso de casación, la LECrim permite al Tribunal Supremo: controlar la aplicación del derecho sustantivo (art. 849.1.º) y de los principios del proceso penal (arts. 850, 851 y 852); conocer de toda pretendida infracción de precepto constitucional (art. 852); entrar en el eventual error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Tribunal de instancia (art. 849.2.º); controlar la valoración de la prueba en lo que es controlable, esto es, en cuanto a su razonabilidad o no arbitrariedad, por ser, en realidad, una cuestión de derecho (arts. 24.2 y 9.3 de la Constitución); y aunque no puede controlar la credibilidad de las pruebas personales practicadas en la instancia, pues el tribunal de casación no las percibe directamente, sí puede revisar la insuficiencia de la prueba o de su ponderación no racional.

En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional se pronuncia la Sala 2.ª de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 1487/2004, de 13 de diciembre<sup>25</sup>, entre otras muchas, al concluir que el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya «constituye un recurso efectivo» en el sentido del artículo 14.5 del PIDCP. En su argumentación, el Tribunal Supremo parte de la base de que «los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia (...), han sido superados», de manera que la revisión de las sentencias que realiza el tribunal de casación se aproxima progresivamente a la que realizan los tribunales de apelación:

No sólo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser considerada inculpativas o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia.

Igual criterio sigue la Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo en sus sentencias de fechas 25 de noviembre de 2002, 21 de junio de 2004 y 4 de junio y 3 de diciembre de 2007, en las que se reconoce el proceso evolutivo seguido en el ámbito de la

jurisdicción militar en el recurso de casación, hoy despejado de formalismos enervantes que hacen posible la revisión integral de la sentencia de instancia tanto en sus aspectos legales y formales como en sus presupuestos fácticos y probatorios. Así lo expresa sin ambages la última de las sentencias citadas (17.07.2015), cuando afirma a propósito del control casacional en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que la función del tribunal de casación

Comprende la posibilidad de efectuar una revisión íntegra de la Sentencia objeto de recurso también en sus elementos fácticos, satisfaciendo así el derecho que asiste a cualquier persona a que su condena sea revisada por un Tribunal Superior (vid. art. 14. 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que adquiere especial relevancia en nuestro sistema procesal en que todavía no es una realidad la doble instancia penal.

Por ello convenimos con Jaén Vallejo<sup>26</sup> en que la casación penal española, lo mismo que la de otros países de la Unión Europea que tienen estructurada su jurisdicción en forma similar a la española, como Francia e Italia, cumple sobradamente las exigencias del PIDCP (art.14.5), pues aunque el recurso no reciba el nombre de apelación, que es el término utilizado en el sistema procesal penal anglosajón, ni se la califique formalmente de «segunda instancia», constituye un verdadero «recurso efectivo», en el sentido exigido por el Pacto, pues permite un nuevo y amplio examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un tribunal superior.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, sólo resta decir que la problemática suscitada por el Comité de Derechos Humanos sobre la idoneidad de la casación como instrumento hábil para satisfacer el derecho a la doble instancia ha quedado eliminada o considerablemente reducida tras la generalización del recurso de apelación. Hoy en día la cuestión se limita a los casos a los que la reforma aún no ha llegado, como lo son, en el orden jurisdiccional penal, los procedimientos contra aforados a los tribunales superiores de justicia y al Tribunal Supremo, y en el ámbito de la jurisdicción militar, la totalidad de los procedimientos penales por delito (sumarios y diligencias preparatorias), para los que sólo se prevé el recurso de casación. En nuestra opinión, entretanto no se aborde la correspondiente reforma legislativa,

el recurso de casación «ampliada» y de acceso flexible, tal y como se ha venido concibiendo en estos últimos años, ha de seguir supliendo en estos casos a la apelación, como garantía alternativa, por más que resulte lógico pensar que la casación ha recobrado su primitivo carácter de recurso extraordinario, orientado a cumplir una función nomofiláctica o unificadora en la interpretación de la Ley, no revisora, y que su acceso deba restringirse a lo que verdaderamente ostente un interés casacional.

##### 5. LA EXCLUSIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA DEL RÉGIMEN DE AFORAMIENTOS

El aforamiento, en definición del profesor GIMENO SENDRA<sup>27</sup>, constituye «una derogación de las normas comunes de la competencia objetiva en cuya virtud determinadas Autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos superiores del juez territorialmente competente en todo lo relativo a su procesamiento, instrucción y enjuiciamiento».

De acuerdo con tal definición, el aforamiento a un tribunal superior al ordinario no conlleva necesariamente la privación de la garantía a la doble instancia, pues todo dependerá del nivel jurisdiccional al que se someta la persona aforada. Así, en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, su aforamiento a las Audiencia Provincial territorialmente competente no obsta al recurso de apelación ni restringe su derecho al doble grado de jurisdicción. Tampoco los aforamientos «autonómicos» ante los Tribunales Superiores de Justicia, o los aforamientos de militares ante el Tribunal Militar Central determina para la persona aforada la negación absoluta de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria por un tribunal superior.

Es el régimen de aforamientos en cuya virtud determinadas personas, por razón de su autoridad, empleo o cargo, sólo pueden ser juzgadas en primera y única instancia ante el Tribunal Supremo<sup>28</sup>, el que resulta incompatible, sin duda, con el derecho a la doble instancia en los términos reconocidos en el art. 14.5 del PIDCP.

Desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cambio, el tema de los aforamientos no presenta los mismos inconvenientes que el Pacto de Nueva York, pues la norma europea sí prevé la posibilidad de excepcionar el derecho

al doble grado de jurisdicción «cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta o haya sido declarado culpable y condenado en un recurso contra su absolución» (art. 2.2 del Protocolo núm. 7 del CEDH). Nuestra doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se han mostrado comprensibles con ese régimen especial en numerosas sentencias, argumentando que la diferencia de trato se justifica por la legítima finalidad del aforamiento<sup>29</sup>, de manera que aunque falte la garantía que se pretende con el reconocimiento del derecho al recurso, ésta se ve compensada por realizar el enjuiciamiento el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, garantía mayor si se quiere que el recurso en sí.

Pero el PIDCP no contempla excepciones a la regla de la doble instancia penal, según ha dictaminado el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Recordemos que el precepto en cuestión estipula que cualquier persona declarada culpable de una infracción penal tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un tribunal superior «de acuerdo con la ley».

Así, en el caso Terrón contra España el Comité de Derechos Humanos dictaminó que la garantía establecida en el artículo 14.5 del Pacto no se ve satisfecha cuando concurre la circunstancia –bastante frecuente en algunos Estados Partes en el mismo–, de que un individuo sea juzgado por la más alta autoridad jurisdiccional de un Estado, al tiempo que consideró irrelevante la falta de objeción a ser juzgado por el Alto Tribunal, ya que el aforamiento viene previsto en nuestras leyes procesales. La causa radica, según señala, en que el citado precepto exige la revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior, sin que la referencia «de acuerdo con la ley» suponga que ese derecho de revisión quede bajo el ámbito de discrecionalidad del Estado en cuestión<sup>30</sup>.

Aunque, como decíamos, el Comité no admite el aforamiento como excepción a la regla de la doble instancia, sí aceptó las alegaciones del Estado Español en el concreto caso Pascual Estevill contra España<sup>31</sup>, al apreciar abuso de derecho por parte de este aforado, que insistió en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo, cuando pudo ser juzgado por el tribunal superior de justicia de una comunidad autónoma y acudir en revisión ante un tribunal superior. Ciertamente el dictamen resulta muy interesante en cuanto abre la puerta a la posibilidad de concebir el aforamiento en el futuro (*de lege ferenda*) como un

derecho renunciable, lo que conllevaría la posibilidad de que el aforado pudiera optar por someterse a un régimen de doble instancia o renunciar al mismo para ser juzgado por el alto tribunal en instancia única, solución ésta que parece conciliar el régimen de aforamiento con los estrictos términos del Pacto Internacional.

En este orden de cosas, el problema de la exclusión de la doble instancia penal se ve agravado en relación con las personas no aforadas que por razón de conexión delictiva o coparticipación son juzgados por la máxima instancia judicial, conjuntamente con la persona aforada. La legitimidad constitucional y las razones explicativas de esa exclusión que antes se predicaba para los aforados se hace extensiva ahora a los no aforados, lo que encuentra su fundamento en el hecho de que el enjuiciamiento conjunto de diversas conductas punibles en un solo proceso se hace, a veces, imprescindible o muy necesario, como consecuencia de la existencia de ciertos nexos o elementos inescindibles que impiden o dificultan el enjuiciamiento separado de las personas involucradas en delitos conexos. En suma, con ello no se pretende sino favorecer el principio de economía procesal, facilitando la instrucción y el enjuiciamiento de causas, normalmente de naturaleza compleja, y asegurar la realización de la justicia, evitando al propio tiempo pronunciamientos contradictorios. Pero ninguna de estas razones resultó suficiente, a juicio del Comité de Derechos Humanos, para justificar la desigualdad de trato y la privación del derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP a aquellos no aforados cuyo enjuiciamiento es atraído por la máxima instancia judicial. Lo puso en evidencia en el caso *Capellades contra España*, en el que una persona no aforada se vio incurso en un proceso penal ante el Tribunal Supremo, al apreciarse conexión delictiva en un asunto de financiación irregular de un partido político<sup>32</sup>. En tal caso el Comité apreció violación del artículo 14.5 del Pacto y reiteró una vez más que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» que incluye tal precepto «no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes», y que si bien es práctica común de muchos Estados Partes el otorgar el conocimiento de ciertas causas a un tribunal de mayor jerarquía que aquel al que le correspondería, por razón del cargo que ostenta un individuo, «esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior».

La cuestión ofrece otra dimensión, como antes decíamos, en el caso de los aforamientos residenciados en otros órganos judiciales, como los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73 de la LOPJ) o el Tribunal Militar Central (art. 34 de la LOCOJM), pues en estos casos la sentencia condenatoria siempre podrá ser sometida ante un tribunal superior, la correspondiente Sala Segunda o Quinta del Tribunal Supremo, siquiera sea en vía de recurso de casación. La cuestión de si con este recurso extraordinario se colman las exigencias que derivan del art. 14.5 del PIDCP es otro tema que ya ha sido objeto de tratamiento en el apartado correspondiente.

En definitiva, el problema de exclusión radical del derecho a la doble instancia que afecta a los aforados al Tribunal Supremo no encuentra hoy en nuestro Derecho una solución compatible con esa garantía, ni parece tener encaje en ninguna de las reformas de futuro previstas para nuestra organización judicial y régimen de recursos. Pero todo será cuestión de voluntad legislativa, pues así como el Tribunal Supremo fue concebido como órgano de casación y más tarde abrió sus puertas a una función que no le es propia, como es la de enjuiciamiento en única instancia de los aforados, así también podría acomodarse a los tiempos y asumir la constitución de una sala especial de apelación<sup>33</sup>, sin que con ello deban excluirse otras opciones legislativas, como la reducción o supresión del amplio régimen de aforamientos actualmente existente en nuestro país, que desde distintos sectores doctrinales, con la mirada puesta en países de nuestro entorno cultural como Alemania, los Estados Unidos o el Reino Unido, se viene reclamando.

## 6. LA IMPLANTACIÓN *DE LEGE FERENDA* DE LA DOBLE INSTANCIA EN EL ÁMBITO PENAL MILITAR

Una vez «generalizado» el recurso de apelación mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, como mecanismo para dotar de efectividad el derecho a la doble instancia penal en España, se plantea ahora la necesidad de trasladar la reforma al ámbito de la jurisdicción militar. La cuestión no presenta mayores problemas desde un plano doctrinal, pues en términos teóricos

todos coinciden en la conveniencia de extrapolar al proceso penal militar el modelo de recurso de apelación implantado en el orden jurisdiccional penal, llevando a cabo al propio tiempo la correspondiente reforma orgánica para la creación de nuevos órganos de apelación.

En la práctica, la tarea se torna algo complicada por las razones ya apuntadas en la introducción de este estudio. Por una parte, el hipertrofiado régimen de aforamientos existente en la jurisdicción militar, unos al Tribunal Supremo (Capitanes generales, generales de ejército, almirantes generales y generales del aire, tenientes generales y almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central) y otros al Tribunal Militar Central (militares con empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta y sus asimilados hasta general de división o vicealmirante, así como los poseedores a nivel individual de la Cruz Laureada de San Fernando) exigiría la creación de tres salas de apelación, siendo así que la única sala viable, por ahora, sólo cabe residenciarla en el Tribunal Militar Central, que conocería de las apelaciones contra sentencias de los tribunales territoriales y las de su propia Sala de Justicia. De esta forma, se dejaría sin posibilidad de acceso a la doble instancia a los aforados ante el Tribunal Supremo, tal y como acontece en el orden jurisdiccional penal. Por otra parte, y en otro orden de cosas, la adición de nuevos órganos (de apelación) a la organización judicial militar ahora existente, con el consiguiente incremento en el gasto y la dotación de recursos humanos, pudiera encontrar resistencias en este momento económico, marcado por la contención presupuestaria y sus derivadas en relación con la política de personal del departamento.

Sin obviar estas consideraciones, las propuestas de reforma para implantar la doble instancia en la jurisdicción militar abarcan un amplio abanico de posibilidades que irían desde una reforma parcial del sistema de recursos en la Ley Procesal Militar —para introducir la apelación contra las sentencias y determinados autos de los tribunales militares—, sin más reorganización judicial que la remodelación del TMC para constituirlo en órgano de apelación, hasta una reforma en profundidad del proceso penal militar y su régimen de recursos, acompañada de una reestructuración

integral de la organización judicial militar. Entre una y otra iniciativa de reforma caben, naturalmente, un sinnúmero de opciones intermedias. Para evitar su dispersión, las hemos agrupado en torno a cuatro propuestas, que presentan puntos intercambiables que invitan al debate.

6.1. *Propuesta de implantación de la doble instancia con reforma de gran alcance: cambio del modelo funcional y reorganización integral de la jurisdicción militar*<sup>34</sup>

La propuesta de reforma más ambiciosa parte de un cambio de modelo funcional en la organización judicial militar y una profunda modificación de los procedimientos penales, que se condensa en los siguientes puntos:

6.1.1. Eliminación de la fase de instrucción judicial, que sería encomendada a la Fiscalía Jurídico Militar<sup>35</sup> y la sustitución de los actuales Juzgados Togados Militares Territoriales (JTMT) por otros de nueva creación, cuyos titulares, con empleo de Coronel Auditor, desempeñarían el papel de juez de garantías<sup>36</sup>, con competencia para dictar sentencia de conformidad y acordar el sobreseimiento.

Sobreviven a esta reforma los Juzgados Togados Militares Centrales, a los que se encomienda la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra autos dictados por los JTMTs, así como las funciones de vigilancia penitenciaria.

6.1.2. El enjuiciamiento de la práctica totalidad de los delitos de competencia de la jurisdicción militar, se atribuye a la Sala de Justicia del TMC, de la que sólo se excluyen los casos de aforamiento de que conoce la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

En el orden orgánico, la ampliación de la competencia del TMC conlleva la supresión de los Tribunales Militares Territoriales (TMTs), y la reorganización del TMC que pasaría a tener cuatro salas<sup>37</sup>.

6.1.3. Con este modelo organizativo, la doble instancia penal en el ámbito militar se canalizaría a través del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del TMC, del que conocería la Sala de Apelación del mismo tribunal.

6.1.4. Composición de la sala de apelación del TMC. Una característica peculiar de la composición de la Sala de Apelación es su formación escabinada, lo cual parece tener su fundamento en la conveniencia de reproducir en la apelación una sala a imagen

y semejanza de la de instancia, dada la posibilidad de practicar nueva prueba en vista oral que, en aras del principio de inmediatez y para una mejor valoración, habría de ser apreciada desde la diferente perspectiva del jurista, que conoce el derecho, y del profesional de la milicia, que posee la experiencia sobre la actividad que desarrollan de las Fuerzas Armadas.

Dicha sala estaría compuesta por su auditor presidente, un vocal togado, con el empleo de oficial general del Cuerpo Jurídico Militar (general consejero togado o general auditor), y un vocal militar con el empleo de general de brigada o contraalmirante del Ejército, Armada o Guardia Civil, al que pertenezca el acusado, o el más caracterizado de ellos, si fueren varios.

6.1.5. La regulación de los motivos de impugnación y la tramitación del recurso de apelación se reenvía por la ley procesal militar a lo dispuesto en la LECrim para el procedimiento ordinario, acogiendo así por el modelo de doble instancia revisor o de control seguido en el orden jurisdiccional penal, y no el sistema de apelación plena o de nuevo juicio integral.

6.1.6. El régimen de recursos se completa con el recurso de casación ante la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas en apelación por la Sala de Apelación del TMC, en los términos previstos para la casación contra sentencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

6.1.7. La propuesta de reforma no introduce cambios en el enjuiciamiento y régimen de recursos de los aforados ante el Tribunal Supremo, de manera que la Sala 5.<sup>a</sup> de lo Militar seguiría conociendo en única instancia de los delitos de competencia de la jurisdicción militar cometidos por los aforados a esta Sala, sin posibilidad de doble instancia, al igual que ocurre con los aforados a la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Penal del mismo Tribunal.

6.1.8. Observaciones sobre esta propuesta. En relación con esta propuesta de máximos, que ha sufrido algunas variaciones desde su concepción inicial, consideramos necesario hacer unas observaciones relacionadas con la Sala de Apelación del TMC, cuya composición no viene predeterminada con carácter exclusivo y excluyente, pues permite que vocales togados de la sala constituida un día en apelación puedan formar parte otro día de la Sala de Justicia, aunque fuera para distinto asunto, excepción hecha del Auditor Presidente del TMC.

Tal composición de la Sala de Apelación, en régimen rotatorio entre todos los vocales togados con arreglo a los turnos establecidos al inicio del año judicial, suscita dudas sobre su condición de «tribunal superior» respecto de la Sala de Justicia del propio TMC, como exige el art. 14.5 del PIDCP o el art. 2 del Protocolo 7 del CEDH. Sobre este punto, resulta ilustrativo el informe de fecha 22 de abril de 2003 del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma de la LOPJ (anteproyecto referido a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por el que se crearon las Salas de Apelación de la Audiencia Nacional y las de los Tribunales Superiores de Justicia), en el que se critica que los miembros de la Sala de Apelación —a los que se exige un mínimo de años de especialización o de servicio en el ámbito penal—, puedan ejercer funciones judiciales de refuerzo en la Sala de lo Contencioso-Administrativo; por ello, si ya resulta cuestionable esa disponibilidad para desempeñar cometidos en materia ajena al ámbito penal, cuánto más censurable habría de resultar, a juicio del CGPJ, que los miembros de la sala de apelación pudieran alternar su función con el enjuiciamiento penal en primera instancia.

Por todo ello, entendemos que los miembros de la Sala de Apelación deberían venir revestidos de una cualificación (empleo, antigüedad, especialización, etc.) que les permita constituirse en un superior grado de jurisdicción, pues el derecho a la doble instancia consiste, precisamente, en la posibilidad de revisión de la sentencia por otro órgano diferente y de grado superior, no sólo en su denominación sino por la superior condición, cualidad o jerarquía de los miembros llamados a integrarlo. Así pues, la Sala de Apelación del TMC debería constituirse, a nuestro juicio, con el auditor presidente del TMC y el vocal o vocales togados más antiguos, y con carácter permanente.

#### 6.2. *Propuesta de doble instancia: supresión de aforamientos al TMC. Enjuiciamiento por los TMTs y apelación ante TMC*

A medio camino entre la reforma integral de la jurisdicción militar y la reforma de mínimos, se presenta esta otra propuesta que toma como punto de partida la supresión de los aforamientos al TMC, la transferencia de las competencias del TMC a los TMTs para el enjuiciamiento penal en primera instancia y la constitución del TMC como órgano de apelación. La reforma se extiende a los siguientes puntos:

6.2.1. Reducción de aforamientos en la jurisdicción militar, limitados a los Oficiales Generales, que serían juzgados por la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con la consiguiente supresión de la competencia del TMC para conocer en primera instancia de los delitos de competencia de la jurisdicción militar.

6.2.2. Ampliación de la competencia de los Tribunales Militares Territoriales para conocer de todos los delitos de competencia de la jurisdicción militar no atribuidos a la Sala 5.<sup>a</sup> de lo Militar del Tribunal Supremo.

Los TMTs conocerán de los delitos militares cometidos por cualquier militar hasta el empleo de coronel.

6.2.3. Composición de los TMTs en materia penal

—Para la celebración de la vista oral y dictar sentencia, la sala de cada TMT se formaría con su auditor presidente o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar, del mismo modo que en la regulación actual.

Para mayor garantía de independencia e imparcialidad, el empleo militar del presidente de la sala y el del vocal militar nunca habría de ser inferior al empleo del acusado, o del acusado de mayor rango si fueren varios.

El vocal militar ostentaría el empleo de comandante o capitán de corbeta, cuando el acusado, o el más caracterizado de los acusados si fueren varios, tuviese un empleo igual o inferior a capitán o teniente de navío.

Si el acusado, o el más caracterizado de ellos, tuviera un empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta, el vocal militar ostentaría el empleo de coronel o capitán de navío.

—Para conocer del resto de los asuntos de su competencia, la sala se constituirá por su auditor presidente y dos vocales togados, en los términos previstos en la actual regulación.

6.2.4. La instrucción de los procedimientos penales corresponderá al juez togado de la demarcación que corresponda de acuerdo con las reglas generales de determinación de la competencia territorial, con excepción de los casos en que el investigado o más caracterizado de ellos, si fueren varios, ostentase el empleo igual o superior a comandante, en cuyo caso la instrucción se llevará a cabo por el Juez Togado Militar Central, a fin de asegurar la independencia e imparcialidad del instructor, preservándolo de cualquier posibilidad de influencia o prevalimiento del acusado por razón de su cargo o empleo jerárquico.

6.2.5. La organización judicial militar territorial debería contar con, al menos, tres tribunales militares territoriales.

La razón de esta previsión no es otra que la de permitir la sustitución de los miembros de los tribunales cuando las salas no puedan constituirse en caso de vacante, o imposibilidad de intervenir de todos o alguno de sus miembros.

6.2.6. Adición de una nueva competencia del Tribunal Militar Central para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra sentencias y autos definitivos de los tribunales militares territoriales.

6.2.7. Composición de la Sala de Apelación del TMC. Esta sala, llámese de apelación o de justicia, encargada de resolver los recursos de apelación, estaría formada:

—Por el auditor presidente del TMC, un vocal togado, y un vocal militar con empleo de general de brigada o contraalmirante del Ejército, Armada o Guardia Civil, al que pertenezca el acusado o, de ser varios, el más caracterizado de ellos, para la celebración de vista, en su caso, y dictar sentencia, cuando mediare solicitud de prueba en vía de apelación.

—Por su auditor presidente y dos vocales togados, cuando se trate de dictar sentencia, siempre que no mediare solicitud de nueva prueba en apelación. La competencia de esta sala se extiende a la tramitación del recurso, admisión o denegación de pruebas y todas las incidencias de la apelación.

6.2.8. Recurso de apelación. Al igual que se ha indicado en la propuesta precedente, se incorporaría a la Ley Procesal Militar el recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs, para su decisión por el TMC, cuya regulación se reenvía a lo dispuesto para el procedimiento ordinario en la LECrim<sup>38</sup>.

6.2.9. Impugnación de sentencias de apelación. Contra las sentencias dictadas en apelación cabría recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, conforme dispone el art. 847.1.º a) de la LECrim, así como por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim), tal y como se prevé para las sentencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

6.2.10. Aforamientos ante el Tribunal Supremo. Esta propuesta de reforma tampoco introduce cambios en el enjuiciamiento y régimen de recursos de los aforados ante el Tribunal Supremo, de

manera que la Sala 5.<sup>a</sup> de lo Militar seguiría conociendo en única instancia de los delitos de competencia de la jurisdicción militar cometidos por los aforados a esta Sala.

6.3. *Propuesta de doble instancia: creación de una sala de apelación en el TMC, sin reforma de la competencia y organización judicial territorial*

Se trata de una propuesta de mínimos sobre la base de la actual estructura orgánica de la jurisdicción militar y manteniendo el régimen de aforamientos. La doble instancia en materia penal se haría efectiva adicionando al TMC una nueva Sala de Apelación para conocer de los recursos contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs y de la Sala de Justicia del propio TMC, acogiendo el modelo de recurso de apelación incorporado a la LECrim por la Ley 41/2015. Se resume en los siguientes puntos

6.3.1. Creación de una Sala de Apelación en el Tribunal Militar Central, con competencia para resolver el recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs y de la Sala de Justicia del TMC.

6.3.2. Composición de la Sala de Apelación del TMC. Estaría integrada por:

- El auditor presidente
- Los dos vocales togados más antiguos del TMC, con empleo de oficial general del cuerpo jurídico militar (generales consejeros togados o generales auditores).
- El vocal militar que se designe por insaculación, con empleo de general de brigada o contraalmirante del Ejército, Armada o Guardia Civil, al que pertenezca el acusado o, de ser varios, el más caracterizado.

6.3.3. Constitución de la Sala de Apelación. En función de que mediara o no solicitud de prueba, la Sala de Apelación estaría formada

- Por el auditor presidente del TMC, un vocal togado, y un vocal militar, cuando se trate de la celebración de vista, en su caso, y para dictar sentencia, siempre que mediare solicitud de nueva prueba en vía de apelación.
- Por su auditor presidente y dos vocales togados, cuando se trate de dictar sentencia, siempre que no mediare solicitud de nueva prueba; la competencia de esta sala se extiende a la tramitación del recurso, admisión o denegación de pruebas y todas las incidencias de la apelación.

6.3.4. Predeterminación e incompatibilidad funcional de los miembros de la Sala de Apelación. Tanto el auditor presidente como los vocales togados que se designen para integrar la Sala de Apelación del TMC se incorporaría a la misma con carácter permanente y ejercerían sus funciones con carácter exclusivo y excluyente de cualquier otra intervención jurisdiccional. Excepcionalmente, los miembros de la Sala de Apelación podrían intervenir en la resolución de asuntos de naturaleza contencioso disciplinaria militar, siempre que el número de asuntos pendientes de resolución, a juicio y decisión de la Sala de Gobierno, así lo hiciera aconsejable.

6.3.5. Recurso de apelación. Al igual que se ha indicado en la propuesta precedente, se incorporaría a la Ley Procesal Militar el recurso de apelación ante la Sala de Apelación del TMC contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs, cuya regulación se reenvía a lo dispuesto en la LECrim.

6.3.6. Recurso de casación. La sentencia dictada en apelación sería recurrible en casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma o infracción de precepto constitucional, con arreglo a lo dispuesto en la LECrim.

6.3.7. Aforamientos al Tribunal Supremo. Por lo que respecta a los aforados a la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, nos remitimos a lo indicado en los anteriores apartados, al no ser viable la creación de una sala de apelación en dicho tribunal para hacer efectivo el derecho a la doble instancia de quienes resulten condenados, en tanto no se prevea la creación de una sección de apelación en la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Penal.

#### 6.4. DOBLE INSTANCIA SIN REORGANIZACIÓN JUDICIAL MILITAR. APELACIÓN ANTE LA SALA DE JUSTICIA DEL TMC

Como variante de la anterior reforma de mínimos podría plantearse la posibilidad de implantar el recurso de apelación ante la Sala de Justicia del TMC sólo contra las sentencias de los TMTs, sin más reforma que la inclusión de este medio de impugnación en la Ley Procesal Militar y la adición en la LO 4/1987 (LOCOJM) de la competencia a la Sala de Justicia del TMC para conocer del recurso, sin creación de una sala de apelación en el TMC.

Esta propuesta, por simple que parezca, homologa el sistema de doble instancia a lo establecido en la LECrim para el orden

jurisdiccional penal, pues establece diferentes medios de impugnación en función de la existencia o no de un régimen de aforamiento. Así el recurso de apelación, en el proceso penal y en el penal militar, sería aplicable a todos los procedimientos penales contra personal no aforado, mientras que para el personal aforado de segundo nivel (aforados a los tribunales superiores de justicia y aforados al TMC) sólo se prevé el recurso de casación; y al propio tiempo los aforados al Tribunal Supremo, ya sea a la Sala 2.<sup>a</sup> ó 5.<sup>a</sup>, se verían privados de uno y otro recurso, en igualdad de condiciones para una u otra sala.

Esta propuesta se resume en los siguientes puntos.

6.4.1. Ampliación de la competencia de la Sala de Justicia del TMC para incluir el conocimiento del recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs.

6.4.2. Implantación del recurso de apelación contra sentencias y autos definitivos. A diferencia de lo indicado en las propuestas precedentes, el recurso de apelación sólo estaría previsto contra las sentencias y autos definitivos de los TMTs. Su regulación se reenvía a lo dispuesto para el procedimiento ordinario en la LECrim.

6.4.3. Recursos contra sentencias en causas contra aforados al TMC. Con relación a las sentencias dictadas en única instancia por el TMC, respecto de personas aforadas a ese tribunal, cabría únicamente recurso de casación, por infracción de ley, quebrantamiento de forma y por infracción de precepto constitucional, al igual que ocurre con las sentencias dictadas en única instancia en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (seguidas contra aforados de segundo nivel), para las que tampoco se ha previsto en la Ley 41/2015 el recurso de apelación por tratarse éste de una clase de recurso que la LECrim no contempla que pueda ser resuelto por el Tribunal Supremo.

6.4.4. Aforados al Tribunal Supremo. Por lo que respecta a los procedimientos contra aforados a la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, la posibilidad de recurso de apelación o casación tampoco se contemplaría, al igual que ocurre con los demás aforados a la Sala 2.<sup>a</sup>

Tal solución sería respetuosa con el art. 2.2 del Protocolo 7 del CEDH, que permite la exclusión de la segunda instancia en los aforamientos a la máxima instancia judicial, pero no encaja en la doctrina del Comité de Derechos Humanos dictada a pro-

pósito del derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP, como ya indicamos al tratar de los aforamientos. Ante la exigencia que deriva de este último precepto no quedan otras alternativas que la supresión de los aforamientos, su conversión en una opción renunciante por el investigado, o la creación de las secciones de primera instancia y de apelación en el Tribunal Supremo previstas en el proyecto de reforma de la LOPJ aprobado por el Gobierno en diciembre de 2005, que no llegó a prosperar.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Zapater (2006), *La reforma del sistema de recursos en el proceso penal*, en Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. (Madrid) Dickinson; y «Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada doble instancia). Actualidad Penal Núm. 12 de 2002
- Cachón Villar, Pablo, (septiembre 2006), *La doble instancia penal y el recurso de casación*. Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 10.
- Egido Trillo-Figueroa, B. (2009), *La doble instancia penal en la jurisdicción militar. Ideas para la Reforma*. IV Jornadas de expertos de la Fiscalía Jurídico Militar. Centro Estudios jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid. Ponencia en Jornadas de Fiscales Especialistas. Edición digital, WEB: [fiscal.es](http://fiscal.es)
- Fernández Pérez, J.A. «Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar». Estudios de Derecho Militar 2009. Edita: Ministerio de Defensa.
- Jaén Vallejo, M. (2016), *Recursos contra sentencias penales*. Edición digital en: [elderecho.com/tribuna/penal](http://elderecho.com/tribuna/penal).
- Matamoros Martínez, R.E. *Líneas básicas para una reforma de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*. Ponencia en Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar febrero 2016. Edición digital en Web: [Fiscal.es](http://Fiscal.es)
- Molina Gómez, Lidia. (septiembre 2013), *Aforamiento y Doble Instancia Penal. De los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a la interpretación de nuestros Tribunales*. Universidad de Alicante. Edición digital: [rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/35356/1/TFM\\_Lidia-Molina-Gomez.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/35356/1/TFM_Lidia-Molina-Gomez.pdf)
- Ortíz Urculo, J.C. en su Ponencia: *El derecho a la doble instancia penal*. Cursos de Fiscales Especialistas. Web: [Fiscal.es](http://Fiscal.es)
- Pérez Manzano, M (2006). *Segunda Instancia y revisión de los hechos probados*. Revista del Poder Judicial (Madrid) Núm. XIX. Número especial.
- Ruiz Hernández, M.E. *La impugnación de las sentencias ante el tribunal ad quem. La segunda instancia en el Derecho Penal Militar*. Premios Defensa 2014. Edición Ministerio de Defensa.

## 4. EL ASESORAMIENTO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

JUAN POZO VILCHES

*Coronel Auditor*

### 1. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin duda, la contratación pública provoca en estos momentos una gran desconfianza a nivel popular. Prueba de ello es el último barómetro publicado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de marzo de 2017, en el cuál se observa que, para el 18,9% de los encuestados, el principal problema que existe actualmente en España es «la corrupción y el fraude». Tan solo supera ese porcentaje «el paro», que sigue estando en primer lugar, con el 46,7% de las opiniones. En tercer puesto, y a bastante distancia, se encontrarían «los/as políticos/as en general, los partidos y la política», con el 8,2%.

Y no hay que olvidar que, por desgracia, en la actualidad gran parte de la población asocia la corrupción y el fraude con la contratación pública: se adjudican contratos a cambio de «algo».

Esta «desconfianza popular» hacia la contratación pública se encuentra reforzada por la denominada «desconfianza institucional». En efecto, son frecuentes las críticas que recibe la contratación pública por parte del Tribunal de Cuentas y las Cámaras de Cuentas autonómicas. Y lo que es más llamativo: incluso por las propias instituciones comunitarias.

En este último aspecto es de destacar la reciente Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, en cuyo Considerando 14 se afirma lo siguiente:

España también debe prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública. Ha sido significativo el número de irregularidades

con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puesto en conocimiento de la Comisión durante los últimos años.

Y continúa el Consejo:

los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública.

La crítica comunitaria no puede ser más preocupante:

España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros. Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas. El uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios. La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española<sup>39</sup>.

En el apartado 6 del artículo 1 de la citada Decisión se establece que «España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación».

En definitiva, la contratación pública se encuentra, hoy día, sometida a serias críticas, tanto a nivel popular como institucional, destacando por su contundencia la Comisión Europea:

En 2011, las obras, bienes y servicios públicos constituyeron el 15,5 % del PIB en España. Ese mismo año, el valor de las licitaciones publicadas en el Diario Oficial representó el 15,2 % del gasto total en obras, bienes y servicios públicos. En la encuesta entre empresas del Eurobarómetro sobre la corrupción de 2013, el 83 % de las empresas españolas encuestadas (el más alto porcentaje de la UE) consideró que la corrupción estaba muy extendida en la contratación pública gestionada por las autoridades nacionales (media de la UE: 56 %) y el 90 % (segundo porcentaje más elevado en la UE), en la gestionada por las autoridades locales (media de la UE: 60 %). En concreto, las empresas españolas encuestadas manifestaron que las prácticas más extendidas en los procedimientos de contratación pública eran las siguientes: pliegos de condiciones a la medida para determinadas empresas (80 %); abuso de los procedimientos negociados (72 %); conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (79 %); licitación colusoria (71 %); criterios de selección o evaluación poco claros (72 %); y modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato (69 %). Estos porcentajes se encuentran entre los más elevados de la UE. Si bien estos indicadores de percepción, que han de leerse en el contexto de crisis económica que afecta actualmente a España, no tienen por qué estar directamente relacionados con la corrupción, ilustran factores de riesgo que incrementan la vulnerabilidad a la corrupción en los procedimientos de contratación pública<sup>40</sup>.

Como se ve, la contratación pública no goza de buena salud en España. Y el daño al erario público alcanza cuantías desorbitantes. Según *El Confidencial* del día 10 de febrero de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) consideraba que «la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación pública en España equivalente al 4,5% del PIB». En concreto, la cuantía ascendía a 48.000 millones de euros<sup>41</sup>.

Sentado lo anterior, resulta preciso preguntarse qué se puede hacer para solucionar este grave problema. Y, por parte de los profesionales encargados del asesoramiento jurídico a los órganos de contratación, solo cabe una respuesta: extremar el control de legalidad.

Las irregularidades en materia de contratación provocan gran alarma social, el desprestigio de las instituciones y graves responsabilidades para el infractor, que pueden ser desde disciplinarias<sup>42</sup> hasta penales<sup>43</sup>, sin olvidar la responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas.

No debe tolerarse, bajo ninguno concepto, la más leve irregularidad en materia de contratación. La legislación de contratos del sector público se debe aplicar de forma rigurosa, con respeto absoluto de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, tal y como establece el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

## 2. ESPECIAL IMPORTANCIA DEL ASESORAMIENTO JURÍDICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

En el ámbito del Ministerio de Defensa, la contratación pública adquiere una especial transcendencia, ya que es el Departamento de la Administración General del Estado que más contratos celebra al año.

Así, por ejemplo, en el año 2013, de los casi veinte mil contratos que celebró la Administración General del Estado, más de cinco mil correspondían al Ministerio de Defensa, es decir, más de la cuarta parte.

Este volumen exige que los Oficiales Auditores tengan una preparación completa y adecuada en la materia. No es fácil encontrar verdaderos expertos en contratación pública, pues requiere muchos años de formación y dedicación, lo que a veces no es fácil de conseguir debido a los cambios de destino que impone la vida militar.

La importancia de la contratación en el Ministerio de Defensa exige que los Oficiales Auditores sean unos auténticos expertos en la materia. Esto supone el conocimiento profundo de una normativa extensa y compleja. Además de dominar, por supuesto, la normativa de contratos del sector público, el Oficial Auditor debe tener un profundo conocimiento de la legislación de patrimonio de las administraciones públicas, la legislación social, la legislación mercantil, la legislación laboral... Y también, por supuesto, de las Directivas Comunitarias, extremo que adquiere especial importancia en el momento actual.

En el año 2014 se aprobaron las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación:

- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero 2014, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Estas Directivas debían ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea en el plazo de dos años. Esto es, España disponía hasta el 18 de abril de 2016 para incorporar las Directivas a su ordenamiento interno. Pero no fue posible la transposición de las mismas en el plazo previsto, ya que la convocatoria de elecciones generales y la disolución de las Cortes en octubre de 2015, imposibilitó completar la tramitación parlamentaria de las leyes que incorporaban las Directivas.

Ante tal situación, a partir del 18 de abril de 2016 se produjo el llamado «efecto directo» de las directivas. Como dijo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública, de fecha 15 de marzo de 2016, «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004)».

Los citados requisitos, como se recoge en la mencionada Recomendación, son:

- Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.
- Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición<sup>44</sup>.

El «efecto directo» no se refiere a las Directivas en su integridad, sino tan solo a aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos indicados.

Por tanto el oficial auditor deberá tener un completo y profundo conocimiento de la extensa normativa aplicable a la contratación, tanto interna como comunitaria.

### 3. INTERVENCIÓN DE LA ASESORÍA JURÍDICA

Durante la tramitación de un expediente de contratación, los Oficiales Auditores, además de participar como vocales en las mesas de contratación, intervienen con la emisión de informes sobre:

- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).
- El documento administrativo de formalización del contrato.
- Todas las incidencias que puedan surgir durante el procedimiento de adjudicación o durante la ejecución del contrato.

El PCAP es el documento esencial en la contratación pública, pues contiene los derechos y deberes de las partes. O como dice el artículo 115.2 del TRLCSP:

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo». Y especifica en el artículo 115.3 del TRLCSP que «los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos.

Por su parte el artículo 26.2 del TRLCSP establece que:

El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.

De ello se deriva que, en caso de contradicción entre el contrato y el PCAP, prevalece el PCAP. No hay que olvidar que el PCAP es ley del contrato o «lex inter partes». Como dijo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>) de 17 octubre 2000:

Esta Sala, al analizar, con reiteración, el alcance y contenido del Pliego de Condiciones en la contratación administrativa, ha reconocido como doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato (criterio jurisprudencial reiterado desde las sentencias de 29 de enero de 1950, 17 de octubre de 1957, 13 de febrero de 1958, 27 de abril de 1964, 4 de mayo de 1968 y 18 de octubre de 1978, entre otras)...

Posteriormente se ha recogido esta doctrina por el Alto Tribunal en las sentencias de 27 de mayo de 2009 y 29 de septiembre de 2009.

En cuanto a la necesidad de informe jurídico sobre el PCAP, el artículo 115.6 del TRLCSP establece que:

En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, la aprobación de los pliegos y de los modelos [de pliegos] requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo<sup>45</sup>.

A la hora de informar un PCAP, el Oficial Auditor deberá estudiar atentamente, como es obvio, todo su contenido. Pero deberá dispensar especial atención, debido a su importancia, a los siguientes aspectos:

- a) Objeto del contrato. El objeto del contrato ha de ser determinado (artículo 88.1 del TRLCSP), y, según se trate de una obra, de un suministro o de un servicio, determinará la normativa aplicable al procedimiento de adjudicación y a la ejecución del contrato.
- b) Fraccionamiento. El artículo 86.2 del TRLCSP es determinante: «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación».

cación que correspondan». Y si admite fraccionamiento, deberá tenerse en cuenta el artículo 86.3 del TRLCSP, esto es, su división en lotes.

- c) Órgano de contratación. Deberá examinarse si dicho Órgano de contratación tiene competencia o no, de acuerdo con las normas de desconcentración y delegación correspondientes.
- d) Valor estimado del contrato. Deberá comprobarse si está correctamente calculado, pues de tal importe dependerá si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, lo que implicaría publicidad comunitaria y la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.
- e) Duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas. La duración del contrato puede implicar, en su caso, necesidad de autorización del Consejo de Ministros conforme a lo dispuesto en el artículo 317 del TRLCSP.
- f) Procedimiento de adjudicación del contrato (abierto, restringido, negociado o, en su caso, diálogo competitivo). Los mayores problemas los plantea el procedimiento negociado. Cuando se acuda al mismo se debe indicar la causa que justifica su aplicación.

Es de señalar que, hoy día, se han establecido ciertas reglas especiales en el caso del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (esto es, contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o inferior a 200.000 euros, o de 60.000 euros en los demás contratos). Hasta el mes de diciembre de 2016, en estos casos se aplicaba la regla general de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato. Este sistema tradicional en nuestro Derecho de contratación pública ha sido objeto de modificación mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada. Este Acuerdo fue adoptado a raíz de la Decisión del Consejo de 2 de agosto de 2016 por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.

Según el citado Acuerdo del Consejo de Ministros de diciembre de 2016, en los mencionados contratos se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- En el perfil del contratante del órgano de contratación (que en todo caso se integrará en la Plataforma de Contratación del Sector Público), se publicarán anuncios con carácter previo o simultáneo a cursar, en su caso, la invitación a formular una primera oferta que sea objeto de negociación.
- En el anuncio, que permitirá acceder a los pliegos, se fijará el plazo, que no podrá ser inferior a siete días hábiles, para que los operadores económicos presenten las correspondientes ofertas.
- No podrá excluirse del procedimiento a ningún operador económico que presente una oferta admisible de conformidad con lo establecido en el PCAP y cumpla los requisitos de aptitud establecidos para celebrar el contrato.

g) Criterios de adjudicación.

Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo (art. 150.1 del TRLCSP). Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos (art. 150.4 del TRLCSP).

En este tema se debe tener especial cuidado en respetar los principios de igualdad y no discriminación.

En caso de empate, deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo previsto en la disposición adicional sexta del TRLCSP.

- h) Solvencia y clasificación. Se deberá examinar si la solvencia o, en su caso, la clasificación, es la adecuada al contrato.
- i) Causas especiales de resolución del contrato. Examinar si son admisibles, y si implican tanta gravedad que pueden provocar la resolución del contrato o la simple aplicación de una penalidad.
- j) Condiciones especiales de ejecución. Se deberá analizar si son admisibles y las consecuencias de su incumplimiento.
- k) Modificación del contrato. Debido a los rigurosos términos en los que, hoy día, se regula la modificación del contrato, se debe prestar especial cuidado a su correcta regulación en el PCAP.

- 1) Inclusión de cláusulas sociales. La novedad e importancia de esta materia exige un epígrafe especial.

#### 4. LAS CLÁUSULAS SOCIALES

Como se afirma en el Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública:

la contratación no es un fin en sí mismo, sino que debe ser entendida como una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines. En definitiva, la contratación puede y debe ser una técnica que permite conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Según Lesmes y Álvarez de Eulate:

por si en algunos sectores aún quedaban dudas, la nueva Directiva zanja definitivamente las disquisiciones sobre la legalidad de las cláusulas sociales, cualquier oposición técnica o jurídica carece ya de sentido y es imprescindible que nuestras administraciones públicas utilicen sus contratos como eficaces instrumentos de lucha contra la exclusión social, de generación de empleo de calidad, de impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres y de preservación del medio ambiente, siempre pero especialmente en la actual situación de crisis económica y social<sup>46</sup>.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo de 3 de febrero de 2016, afirmó que en el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de «criterios sociales» en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de «política social», como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma

expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la «contratación estratégica», que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en aéreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

Como dijo el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en Dictamen de 17 de diciembre de 2015:

la contratación pública se ha revelado como un arma eficaz para la materialización de diversas políticas», que se materializa en la inclusión en el PCAP de cláusulas de tipo medioambiental o social. La posibilidad de introducir este tipo de cláusulas en los contratos públicos «encuentra su origen en el artículo 1 de la Constitución, que proclama el Estado social y democrático de derecho, y se fundamenta también en el apartado 1 del artículo 40 de la Carta Magna, que señala la obligación de los poderes públicos de promover «las condiciones para el progreso social y económico» y de realizar «una política orientada al pleno empleo.

Ahora bien, estas cláusulas deben estar vinculadas al objeto del contrato.

Las primeras Directivas Comunitarias sobre contratos públicos no contemplaban expresamente la posibilidad de que se persiguieran objetivos de política social en la adjudicación de contratos públicos. Pero tal cuestión se abordó en una serie de textos, que enumera el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen de 17 de diciembre de 2015, como fueron la Comunicación «Aspectos regionales y sociales de la contratación pública», adoptada por la Comisión Europea el 22 de septiembre de 1989; el Libro Blanco «Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión», aprobado por la Comisión Europea el 27 de julio de 1994; el Libro Verde «La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro», Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996; la Comunicación «La Contratación pública en la Unión Europea», adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998; las Comunicaciones interpretativas de la Comisión, de 4 de julio de 2001, sobre «Legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública», y de 15 de octubre de 2001, «Sobre la Legislación comunitaria de con-

tratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos».

Los contratos de obras y servicios son los más apropiados para contener cláusulas de tipo social. En el caso de los contratos de suministro, las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas<sup>47</sup>.

La Directiva sobre contratación pública anteriormente vigente (Directiva 2004/18/CE) ya contenía referencia expresa a los «criterios sociales». Y la vigente Directiva 2014/24/UE, de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico desde la finalización de su plazo de trasposición (18 de abril de 2016), como consecuencia del «efecto directo» de las Directivas Comunitarias, aborda esta cuestión en diversos apartados:

- En el Considerando 2 afirma que deben revisarse y modernizarse las Directivas entonces vigentes sobre contratación a fin de «permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».
- En el Considerando 37 establece que «en aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión».
- En el Considerando 39 considera que «las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público».

- El artículo 18.2 establece que «los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X».
- En el artículo 70, bajo la rúbrica «Condiciones de ejecución del contrato», señala que «los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo».

Por lo que se respecta a la normativa española, son de destacar los siguientes artículos del TRLCSP:

- El artículo 118.1 dispone que «los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo».

- El artículo 150.1 menciona, entre los «criterios de valoración de las ofertas», «las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...».
- También se tienen en cuenta aspectos sociales en las disposiciones adicionales Cuarta (preferencia en la adjudicación en caso de igualdad de ofertas) y Quinta (reserva de contratos para centros especiales de empleo y empresas de inserción).

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, actualmente en tramitación parlamentaria, habla de cláusulas sociales en la Exposición de Motivos, cuando afirma que «la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública» que permite que «los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes», y que con la nueva normativa los órganos de contratación, aun sin olvidar el precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación, podrán dar prioridad «a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación».

Asimismo, el citado Proyecto de Ley habla de aspectos sociales en los siguientes artículos:

- Artículo 145.3.b).1.º: establece, entre los criterios cualitativos para la valoración de las proposiciones, «las características sociales».
- Artículo 145.10: establece que, en defecto de previsión en el PCAP, en caso de empate entre varias ofertas, se aplicarán los siguientes «criterios sociales»:
  - a) Mayor número de trabajadores con discapacidad en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla.
  - b) Menor volumen de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.

- c) Mayor número de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- d) Mayor número de iniciativas puestas en marcha por cada una de ellas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, conforme al concepto utilizado por la Organización Internacional del Trabajo o por el Derecho Comunitario.
- e) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

Por lo que se refiere al momento procedimental en el que pueden ser introducidas las cláusulas sociales, es de destacar que tanto la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, como las Directivas Europeas en materia de contratación, así como nuestra legislación estatal de contratos, permiten que estas cláusulas actúen en los siguientes momentos del procedimiento de contratación:

- En el momento de definir el objeto mismo del contrato, tal y como se deriva del artículo 73 del RGLCAP.
- En el momento de la selección del contratista, ya sea mediante la prohibición de contratar con empresas que hayan incumplido determinados requisitos sociales o previa la incorporación al PCAP de criterios de selección relacionados con aspectos sociales.
- Se pueden utilizar como criterios de adjudicación siempre que estén vinculados al objeto del contrato<sup>48</sup>.
- Se pueden exigir en la fase de ejecución del contrato a través de las denominadas «condiciones especiales de ejecución».
- Por último, se pueden cumplir objetivos sociales a través de los llamados contratos reservados de la disposición adicional quinta del TRLCSP.

#### 4.1. *Definición del objeto del contrato*

Como dijo la Comisión<sup>49</sup>, la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta «¿qué deseo cons-

truir o comprar como Administración pública?». En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales.

La Comisión afirma que en el supuesto de que existan diferentes soluciones para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, éste puede definir contractualmente el objeto del contrato que mejor se corresponda con sus inquietudes de orden social. No obstante esta libertad no es ilimitada. Los poderes adjudicadores deben cumplir las normas y principios generales del Derecho comunitario, en particular los de la libre circulación de mercancías y servicios. Ello implica que el objeto de un contrato público no puede definirse de tal forma que el acceso al mismo quede restringido a empresas nacionales, en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

El TRLCSP no contiene norma alguna que contemple que en la definición del objeto del contrato deba hacerse referencia a los criterios sociales, pero se trata de una cuestión perfectamente admitida bajo el prisma de las Directivas comunitarias.

En la Instrucción para la incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación, aprobada por el Consejo de Gobierno vasco mediante Acuerdo de 29 de abril de 2008<sup>50</sup>, se establece que:

Quando la perspectiva de género constituya una característica técnica del objeto del contrato, se incluirá expresamente en la definición de su objeto, por ejemplo, Es objeto del contrato la contratación del diseño de un plan de movilidad urbana con perspectiva de género.

Y en el Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, se expresa que:

los órganos de contratación, en el momento de definir el objeto del contrato, y siempre que su naturaleza lo permita, incluirán de forma expresa el valor social de las obras, los productos o los servicios que necesiten contratar, tales como: el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, la inserción laboral de personas con discapacidad, el fomento de la estabilidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres

y hombres y el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas.

Resulta muy importante que en el objeto del contrato se contengan alguna referencia social, pues si se incluyen criterios de adjudicación de carácter social, estos no serían aceptables si no están vinculados al objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP).

Lesmes y Álvarez de Eulate enumeran los siguientes ejemplos relacionados con el objeto del contrato<sup>51</sup>:

- Pliego para la adjudicación del contrato de ejecución de las obras de la Casa de Cultura mediante la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir la adjudicación del Servicio de Atención a Domicilio con perspectiva de género.  
[...]
- Pliego de cláusulas administrativas para la contratación de la gestión del albergue de personas sin hogar mediante criterios de calidad social y laboral.

#### 4.2. Selección de los candidatos o licitadores

Nuestra legislación, siguiendo las Directivas, contiene dos conjuntos de normas en el ámbito de la selección: ausencia de prohibiciones de contratar y poseer la solvencia económica, financiera, técnica o profesional (o clasificación, en su caso) exigible.

4.2.1. Prohibiciones de contratar. El artículo 60 del TRLCSP recoge las prohibiciones de contratar. Entre estas prohibiciones, por su trascendencia social, destacan:

- a) Haber sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores<sup>52</sup> (artículo 60.1.a del TRLCSP).
- b) Haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería; o por infracción muy grave en materia laboral o social (artículo 60.1.b del TRLCSP).

- c) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad (artículo 60.1.d del TRLCSP).

4.2.2. Solvencia económica, financiera, técnica o profesional. Dejando a un lado la clasificación, que carece de repercusión alguna en el aspecto social, debemos examinar cómo puede influir el aspecto social en la solvencia exigible a los candidatos o licitadores.

Por lo que se refiere a la solvencia económica y financiera, regulada en el artículo 75 del TRLCSP, a través de su exigencia no se puede cumplir ningún objetivo social. Como dice la propia Comisión, «los documentos que pueden exigirse en la actualidad para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores no ofrecen posibilidad alguna de tomar en consideración elementos de carácter social»<sup>53</sup>.

Distinto es el caso de la solvencia técnica. Como dice la Comisión<sup>54</sup>

si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos<sup>55</sup>. Las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa (denominada también, en ocasiones, «responsabilidad social»), si ésta demuestra la capacidad técnica de la empresa, a tenor de lo anteriormente señalado, para ejecutar un determinado contrato.

En la Instrucción para la incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación, aprobada por el Consejo de Gobierno vasco mediante Acuerdo de 29 de abril de 2008, se establece lo siguiente:

Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, de igualdad de mujeres y hombres u otras políticas públicas, en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en las referidas materias que requiera su cumplimiento, conforme a lo establecido en los artículos 17 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, se establece lo siguiente sobre la solvencia técnica:

Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, y no sólo porque el contrato tenga por objeto un fin social, se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en las referidas materias de política social que requieran su cumplimiento, conforme a lo establecido en los artículos 76 a 79 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Los órganos de contratación exigirán, como requisito de solvencia técnica o profesional, que las empresas acrediten un número medio anual mínimo de trabajadores en su plantilla y, en su caso, de trabajadores estables, referido a los tres últimos ejercicios, siempre que el cumplimiento de dicho requisito sea adecuado de la capacidad específica de las empresas requerida para la ejecución del contrato, por la relevancia de las prestaciones que deben ser efectuadas por su personal. Tal extremo podrá acreditarse mediante la aportación de la documentación a que hacen referencia los artículos 75 a 79 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, en concreto, a través de los medios declarativos que en ellos se establecen en cuanto a técnicos, unidades técnicas y plantillas con indicación del número medio ponderado de trabajadores de plantilla durante los tres últimos años.

En los contratos para cuya ejecución resulte relevante una capacidad específica de las empresas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, y, en general, en cualesquiera contratos en los que de las prescripciones técnicas se infiera la necesidad de tal capacidad, tales como contratos para la impartición de formación con perspectiva de género, para la realización de un diagnóstico para la implantación de medidas de conciliación en empresas o de asistencia técnica para la redacción de un Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, se exigirá la concreta experiencia y los conocimientos y medios técnicos que requiera la ejecución tendentes, entre otros.

Lesmes y Álvarez de Eulate enumeran los siguientes ejemplos relacionados con la solvencia técnica social<sup>56</sup>:

- Experiencia en la prestación de servicios sociales o asistenciales similares realizados en los tres últimos años con indicación de importe de facturación.

—Formación específica del equipo humano que prestará el servicio con indicación de horas de formación y currículum en la materia social específica (inserción, exclusión, género, discapacidad, etc.) [...]

#### 4.3. *Adjudicación del contrato*

La utilización de «criterios sociales» como «criterios de adjudicación», aunque no es, por el momento, una práctica muy extendida en España, en cambio se encuentra perfectamente admitida. En este sentido es de destacar el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 3 de febrero de 2016 (Resolución núm. 16/2016), en el que se analizaba el «Contrato servicios para la protección y seguridad de los edificios dependientes del Distrito de Chamartín». En el PCAP del citado contrato se otorgaban 75 puntos a los «Criterios valorables en cifras o porcentajes», y se desglosaban de la siguiente forma:

1.º OFERTA ECONÓMICA: hasta 40 puntos.

2.º CRITERIOS SOCIALES: hasta 35 puntos, con el siguiente desglose:

- a) Por el compromiso de aplicar durante toda la vigencia del contrato a los vigilantes, que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato, el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad vigente (o el texto que le sustituya) en todo lo relativo a retribuciones...15 puntos.
- b) Por la presentación de un Plan de Formación continua en materia de seguridad, a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato y que suponga mejora de las horas establecidas como mínimas en el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad vigente (o el texto que le sustituya) ...10 puntos.
- c) Por la presentación de un Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional aplicable a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato...10 puntos.

Según la Junta de Distrito de Chamartín, estos criterios sociales tenían por finalidad «alcanzar estándares de calidad exigibles en el servicio de seguridad privada».

La Asociación de Compañías de Seguridad Privada impugnó los citados «criterios sociales», porque entendía que estos no podían constituir «criterios de valoración» sino «condiciones especiales de ejecución del contrato».

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid desestimó el recurso al considerar conforme a Derecho la cláusula impugnada.

Los criterios sociales, como criterios de adjudicación, se contemplan tanto en la Instrucción para la incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación, aprobada por el Consejo de Gobierno vasco mediante Acuerdo de 29 de abril de 2008<sup>57</sup>, como en el Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública<sup>58</sup>.

#### 4.4. *Ejecución del contrato*

Las cláusulas sociales, durante la ejecución del contrato, como «condiciones especiales de ejecución», se encuentran plenamente admitidas, siempre que no tengan un efecto discriminatorio para los licitadores de los demás Estados miembros.

En el informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (JCCA de Aragón) se analizaba la legalidad de una cláusula con el siguiente texto:

Durante todo el periodo de ejecución del contrato, la empresa contratista está obligada a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario, y en términos anualizados, así como a (incorporar) cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable que correspondan en cada momento a los trabajadores adscritos al contrato en función del Convenio Colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, salvo acuerdo explícito entre empresa y la representación de los trabajadores». La JCCA de Aragón considera, en el indicado informe, que tal cláusula «no vulnera el ordenamiento jurídico

español ni el Derecho de la Unión Europea, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad.

Si un «criterio social» se recoge en el PCAP como «condición especial de ejecución», en el propio PCAP se deben recoger de forma expresa las consecuencias en caso de que tal condición no sea respetada. Estas consecuencias pueden abarcar desde la aplicación de penalidades especiales, hasta la resolución del propio contrato si se le atribuye a esta condición en el PCAP o en el contrato el carácter de «obligación contractual esencial», conforme al artículo 223.f) del TRLCSP. Incluso podría considerarse «infracción grave» a los efectos previstos en el artículo 60.2.e) del TRLCSP.

#### 4.5. *Contratos reservados*

Según la Disposición Adicional quinta, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.

Las empresas de inserción son sociedades mercantiles o cooperativas cuyo objeto social tiene por finalidad la integración y la formación sociolaboral de las personas en situación de riesgo o exclusión social. Estas empresas deben contar en su plantilla con un mínimo del 30% de las personas en situación o riesgo de exclusión social y han de estar promovidas y participadas por entidades o corporaciones de derecho público, entidades sin ánimo de lucro o fundaciones.

Los centros especiales de empleo son empresas que cuentan en su plantilla con un mínimo del 70% de trabajadores con una discapacidad igual o superior a un 33% y que tienen como objetivo la inserción laboral de personas con discapacidad.

## 5. ESPECIAL MENCIÓN A LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Dentro del asesoramiento jurídico en el ámbito de la contratación pública, es preciso referirse a las encomiendas de gestión<sup>59</sup>, dada su frecuente utilización por el Ministerio de Defensa. Así, por ejemplo, en el período 2008-2012, más de la mitad de las encomiendas de gestión que celebró la Administración General del Estado procedían del Ministerio de Defensa. Y se debe prestar especial atención a estos encargos a medios propios porque, a diferencia de la contratación pública, no rigen principios tan importantes como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (artículo 1 del TRLCSP).

Las encomiendas de gestión tienen una regulación muy peculiar. Aunque se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley —artículo 4.1.n) en relación con el artículo 24.6 del TRLCSP—, en cambio su regulación se halla contenida en la propia Ley<sup>60</sup>. En cualquier caso, tal normativa debe ser completada, hoy día, con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>61</sup>.

Hasta el año 2005 las encomiendas de gestión sólo estaban reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero en el año 2005 se modificó el Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) mediante Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y se mencionó a las encomiendas de gestión como uno de los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley de Contratos.

Tal modificación, como se expresa en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2005, tenía su causa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE; hoy día Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—) de 13 de enero de 2005 (asunto c-84/03), que obligó a España a reformar su normativa sobre contratos públicos.

La citada Sentencia del TJCE resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión, pues esta última entendía que España había incumplido las obligaciones

que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado CEE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.

La Comisión formulaba tres motivos en apoyo de su recurso. El segundo de estos motivos se refería a los convenios de colaboración, y alegaba la Comisión que España había excluido de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos, y ello constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, ya que tal exclusión no figuraba en las mismas, y algunos de estos convenios podían tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas.

En apoyo de su pretensión, la Comisión invocaba la definición de contrato contenida en el artículo 1.a) de las Directivas 93/36 y 93/37, y la jurisprudencia del TJCE, en concreto la Sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, según la cual para determinar la existencia de un «contrato», es necesario comprobar si ha existido un «convenio» entre dos personas jurídicas distintas. Y la Comisión estimaba que los acuerdos de colaboración interadministrativos podían ser «contratos» en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.

La Sentencia del TJCE declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las mismas, al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos.

Fundamentaba su decisión en las siguientes consideraciones:

37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre un proveedor o contratista y una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas, y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (Sentencia Teckal, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la Sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho Público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.

Como consecuencia de esta Sentencia, el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 5/2005, modificó el artículo 3.1.c) del TRLCAP (referido a los convenios de colaboración interadministrativos), y, al mismo tiempo, introdujo un apartado nuevo, según el cual quedaban fuera del ámbito de la citada Ley: «1) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

Esta exclusión tenía su fundamento en la propia Sentencia, según la cual se entiende que no existe «contrato», aunque se trate de dos personas jurídicas distintas, cuando el ente territorial ejerce sobre la persona de que se trate un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realiza la «parte esencial» de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

De esta manera se incluía en nuestra legislación lo que en el ámbito europeo se denominaba contratos domésticos o *in house providing*, es decir, los realizados por un poder adjudicador con un ente instrumental (que son aquellos entes que, a pesar de tener personalidad jurídica propia, dependen completamente del ente contratante y carecen de verdadera capacidad decisoria autónoma).

La denominación «contratos domésticos» podía dar lugar a confusión, pues no se trata, en realidad, de auténticos «con-

tratos», sino, como se dice en la sentencia Stadt Halle de 11 de enero de 2005, de «operaciones internas exentas de la obligación de licitación». Por tal motivo, parte de la doctrina patria prefería hablar de encargos, órdenes de ejecución, mandatos, operaciones *in house*, servicios *in house*, actividades *in house*...

Y a estos contratos domésticos los llamó nuestro legislador en el año 2005 «encomiendas de gestión», que era una figura jurídica que ya se encontraba perfectamente regulada en la Ley 30/1992, lo que ha provocado problemas interpretativos, al denominar el legislador, con el mismo nombre, dos figuras jurídicas distintas.

La primera vez que el TJCE abordó el tema de los contratos *in house* fue en la famosa Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, que se sigue utilizando como referencia obligada, si bien con anterioridad la Sentencia BFI Holding de 10 de noviembre de 1998 ya inició tímidamente el camino.

La Sentencia Teckal determinó los requisitos que debían concurrir para que se estuviera en presencia de un contrato *in house*. Con posterioridad, el TJCE ha seguido manteniendo los requisitos de la sentencia Teckal (sentencias Stadt Halle de 11 de enero de 2005, Comisión/ España de 13 de enero de 2005, Comisión/ Austria de 10 de noviembre de 2005, Carbotermo de 11 de mayo de 2006...), pero, en cambio, no presenta un criterio uniforme en cuanto a las circunstancias que permiten determinar si se cumplen o no tales requisitos.

Ciertamente, en el artículo 3.1.1.) del TRLCAP el legislador español no recogía los dos requisitos que mencionaba la Sentencia de 13 de enero de 2005 para que se pudiera hablar de contratos *in house providing* (el control y la actividad), lo que provocó que mediante Ley 42/2006, de 29 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, se modificase el citado precepto que, a partir de entonces, tuvo la siguiente redacción:

Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: (...)

n) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), estableció en su artículo 4.1.n) lo siguiente:

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: (...)
- n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación...

Por su parte, el artículo 24.6 de la LCSP disponía:

6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

En el último párrafo de este precepto se establecía que la condición de medio propio y servicio técnico debía reconocerse expresamente en la norma de creación o en los estatutos de la entidad.

El vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, reproduce los preceptos anteriores.

De la lectura del artículo 24.6 del TRLCSP se deducen los requisitos para que un ente, organismo o entidad del sector público pueda ser considerado «medio propio y servicio técnico» de un determinado poder adjudicador.

Es de destacar que al tratarse estos encargos de una excepción a las reglas sobre contratación pública, los requisitos que exige la jurisprudencia del TJUE han de ser objeto de interpretación estricta, correspondiendo su prueba al que afirma su existencia (Sentencia Stadt Halle de 11 de enero de 2005).

Y no puede ser de otro modo ya que una proliferación abusiva y desmesurada de medios propios podría falsear las reglas de la libre competencia y convertir la excepción en regla, problema que ya ha sido denunciado, dentro de nuestra patria, por la Comisión Nacional de la Competencia. Como dice la sentencia Carbotermo de 11 de mayo de 2006:

Procede recordar que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 44). Los requisitos establecidos por la sentencia Teckal, antes citada, para considerar la Directiva 93/36 inaplicable a los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste, conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, tienen por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia.

Los requisitos que exige el TRLCSP para realizar un encargo a un medio propio no han variado a lo largo de los años. Son los siguientes:

- a) El ente, organismo o entidad debe realizar la parte esencial de su actividad para dicho poder adjudicador.

La doctrina ha calificado este requisito de fundamental, y considera que para que el contrato sea «doméstico», la actividad ha de quedar «en casa». Si la entidad interviene en el mercado y mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, deberá ser tratada como al resto de las entidades.

Si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato doméstico no es sino una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado (Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la JCCA de Aragón). Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada, por lo que deberían aplicarse las Directivas comunitarias.

Por tanto, una entidad pública que opera en el mercado con plena autonomía, y que presta servicios tanto a la Administración como a particulares, no podrá ser considerada medio propio de un poder adjudicador.

Hasta la publicación de la Directiva 2014/24/UE, tanto la doctrina como la jurisprudencia se preguntaban qué ha de entenderse por «parte esencial». Algunos autores habían defendido la determinación de un porcentaje sobre el total de la actividad del ente instrumental. Y, por lo general, pretendían aplicar por analogía el 80% que figuraba en el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Pero el TJUE se opuso a la interpretación analógica de dicho precepto, al tratarse el supuesto que contemplaba de una excepción, y «las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta» (sentencia Carbotermo de 11 de mayo de 2006).

La sentencia Carbotermo de 11 de mayo de 2006 afirmaba que se cumplía el requisito de la «parte esencial» de la actividad cuando la actividad del ente instrumental estaba destinada principalmente al poder adjudicador, de modo que el resto de su actividad tenía un carácter meramente marginal.

Hoy día, como se verá más adelante, la Directiva Comunitaria fija un porcentaje a partir del cual se entiende que el ente instrumental realiza la «parte esencial» de su actividad.

- b) El poder adjudicador debe ostentar sobre el ente, organismo o entidad un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.

Se entiende que un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si puede conferirle encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije mediante tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen (artículo 24.6 del TRLCSP).

Control «análogo» no significa control «idéntico», pero sí implica subordinación del ente instrumental con respecto

a la Administración matriz. El ente instrumental goza de autonomía en los asuntos ordinarios, pero está sometido a la Administración matriz en los asuntos de más trascendencia.

No es necesario que exista un control efectivo, sino que basta con que tal control pueda ejercerse («posibilidad de influencia determinante» se recoge en la sentencia Parking Brixen de 13 de octubre de 2005; «influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad» figura en la sentencia Carbotermo de 11 de mayo de 2006). El ente instrumental, aunque tenga personalidad jurídica propia (pública o privada), no es algo ajeno a la Administración, no es un tercero para la Administración, sino que es un «medio propio» de la Administración. Al ser un ente instrumental, no se puede decir que se trate de un «tercero» frente a la Administración. En definitiva, la personalidad jurídica del ente instrumental sólo se puede alegar frente a terceros, pero no frente a la Administración matriz.

Debido a la subordinación del ente instrumental, en los contratos *in house* no se puede hablar, en realidad, de contrato, porque el ente instrumental no tiene capacidad decisoria propia, sino que debe cumplir lo que le encargue la Administración matriz y bajo sus condiciones.

El ente instrumental, al cumplir el encargo, debe perseguir los mismos fines de interés público que la Administración matriz. En el momento en que el ente persiga un interés particular, en el momento en que el ente pretenda actuar en el mercado como uno más, ya no estaremos ante un medio propio (salvo que su actividad mercantil sea muy marginal), y le será de aplicación la normativa general sobre contratación pública, como a cualquier otro contratista.

- c) Si se trata de sociedades, la totalidad de su capital tiene que ser de titularidad pública.
- d) La norma de creación o los estatutos del ente, organismo o entidad debe reconocer expresamente su condición de medio propio y servicio técnico, así como las demás circunstancias que figuran en el párrafo tercero del artículo 24.6 del TRLCSP.

Ahora bien, hoy día, y desde el 18 de abril de 2016, la regulación del TRLCSP se encuentra matizada por el denominado «efecto directo» de las Directivas comunitarias.

En la Directiva 2014/24/UE, Considerando 32, se expresa que «los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato».

Los encargos a medios propios se regulan en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE bajo el epígrafe «Contratos públicos entre entidades del sector público». Y considera que un «contrato» adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público quedará excluido del ámbito de aplicación de la Directiva si se cumplen «todas y cada una» de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

En el documento aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública con fecha 1 de marzo de 2016, denominado «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación

pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público», se recoge lo siguiente sobre los requisitos para considerar que nos encontramos ante un encargo a un medio propio:

- a) El concepto «control análogo», ya está recogido en nuestra legislación, de manera que el mismo puede considerarse incorporado, a lo que cabe añadir que en este punto la Directiva es suficientemente clara y precisa, siendo la jurisprudencia del TJUE la que ha venido determinando cuándo existe tal control, por lo que el precepto goza de efecto directo en cuanto a este aspecto.
- b) Respecto del requisito de que la parte esencial de la actividad del medio propio se desarrolle para la entidad respecto de la que tiene tal condición (artículo 24.6 TRLCSP), la Directiva concreta este requisito cuando lo determina en un 80 por ciento, al señalar en su artículo 12.1.b) «que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador». Esta última exigencia, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 del TRLCSP no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo.
- c) Respecto del requisito de no participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio, el mismo ya está recogido en el artículo 24.6 del TRLCSP (...).

Por tanto, desde el 18 de abril de 2016 son de aplicación los requisitos establecidos en la Directiva 2014/24/UE.

El Proyecto de LCSP (en adelante, el Proyecto), actualmente en trámite parlamentario, establece una nueva regulación de la materia, que pasa ahora a llamarse, con mayor propiedad, «encargos a medios propios personificados».

El Proyecto, siguiendo las directrices de la nueva Directiva 2014/24/UE, ha aumentado las exigencias que deben cumplir los denominados medios propios, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que el «medio

propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

El artículo 32 del Proyecto regula los «encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados». En su apartado 1 describe estos encargos<sup>62</sup>. En el apartado 2 regula los medios propios personificados respecto de una única entidad. En el apartado 3 contempla los encargos ascendentes y horizontales. En el apartado 4 regula los medios propios personificados respecto de dos o más poderes adjudicadores. En el apartado 5 enumera los requisitos de publicidad que debe cumplir el encargo. En el apartado 6 contempla el polémico asunto de los contratos que puede realizar el medio propio para cumplir el encargo.

El artículo 32.2 del Proyecto, establece, al igual que la Directiva, que el medio propio personificado debe cumplir «todos y cada uno» de los siguientes requisitos:

- a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas<sup>63</sup>.
- b) Que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo<sup>64</sup>.
- c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
- d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
2. Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Por tanto, la nueva regulación ya no exige que el medio propio realice la «parte esencial» de su actividad para el poder adjudicador, sino que «más del 80%» de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

## 6. CONCLUSIÓN

La contratación pública ha adquirido, hoy día, una importancia excepcional. Y no solo por las cuantiosas sumas de dinero que la Administración destina a la contratación de obras, servicios y suministros. La actuación de la Administración debe ser, en este ámbito, ejemplar, con un respeto absoluto a la normativa vigente, a fin de evitar la más mínima sospecha de irregularidad. Los órganos de contratación requieren un asesoramiento jurídico riguroso que les permita actuar conforme a Derecho en todo momento. Y a los oficiales auditores les corresponde esa importante función.

5. MODELOS DE JURISDICCIÓN MILITAR  
EN EL DERECHO COMPARADO:  
LOS SISTEMAS CONTINENTALES

JOSÉ ROMERO MUROS

*Coronel Auditor*

De todos los modelos de jurisdicción militar que a los efectos de este trabajo se han analizado, podemos extraer una conclusión bien sencilla, y no es otra que la ausencia de un sistema único o preponderante, constituyendo el sistema español una institución genuina a la hora de organizar la jurisdicción militar. Ni siquiera hay un patrón que pueda regir el modelo de jurisdicción militar en países que ya sea por cuestiones geográficas, culturales o políticas presentan una proximidad o características comunes. En este sentido baste traer a colación la diferente regulación que sobre la materia nos ofrecen, como veremos tres países cercanos: Suiza, Alemania y Austria.

Pero al igual que señalamos la ausencia de ese patrón común, podemos también afirmar que en todos los modelos examinados la realidad militar (lo que la Constitución española en el artículo 117.5.º denomina «ámbito estrictamente castrense») merece una atención especial, ya sea a través de unas normas procesales específicas o de unos delitos militares especiales propios, cuando no de una organización judicial militar propia y específica. Y así en países en los que la jurisdicción militar ha quedado abolida para los tiempos de paz (por ejemplo, en Austria), no deja de ser llamativa la presencia de ciertas especialidades en cuanto a las notificaciones judiciales a militares (a través de los jefes de unidad) o a la entrada y registro de instalaciones militares.

A continuación se hará un repaso por la situación de la jurisdicción militar en diversos países, haciendo un especial acercamiento a aquellos sistemas continentales que, por sus particularidades, merecen un desarrollo más detenido. Del régimen de

Alemania destacamos, junto a la inexistencia de justicia militar para tiempos de paz, un sistema de tribunales administrativos para el control jurisdiccional en la imposición y control de las sanciones disciplinarias. Por su parte Italia ofrece particularidades relativas al estatuto de los magistrados militares, mientras que el sistema suizo es una consecuencia lógica del peculiar sistema de defensa de la nación<sup>65</sup>.

Por su parte, la República francesa se caracteriza por una regulación de los tribunales militares para el caso de conflicto armado, mientras que para el tiempo de paz se ha decantado por la supresión de la jurisdicción militar y su integración en los tribunales ordinarios.

## 1. ALEMANIA

### 1.1. *Introducción*

Abolida la justicia militar en 1946 por las Potencias Aliadas tras el final de la Segunda Guerra Mundial, el nuevo sistema se comienza a estructurar a partir de 1954, especialmente al año siguiente con la incorporación de Alemania a la OTAN. El art. 96.2.º de la Constitución alemana, tras su reforma de 1956, establece la posibilidad (que habrá de ser desarrollada por una ley federal) de que se establezcan en el país tribunales militares para las Fuerzas Armadas, pero sólo en casos especificados, tales como en tiempo de guerra, o para el supuesto de fuerzas militares desplegadas en el exterior o a bordo de buques de guerra<sup>66</sup>.

Las normas procesales alemanas atribuyen exclusivamente a los Tribunales alemanes la competencia para conocer de los delitos cometidos por soldado alemanes cuando se encuentran desplegados en el extranjero, independientemente del lugar en que se hubieran cometido.

El régimen de justicia militar en Alemania se basa en una radical distinción entre la persecución de delitos y la sanción de infracciones disciplinarias.

### 1.2. *Justicia militar*

El actual sistema alemán de justicia militar ha sido tradicionalmente percibido como una «reacción extrema frente al comportamiento y decisiones ilegales en la última guerra mun-

dial» (Krueger- Sprengel). Por ello, los miembros de las Fuerzas Armadas alemanas están sujetos al Código Penal Común y son juzgados por delitos comunes en el sistema judicial ordinario. Incluso en la fase de ejecución de las penas hay que decir que ni siquiera hay prisiones militares, y los responsables militares de delitos cumplen sus sentencias en cárceles ordinarias civiles. Ese sometimiento del militar alemán a los tribunales ordinarios del país también se hace en función de los criterios competenciales que las normas ordinarias contienen, y que se basan en un principio de fuero territorial, atribuyendo la competencia, en función de la gravedad del presunto delito cometido, bien a tribunales locales o de ámbito regional.

El Código Penal alemán, promulgado el 13 de noviembre de 1998, contiene una serie muy limitada de tipos penales, que afectan de una u otra manera al ámbito militar, cuyo sujeto activo puede ser un militar o un civil<sup>67</sup>. Pero la principal regulación de delitos militares se encuentra en el Código Penal Militar alemán<sup>68</sup>, que sí contempla los delitos militares propios, como desertión, trato degradante, desobediencia, etc.

El sistema de enjuiciamiento de los miembros de las fuerzas armadas alemanas ha sufrido pequeños cambios a lo largo de los últimos años, sin que se haya afectado el principio fundamental de la sujeción del personal militar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria para el enjuiciamiento de delitos comunes. El cambio reciente más significativo se ha producido en abril de 2013, en relación a las Fuerzas Armadas desplegadas en el extranjero. Los delitos cometidos por los soldados desplegados más allá de las fronteras germanas tenían la dificultad de investigación por parte de un fiscal que se encuentra a miles de kilómetros del lugar donde acaecieron los hechos, a lo que se habría de añadir la dificultad para los propios fiscales de entender la realidad en la que las infracciones pueden ser cometidas, a menudo en acciones de combate. La dificultad ya fue percibida con los primeros despliegues de soldados alemanes fuera de sus fronteras al principio de los años noventa. Una solución provisional fue articulada en el año 1994, sobre la base de un acuerdo del Fiscal General del Estado, encomendando a los fiscales de la ciudad de Postdam la investigación de los delitos cometidos por las fuerzas desplegadas. La decisión sobre este tema, ya de una forma permanente, ha sido la atribución de la competencia para juzgar los delitos cometidos

por soldado alemanes en el exterior a los tribunales de la ciudad de Kempten, en Baviera<sup>69</sup>.

### 1.3. Régimen disciplinario

En caso de infracciones disciplinarias<sup>70</sup>, al miembro de las Fuerzas Armadas se le puede imponer una sanción disciplinaria no judicial o sanciones disciplinarias judiciales, lo que dependerá de la gravedad de la infracción. El procedimiento y las sanciones disciplinarias están reguladas en la Ley Disciplinaria Militar<sup>71</sup>.

Los encargados de iniciar el procedimiento disciplinario son las autoridades reconocidas como tales, mientras que la tramitación de los procedimientos está encomendada a asesores jurídicos de las Fuerzas Armadas, especialmente asignados a este cometido. Dichos asesores tienen la condición de civiles, están autorizados para desempeñar esta función y son, además, asesores jurídicos del mando militar. Tienen unas funciones análogas a las que el Fiscal cumple en los procesos penales, por lo que están autorizados para llevar a cabo investigaciones y formular los correspondientes pliegos de cargos si estiman que existen indicios suficientes para ello.

Las faltas disciplinarias pueden ser sancionadas por dos vías:

- a) Medidas disciplinarias simples.
- b) Medidas disciplinarias judiciales, que están reservadas a los denominados Tribunales del Servicio Militar.

Pero la ley atribuye al superior disciplinario el derecho de arrestar provisionalmente a los soldados que están bajo su autoridad disciplinaria, si el mantenimiento de la disciplina así lo exigiera.

1.3.1. Las medidas disciplinarias simples. Están enumeradas en el art. 22 de la Ley Disciplinaria y son las siguientes:

1. Reprensión.
2. Reprensión severa. Es la que se hace en presencia de la Unidad militar.
3. Multa disciplinaria, que no puede exceder del salario percibido por el militar en cuantía mensual, teniéndose en cuenta para fijar su cuantía las condiciones personales y profesionales del militar<sup>72</sup>.
4. Privación de salida de la unidad. El militar tiene prohibido salir de su alojamiento militar sin permiso de sus jefes. En

una versión más severa, permite la existencia de prohibición del militar para recibir visitas durante el tiempo de la sanción.

5. Arresto disciplinario, con una duración comprendida entre los tres días, como mínimo, y las tres semanas, como máximo<sup>73</sup>. Como regla general, la imposición de esta sanción se hará sin perjuicio del servicio.

1.3.1.1. Autoridades disciplinarias . La potestad para imponer sanciones disciplinarias corresponde al superior jerárquico conforme al orden establecido en los artículos 28 y siguientes de la Ley Disciplinaria, donde se determinan las competencias del jefe de compañía, jefe del batallón y jefe del regimiento o brigada, siendo el más alto superior jerárquico a estos efectos disciplinarios el Ministro Federal de Defensa<sup>74</sup>. Como quiera que la competencia se atribuye a cada uno de los escalones del referido art. 28 en función no sólo de las personas a las que se les va a imponer la sanción, sino también en función de la medida disciplinaria que se pretenda imponer, la ley atribuye la competencia para ejercer primeramente la potestad disciplinaria al inmediato superior jerárquico, y caso de que este no tuviera la competencia la habrá de ejercer el siguiente en rango a dicho superior jerárquico.

1.3.1.2. Investigación por el superior disciplinario. Inicialmente la investigación de los hechos de los que se puedan derivar responsabilidades disciplinarias corresponde al superior, que puede delegar esta competencia en otro oficial<sup>75</sup>, pero exige la ley que queden registradas todas las audiencias que se realicen. Practicadas las investigaciones es el superior con competencia disciplinaria el que determina si se debe imponer o no una sanción disciplinaria<sup>76</sup>, función en la cual es absolutamente independiente, sin que nadie pueda darle órdenes o instrucciones en esta cuestión.

1.3.1.3. Sanción disciplinaria de arresto. La sanción de arresto sólo puede ser impuesta una vez que el juez del Tribunal Militar Disciplinario lo haya aprobado. Dicho juez mostrará su conformidad con la medida de arresto si la considera adecuada y permitida, pudiendo acordar su inmediata ejecución si es necesario para el mantenimiento del orden militar. Si no mostrara su conformidad con la medida de arresto o considerara oportuno su imposición en una duración inferior, lo hará constar, siendo esta resolución susceptible de recurso ante el Tribunal Militar Disciplinario en el plazo de una semana. La decisión del tribunal, que ha de ser

adoptada previa audiencia del militar, no admite recurso alguno, siendo por tanto firme, y si resuelve de conformidad con la propuesta del juez, será el propio Tribunal el que impondrá la sanción de arresto<sup>77</sup>.

1.3.1.4. Recursos contra la imposición de medidas disciplinarias y decisiones de la autoridad disciplinaria cabe interponer recurso ante el Tribunal Militar Disciplinario competente por el área donde ejerza sus funciones el superior cuya medida se recurre. Si el recurso se interpone contra una decisión del ministro de Defensa el competente será el Tribunal Federal Administrativo. La resolución del recurso no puede conllevar la imposición de una sanción más estricta que aquella que se recurre<sup>78</sup>.

1.3.2. Medidas disciplinarias judiciales. Medidas disciplinarias judiciales son las siguientes<sup>79</sup>:

1. Reducción del sueldo mensual, por un período de seis meses como mínimo y cinco años como máximo
2. Prohibición de promoción, por un período mínimo de un año y un máximo de cuatro años, tiempo en el que el militar no puede ser ascendido a un empleo superior.
3. Degradación, que está permitido hasta el rango inferior, pero dentro de la escala de cada uno de los sancionados con esta medida. Supondrá la pérdida de todos los privilegios derivados de su previo rango.

Despido disciplinario, significa la pérdida del derecho a la retribución, al avance en la carrera y a la pensión de retiro.

#### 1.4. *Tribunales del servicio militar*

Bajo esta amplia denominación la ley incluye el Tribunal Militar Disciplinario y de Quejas y el Tribunal Administrativo Federal.

1.4.1. Tribunal Militar Disciplinario. El establecimiento de este tribunal corresponde al Ministro Federal de Defensa, así como determinar su sede y su área de competencia. Dentro de cada uno de ellos pueden establecerse distintas divisiones<sup>80</sup>.

Cada uno de estos tribunales se compone de un presidente y los jueces que en cada caso sean necesarios, pudiendo participar en los mismos jueces honorarios, es decir, que no pertenezcan a la carrera judicial, y que se eligen, a modo de jurados, entre militares destinados en la circunscripción territorial correspondiente.

Estos últimos son elegidos por un período de un año de entre una lista enviada por los comandantes de las unidades y agencias militares y que contendrá un número de militares tres veces superior al de los jurados que necesiten ser nombrados. En el momento de celebrarse la audiencia<sup>81</sup> intervendrían el presidente que será un juez y dos jurados, uno de los cuales ha de ser de la misma categoría militar que el afectado en el procedimiento, mientras que el otro habrá de ser un oficial de estado mayor y de empleo militar superior<sup>82</sup>. En el caso de procedimientos dirigidos contra oficiales con el rango de coronel, el otro juez honorario debe tener el empleo de general. Las funciones de los jueces honorarios se ciñen a su intervención en la audiencia, por cuanto las demás decisiones fuera de ella corresponden, por regla general, al presidente en exclusiva.

Contra las decisiones de estos tribunales cabe interponer un recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo Federal en el plazo de un mes contados desde el pronunciamiento de la resolución que se pretende recurrir. En caso de ausencia de recurso las resoluciones tienen la consideración de cosa juzgada.

1.4.2. Tribunal Administrativo Federal. En el Tribunal Administrativo Federal se crearán Divisiones de Asuntos Militares para cuestiones relacionadas con las reclamaciones de militares así como en materia disciplinaria militar. Para la organización y demás cuestiones (por ejemplo, en materia de recursos) de estas divisiones se aplicarán las normas comunes contenidas en el Código de Procesos administrativos. Las audiencias se decidirán por un tribunal compuesto por tres jueces civiles y dos jueces honorarios, si bien fuera de las audiencias sólo los jueces profesionales pueden participar en las decisiones que les corresponda.

Las apelaciones son resueltas por la División de Asuntos Militares de la Corte Administrativa Federal.

## 2. AUSTRIA

El artículo 84 de la Constitución austríaca (*Bundesverfassungsgesetz*) declara abolida la jurisdicción militar, excepto lo que pueda establecerse para el tiempo de guerra. No hay actualmente previsión legislativa alguna que regule la jurisdicción militar para el caso de tiempo de guerra. El artículo 500 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «todos los militares quedan sometidos en tiempos de paz a la justicia penal de los tribunales ordinarios».

En tiempos de paz los militares están sujetos a la jurisdicción ordinaria. Y en relación con ello las personas que ejercen acusación y la defensa no tienen la condición de militares, siendo bien personal del Ministerio de Justicia o abogados. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozessordnung*) contiene disposiciones especiales para los militares, bajo la denominación de «Ejercicio de la justicia militar sobre militares en tiempo de paz» (§§ 499-506) «Hauptstück: Ausübung der Strafgerichtsbarkeit über Soldaten im Frieden». En estos artículos se establecen una serie de normas que afectan sobre todo a la citación y comparecencia de los militares ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria (citaciones a través del jefe de unidad, entrada en edificios militares, comunicación a los superiores de cualquier procedimiento penal incoado contra un militar...).

Existe un Código Penal Militar (*Militärstrafgesetz*), aprobado por Ley de 30 de octubre de 1970, que en escasos preceptos recoge particularidades relativa a delitos militares, tales como los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, delitos contra el servicio, contra las obligaciones del centinela... Y ello sin perjuicio de que el Código Penal Común contiene una serie de preceptos que tipifican delitos de «carácter militar», si bien su comisión puede ser llevada a cabo «por cualquier persona».

Al lado de la jurisdicción penal existe un sistema de infracciones disciplinarias previsto en la ley correspondiente (*Heeresdisziplinalggesetz*), sin perjuicio de que también quedan sujetos los militares a la Ley Disciplinaria de los funcionarios de carrera civiles de 1979. Las sanciones disciplinarias son revisadas por el Tribunal Administrativo Federal, compuesto por miembros de la jurisdicción ordinaria.

### 3. HUNGRÍA

#### 3.1. *Tribunales militares*

La nueva Constitución húngara adoptada el 18 de abril de 2011, no contiene previsión alguna respecto a la existencia de la jurisdicción militar en este país. No obstante la falta de esta previsión al más alto nivel, podemos decir que no existe una jurisdicción militar propiamente dicha, si bien el sistema húngaro presenta la particularidad de que existen tribunales militares que se integran en los tribunales ordinarios. El sistema judicial húnga-

ro se estructura en diferentes instancias, pero no en todas existen estos tribunales militares. De este sistema podemos destacar:

- a) Sólo en la primera instancia existen tribunales militares propiamente dichos, y así de un total de diecinueve tribunales (con competencias territoriales) hay cinco que se ocupan específicamente de casos militares.
- b) Las resoluciones de estos órganos con competencia territorial pueden ser recurridas ante el Tribunal de Apelaciones con sede en Budapest que funciona como Tribunal de segunda instancia<sup>83</sup>.
- c) El Tribunal Supremo (con el tradicional nombre de *Kúria*) es el órgano jurisdiccional superior de Hungría, con sede en Budapest. Garantiza la aplicación uniforme de la ley por los órganos jurisdiccionales y, a tal fin, adopta decisiones de armonización jurídica que son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales. El Tribunal Supremo húngaro consta de tres cámaras, donde se conocen los recursos de los órdenes civil, penal y administrativo-laboral, pero no cuenta con una sala de lo militar.

La composición de estos tribunales, tanto en la primera como en la segunda instancia será de un juez militar, permitiendo en ciertos casos la intervención de un juez asociado u honorario militar, es decir, no perteneciente a la carrera judicial, que nunca podrá ser de rango inferior al acusado y que habrá de pertenecer al ejército al que este perteneciera al tiempo de cometer el delito, aunque son normas flexibles que en ciertos casos pueden ser obviadas.

Al igual que no existe propiamente una jurisdicción militar, tampoco existe un Código Penal Militar, sino un Código Penal Común, promulgado el 13 de julio de 2012, en el que se recogen una serie de conductas que afectan al personal militar<sup>84</sup>. También se recogen algunas especialidades que afectan al personal militar, de entre las que destacamos la exclusión de la pena de servicios a favor de la comunidad para el militar que se encuentre en activo y la existencia de penas específicas para el personal militar, tales como la pérdida de rango militar o la degradación militar. Por su parte, el Código Procesal Penal es del año 1998, y en su capítulo XXII recoge unas especialidades para el proceso penal militar.

### 3.2. *La Fiscalía*

Pero la particularidad más llamativa que presenta el sistema húngaro en cuestiones relacionadas con justicia militar, es la referida a la Fiscalía, que se configura como partícipe en la administración de justicia pero como una organización constitucional totalmente independiente<sup>85</sup> y sometida únicamente a la ley. Al frente de la Fiscalía se encuentra el Fiscal General, que es elegido, de entre todos los miembros de la carrera fiscal, por mayoría cualificada de dos tercios del parlamento a propuesta del Presidente de la República por un período de nueve años<sup>86</sup>. La Fiscalía General cuenta con tres secciones (penal, civil-administrativa y militar), y al frente de la militar está el jefe de la misma que, a su vez, se encuentra en el segundo escalón de la Fiscalía General por debajo del Fiscal General que, por tanto tiene también la condición de Fiscal general militar. Su independencia también se garantiza prohibiendo que se encuentre afiliado a partido político alguno o comprometido con actividades políticas. La Oficina del Fiscal General, con personalidad jurídica propia, es un órgano que actúa con independencia presupuestaria. Una esencial cuestión, a los efectos que aquí interesan, es que la Fiscalía Militar se integra, financiera y organizativamente, en la carrera fiscal, de tal modo que los fiscales militares (que antes eran miembros de las Fuerzas Armadas y regidos por el Ministro de Defensa), están actualmente sometidos, únicamente, al Fiscal General<sup>87</sup>. La Fiscalía militar constituye una institución actualmente consolidada y sólida, a la vez que se configura como una especie de cuerpo jurídico militar por las generales atribuciones que le competen, ya que no solamente realizan aquellas propias de su encuadramiento dentro del sistema de justicia húngaro (supervisión de procedimientos seguidos a militares e investigación en los procesos penales), sino que también realizan funciones de asesoramiento legal a los miembros de las Fuerzas Armadas.

El fiscal militar, bien puede ser un profesional con tal condición o un fiscal designado por el Fiscal General para actuar en asuntos penales militares y que ejercerá sus competencias dependiendo de la jurisdicción del tribunal delante del cual actúe. Es el fiscal militar el único que, con exclusividad, puede llevar a cabo una investigación en ciertos casos en los que un soldado es acusado de cometer un delito, conforme al art. 474 del Código Procesal Penal<sup>88</sup>.

#### 4. FRANCIA

##### 4.1. *Introducción y régimen legal*

Hasta el año 1982, los militares franceses eran juzgados por tribunales especiales, independientemente de que cometieran el delito fuera del territorio nacional o en Francia. Pero la Ley 261/82, de 21 de julio, ha sido fundamental a la hora de la configuración de la jurisdicción militar en el vecino país. Esta Ley, relativa a la instrucción y enjuiciamiento de infracciones en materia militar y de seguridad del Estado, ha modificado los códigos de procedimiento militar y de justicia militar y ha suprimido, en tiempo de paz, los tribunales permanentes de las Fuerzas Armadas, así como el Alto Tribunal permanente de las Fuerzas Armadas. Esta Ley, en cambio, mantiene en tiempo de guerra la jurisdicción militar.

Tras la entrada en vigor de esta Ley, las infracciones al Código de justicia militar, así como los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio no son competencia de la jurisdicción militar, sino de la Jurisdicción Ordinaria o de Derecho Común. Se trata de una reforma radical y que constituye la última etapa de la incardinación de la justicia militar en tiempo de paz en la urisdicción Ordinaria. La supresión por la referida Ley de 21 de julio de 1982 de los tribunales militares permanentes, llevó consigo la atribución a unas cámaras especializadas de la Jurisdicción Ordinaria (Tribunales de Gran Instancia) la competencia para instruir y juzgar, aplicando las normas del Código Procesal Penal Común, los delitos cometidos en el territorio nacional.

En 1999, tras la profesionalización de las Fuerzas Armadas, se creó el Tribunal de los Ejércitos en París, que juzgaba los delitos cometidos por los militares fuera del territorio nacional. Entre otros asuntos, este tribunal fue el encargado de juzgar la responsabilidad del ejército francés en el genocidio ruandés y el asesinato de militares franceses en Costa de Marfil en 2006. El último hito de esta reforma lo constituye la Ley de 13 de diciembre de 2011 (que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2012), que ha transferido las competencias del Tribunal de los Ejércitos de París al Tribunal de Gran Instancia de París, con lo que se ha conseguido, de modo definitivo, la integración de la justicia militar en tiempo de paz en la jurisdicción ordinaria o de Derecho común.

Para un adecuado estudio de la justicia militar actual en Francia, conviene distinguir entre su organización en tiempo de paz, y la que le corresponde en tiempo de guerra.

#### 4.2. *Organización en tiempo de paz*

Como se ha dicho antes, la base del sistema de justicia militar en tiempo de paz en Francia, viene constituido por la Ley de 21 de julio de 1982, que se basa en los principios de la revolución francesa, especialmente el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Por lo expuesto, los militares franceses quedan sometidos en todos los casos a las disposiciones del Código Penal y al Código Procesal Penal. Los tribunales especializados en materia militar, imponen las mismas penas que los tribunales ordinarios, penas que se ejecutan según los principios generales y las reglas de Derecho Común. Pero para el enjuiciamiento de infracciones militares, los tribunales especializados en materia militar pueden también pronunciar la pena de «pérdida de grado», que ocasiona el cese en la profesión militar, y que puede ser pronunciada como pena principal o accesoria.

Pero una vez sentado este principio esencial, conviene distinguir dos situaciones:

Si el militar comete un delito común sin relación con el servicio, tanto dentro como fuera de una instalación militar, será juzgado, como todo justiciable, por el tribunal correspondiente, es decir, tribunales no especializados en materia militar. Se les aplica, por tanto, el Código Penal Común y el Código Procesal Penal.

Pero si comete un delito militar o un delito común durante la realización de un acto de servicio, si bien se le aplica igualmente el Código Penal Común y el Código Procesal Penal, será juzgado por el Tribunal de Gran Instancia, dotado de una cámara especializada en materia militar, pero compuesta de Magistrados civiles. De los 181 tribunales de gran instancia existentes, hasta 33 cuentan con una cámara especializada en derecho militar.

4.2.1. Reglas de competencia. Conviene hacer una distinción entre infracciones cometidas en territorio nacional y las cometidas fuera del mismo:

4.2.1.1. Infracciones cometidas en el territorio de la República. El art. 697 del Código Procesal Penal, contiene una regla para la competencia *ratione personae*, conforme a la cual el Tribunal de Gran Instancia es competente para la instrucción y enjuiciamiento de delitos militares así como delitos cometidos por militares durante la ejecución de un acto de servicio. Los magistrados encargados de esta función no disponen, necesariamente, de una formación específica militar, siendo jueces civiles y que se postulan para ejercer esta función junto a sus funciones jurisdiccionales ordinarias. Sin perjuicio de que en ocasiones puede darse el caso de juez único, normalmente el tribunal se compone de un Presidente y dos jueces, todos ellos magistrados civiles profesionales, y que aplican el procedimiento penal ordinario.

La competencia de la Cámara especializada en derecho militar, dentro del Tribunal de Gran Instancia, viene determinada por un criterio territorial, es decir, será competente el del lugar de comisión del delito (*forum delicti commissi*) o el del lugar de residencia del militar, recogándose una regla residual conforme a la cual, si no fuera posible determinar la competencia por los anteriores principios, será competente la cámara especializada correspondiente al Tribunal de París.

4.2.1.2. Infracciones cometidas fuera del territorio de la República. Después de la reforma de 1986 subsistían varios tribunales militares, en tiempo de paz, fuera del territorio de la República. Como ya vimos, la Ley de 10 de noviembre de 1999 suprimió esta jurisdicción, reemplazándola por un tribunal único (el Tribunal de los Ejércitos de París), encargado de juzgar las infracciones de cualquier naturaleza cometidos por militares fuera del territorio nacional, en acto de servicio o sin relación con él. Este Tribunal en París aplicaba las reglas del Código Procesal Penal de Derecho Común, de manera que los justiciables disfrutaban de los mismos derechos y garantías procesales que quienes eran enjuiciados por las cámaras especializadas de los Tribunales de Gran Instancia con competencia militar. El Tribunal de los Ejércitos de París fue suprimido por la Ley de 13 de diciembre de 2011, transfiriendo sus competencias al Tribunal de Gran Instancia de París. La centralización de estos delitos en este tribunal persigue como principal objetivo tener en consideración las particularidades —propias del derecho internacional de los conflictos armados y el contexto internacional— de la actividad militar en operaciones exteriores.

Desde esta perspectiva «la intervención de la autoridad militar debe tener en cuenta la singularidad de la profesión militar que supone aceptar conscientemente servir en condiciones por sí peligrosas y excepcionales, exponiendo su vida si fuera necesario, y en el marco de una cadena de mando muy jerarquizada»<sup>89</sup>.

#### 4.3. *Organización en tiempo de guerra*

Es esta una de las novedades más interesantes del Derecho francés, y ello por cuanto en muchos países en los que se permite la posibilidad, a nivel constitucional, de existencia de una jurisdicción militar para el tiempo de guerra, no han desarrollado esta previsión, como ocurre, entre otros, con Alemania. En Francia, y hablando de tiempo de guerra, los tribunales militares deben, evidentemente, colmar unas características de independencia e imparcialidad para asegurar que la administración de justicia sea conforme a las garantías internacionales de un proceso justo.

La característica esencial de la jurisdicción militar en tiempo de guerra consiste en la presencia de militares dependientes de la jerarquía militar entre los miembros del tribunal. La jurisdicción militar en Francia en tiempo de guerra tienen las siguientes manifestaciones destacables:

- a) Se trata de una jurisdicción con carácter permanente creada para la duración del conflicto: son los Tribunales Territoriales de las Fuerzas Armadas. Tendrían competencia territorial, sobre una o varias circunscripciones o regiones militares o sobre parte de las mismas. Estos tribunales se componen de una o varias cámaras de enjuiciamiento y de una cámara de instrucción. Se integran por cinco miembros, dos civiles y tres militares, debiendo tener condición de magistrado los dos civiles, haciendo uno de ellos las funciones de Presidente. Los miembros militares, con la graduación como máximo de coronel, son designados por la autoridad militar por un período de seis meses.
- b) Tribunales provisionales que siguen a las tropas en campaña. Si bien es excepcional la posibilidad de que estos Tribunales sean creados en el interior de Francia, se trata de un supuesto previsto para tropas estacionadas o que operan fuera del territorio de la República. Estos tribunales se

componen, asimismo, para las funciones de enjuiciamiento, de cinco miembros, estando reservada la presidencia para magistrados civiles reservistas de la jurisdicción militar, movilizados y designados por decreto del ministro de Defensa. Los demás miembros del tribunal serán cuatro militares escogidos entre los heridos de guerra o pertenecientes a tropas de combate. Para las labores de instrucción, la cámara correspondiente se compone de tres miembros: un Presidente y dos jueces militares con el grado de oficial superior.

- c) Para el enjuiciamiento de mariscales y almirantes del ejército francés se puede establecer, en tiempo de guerra, un Alto Tribunal de las Fuerzas Armadas cuya sede se fijará por decreto, pero puede reunirse en cualquier lugar del territorio de la República. Se compone de cinco miembros, de los cuales dos serán magistrados civiles, mientras los tres jueces militares serán designados según los mismos principios que los Tribunales Territoriales de las Fuerzas Armadas.

#### 4.4. *Normas disciplinarias*

La represión de las infracciones a los reglamentos relativos a la disciplina se encomienda a la autoridad militar para que imponga las medidas disciplinarias pertinentes que, en caso de ser privativas de libertad, no podrán exceder de sesenta días<sup>90</sup>. Las autoridades investidas de potestad disciplinaria son el ministro de Defensa y las autoridades militares, siendo estas últimas designadas de entre los oficiales y, excepcionalmente, de entre los suboficiales en situación de actividad. Dichas autoridades se reparten en tres categorías o niveles, en función de la naturaleza de la sanción disciplinaria que cada una de ellas puede imponer, pudiendo el ministro de Defensa imponer cualquiera de las sanciones disciplinarias contenidas en los tres niveles. Las principales sanciones que se pueden imponer en derecho francés son las siguientes:

- La advertencia<sup>91</sup>.
- La privación de salida de la unidad.
- La reprensión o amonestación dirigida al responsable de una falta.
- La reprobación<sup>92</sup>.

- El arresto, que impide al militar durante el tiempo que se establezca (máximo sesenta días como hemos dicho) abandonar su Unidad o el lugar designado por la autoridad militar.
- La suspensión temporal de funciones, por un período máximo de cinco días, con pérdida de toda remuneración.
- La pérdida de empleo.

Las sanciones disciplinarias son susceptibles de recurso en vía administrativa y posteriormente pueden ser revisadas por los Tribunales Administrativos equivalentes a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Existe una particularidad, en principio no aplicable a las sanciones disciplinarias pero que conviene reflejar, y es que desde el 1 de septiembre de 2001 el militar antes de acudir a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa debe dirigir su reclamación previamente a la «commission préalable des recours» (comisión previa de recursos). Se trata de una verdadera originalidad procedimental en materia de recursos administrativos. La comisión no tiene el poder de decidir, pero formula una recomendación al Ministro de Defensa, quién puede rechazar la reclamación o admitirla parcial o totalmente (Decreto No. 2001-407 de 7 de mayo de 2001). Esta reclamación a la comisión previa de recursos puede tener por objeto todo acto que afecte a la situación personal del militar en servicio, excepto aquellas materias referidas a su reclutamiento y a pensiones militares de invalidez. Sí se aplican a litigios en relación a ascensos, empleos, destinos, etc.

La comisión está constituida por oficiales y se limita a expedir una recomendación al Ministro de Defensa. Esta reclamación previa es obligatoria, pues si se plantease directamente ante los tribunales administrativos se declara inadmisibile. La comisión la preside un oficial general y en la misma se integran cuatro oficiales generales que pertenezcan al Ejército de Tierra, la Armada, el Ejército del Aire y la Gendarmería Nacional. También forman parte de la misma el Director de Recursos Humanos del Ministerio de Defensa así como un oficial general del ejército de pertenencia del reclamante. Los expedientes se instruyen por instructores situados bajo la autoridad de un Instructor General, que ha de ser un Magistrado de los Tribunales Administrativos o de los Tribunales Administrativos de Apelación.

## 5. ITALIA

### 5.1. *Introducción*

El artículo 103 de la Constitución italiana atribuye el ejercicio, en tiempo de paz, de la jurisdicción militar a los tribunales militares por delitos militares cometidos por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, debiendo incluirse aquí también al Cuerpo de Carabinieri y a la Guardia de Finanzas. La República Italiana dispone, de hecho, de dos jurisdicciones militares: una general para tiempo de paz que se regula en el *Codice Penale Militare di Pace* (CPMP)<sup>93</sup>, y otra específica para situaciones de conflicto armado que se refleja en el *Codice Penale Militare di Guerra* (CPMG)<sup>94</sup>. Ambos códigos contienen tanto normas sustantivas como normas procesales. No obstante, la mayor parte de las normas procesales militares para tiempo de paz han quedado tácitamente derogadas por la entrada en vigor del *Codice di Procedura Penale* que ha unificado todo el procedimiento penal.

### 5.2. *Competencia de la jurisdicción militar*

La competencia de la jurisdicción militar italiana comprende exclusivamente asuntos de naturaleza penal, pero conviene hacer una distinción entre su competencia en tiempo de paz y la competencia para el supuesto de conflicto armado.

5.2.1. Competencia en tiempo de paz. En tiempo de paz, la competencia se extiende a todo el personal militar en servicio, incluyendo en su caso al personal que pudiera ser llamado a prestar un servicio militar obligatorio (en la actualidad, las Fuerzas Armadas italianas se componen exclusivamente de personal profesional), a personal en reserva, a capellanes y a personal perteneciente a cuerpos civiles militarizados (artículos 5-7 y 10 CPMP). Igualmente puede aplicarse el Código Penal Militar para tiempo de paz a personal civil que pueda cometer algún tipo concreto de delito militar o que hayan participado en otros delitos militares cometidos por personal militar (artículo 14 CPMP). El Código Penal Militar para tiempo de paz se compone de tres libros y 433 artículos. El primero está dedicado a los delitos militares en general; el segundo, a los delitos militares en particular; el tercero, al procedimiento penal militar.

5.2.2. Competencia en caso de conflicto armado. En tiempo de conflicto armado, el *Codice Penale Militare di Guerra* se apli-

caría a las mismas categorías de personas que el Codice Penale Militare di Pace que se han mencionado más arriba, pero limitado al periodo de tiempo y al territorio afectado por la declaración de guerra (artículos 3 y 4 CPMG), si bien esos límites podrían ser ampliados o extendidos. El Codice Penale Militare di Guerra se compone de 300 artículos y se estructura en cuatro libros. El primero se dedica a la Ley Penal Militar en tiempo de guerra en general; el segundo a los Delitos y las Penas Miliars en general; el tercero a los Delitos Militares en particular; y el cuarto al Procedimiento Penal Militar en tiempo de guerra.

### 5.3. *Organización de la jurisdicción militar*

En la cúspide de la estructura judicial militar italiana se sitúa el Consejo de la Magistratura Militar (*Consiglio della Magistratura Militare*) que es una institución creada como reflejo en la jurisdicción militar del Consejo Superior de la Magistratura en la Jurisdicción Común. No tiene funciones propiamente jurisdiccionales, sino que sus competencias versan sobre materias como asignación de vacantes, ascensos, sanciones disciplinarias, modificación de la Planta Judicial Militar y cuantas otras le encomienden las leyes sobre organización y funcionamiento de los servicios relativos a la justicia militar. La composición del Consejo de la Magistratura Militar es la siguiente: lo preside el Presidente de la Corte di Cassazione, el fiscal militar ante dicha Corte di Cassazione, dos componentes elegidos por los propios Magistrados militares y uno propuesto conjuntamente por los Presidentes de ambas cámaras legislativas entre profesores universitarios de materias jurídicas o entre abogados con más de quince años de ejercicio profesional. Como particularidad, el ministro de Defensa que puede elevar propuestas y observaciones al Consejo y también puede asistir a las reuniones del mismo, no puede participar en las votaciones<sup>95</sup>.

En cuanto a la estructura propiamente judicial, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 244/2007, los órganos de la jurisdicción militar se dividen órganos requirentes y órganos juzgadores. Los órganos requirentes son los siguientes: la Fiscalía General Militar (Procura Generale Militare della Repubblica) ante la Suprema Corte di Cassazione; la Fiscalía General Militar ante la Corte Militare d'Appello; y tres fiscalías militares ante cada uno de los tribunales militares.

Los órganos juzgadores son: la Corte Militare d'Appello, con sede en Roma; tres tribunales militares de carácter territorial y cuyas sedes se localizan en Roma, Verona y Nápoles; y un Tribunal Especial de Vigilancia Penitenciaria (Tribunale Militare di Sorveglianza) con sede también Roma<sup>96</sup>.

Los tres tribunales militares de carácter territorial constituyen los órganos judiciales de primer grado y en los mismos se incluyen e integran las oficinas del Juez de Investigaciones Preliminares (Giudice per le indagini preliminari o GIP) y del Juez de la Audiencia Preliminar (Giudice per l'udienza preliminare o GUP), cuyas funciones y cometidos son idénticos a las mismas figuras dentro de la Jurisdicción Común, aunque con el ámbito competencial limitado de la jurisdicción militar. En el sistema procedimental italiano no existe la figura del Juez Instructor dotado de una jurisdicción plena en la investigación y esclarecimiento de los delitos de su competencia. En Italia el Giudice per le Indagini Preliminare (tanto el común como el militar) tienen una jurisdicción semiplena ya que sólo pueden investigar aquellos hechos que le son elevados por el Procuratore (Fiscal). El Juez de la Audiencia Preliminar es el encargado de valorar si la prueba acumulada por el Giudice per le indagini Preliminari es suficiente para elevar el procedimiento al juez o tribunal encargado de la celebración de la vista y fallo.

Como especialidades podría destacarse, en primer lugar, que en la Suprema Corte di Cassazione, que constituye el vértice de la estructura judicial italiana tanto común como militar, no existe una sección exclusiva dedicada a la jurisdicción militar y que constituya el estadio superior de la misma. Los asuntos penales militares que son revisados en dicha instancia suprema son resueltos por alguna de las siete secciones penales que integran la Corte di Cassazione<sup>97</sup>.

En segundo lugar, también merece destacarse como especialidad el hecho que las sanciones disciplinarias impuestas al personal militar pueden ser objeto de revisión judicial. La misma se articula por medio de un recurso de carácter jurisdiccional a través del correspondiente tribunal administrativo, pero no a través de ningún órgano de la jurisdicción militar.

5.3.1. Composición de los tribunales militares. La composición de los tribunales militares es la siguiente: un Magistrado Militar Presidente, otro magistrado militar con categoría de magistrado de tribunal o magistrado de apelación y con funciones de juez y un militar de carrera del mismo ejército que el procesado, de empleo no inferior a oficial y designado a suerte entre las listas publicadas oficialmente por el Ministerio de Defensa y también con funciones de Juez durante su participación en el Tribunal.

La Corte Militare d'Appello es el órgano judicial de segundo grado y resuelve las apelaciones contra resoluciones de los tribunales militares. Está compuesta por su presidente, dos magistrados militares con categoría de magistrados de apelación y funciones de juez y dos militares de carrera de empleo no inferior a teniente coronel con idénticas características de nombramiento de aquel que forma parte del tribunal militar.

Por último, el Tribunale Militare di Sorveglianza es el competente para vigilar y controlar todas las incidencias derivadas del cumplimiento de las penas impuestas por los tribunales militares<sup>98</sup>.

#### 5.4. *Estatuto de los magistrados militares italianos*

Los miembros de la jurisdicción militar italiana que tienen la consideración de Magistrati Militari no son personal militar propiamente dicho ni tienen un empleo militar. Solo es personal militar aquel oficial que es designado temporalmente para formar parte de alguno de los tribunales militares pero que no integra la plantilla permanente de dichos órganos.

El acceso a la carrera de magistrato militare tiene una doble vía: la primera, que se podría calificar como acceso directo, está reservada a magistrados de la jurisdicción común, que voluntariamente participan en el concurso reservado para ingresar en la plantilla orgánica de la magistratura militar. La segunda, que podría calificarse como acceso libre, se articula a través de un concurso-oposición público abierto a licenciados en Derecho y se limita a aquellas plazas vacantes en la plantilla que no hayan sido cubiertas por magistrados comunes. La carrera profesional en el acceso libre se compone de estadios o etapas sucesivas (desde Auditore giudiziario militare senza funzioni hasta Magistrato Militare di Cassazione idóneo alle funzioni direttive superiori) y los ascensos a cada una de ellas exige una evaluación positiva y favorable por parte del Consejo de la Magistratura Militar.

### 5.5. *La Fiscalía militar*

Los miembros de la Fiscalía militar (Procura Militare) son también Magistrados militares y no tienen consideración ni empleo militar. La estructura de la Fiscalía militar está jerarquizada y en su vértice se encuentra la Procura Generale Militare della Repubblica, de la cual dependen tanto la Fiscalía Militar ante el Tribunal Militar de Apelaciones (Corte Militare d'Appello) como las Fiscalías ante cada uno de los tribunales militares. Su estatuto como órgano independiente está también garantizado por el Consejo de la Magistratura Militar. La defensa en los procedimientos militares es ejercida por letrados profesionales habilitados para ejercer la profesión de abogado.

## 6. SUIZA

### 6.1. *Introducción y régimen aplicable*

La base de la justicia militar en Suiza viene constituida (si bien con numerosas modificaciones) por el Código Penal Militar de 13 de junio de 1927, complementado por el Código Penal Común de 1937. Por su parte, el sistema de tribunales militares viene recogido en el Código Procesal Penal Militar de 23 de marzo de 1979. Los miembros de las Fuerzas Armadas suizas son, por tanto, juzgados por sus propios tribunales especializados. Pero se ha de dejar claro desde el principio de esta exposición que la justicia militar en Suiza no está integrada en el organigrama de las Fuerzas Armadas, ni siquiera en el organigrama más amplio del Ministerio de Defensa. Las disposiciones legales que son de aplicación, comenzando con el art. 1 de la Ley de Procedimiento Penal Militar, consagran su total independencia en sus competencias jurisdiccionales, tanto respecto a los jefes de las Fuerzas Armadas como a la administración o dirección de departamento ministerial. Es la Oficina del Auditor en Jefe el encargado de vigilar esta independencia, sin que el mando militar pueda dar instrucción alguna a quienes ejercen funciones judiciales militares.

### 6.2. *Principio de territorialidad*

El Código Procesal Penal Militar está regido por el principio de territorialidad, conforme al cual los tribunales cantonales son competentes para enjuiciar aquellos delitos que se han cometido

en su territorio, lo que puede suponer (por las particularidades lingüísticas de la Confederación<sup>99</sup>) que algún acusado de otra región se vea obligado en ocasiones a comparecer ante tribunales donde se habla una lengua distinta a la suya propia. Pero si un militar cumple su servicio en una unidad que no habla su propia lengua, por vía de excepción y a través del Fiscal General de las Fuerzas Armadas, se puede remitir el caso a un tribunal donde sí se hable dicha lengua.

### 6.3. *Ámbito personal de aplicación*

El campo de aplicación personal del Derecho Penal Militar suizo se limita a las Fuerzas Armadas y a la Guardia de Fronteras, así como a los miembros de los servicios de seguridad nacional. La lista de delitos para los que la justicia militar es competente no incluye, por tanto, crímenes típicos de naturaleza común, como delitos contra la familia, fraudes... Si un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Guardia de Fronteras o de los miembros de los servicios de seguridad nacional comete un delito de naturaleza común durante su tiempo de servicio, permanecerá sujeto al Código Procesal Común y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Existe, por su parte, la posibilidad de aplicación del Código Penal Militar a civiles, como resulta, entre otros de los arts. 7 y 220, art. 86 sobre el delito de traición, art. 86a para el delito de sabotaje, o el art. 106 para la violación de secretos militares, entre otros. La persecución de crímenes de guerra compete, desde el 1 de enero de 2011, en que entró en vigor la reforma correspondiente, a la jurisdicción ordinaria, mientras que la jurisdicción militar sólo mantiene competencia en esta materia en caso de implicación personal activa o pasiva de un militar suizo o en caso de tiempo de guerra. La justicia militar es, en principio, competente para juzgar infracciones al Código Penal Militar, si bien este cuerpo legal también permite el enjuiciamiento por tribunales militares de infracciones de Derecho Común, como por ejemplo el robo durante el servicio militar. Se basa por tanto en la condición subjetiva del autor del delito, y la víctima puede ser tanto una persona militar como civil. No es la consideración de la víctima la que determina la competencia de la jurisdicción militar.

#### 6.4. *El proceso penal militar*

6.4.1. Inicio. Para incoarse un procedimiento penal militar se permite que en caso de que existan sospechas de que una persona hubiera cometido una acción, que no pueda ser sancionada conforme a las normas disciplinarias, se ordene el inicio de una investigación preliminar, con la finalidad de determinar si se ha cometido el delito. Se deben investigar todas las circunstancias del incidente que puedan tener relevancia en orden a determinar si el procedimiento debe ser iniciado o no debe ser llevada a cabo la investigación.

En el supuesto de que no se cumplan los requisitos para una investigación preliminar se debe ordenar una recogida de pruebas preventiva. Esto se exige normalmente en los siguientes supuestos:

- Cuando se requieran más pruebas, especialmente en el caso de autor o autores desconocidos o si los hechos del caso son imprecisos o confusos
- Cuando no hay certeza si la infracción debe ser corregida por vía disciplinaria o a través de un proceso penal ante el Tribunal militar competente.

En casos de homicidio, lesiones graves a personal militar o a civiles así como graves daños a la propiedad, se debe ordenar una preliminar recogida de prueba, incluso aunque no haya indicios de que se hubiere cometido una infracción penal. El procedimiento se inicia por orden del Jefe de la Unidad o del Fiscal General de las Fuerzas Armadas, en caso de que se trate de delitos que se han cometido fuera de servicio o que supongan violación del derecho internacional.

6.4.2. Defensa obligatoria. En el proceso penal militar se permite la actuación de un letrado defensor si se trata de la investigación preliminar, mientras que tal actuación deviene obligatoria si se trata del proceso principal. El letrado que actúe en el proceso penal militar no es parte del sistema del tribunal militar, sino que puede ser cualquier abogado autorizado para actuar en Suiza. Se trata de una defensa además que, independientemente de la capacidad económica del acusado, es completamente gratuita para él.

6.4.3. Principio de inmediatez. Una norma especial y que llama la atención en el proceso penal militar suizo consiste en que las piezas de prueba que se practican en la investigación pre-

liminar no están disponibles para los jueces que han de fallar el asunto, y ello como medio para garantizar que el fallo que se dicte se basa sólo en las pruebas que se practican en su presencia, lo que constituye la más alta expresión del principio de inmediación.

6.4.4. Delitos menores. Para los delitos más nimios (los que conllevan penas de hasta un mes de prisión o multa de hasta 1000 CHF, es decir, poco más de 900 euros) existe un procedimiento sumario, siempre que exista conformidad de las partes, en el que el fiscal militar puede imponer la correspondiente pena, con la adecuada motivación, pero sin necesidad de llevar a cabo la vista por el procedimiento ordinario. Tanto el fiscal como el propio acusado tienen la posibilidad de oponerse a esta sumaria terminación del procedimiento y exigir que la cuestión sea resuelta en el procedimiento ordinario.

#### 6.5. *Organización de los tribunales militares*

Los tribunales militares están compuestos por cinco jueces: el presidente, que es un oficial de la justicia militar, dos oficiales y dos suboficiales o soldados de la unidad militar a la que afecta el tribunal militar. Los dos oficiales y los dos suboficiales o soldados son designados por el Consejo Federal para un período de cuatro años, pero por su designación no quedan dispensados de sus obligaciones relativas al servicio que les corresponda. Los tribunales militares son Tribunales especializados, pero se organizan de manera separada de las demás jurisdicciones. Los miembros de la justicia militar son todos juristas (han completado estudios universitarios en Derecho) que han realizado el servicio militar<sup>100</sup>. De hecho, todos los que participan en el proceso penal militar en Suiza han cumplido el servicio militar, lo que permite considerar que así el acusado tiene la garantía de que va a ser juzgado por personas que se benefician de los conocimientos específicos del servicio militar<sup>101</sup>.

Todos los asuntos son susceptibles de ser recurridos en apelación ante la Corte Militar de Apelación.

La más alta autoridad judicial militar corresponde, en exclusividad, a la Corte Suprema Militar que, en caso de que estime el recurso interpuesto, devolverá los autos al Tribunal inferior para que practique un nuevo enjuiciamiento.

6.5.1. Personal de los tribunales militares. Podemos distinguir al siguiente personal:

- Secretarios del tribunal, que son normalmente oficiales especialistas y están encargados de la transcripción de la audiencia ante la Corte. Son además los que redactan los fallos y su justificación legal.
- Magistrado (con el empleo de comandante, capitán u oficial especialista), que tiene atribuida la misión de dirigir las investigaciones preliminares y asesorar a los jefes de unidad militar en cuestiones relacionadas con el Derecho Penal Militar.
- Fiscal militar: dirige la acusación ante el tribunal, acuerda no iniciar procedimiento ordinario e impone medidas disciplinarias en caso de infracciones de esta naturaleza, aprueba fallos como juez único en casos que afecten a decisiones que no excedan de delitos menores. Pueden tener el empleo de teniente coronel o comandante, y en su denominación en francés conservan una denominación que nos es muy familiar en el sistema español (*auditeur*).
- Presidente del tribunal: dirige el tribunal y preside las audiencias. Puede ser un teniente coronel o un coronel, si bien normalmente tienen este último empleo.

6.5.2. Organización. El Auditor en jefe está a la cabeza de la justicia militar, pero se ocupa, aparte de derechos que le confiere el Derecho Penal Militar, fundamentalmente de labores administrativas (vigilancia de los procedimientos, formación de los miembros de la justicia militar...). Es nombrado por el Consejo Federal por un período de cuatro años, y tendrá la graduación de general de brigada.

La jurisdicción se ejercita por:

- Cortes militares: existen ocho tribunales que constituyen la primera instancia. De ellos tres son francófonos, cuatro germanófonos y uno italo hablante. Cada una de estas cortes militares está compuesta de tres miembros: el Presidente, que es quien dirige el Tribunal y preside las audiencias. Puede ser un teniente coronel o un coronel, si bien normalmente tienen este último empleo, como se ha visto. Junto a dicho Presidente intervienen dos miembros adicionales.
- Cortes militares de apelación: existen tres tribunales de apelación, que constituyen la segunda instancia, uno por

cada una de las tres lenguas oficiales de Suiza. Los jueces de la primera y segunda instancia son nombrados por el Consejo Federal por un período de cuatro años. Contra las decisiones de las Cortes militares de apelación se puede interponer recurso de casación ante la Corte Suprema Militar.

—Corte Suprema Militar: está al mismo nivel que el Tribunal Federal. Sus miembros son elegidos por la Asamblea Federal por un período de cuatro años. Aparte de ser un Tribunal de Casación, es el competente para resolver las cuestiones de competencia que se pudieran suscitar entre los tribunales militares inferiores.

## 6.6. *Régimen disciplinario*

6.6.1. Sanciones disciplinarias. En el propio Código Penal Militar de 1927 se contienen una serie de prescripciones relativas a las faltas disciplinarias, las cuales son descritas, desde el punto de vista de la tipicidad, de una manera muy general. Las sanciones disciplinarias que se pueden imponer con arreglo a la ley son las siguientes:

1. La reprensión, que se considera como una amonestación dirigida de forma adecuada al responsable de la infracción.
2. La privación de salida: en este caso la persona afectada no podrá abandonar el perímetro que haya sido definido por comandante de la Unidad, excepto por necesidades del servicio. No se autoriza el acceso a las cantinas o instalaciones análogas
3. La multa disciplinaria que, en caso de impago, se convierte en sanción de arresto, equivaliendo cada 100 francos suizos a un día de arresto.
4. La sanción de arresto, que será como mínimo de un día y como máximo de diez días. La particularidad es que el arrestado no participa de las actividades del servicio. Se trata de un régimen severo, en cuanto se cumple, prácticamente, en situación de aislamiento e incluso no se permite al sancionado recibir visitas.

6.6.2. Competencia sancionadora. Corresponde a los jefes de unidad que tengan empleo superior sobre la persona afectada, siempre que ésta le esté directamente subordinada, aunque fuera

de forma temporal. La competencia para imponer cada una de las sanciones que antes hemos referido dependerá del escalón que el mando sancionador ocupe en la jerarquía militar.

6.6.3. Procedimiento sancionador. Es un procedimiento esencialmente oral, si bien existe la posibilidad de que sea consignado por escrito. Al principio del procedimiento se comunica al responsable los hechos que se le imputan, debiéndose consignar todas las circunstancias relativas al caso, tanto las que le favorezcan como las que le perjudiquen. Debe existir una audiencia final del responsable, antes de ser fijados los hechos y la sanción. La sanción queda registrada en la documentación personal del responsable hasta que transcurra el plazo de cinco años.

Cabe la posibilidad de interponer un recurso, por escrito, normalmente al superior inmediato del que impuso la sanción. Cabe también la posibilidad de un recurso de apelación, ante el Tribunal militar de apelación, o de casación ante el tribunal de tal carácter.



## 6. SISTEMA ANGLOSAJÓN DE JURISDICCIÓN MILITAR

PEDRO MARÍA PINTO Y SANCRISTÓVAL

*Comandante Auditor*

### 1. INTRODUCCIÓN

Cuando me llamó el general Matamoros para preguntarme si me gustaría participar en unas Jornadas sobre la jurisdicción militar y encargarme de una ponencia sobre el «sistema anglosajón», mi primera impresión fue de perplejidad ante el oxímoron que encerraba el encargo, dado que la organización de casi cualquier cosa en el orden jurídico anglosajón es siempre escasamente sistemática. Lo que no quiere decir necesariamente peor, pero sí alejado de los cánones cartesianos que en el Continente (el europeo, claro) entendemos como un sistema.

Por lo tanto, tal vez mejor que de sistema anglosajón, podríamos hablar de regímenes jurisdiccionales militares en los Ordenamientos del *Common Law*, rehuyendo la noción de sistema y empleando, además, la locución en plural, porque en el mundo anglosajón son de apreciar no un modelo sino fundamentalmente dos: el clásico y el moderno. Nueva razón para el asombro, porque, si en cualquier orden de la vida se nos dijera que existe un modo tradicional de hacer las cosas y otro moderno, inmediatamente asignaríamos aquél a Gran Bretaña y éste a los Estados Unidos. Pues bien, en este caso ocurre exactamente lo contrario, porque el régimen jurisdiccional norteamericano pivota, como acabamos de ver en la tan brillante como amena exposición del Teniente Coronel Warnock, en torno a la figura del Mando militar, al que se confieren amplísimas atribuciones no sólo en la designación de los integrantes del jurado y la dirección de la acusación, sino en la misma existencia del proceso, puesto que puede incluso disentir de la condena dictada por el Consejo de Guerra. Como puede apreciarse tras la exposición histórica que nos ha

precedido, no es más que una versión del modelo tradicional de jurisdicción militar atribuida al Mando.

La razón por la que esto es así hay que buscarla en una versión transatlántica (y matizada durante la travesía) del gusto inglés por las tradiciones, cristalizada en la idea norteamericana de *if ain't broken, don't fix it*, unida a la convicción, apoyada en estadísticas, de que es un sistema que funciona razonablemente bien como método de ejercer los poderes punitivos disciplinarios. Aunque no podemos ocultar la existencia de voces críticas que, en concreto, postulan la intervención del azar y no del Mando en la designación de los jurados, lo cierto es que el sistema como tal no está esencialmente en cuestión, entre otras razones porque ninguna instancia jurisdiccional supranacional obliga a ello.

En el resto de los ordenamientos del *Common Law*, se observa un fenómeno creciente de algo que no tengo claro cómo denominar, porque el término que lo expresa en inglés es *civilianization*. Traducirlo como «civilización» de la jurisdicción militar no me parecería adecuado, porque podría traslucir la idea de que los jurisdicentes castrenses son una horda de bárbaros a los que hay que atraer al mundo civilizado; por razones del mismo tenor, y aunque semánticamente sería lo acertado —pues lo que el fenómeno implica es, en definitiva, una progresiva asimilación del régimen jurídico de los tribunales militares al de los órganos de la jurisdicción ordinaria— no me parece correcto referirme al proceso como de «ordinarización» de la jurisdicción militar. Por eso, puestos a crear un neologismo, prefiero hablar de paisanización de la jurisdicción militar, porque con él reflejo ese acercamiento a la Jurisdicción ordinaria, sin el empleo del término «civil», que si bien se usa frecuentemente como opuesto a «militar», en el campo de las jurisdicciones tiene un sentido propio que a mi juicio aconseja no utilizarlo para designar este fenómeno.

La paisanización tiene un origen fácilmente identificable en la preocupación por el derecho del imputado a un juicio justo, que se percibe comprometido, en el sistema tradicional, por varios factores, a saber:

- a) La falta de independencia de los jueces y miembros de los jurados, que no sólo son designados ad hoc por el mando militar, sino que además dependen de él en cuanto a posteriores evaluaciones y ascensos, lo que en algunos

ejércitos tiene relevante trascendencia incluso retributiva. Es obvio que tal influencia del mando en la carrera militar del juez compromete, por inmune que personalmente pueda ser al halago o a la amenaza, su independencia objetiva.

- b) La dirección de la Fiscalía en cuanto órgano acusador también por el mando militar, y
- c) La inexistencia de una heteroapelación, es decir, el hecho de que las sucesivas instancias del proceso penal no incluyan una revisión del fallo por un órgano ajeno a esa estructura militar que, como vemos, tan estrechamente lo ha controlado en la instancia.

## 2. CANADÁ<sup>102</sup>

Esos tres extremos de carácter procesal fueron los factores determinantes de la ratio decidendi de la conocida sentencia *Genereux* de 1992 (R. v Génereux, [1992] 1 S.C.R. 259) en Canadá, que declaró conforme a su Carta de Derechos Humanos la existencia de una jurisdicción militar, pero sólo si se configuraba con arreglo a cánones homologables con la ordinaria, salvo en tiempo de guerra.

### 2.1. *Competencia*

La jurisdicción militar canadiense conoce de las infracciones recogidas en el Código de Disciplina del Servicio. El Código se aplica, según establece su sección 60, a todos los miembros de las *Canadian Armed Forces* (CAF), así como al personal civil que acompaña a las unidades en servicio. La aplicación tiene lugar automáticamente respecto de los hechos ocurridos fuera de Canadá; sin embargo, si los hechos se cometen en territorio nacional se precisa, para sustraerlos de la jurisdicción ordinaria, una conexión con los asuntos del servicio.

### 2.2. *Organización*

La organización jurisdiccional militar canadiense presenta una estructura escalonada:

- Summary Trial o juicio sumario por el Comandante de la Unidad (*Commanding Officer*) u oficial delegado.

En el primer nivel se sustancian las infracciones menos graves, es la forma más común de tribunal y permite resolver en el nivel de unidad. De acuerdo con la sección 162 de la *National Defence Act*, salvo excepciones prefijadas, el acusado que vaya a ser juzgado en un *summary trial* puede elegir serlo ante un *court martial*.

- Courts Martial o tribunales militares, que a su vez pueden ser de dos tipos, *general* o *standing*, general y permanente.
  - a) El Tribunal general está compuesto por un juez militar, que lo preside, y un jurado de cinco miembros de las CAF insaculados por el Secretario del tribunal.
  - b) El Tribunal en su forma permanente está compuesto únicamente por el juez militar. Conoce delitos sancionables como máximo con licencia deshonrosa.
- CMAC, *Court Martial Appeal Court*, es el tribunal militar de apelación ante el que recurrir las decisiones adoptadas por los otros dos escalones.
- Existe también la posibilidad de apelar al Tribunal Supremo en determinados casos muy restringidos.

### 2.3. Condición de los integrantes de los órganos jurisdiccionales

- Los jueces que constituyen o presiden (según la modalidad) los *Courts Martial* son designados de entre letrados que reúnan simultáneamente dos condiciones: más de diez años de trayectoria profesional como abogados, y más de diez años de experiencia como oficiales.
- Los magistrados de la CMAC son paisanos, designados de entre los miembros del Tribunal Federal de Apelaciones, el Tribunal Federal y los Tribunales Superiores Provinciales,
- El jurado se insacula de entre oficiales y suboficiales, en función del empleo del acusado.
- El *Canadian Military Prosecution Service* (Fiscalía Jurídico-Militar) está también integrado por miembros del cuerpo jurídico. Su director es coronel.
- Existe también un *Defence Council Services*, integrado por oficiales jurídicos, que presta asesoramiento y defensa legal a los imputados.

### 3. EL REINO UNIDO

Cambios similares se produjeron en el Reino Unido, también en los 90, aunque en este caso no debido a reflexiones doctrinales autóctonas, sino siguiendo algo tan del gusto de la sensibilidad política británica como la necesidad de acomodar su organización y procedimientos a los criterios fijados por órganos supranacionales. En este caso, esos criterios se contenían en varios fallos adversos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estimaba que el orden a la sazón vigente en el Reino Unido no cumplía con las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las muy relevantes Sentencias Findlay (Findlay v. the United Kingdom (110/1995/616/706) 25 February 1997) y Morris (Morris v. the United Kingdom —Application no. 38784/97—), entre otras, forzaron a la adopción del actual sistema británico de justicia militar, paradigma de la paisanización en cuanto que la impronta castrense en la administración de Justicia no va mucho más allá de la nomenclatura, como luego detallaré.

Antes de esa reforma, el régimen tradicional en el Ejército y la Marina, desde 1661 y 1666 respectivamente, era el ejercicio de la potestad jurisdiccional por el mando militar, auxiliado por Consejos de Guerra (*Court Martials*) designados ad hoc por aquél, sistema luego trasladado al Ejército del Aire. Con ocasión de las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las que he hecho referencia, y después de una reforma parcial de las tres jurisdicciones en los años 90, el Parlamento aprobó una Ley, la *Armed Forces Act* de 2006, que con modificaciones de menor calado continúa vigente. Esta Ley es la que crea en el Reino Unido una jurisdicción militar única para los tres ejércitos, basada en órganos que conservan el nombre inglés de *Court Martial*, a pesar de su profunda modificación, que llega al extremo de que tanto los magistrados como los secretarios judiciales son funcionarios civiles, de manera que la vinculación de los cuerpos jurídicos con la jurisdicción militar se limita a proporcionar, por el momento, el personal de la Fiscalía militar, como más abajo detallaré.

#### 3.1. Competencia

La jurisdicción militar define su competencia por razón de las personas sujetas a ella y por razón de los hechos enjuiciados.

3.1.1. En cuanto a lo primero, están sometidos a la jurisdicción militar:

- a) Los miembros de las fuerzas regulares de los ejércitos de Tierra, Mar y Aire, en todo tiempo y lugar.
- b) Los miembros de las Fuerzas de Reserva y el Ejército Territorial, como regla general (sujeta a matices), sólo cuando están activados.
- c) Los miembros de las Fuerzas de los territorios británicos de Ultramar, cuando están prestando servicio o entrenándose con Fuerzas británicas.
- d) Los militares extranjeros, en determinadas circunstancias (principalmente, a bordo de buques o aeronaves británicos o bajo custodia militar británica), están sometidos a la jurisdicción militar pero no ejercen ninguna potestad jurisdiccional.
- e) Los militares de países de la Commonwealth prestando servicio en el Reino Unido están sometidos a la jurisdicción militar, y pueden, además, ejercer la potestad que corresponda, en condición asimilada a la de los británicos.
- f) Civiles sujetos a las Leyes penales y disciplinarias militares. El personal civil está sujeto sólo en relación con ciertos delitos definidos en la Sección 42 de la Ley y con determinadas infracciones disciplinarias específicamente previstas en ella. Esto es aplicable a:
  - i) Civiles a bordo de buques o aeronaves militares británicos,
  - ii) Civiles detenidos o en alguna otra forma de custodia por fuerzas británicas,
  - iii) Ciertos funcionarios al servicio de las Fuerzas Armadas británicas en determinadas circunstancias,
  - iv) Miembros de organizaciones civiles o militares especificadas,
  - v) Personas que residen con el personal militar o lo acompañan, en zonas geográficas predeterminadas.

3.1.2. En cuanto a la competencia material. Con la excepción señalada para el personal civil, la jurisdicción militar es competente para el conocimiento de todos los ilícitos militares, esto es (Sección 50 de la Ley):

- a) Faltas disciplinarias, tipificadas en las Secciones 1 a 41 de la Ley.
- b) Delitos militares tipificados en la Sección 42, que tienen su correspondencia con delitos previstos en las Leyes penales comunes.

- c) Delitos tipificados en diversas secciones como puramente militares, es decir, sin tipos homólogos en la legislación penal ordinaria.
- d) Delitos tipificados en otras Leyes militares.

De la existencia de los delitos a los que se refiere el apartado b) resulta la posibilidad, en absoluto infrecuente, de que haya concurrencia de jurisdicciones, porque se trata de delitos comunes que, al ser aparentemente cometidos por militares, pueden ser, en principio, enjuiciados por la jurisdicción militar o por la penal ordinaria. Naturalmente, no existe un criterio legal definido sobre la atribución de competencia, que es deslindada casuísticamente, al modo propio del Derecho anglosajón. Hasta tal punto, que la Ley de 2006 expresamente suprimió la antigua exclusión de las jurisdicciones militares para el conocimiento de esos delitos comunes cuando hubieran sido aparentemente cometidos en territorio del Reino Unido, mostrando así con claridad que en lugar de una linde definida, la Ley prefiere dar contornos difusos a la competencia de la jurisdicción militar, que en los casos concurrenciales se ejerce, o no, atendiendo a criterios de oportunidad. Sí se establecen, en la Sección 63, las necesarias reglas interdictorias del doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, con prioridad de los procedimientos penales sobre los disciplinarios y, dentro de los penales, del militar sobre el común.

### 3.2. *Órganos de la jurisdicción militar*

#### 3.2.1. Órganos de instancia:

##### I. El Jefe de la Unidad (*Commanding Officer*).

Ejerce la potestad jurisdiccional y disciplinaria en la llamada Audiencia Sumaria (*Summary Hearing*) con las siguientes limitaciones:

- a) Esta potestad sólo se ejerce sobre personal militar;
- b) en relación con ilícitos de menor entidad, taxativamente enunciados en las Secciones 53 y 54 de la Ley, y
- c) con un catálogo tasado, en la Sección 132, de las sanciones que puede imponer.

El acusado tiene siempre derecho a pedir ser juzgado por un tribunal militar (sin que ello suponga agravación de las sanciones que puedan imponérsele) y, si es sancionado por

el comandante, a impugnar su resolución ante el Tribunal de Apelaciones Sumarias.

## II. Los tribunales militares de Instancia (*Court Martials*).

Se regulan en las Secciones 154 y ss. de la Ley. Están constituidos por un magistrado (Judge Advocate) y un Secretario (Court Administration Officer). Para la celebración de los juicios, el Tribunal lo constituyen el magistrado y un jurado formado por tres o cinco (o, excepcionalmente, hasta siete) oficiales o suboficiales —en función de la entidad del ilícito que se esté juzgando y del empleo del acusado—, designados al azar por el Secretario.

## III. El Juzgado Militar para el enjuiciamiento de paisanos (*Service Civilian Court*).

Regulado por la Sección 277 de la Ley. Es órgano unipersonal, constituido por un juez (*Judge Advocate*) y sólo fuera del territorio británico. El paisano afectado puede pedir ser juzgado por un tribunal militar.

### 3.2.2. Órganos de apelación

- a) La Sección 272 de la Ley crea el Tribunal Militar de Apelación (*Court Martial Appeal Court*), competente para los recursos contra resoluciones de los Tribunales de Instancia.
- b) Tribunal de Apelaciones Sumarias (*Summary Appeal Court*), creado por el Capítulo 2 de la Ley para la revisión de las resoluciones dictadas por los Jefes de Unidad.
- c) El Tribunal Militar de Instancia actúa también como Tribunal de apelaciones revisando las resoluciones del Juzgado Militar para el enjuiciamiento de paisanos.

3.2.3. El Tribunal Supremo. De reciente creación, el Tribunal Supremo conoce también de los recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal Militar de Apelación, de conformidad con la Sección 39 de la Ley reguladora de los recursos en la jurisdicción militar —*Court-Martial (Appeals) Act 1968*—, que prevé criterios muy rígidos de admisión.

3.2.4. Existe, adicionalmente, una organización administrativa —el *Military Court Service*—, que presta todos los apoyos materiales al sistema. Está integrada en el Ministerio de Defensa con autonomía funcional, garantizada por el nombramiento como Secretario Judicial de su Director.

### 3.3. *Integrantes de los órganos jurisdiccionales*

La condición militar del Jefe de la Unidad es obvia, a pesar de lo cual merece la pena detenerse un poco en ella, porque está normativamente detallado con precisión de entomólogo quién es, en cada momento, el comandante de cada justiciable, a través de un mecanismo complejo pero no complicado de seguir. Para la determinación de lo que ha de entenderse a efectos jurisdiccionales por Jefe de Unidad, la Sección 360 de la Ley remite a Reglamentos del Consejo de Defensa, lo que se concreta en:

- a) Tres reglamentos de tierra, mar y aire que detallan las estructuras de mando a efectos disciplinarios en cada uno de los ejércitos y la Marina. Esquemáticamente, la potestad se atribuye a los Comandantes de buque o ala, y a los Jefes de unidades de entidad batallón o regimiento.
- b) Además de estas previsiones generales, el Reglamento Conjunto de 2009 sobre el significado de «Jefe de Unidad» define que por lo general, el Comandante de la Unidad lo es a todos los efectos, pero fija reglas para diferentes casos en que no es posible que un jefe ejerza esta potestad, bien porque el destino esté vacante, bien porque concurra una causa de abstención en relación con un subordinado o asunto concretos, bien porque no se dé la necesaria diferencia de dos empleos con respecto al acusado. En todos estos supuestos, el Reglamento detalla quién ha de ser el Jefe de Unidad a efectos disciplinarios y fija el deber de comunicarlo a todo el personal afectado.

Con independencia de la potestad del Comandante, que ya hemos visto que es muy limitada en su extensión y además fácilmente eludible a voluntad del subordinado, lo que determina el carácter permanente de los órganos de la jurisdicción militar es la existencia de los jueces o magistrados que presiden (o en casos contados constituyen por sí solos) cada órgano jurisdiccional, puesto que el panel de jurados es designado ad hoc. Obviamente, el enjuiciamiento por jurado responde a la idea del juicio por los pares, de manera que sus miembros tienen condición correlativa a la de los acusados, es decir, militar en la generalidad de los casos y de empleo no inferior al suyo. Como puede advertirse, esta configuración del órgano jurisdiccional evidencia la profundidad de

la paisanización de la jurisdicción militar británica, puesto que la participación de militares en la administración de Justicia se reduce a la conformación del jurado. Por decirlo de un modo gráfico, la Ley asume que los militares son pueblo, y por ello son llamados a conformar el jurado de sus compañeros, pero los profesionales de la Justicia no son juristas militares, sino paisanos.

En efecto, existe un Magistrado General (*Judge Advocate General*), del que depende un Segundo Magistrado General (*Vice-Judge Advocate General*) y seis magistrados (*Judge Advocates*). Ninguno de ellos tiene condición militar, aunque no es infrecuente que posean experiencia militar previa, y su designación es idéntica a la de los cargos de la Jurisdicción ordinaria. Cada asunto que haya de ser juzgado por un tribunal militar es asignado por el Magistrado General a uno de los magistrados (Sección 155 (6) de la Ley), que con el jurado constituyen el tribunal militar. Tampoco tienen condición militar los Secretarios, que son, de acuerdo con la Sección 363 de la Ley, funcionarios civiles nombrados por el Consejo de Defensa.

### 3.4. Acusación y defensa

3.4.1. La acusación es formulada por un Fiscal (*Prosecutor*) integrado en la Fiscalía Militar (*Service Prosecuting Authority*). Ésta es una organización independiente de la cadena de mando militar, que actúa bajo la supervisión del Fiscal General (*Attorney General*). El Fiscal Militar Jefe (*Director of Service Prosecutions*) ha de reunir ciertos requisitos de aptitud enunciados en la Sección 364 de la Ley, pero puede ser indistintamente militar o paisano. Actualmente es paisano y su segundo, general de brigada. La fiscalía está servida (sección 365 de la Ley) por oficiales de los tres cuerpos jurídicos militar, naval y del aire. Este esquema se corresponde con la redacción originaria de la Sección 365, aunque no puedo dejar de señalar que ésta fue modificada en 2011 sustituyendo las palabras «oficiales» por «personas», con la nada oculta intención de dar una nueva vuelta de tuerca a la paisanización para permitir que puedan ejercer civiles como fiscales militares.

3.4.2. En cuanto a la defensa del acusado, es igualmente posible que sea ejercida por un oficial de los cuerpos jurídicos, o bien por abogado, de conformidad con el apartado 39 de las normas delegadas sobre tribunales militares de 2009.

#### 4. AUSTRALIA

Como puede comprobarse con la exposición hecha hasta ahora, los sistemas anglosajones reformados siguen un mismo patrón orgánico y funcional, por lo que sería reiterativa —y por ello tediosa y contraproducente— una expresión detallada de cada uno de los Ordenamientos que siguen esta línea. Sí creo, sin embargo, interesante concluir con una referencia somera al caso australiano, porque lo relevante en él no es la opción por uno u otro de los modelos anglosajones de jurisdicción militar, sino la peculiar situación de interinidad en el que se halla.

En efecto, la Ley de Disciplina de las Fuerzas de Defensa de 1982 reguló un sistema unificado de jurisdicción militar muy similar al norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial, puesto en cuestión doctrinalmente a partir de los últimos 90. Las conclusiones alcanzadas por el Informe Burchett, hecho público en 2001 en una conferencia de prensa convocada por el Jefe de las Fuerzas de Defensa, llevaron a que en 2005 se acometiera una reforma de la jurisdicción militar en línea con la británica y canadiense, que sin embargo sobrevivió poco, pues la sentencia *Lane v. Morrison* de 2009 (*Lane v Morrison* [2009] HCA 29) supuso el fin del sistema de la Corte Militar australiana. El argumento esencial de la decisión judicial —conceptualmente comprensible pero de indeseables consecuencias prácticas—, fue que es constitucionalmente admisible la opción por el régimen tradicional —con el poder sancionador ligado al mando—, pero una vez abandonado ese modelo clásico, el principio de separación de poderes no permite arbitrar una solución intermedia como era esa Corte, que ejercía potestades jurisdiccionales sin estar integrada en el poder judicial australiano.

De este modo, la jurisdicción militar entró, como dije más arriba, en una fase de interinidad de la que aún no ha salido. Porque, declarada inconstitucional la Corte Militar Australiana, el reflejo político fue volver ad interim al sistema anterior, aun con la vista puesta en la constitución de un tribunal incardinado en el capítulo III de la Constitución australiana, es decir, del equivalente a nuestro título VI. Sin embargo, ninguno de los diferentes proyectos de Ley que se han presentado —en los años 2010 y 2012— ha podido salir adelante, por diversas vicisitudes parlamentarias, lo que hace del australiano un llamativo caso de restauración, siquiera temporal, del modelo clásico de la jurisdicción militar, una vez periclitado en el hemisferio boreal.



## 7. LA JUSTICIA MILITAR DURANTE EL REINADO DE LOS AUSTRIAS

RAMÓN MARTÍNEZ GUILLEM

*Teniente Coronel Auditor*

### 1. CONTEXTO HISTÓRICO

La dinastía de los Habsburgo reinó en España entre 1516, año de la proclamación de Carlos I, y 1700, año de la muerte de Carlos II sin descendencia. En estos menos dos siglos reinaron solo cinco monarcas. Objetivamente hablando, durante ese periodo de tiempo España fue la potencia hegemónica, la primera de carácter mundial y, como va implícito en lo anterior, también en el continente europeo. La condición añadida de Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico convertía, de hecho y de Derecho, a Carlos I (V de Alemania) en el monarca con el mayor poder conocido hasta entonces. Estas circunstancias, la conquista de un imperio en América y el mantenimiento de esa hegemonía en Europa, abocaron a España a un esfuerzo militar extraordinario, como no había conocido y como no volvería a conocer<sup>103</sup>.

Una de las claves de la supremacía militar española en Europa fue el desarrollo de los tercios, considerados el primer ejército moderno, sin otro parangón, hasta entonces, que el de las legiones de Roma, y que no tuvo rival hasta la derrota de Rocroi en 1643.

### 2. LA FIGURA DEL AUDITOR Y LAS ORDENANZAS DE ALEJANDRO FAR- NESIO

Como es fácilmente comprensible, esto determinó también un desarrollo del Derecho militar, o relativo a los militares. No obstante estamos en la fase previa al período codificador, por lo que no cabe esperar una estructuración y orgánica acabadas y precisas, sino más bien una serie prácticas y costumbres, más o menos documentadas en instrucciones y ordenanzas particulares, que incluían, en esencia, la figura del Auditor y el fuero militar.

El Auditor se concebía como letrado encargado —por delegación del mando militar, quien a su vez recibía tal poder del Rey— de impartir justicia entre soldados, o como asesor jurídico de quien debía impartirla, lego en Derecho.

Se pueden citar varios ejemplos. Las Instrucciones de Carlos I a varios consejeros Reales y a Don Ramón de Cardona, Virrey y Capitán General del Reino de Nápoles, de 1518, mencionan los cargos de Auditor y Asesor de la Capitanía como algo preexistente. El Maestre de Campo Sancho de Londoño, en su «Discurso sobre la forma de reducir la Disciplina Militar a mejor y antiguo estado» (1568) menciona la figura del Auditor, que en aquel momento se describe como asesor de los maestros de campo, que son los que en realidad tienen el poder de hacer justicia. Bartolomé Scarion de Pavia, por su parte, en su «Doctrina Militar en la qual se trata de los principios y causas por que fue hallada en el mundo la milicia» (1598) habla de los Auditores de tercio, que «deben ser letrados y más soldados que letrados», así como del Auditor general, que por su parte ha de ser «muy buen letrado». Se sabe que Baltasar de Ayala (1548-1584) fue nombrado Auditor General de Campo y Ejército en 1580 por Felipe II, lo que implicaba no solo su carácter de funcionario de justicia, con la obligación de cuidar de la disciplina militar, sino también su condición de asesor jurídico del Mando en cualquier tema, en particular en la conducción de la guerra y el Derecho de Gentes, etc<sup>104</sup>.

Sea como fuere, estas prácticas y costumbres cristalizaron, según opinión generalizada, en las llamadas Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587 o «Primeras de Flandes». Se trata de dos textos consecutivos, de 15 y 22 de mayo del citado año. Aunque en principio estas eran aplicables al Ejército de Flandes la doctrina especializada las considera el origen de la justicia militar moderna, y no sólo en España<sup>105</sup>. Debe tenerse en cuenta que lo genéricamente conocido como «los tercios» era de hecho una fuerza multinacional, en tanto en cuanto podamos hablar de un concepto moderno, como el de nacionalidad, aplicado a situaciones en las que el concepto dominante era más bien el de «súbdito». De hecho, el propio Alejandro Farnesio (Alessandro Farnese) aunque educado en España, y súbdito y sobrino del Rey de España, era italiano (entendido aquí como concepto más geográfico que político), como correspondía a su condición de Duque soberano de Parma<sup>106</sup>.

Los principios básicos de las Ordenanzas son los que ya se venían aplicando desde el período anterior: exclusión de los soldados de la jurisdicción común, y sumisión de los mismos a la justicia castrense ejercida por el propio mando militar, situación que grosso modo se mantuvo hasta las reformas derivadas de la Constitución Española de 1978.

Este fuero militar admitía pocas excepciones (conforme a las Ordenanzas 3 y 4):

3. Excepciones de la jurisdicción e fuero militar. De manera que un soldado no podrá ser convenido ni llamado en justicia por ningún delito ni deuda ni por otra cosa ninguna sino es por ante los Auditores y jueces militares, y ninguno otro, excepto en causas de acciones reales, hipotecarias y de sucesión de bienes raíces y patrimoniales, porque en tal caso cada uno podía proseguir y pedir su justicia según las costumbres y ante los jueces del lugar donde estuvieren situados dichos bienes, que conforme a las leyes comunes y los placartes del Emperador mi señor, de gloriosa memoria, sin querer derogar, fuera desto, en cosa chica ni grande a los privilegios militares, los cuales queremos y es nuestra voluntad que sean inviolablemente guardados.
4. El fuero y privilegios militares no se extienden a los casos sucedidos antes. Pero si alguno de miedo de algún delito o maleficio que ha hecho o por defraudar a sus acreedores se hiziere soldado, en tal caso no es justo que el privilegio militar le valga, sino que a requerimiento de la justicia o de la parte se le borre la plaza y esto no se les puede negar, pero hasta tanto no es razón que las otras justicias provinciales y del país, sin respetar a los ministros de guerra, pongan la mano en el soldado o procedan por vía de justicia o de hecho contra él.

Por lo que se refiere a los encargados de impartir justicia, ya se ha señalado que esta potestad está residenciada en el mando militar, en concreto el propio Capitán general, en nombre del Rey. El Auditor, es decir, el jurista, el elemento con conocimientos técnico-jurídicos, es caracterizado como delegado del mando militar para el ejercicio de tal potestad, aunque, todo hay que decirlo, con una muy considerable autonomía:

El autoridad y calidad del oficio de Auditor general. El oficio de Auditor general es muy preeminente y de mucha importancia porque es la persona sobre quien el Capitan general descarga todos los negocios y casos de justicia, que el propio avia de juzgar y determinar, y ansi se puede dezir que tiene el exercicio de la juridicion del Capitan general, y por tanto queremos y es nuestra voluntad que ninguna persona de qualquier condicion o calidad que sea deste exercito, fuera del Maestre de campo general, en quanto dependiere de su cargo, tenga tanta autoridad en las cosas de justicia quanta el Auditor general y que en todo lo que ordenare, concerniente a su oficio, ninguno le contradiga, sino que le den asistencia y favor, so pena de la desgracia del Rey mi señor por lo qual le avemos dado y damos todo el poder y autoridad que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia. (Ordenanza 1).

Se mencionan en el texto varias categorías, ya conocidas antes: El Auditor general y los Auditores particulares (de regimiento, de tercio, de presidio). Debe decirse, por otro lado que, en lo tocante a la administración de justicia, existía, además de la posibilidad de apelación ante el Auditor general de las sentencias de los particulares (es decir, la doble instancia<sup>107</sup>), una cadena funcional, similar a la de la actual asesoría jurídica, ya que según la Ordenanza 26, «Los Auditores particulares han de tener continua correspondencia con el Auditor general, avisandole de las cosas de consecuencia que passaren por sus manos, para que el nos la pueda comunicar.»

En cuanto al Derecho sustantivo a aplicar, la Ordenanza 23 establece el principio de bandera<sup>108</sup>:

Porque leyes se ha de juzgar en la milicia. En el juzgar se conformaran con las leyes y derecho común y las ordenes, vandos, costumbres, privilegios y constituciones de guerra, sin atarse a ningunas leyes municipales, costumbres ni constituciones particulares de ningunas provincias y lugares, a los quales los soldados no están sugetos, porque los soldados, que están debaxo de sus vanderas, a qualquiera parte que vayan han de ser siempre las mismas leyes, costumbres y privilegios, que no es razón que por andar de una provincia o tierra a otra ayan de mudar a cada paso de leyes ni costumbres, ni tampoco conviene a la autoridad de 18, disciplina militar que los soldados estén sugetos a las leyes y costumbres de la provincia en que hazen la guerra.

Por otro lado, la segunda Ordenanza, o Edicto, de Alejandro Farnesio, de 22 de mayo de 1587, está dedicada a los funcionarios auxiliares de la justicia y la disciplina: los prebostes y barricheles. Estos pueden considerarse un precedente la policía militar<sup>109</sup>, más que jueces propiamente dichos, como se deduce de su caracterización:

La calidad y necesidad deste officio.-El officio del Prevoste general es de mucha autoridad y muy necesario para la conservación de la disciplina militar y mantenimiento de la justicia del exercito, porque es executor de los vandos y órdenes del Capitán general y constituciones militares y ansimismo de las sentencias y decretos del Auditor general, que en nuestro nombre administra la dicha justicia.

Digna de destacar es la ordenanza 9 del Edicto, de una sorprendente modernidad<sup>110</sup>:

Den cuenta de los que prendieren, dentro de 24 horas, al Auditor general y no les suelte sin su orden. De todos los presos que assi el Prevoste general como los demas barracheles y ministros de justicia particulares truxeren o tuvieren en prisión serán obligados dentro de veinte y quatro horas a dar dello noticia al Auditor general o a los Auditores particulares, respectivamente, con la relación de los nombres y calidad de los testigos que entendieren poder dar claridad del suceso o de sus delitos, para que con brevedad puedan ser despachados, y no podrán soltar dichos presos sin decreto del juez, so pena arbitraria.

### 3. LAS ORDENANZAS DE LA ARMADA Y LAS LEYES DE INDIAS

En lo que se refiere a la Armada, durante este período hay que destacar la Ordenanza para las Armadas del Océano y flotas de Indias, de 1606, la Ordenanza del buen gobierno de la Armada del Mar Océano de 1633, y la Ordenanza dada por D. Juan de Austria en 1650, «para el ejercicio de su gobierno sobre todas las fuerzas marítimas del reino», que en esencia establecían también el principio de exclusividad de la jurisdicción castrense en relación con la «gente de mar y guerra que en ella me sirviere», atribuyendo al Auditor general tal competencia.

Acaso mayor interés presenten las Leyes de Indias (que también se aplicaban en Filipinas), las cuales recogen preceptos específicamente destinados a los militares —a los soldados— que

contienen una serie de especialidades tanto en materia de competencias como de procedimientos<sup>111</sup>. Para lo que aquí se expone, seguimos la Recopilación de dichas Leyes hecha en 1680 bajo el reinado de Carlos II.

En concreto, el Título XI del Libro III lleva el enunciado «De las causas de Soldados». Por ejemplo la Ley primera, que fue dada por Felipe III en Madrid a 20 de diciembre de 1608, siendo posteriormente refrendada, tanto por él mismo como por su hijo Felipe IV en 1614 y 1628, establece la competencia exclusiva de los Virreyes como Capitanes Generales

...de las Provincias de el Perú, y Nueva España, conozcan de todos los delitos, casos y causas, que en cualquiera forma tocaren a los Capitanes, Oficiales, Capitanes de Artillería, Artilleros y demás gente de guerra, que nos sirviere a sueldo en todas las dichas Provincias, siendo convenidos como reos cada uno en las que fueren de su distrito y Virreynato: y el Virrey del Perú conozca también de las causas de la gente del Presidio del Puerto del Callao, y de la Armada del Mar del Sur, y de las Compañías, que en la Ciudad de los Reyes se levantara para Chile, y otras partes.

Y a renglón seguido establece un deber de inhibición por parte de la jurisdicción común: «Y mandamos, que nuestras Reales Audiencias, Alcaldes del Crimen, y otras qualesquier Justicias no se entrometan en el conocimiento de estos casos y causas por vía de apelación, ni en otra cualquiera forma».

Las leyes posteriores recogidas en el mismo Título establecen normas similares de exclusividad de jurisdicción para los «Presidentes Governadores y Capitanes generales de la Isla Española, Nuevo Reyno de Granada, Tierrafirme, Guatemala y Chile» (Ley II), «el Capitán general y Maestros de Campo de Filipinas» (Ley III) «los Governadores y Capitanes generales de las Ciudades y Provincias de Cartagena, Habana, Cuba, la Florida, Puerto-Rico, Cumaná, Santa Marta, Veneçuela, la Margarita, Honduras y Yucatán (Ley IV), etc.

Se trata de la casuística típica de las recopilaciones, normalmente una yuxtaposición de preceptos aplicable a contextos geográficos o estructurales determinados. En esta línea, se recogen también preceptos relativos al personal de la Armada cuando se encuentra en tierra (Ley VI, dada por primera vez por Felipe II en 1578):

Haviendo Sido informado, que al tiempo en que las Flotas y Armadas surgen en los Puertos de Cartagena, y la Veracruz, cometen los Soldados, Artilleros y Marineros, que en ellas van, y faltan en Tierra, graves delitos contra los que llevan mantenimientos a aquellas Ciudades, y a los que asisten en las estancias, y asimismo se resisten a nuestras Iusticias con desacatos, y palabras feas, y hacen otros muchos excessos, e insolencias dignos de gran castigo, y suplicando mandásemos proveer del remedio necesario. Tuvimos por bien de mandar, y mandamos, que quando los dichos Soldados, Artilleros y Marineros fuera de la ordenanza cometieren en tierra de las dichas Provincias algunos delitos contra vecinos, o otras personas, residentes en ellas, los Gobernadores de Cartagena, o sus Tenientes, y los Alcaldes mayores de la Veracruz hagan justicia sobre su contenido brevemente oídas las partes, y los Generales y Cabos de las Flotas y Armadas, se los entreguen, y siendo delitos causados entre los mismos Soldados, Artilleros y Marineros, dexen el conocimiento de ellos a sus Generales, para que conforme a derecho los castiguen.

O aquellos que atribuyen el conocimiento en primera instancia «en los negocios y causas civiles y criminales que se ofrecieren entre Soldados, Artilleros y gente de los Castillos y Fuertes» a los Castellanos y Alcaldes de los mismos, con posibilidad de apelar ante los Gobernadores Capitanes generales (Ley VII, dada por primera vez por Felipe III el 20 de noviembre de 1606).

También se establecen, como en las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, excepciones a la expuesta regla general. Así la Ley V, dada por Felipe IV el 30 de marzo de 1635, señala que

todos los Soldados prevenidos para alguna facción militar, deven gozar de las preminencias, que conceden nuestras leyes y ordenanzas Reales a los que actualmente están en la expedición, como ellos las gozan; excepto en los casos y causas que se huvieren comenzado antes, así civiles como militares». Y la Ley XVI (1626) establece que «los comprehendidos en visitas de Caxas, y deudores de ellas, o a bienes de difuntos, no gozen de privilegio militar.

En cuestiones de procedimiento y ejecución cabe subrayar la Ley XI (dada por Felipe IV en 1623) que prohíbe que las rondas —patrullas civiles— desarmen soldados, y que en caso grave den cuenta al General, y la XV (1627) que ordena que «en imponer penas a los Soldados, y gente de guerra se guarde el estylo y costumbre de la milicia, y que no sean condenados en pena de azotes, ni vergüenza pública».

Finalmente hay que destacar, en lo que toca a la historia del Cuerpo jurídico militar, que en estos textos no se menciona la figura del Auditor, sino la del Asesor letrado, con cuyo acuerdo deben impartir justicia los capitanes generales, por lo general en segunda instancia. Esta figura se aproxima ya, incluso en la nomenclatura utilizada, a la moderna del asesor jurídico, y se nutría, al menos conforme a la Ley IV, de «los Tenientes Letrados de los Gobernadores referidos, siendo nombrados y aprobados por nuestro Consejo de Indias», que debían ser «Assesores en quanto a las causas de la Gente de Guerra de los Presidios, y de los demás que huvieren de conocer los capitanes generales.»

## 8. LA CASA DE BORBÓN Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

JOSÉ LUIS HERRERO GARCÍA

*Teniente Coronel Auditor*

### 1. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo a abordar el objeto del presente estudio parece conveniente efectuar dos consideraciones. La primera de ellas, el espacio temporal que se pretende abarcar y, la segunda, cómo eran los ejércitos a los que iba destinado el Derecho penal y la jurisdicción militar.

La primera de tales consideraciones, el ámbito temporal que se aspira a abarcar en este estudio, tiene como momento inicial aquel en el que accede al trono el primer rey de la dinastía Borbón en España, Felipe V, y finaliza cuando comienzan los prolegómenos de la codificación penal militar en nuestro país que dará a la luz el Código de Justicia Militar de 1890.

El segundo aspecto a abordar, referente a cómo eran aquellos ejércitos para los que se conformó el Derecho penal y la jurisdicción militar que vamos a examinar, es una cuestión bastante más compleja a la que exclusivamente se pueden dedicar unas breves pinceladas.

Los Decretos de Nueva Planta y la centralización de corte francés que inicia el siglo XVIII en España va a suponer, entre otras cosas, la limitación del sistema polisinodial de los consejos en favor de las secretarías de despacho y la sustitución de los reinos, con sus virreyes, por las provincias, en las que el monarca se encuentra representado por el Capitán General, máxima autoridad territorial en todos los ámbitos, incluido el judicial pues no debe olvidarse que era dicha autoridad quien presidía la Audiencia. Demarcación territorial en la que el Capitán General compartía su poder con la figura del intendente, un funcionario real cuya función era centralizar la administración, en todos sus

diversos ámbitos («Justicia, Policía, Hacienda y Guerra», expresaba la Ordenanza de 4 de julio de 1718 para el establecimiento e instrucción de intendentes y para Tesorero General, Pagadores y Contadores de los ejércitos y provincias) que era nombrado y controlado por el Gobierno Real.

El ejército existente, antes de la Guerra de Sucesión, tenía unos efectivos que rondaban los 30.000 soldados, tenía graves carencias en cuanto a la disciplina, al armamento y al equipo; los Oficiales habían perdido su prestigio y en los ejércitos se acogía a muchos mercenarios de origen extranjero. En similar estado se encontraba la Armada, la cual tan sólo contaba con 17 galeones, 8 fragatas y 7 galeras.

La Guerra de Sucesión y las sucesivas guerras que posteriormente jalonarían la historia de nuestro país hicieron que el Ejército y la Armada precisaran algunas transformaciones. En época de Felipe V, adoptando el modelo francés, y en época de Carlos III, asumiendo un corte prusiano, pero siempre, salvo en los periodos del liberalismo constitucional, en la órbita de los ejércitos del Antiguo Régimen y con el objetivo de defender al Monarca y a sus territorios, un ejército al exclusivo servicio del Rey.

Se reformarán los diferentes Cuerpos existentes (la Infantería, la Caballería y Dragones y la Artillería), se crearán de forma separada, a partir de 1711, el Cuerpo de Ingenieros y se modificarán en profundidad, aumentando sustancialmente el número de efectivos, los diferentes Cuerpos privilegiados que constituían la Guardia Real (Reales Guardias de Corps, Reales Guardias de Infantería Española y Walona, Reales Guardias de Alabarderos, Granaderos a Caballo y Brigada de Carabineros reales), sin olvidar tampoco al Cuerpo de Inválidos, el Servicio Sanitario y el Eclesiástico.

Y, junto al ejército profesional y regular, se establecieron las Milicias provinciales (que se utilizarían como fuerza de reserva para proteger el territorio nacional cuando el ejército regular se encontrase fuera del mismo, ampliando su misión, en 1745, a la actuación excepcional en campaña) y las milicias locales (unidades ubicadas en plazas fronterizas o costeras que estaban integradas por los propios vecinos y que asumían tareas de orden y seguridad).

De igual manera que en épocas pretéritas, la inmensa mayoría de la oficialidad pertenecían a la nobleza. En torno al setenta y ocho por ciento de la oficialidad eran nobles, principalmente

hijosdalgo o caballeros, y para engrosar en tal colectivo se hacía preciso presentar pruebas de nobleza. Pero comienza a aparecer una preocupación por la dignificación de la profesión militar y por la preparación e instrucción de la oficialidad. Como señala Izquierdo Navarrete<sup>112</sup>, aunque algunas reformas se habían anunciado ya en el reinado de Carlos II, son los reyes de la Casa de Borbón los que van a emprender las reformas con una especial atención a la enseñanza militar a fin de restituir el prestigio social que el colectivo militar había perdido durante el siglo XVII. Existirán, al menos, tres iniciales sistemas de acceso a la oficialidad. El primero, los Cadetes de Regimiento, hijos de nobles y oficiales de los propios Cuerpos que sentaban plaza como cadetes y eran instruidos bajo la tutela de un Capitán (Maestro de Cadetes) que subsistió hasta 1867. El segundo, la Academia de Caballeros Pajes, una de cuyas primeras reglamentaciones data de marzo de 1637 y se debió al Conde Duque de Olivares. Y, el tercero, las escuelas y academias, cuyo precedente en nuestro país lo representará la Real y Militar Academia de Barcelona<sup>113</sup>, siguiendo el ejemplo de la Academia Real y Militar de Bruselas, que inició su verdadera andadura tras la Guerra de Sucesión por orden de Felipe V el 28 de marzo de 1715 (aunque ya el Monarca había decidido en enero de 1700 que se aplicase el informe del Sargento General de Batalla Fernández de Medrano). Centro académico al que hubieron de seguir, entre otras, las Academias de matemáticas de Badajoz (1712), Pamplona (1719), Orán (1732) y Ceuta (1742), la Real Academia Militar del Puerto de Santa María (1750), el Real Colegio de Caballeros Cadetes de Segovia (1762, con ubicación en el Alcázar en 1764), la Real Academia de la noble compañía de cadetes en la Habana (1764), la Real Escuela Militar de Ávila, para Infantería y Caballería (1774), la Academia de equitación de Zaragoza (1770), la Real Academia de Caballería y Picadero de Ocaña (1775).

En la Marina, a su vez, según Gómez Ruíz y Alonso Juanola<sup>114</sup>, una de las encomiendas que asume el Intendente General de Marina Patiño, nombrado en 1717, fue la de impulsar la Academia de Guardiamarinas, con sede en Cádiz que, si bien pudo haber estado ya creada en 1716, sin embargo los primeros asientos de guardiamarinas no aparecen fechados hasta marzo-junio de 1717. Guardiamarinas a los se referiría el capítulo VI de las ordenanzas e instrucciones que se han de observar en el cuerpo de la Marina

de España, de fecha 16 de junio de 1717, conocidas éstas como las Ordenanzas de Patiño.

Para la tropa se mantienen los tradicionales sistemas de reclutamiento o leva forzosa, el reclutamiento voluntario, que había sido el mayormente utilizado durante el S XVII, y la leva voluntaria<sup>115</sup>. Pero va a surgir un nuevo sistema, la quinta, origen del servicio militar obligatorio.

La leva forzosa de presos y vagabundos. A ella se venía recurriendo desde 1635 para aumentar los efectivos en periodos bélicos. Felipe V la mantiene para aumentar el número de sus tropas, prescribiendo que los vagos y holgazanes fueran detenidos y llevados a sus cárceles y, los que fueran hábiles y de edad competente para el manejo de las armas, fuesen destinados a los Regimientos. Carlos III en la Ordenanza de 1775 afirmaba, en el mismo sentido, que «he venido en declarar y mandar, se proceda de aquí adelante á hacer levas anuales y de tiempo en tiempo en las capitales y pueblos numerosos, y demás parages donde se encontraren vagos y personas ociosas, para darles empleo útil». En la Armada convive con la figura del «galeote» (condenado por las Justicias a galeras). Sistema de leva forzosa que evidentemente conllevaría un germen de indisciplina y de contaminación de ésta al resto de las tropas regulares.

El reclutamiento voluntario también se mantiene a través de lo que inicialmente se conocía como «levantar un Tercio» (en épocas más reciente el banderín de enganche) que suponía una tarea de proselitismo a realizar por los mandos de los Tercios, luego Regimientos, entre los mozos de los pueblos y ciudades para que voluntariamente pasasen a servir en la milicia durante un tiempo determinado (en 1701: 3 años; en 1730: 5 años; en 1741: 3 años; en 1746: 4 años), quedando proscrita la coacción para obtener el enganche:

Prohibimos a todos los Oficiales u otras personas cometidas de hacer ningún soldado por fuerza, y ordenamos que si obligaren en las casas o en campaña o en otra parte a hacer entrar en el servicio contra su voluntad, los dichos Oficiales serán privados de sus puestos y presos para ser castigados. (Art 126 de las Ordenanzas de Flandes de 18 de diciembre de 1701).

Sistema que en la Armada sería conocido como de «matricula de mar» y así, en la Ordenanza de matrículas del mar de 1737, se determinaba que

1.º Confirmo, y nuevamente declaro, que toda la gente de mar, que quisiere matricularse, y alistarse para servicio de mis Navíos, y los Carpinteros de Ribera, y Calafates, que así mismo se matricularen para construirlos, carenarlos, y ponerlos en estado de navegar, y de hacer la guerra á los Enemigos de mi Real Corona, han de ser libres, y exemptos del sorteo de las Quintas, que de aquí adelante mandare hacer, para recluta, ó aumento de mis ejércitos de Tierra.

Se mantiene la leva voluntaria para acudir a campaña. Sistema éste que ofrecía ventajas a los incorporados (quedaban ya exentos de forma vitalicia de las quintas) y a sus familias.

La quinta apareció regulada por vez primera a través de la Real Cédula de 8 de noviembre de 1704 para enrolar, en la Corona de Castilla, a uno de cada cien habitantes que tuviere edad y condición para la prestación de servicio militar. Algo que sería extensivo al resto del reino por la Real Cédula de 15 de diciembre de 1730. Con este sistema se quería reclutar un número determinado de soldados para completar los efectivos en tiempo de paz o para elevar su número en campaña, mediante sorteos verificados con la presencia del Corregidor, Alcalde, demás capitulares, Escribano y Párroco, entre los mozos de cada partido o provincia que se encontrasen dentro de un concreto arco de edad, solteros, católicos, sanos y robustos, que no perteneciesen a determinados colectivos (desertores, vagabundos, pertenecientes a determinadas etnias, etc.) y que no tuvieren causa de excepción (hijos de viudas o con padres sexagenarios incapacitados para el trabajo; o los que estuviesen solos para cultivar hacienda, pues sólo tuviesen hermanas solteras o hermanos menores, por ejemplo). El sistema de quintas se generalizó, implantándose como sistema anual, y no con carácter meramente esporádico, a partir de la Real Ordenanza de reemplazo anual del Ejército de 1770. Norma que fue seguida de diversas resoluciones en los años 1772, 1779 y 1783 que ampliarían las causas de exención. En 1800 se hizo necesaria una nueva Ordenanza de reemplazo que redujese las causas de exención, a las que en época de Fernando VII, tras la Guerra de la Independencia, se hicieron dos adiciones que prolongaron el sistema. La quinta no obstante resultó impopular y dio lugar a abusos y corruptelas, especialmente en el uso de las causas de exención y de las sustituciones.

Durante el siglo XVIII se redujo en número de extranjeros en la milicia, fundamentalmente suizos, valones, irlandeses e

italianos, hasta que parcialmente se disolvieron algunos de los Regimientos de extranjeros en 1791, eliminándose los que quedaban en el año 1822.

El armamento varía sustancialmente en la Infantería y Dragones, abandonándose la pica, el arcabuz y el mosquete, sustituyéndose por el fusil de chispa con bayoneta<sup>116</sup>. En la Armada se produce un aumento considerable de embarcaciones de guerra y, así durante el reinado de Fernando VI se llegaron a construir 56 navíos que excedían los 65 cañones, 14 fragatas con entre 20 y 44 cañones y 5 jabeques con entre 14 y 36 cañones, construyéndose en época de Carlos III, entre 1760 y 1788, 56 navíos (el mayor de ellos el «Santísima Trinidad, construido en la Habana, con 136 piezas artilleras), 72 fragatas, 33 jabeques, 5 bombardas, 10 galeotas, 6 corbetas, 8 balandras, 8 bergantines, 7 galeras, 22 urcas. 6 goletas, 6 paquebotes, 1 quechemarín.

La prestación que se señalaba para los soldados resultaba insuficiente (en 1766, a raíz de un informe del inspector de infantería O'Reilly, ésta pasó de los 37 a los 40 reales de vellón al mes) y las condiciones de vida eran duras, los Regimientos, salvo excepciones, no tenían destino fijo y habían de cambiar de plaza, produciéndose la muda normalmente en primavera. El alojamiento se efectuaba en locales que se habilitaban en las villas y pueblos y, en algunos casos, en casas particulares, distribuyéndose mediante sorteos (boleta de alojamiento). Las condiciones de los alojamientos, en muchos casos, eran insalubres, generándose enfermedades y epidemias. Pienses, por ejemplo, que con anterioridad a Carlos III la previsión era una cama para dos soldados con un cambio de sábanas una vez al mes. Toda esta situación suponía un germen de indisciplina y de problemas con los patronos<sup>117</sup> y con las poblaciones en donde se asentaban, algo que el Real Decreto de 20 de abril de 1718 ya expresamente ponía de manifiesto, expresando que, con lo determinado en tal disposición, «se intentaba dar alivio y disciplina a las Tropas y a redimir a los pueblos del gran peso y molestia que ello suponía»<sup>118</sup>. El asentamiento generalizado en fortificaciones y acuartelamientos sólo se conseguiría en el siglo XIX.

La precaria situación, que se acentuaba durante los periodos de contienda, venía acompañada de una fuerte oposición al reclutamiento de quintas. Oposición que, como señala BORREGUERO BELTRÁN<sup>119</sup>, se apreció a través de diversas manifestaciones. La

primera, por medio de los motines o las rebeliones, como las que en 1773 se produjeron en Barcelona contra la orden del Conde de Ricla, que imponía en tal ciudad el reclutamiento por sorteo para el reemplazo del Ejército. La segunda, la huida como prófugos de los mozos de los pueblos antes del sorteo o su desaparición o fuga después de haber sido sorteados. Y, la tercera, la desertión de las tropas. Los prófugos y desertores plagaron las provincias que estaban exentas de quintas (Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa) y las grandes ciudades, dedicándose a todo tipo de actividades ilegales. La desertión se convirtió en un mal endémico que intentó atajarse a lo largo de todo el periodo y así se pretendió con las Reales Ordenes de 13 de diciembre de 1714, 20 de noviembre de 1721, 16 de enero de 1726, 28 de abril de 1734, 30 de abril de 1745, 8 de febrero de 1756, 10 de noviembre de 1754, etc., alternando la imposición de penas muy graves con indultos tendentes a recuperar hombres para los ejércitos (1714, 1746, 1760) o exclusivamente con fines sociales para que los prófugos regresasen a sus casas con el único requisito de que confesasen su fuga (1728 y 1760).

## 2. EL REINADO DE FELIPE V (1700-1746) Y EL PARÉNTESIS QUE SUPUSO EL REINADO DE LUIS I (15 DE ENERO A 31 DE AGOSTO DE 1724)

El acceso al trono del rey Felipe V, tras la muerte sin descendencia de Carlos II, último monarca de la dinastía de los Habsburgo que iba a regir en España, no supuso la desaparición del antiguo Consejo Supremo de Guerra y de sus atribuciones consultivas y jurisdiccionales en materia castrense, si bien éste órgano, que en los textos aparece nominado como Consejo de Guerra<sup>120</sup> (introduciendo con ello la innegable confusión con los Consejos de Guerra de carácter exclusivamente jurisdiccional a los que luego nos habremos de referir), sufre variaciones en su composición o planta, encaminadas a detraerle competencias políticas y gubernativas en favor de la Secretaria del Despacho de Guerra. Modificaciones que se producen primero a través de la reducción a una de las dos Secretarías (la de Marina y la de Tierra) hasta ese momento existentes en el Consejo por Real Decreto de 2 de octubre de 1706<sup>121</sup>, de la dación de una nueva planta a través del Real Decreto de 23 de abril de 1714<sup>122</sup> «expedido al Consejo de

Guerra, dando nueva planta a este tribunal y sobre el fuero de la tropa, y otros» y sucesivamente, después, por los Reales Decretos de 23 de agosto 1715<sup>123</sup> y de 20 de enero de 1717<sup>124</sup> que incluían como miembros de pleno derecho a los consejeros togados, acentuando con ello el carácter judicial del Consejo.

Consejo que sufrió nimias alteraciones por los Decretos de 16 de febrero y de 7 de mayo de 1724<sup>125</sup> en el breve lapso temporal que supuso el reinado de Luis I. Los consejeros togados se van incorporando al Consejo y los militares van sustituyendo a los aristócratas en la composición del Consejo, pero, según expone Domínguez Nafria<sup>126</sup>, el Consejo regresa a su organización anterior a 1714 (1713) por mor de la disposición adoptada por el Rey en Aranjuez el 27 de agosto de 1743, publicada en 5 de Junio de 1744 «Restablecimiento del Consejo de Guerra á su antigua planta, y al régimen que tenía antes del año de 1713».

El primer monarca de la dinastía borbónica española, ya desde el inicio de su reinado, comenzó a transformar y modernizar sus ejércitos, tomando como inicial referencia al ejército francés, lo que le permitiría afrontar la Guerra de Sucesión española, que se prolongó desde 1701 hasta la firma del Tratado de Utrecht en 1713, y en la que tuvo que enfrentarse a las potencias que conformaron la Gran Alianza. Transformación que fue acompañada de una pléyade de disposiciones normativas de distinto rango y virtualidad y sobre diversos aspectos de la milicia, conformando ordenaciones de carácter general, frente al sistema de ordenanzas particulares hasta aquel momento existentes.

Tal ordenación general tuvo su primer exponente en la Ordenanza de 18 de diciembre de 1701<sup>127</sup>, que llaman «de Flandes», publicada en Bruselas, en las que se concedía a los regimientos los consejos de guerra, y trata de «la subordinación y disciplina de las tropas, su fuero, desertores, revistas, castigo para plazas supuestas, asientos de los soldados, duelos, desafíos y casamientos de oficiales y soldados», tomando como modelo las ordenanzas francesas de Luis XIV del año 1667. Ordenanza a partir de la cual se contemplan dos sistemas jurisdiccionales castrenses:

Uno de carácter ordinario y con hondas raíces históricas, que lo conformaban los mandos territoriales con el apoyo de los auditores o asesores.

Por una parte, los Juzgados de guerra, constituidos por el capitán general de la provincia<sup>128</sup> que era quien ejercía jurisdic-

ción, acompañado de su auditor general<sup>129</sup> y que, en principio, conocían en primera instancia de todas las causas criminales y civiles seguidas contra oficiales sin fuero especial. La Ordenanza se refería a los superintendentes de la justicia militar, a quienes se les encargaba el conocimiento por crimen militar como civil, en acción puramente personal, seguidos contra oficiales a reserva de los casos exceptuados por ordenanza.

El art. 12 de la Instrucción de 1 de enero de 1714, sobre obligaciones y facultades y sueldo de los capitanes generales de Provincias, determinaba, por su parte, que los capitanes generales conocerían de todas las querellas y cuestiones de cosas que sucedieren entre gentes de guerra y naturales del país, imponiéndoles suspensión de cualquier cuestión, oyéndolos por sí, atrayéndolos a su ajuste y sincera reconciliación y amistad y, en caso de no vencerse la contienda y pacificar sus genios, llamar a cuatro Oficiales de guerra que, a lo menos fueran coroneles vivos (en activo), para sustanciar y sentenciar la causa. Sentencia contra lo que no cabía otro recurso que el de apelación ante el Rey a quien había de remitirse la causa con dilación y con suspensión de la ejecución de la sentencia por un mes solamente.

Por otra parte, se encontraban los Auditores particulares (de plaza) que tenían reconocido, desde la Ordenanza de Flandes de 13 de mayo de 1587 de Alejandro de Farnesio, un determinado ámbito jurisdiccional de conocimiento sobre causas civiles y criminal. Resoluciones de los Auditores o jueces particulares que podían ser apeladas ante el Auditor General. Por Providencia de 26 de noviembre de 1725, comunicada por el Consejo de Guerra al Capitán General de Cataluña, y con motivo de que el Rey había constatado que en el Tribunal de la Auditoría de ese Ejército y Principado se practicaban algunos abusos en el modo de otorgar las apelaciones que se interponían contra lo resuelto por S.M., en el título expedido al Auditor General recordaba que, si las partes concurrían en apelación al Auditor General contra las decisiones de los Auditores de las plazas, las sentencias del Auditor General eran definitivas sin que se pudiera pedir o intentar recurso, en tanto que, contra las sentencias adoptadas en primera instancia por el Auditor General, había que dar recurso de apelación ante el (Supremo) Consejo de Guerra.

Permitiéndose, por Real Decreto de 29 de noviembre de 1716 —dadas las frecuentes quejas por los excesos que los militares

alojados realizaban en las ciudades, villas y lugares de los reinos donde se alojaba, perdiendo el respeto a las justicias ordinarias so pretexto del fuero que gozan y de que no pueden conocer sus causas—, que los representantes de tales justicias ordinarias (los corregidores del lugar o partido) prendiesen a tales militares y sustanciasen la causa y, tras ello, la remitiesen al Capitán General para que conociese de ella. Resolución del Capitán General contra la que era posible la apelación al Consejo de Guerra.

Y un nuevo sistema jurisdiccional, con clara raigambre gala, los Consejos de Guerra. Órganos que surgen, según la propia Ordenanza expone, con la intención de contener a las tropas en una exacta obediencia y disciplina, algo que se consigue con una pronta justicia ejercida por sus propios mandos para que responderán de ello. Consejos de Guerra que habrían de constituirse en «todos los Tercios y Regimientos de nuestras Tropas, así de Infantería y Caballería, como de Dragones y de cualesquiera Nación Española, Italiana, Walona y otras que pudiere ser, para juzgar los crímenes y delitos militares...».

Los Consejos de Guerra tenían encomendada la labor de conocer y decidir sobre los crímenes o delitos militares cometidos por «los Soldados de Infantería, Caballería y Dragones, los Sargentos de Infantería, Brigadieres de Caballería y Dragones», incluidos, según determinaba el art. 5, aquellos crímenes o delitos capitales cometidos antes de entrar en el servicio.

Consejos de Guerra a los que, a la vista de la locución que empleara el art 40<sup>130</sup> de la Adición a la Ordenanza 14 de junio de 1716, también, en algún supuesto, pudieren quedar sometidos determinados Oficiales.

Arrestado o puesto en prisión el militar por tal crimen o delito, el Suboficial Mayor o Ayudante del Regimiento o Tercio<sup>131</sup> (cargo que ejercía un Capitán que tenía encomendada la función de jefe administrativo e instructor, alcanzando a partir del año 1763 la consideración de tercer jefe de Regimiento) era el encargado de dar aviso al Maestre de Campo, Coronel o Comandante de Regimiento.

Suboficial Mayor o Ayudante del Regimiento o Tercio que, posteriormente, en un plazo perentorio (veinticuatro horas después del arresto o prisión), venía obligado a presentar el «Memorial» sobre el arresto o prisión a la más alta autoridad militar del lugar dónde se encontrare el Regimiento o Tercio (Gobernador o Comandante de la plaza de guerra; General del Ejército o que

mande el Campo donde esté el Regimiento si está en Campaña; General por la Caballería y Dragones, el Maestre de Campo General por la Infantería, si se encontrare allí o, en último caso, al Coronel o Comandante del Regimiento o Tercio) pidiéndole permiso «para hacer información contra él, hacerle interrogar, y ponerle en el Consejo de Guerra para ser juzgado según nuestras Ordenanzas» y, por último, efectuar la instrucción de la causa y ejercer la acusación.

La ordenanza detallaba las diversas actuaciones que conllevaba la instrucción procesal. El interrogatorio de los testigos, precedida de juramento; la toma de declaración del reo, también ésta con juramento<sup>132</sup>; la ratificación de sus testimonios a los testigos y, por último, una especie de careo entre el reo y los testigos (art. 8 a 10). En el caso de que los testigos no estuvieren sujetos a la justicia militar el instructor había de acudir al juez ordinario competente para que los citare a presencia del Sargento Mayor o su Ayudante (art. 34). Adicionándose posteriormente la exigencia de otro tipo de pruebas, según fuese el crimen que se hubiere cometido. Así, por ejemplo, en caso de heridas o muerte, la declaración del cirujano o de los testigos sobre

El parage, y la calidad de la herida, el instrumento con que fue executada, si es de necesidad mortal, ò de peligro; y resultando la muerte, declare si murió, ò no de la herida; y asimismo se ponga fe de muerte, ò se justifique en la forma que fuere practicable, por dos testigos, y si la herida hubiere sido ligera, y hubiere sanado de ella...», en los delitos contra la propiedad: «... se procure justificar el cuerpo del delito en la forma que fuere posible, segun la variedad de los casos, atendiendo a que conste, si fuere posible, que la alhaja hurtada existía en poder del robado.

Si bien inicialmente en la Ordenanza nada se decía sobre la figura de defensor del reo, las Adiciones a la Ordenanza de 14 de junio de 1716<sup>133</sup> (art 40), de 15 de febrero de 1718<sup>134</sup> (art 6) y de 11 de octubre de 1723<sup>135</sup> terminaron por establecer que la primera actuación del Sargento Mayor al entrar en prisión era mandar al criminal nombrar defensor y que no haciéndolo el Sargento Mayor le nombrase para ello a «*la persona que le pareciere más hábil, è inteligente*» tomándole promesa de «defender bien al Reo».

Terminada la instrucción, el Suboficial Mayor o Ayudante del Regimiento o Tercio tenía que dar cuenta al Coronel o Coman-

dante del Regimiento o Tercio y, a su vez, pedir al Gobernador o Comandante de la Plaza o, en Campaña, al General del Ejército o quien mande el Campo, la convocatoria del Consejo de Guerra que se había de celebrar en la casa y bajo la presidencia del General de Caballería, si el reo fuere de «caballo o Dragón», o del Maestro de Campo, si lo fuere de Infantería, salvo que no estuviere o se conviniere que la presidencia correspondiera al Comandante del Regimiento o Tercio.

El Consejo se celebraba, en cualquier caso, con la presencia del Coronel y Teniente Coronel del Regimiento y de todos los capitanes del Regimiento en que se encontrare destinado el criminal. En supuesto de que el número de capitanes fuese insuficiente (para condenar a muerte la Ordenanza señalaba que el «número para juzgar a muerte habrá de ser a lo menos de siete») se había de llamar a los tenientes y subtenientes y, si aun así no fueren suficientes, el Gobernador de la Plaza debía solicitarlos de la plaza más cercana.

El juicio se celebraba sin que el reo estuviere presente, siendo exclusivamente trasladado a presencia del Consejo para ser interrogado, sin que se previera expresamente que ante la Junta (Consejo) se llevase a cabo ningún tipo de actuación probatoria. Admitiéndose, exclusivamente para algunos tipos delictuales (deserción, asesinato, robo u otro cometido en Guarnición o Ejército), el tormento<sup>136</sup> para obligar a declarar el crimen o sus cómplices cuando no existiesen más que medias pruebas o fuese necesario que el reo confesare quienes habían sido sus cómplices.

La Ordenanza señalaba un pormenorizado y formalizado sistema de votación de los fallos (art. 20 y 21). El voto se exigía se hiciese sobre las Ordenanzas, según su conciencia, según su honor y según las informaciones, apartándose de todo afecto, odio, cólera o pasión, por no aflojar o agravar su voto o disminuir por suavidad la fuerza de nuestros Reglamentos (art. 27)

El Suboficial Mayor o Ayudante del Regimiento se encargaba, tras el proceso, de redactar el fallo, según el formalismo recogido en la Ordenanza, y de ir, acompañado del Escribano, a la prisión a comunicar lo sentenciado al reo, teniendo, asimismo, que dar cuenta al General de lo que el Consejo de Guerra hubiera ordenado y pedirle permiso para poder tomar las armas para ejecutar pena capital o corporal. Pena capital a la que, desde el art 29, se dedicaba toda una prolija relación de formalidades a cumplimentar en su ejecución.

Posteriormente hubieron de ser aprobadas diversas disposiciones interpretativas y aclaratorias respecto a los Consejos de Guerra, destacando las Reales Adiciones de 5 de octubre de 1707 y 11 de octubre de 1723, relativas ambas a los Consejos de Guerra contra desertores, y las de 14 de junio de 1716, 25 de octubre de 1717 y 15 de febrero de 1718.

El Monarca mostró su interés en que el Supremo Consejo de Guerra examinase aquellas resoluciones de los Consejos de Guerra que ofrecieran dudas o se apelasen, estableciéndose así por Real Decreto de 16 de mayo de 1724<sup>137</sup> y luego por Real Decreto de 16 de julio de 1737<sup>138</sup>.

Como se ha señalado, la justicia militar resultaba aplicable a las «personas aforadas sin fuero especial». El aforamiento, el fuero personal<sup>139</sup>, se convierte, por tanto, en el dato determinante para conocer quiénes estaban sujetos a la justicia militar. El monarca, aprovechando la reestructuración del Consejo de Guerra, reconoció que había existido un abuso en la concesión del fuero militar «solicitándole muchos que no debían, ni deben tenerle, embarazando por ese motivo el uso a la jurisdicción Ordinaria, y a otras, y por consecuencia las buena administración de la justicia en grave perjuicio de mi servicio, y de la vindicta pública», limita el fuero militar, en el Real Decreto de 23 de abril de 1714, exclusivamente a tres colectivos:

1. Los militares que actualmente sirven, y sirviesen en Tropas regladas, o empleos o empleos que subsisten con ejercicio actual de Guerra, y gozaren de sueldo como tales militares por la Tesorería Mayor de la Guerra;
2. Todos los oficiales militares de cualquier grado que sean, que sirvieren en la Marina, y Ejércitos Navales, con Patentes mías, y sueldos por la Tesorería Mayor» y 3) «los actuales Asentistas de Provisiones de Viveres, Polvora, Munición, de Hospitales .., sus Factores y Oficiales, que tuvieren Títulos de tales, pasados por el Consejo de Guerra, ...pero esto solo por el tiempo que durasen sus asientos, o comisiones

Fuero militar que el Real Decreto de 23 de agosto 1715<sup>140</sup>, ampliaría a los militares que se retiraren del servicio y, restringiría al que se venía reconociendo a los asentistas, sus factores y sus oficiales, exclusivamente para la resolución de las diferencias y pleitos

que éstos mantuviesen entre sí y para todas las causas que tuvieran que ver con el asiento, la cantidad proveída o la calidad (bondad) de los géneros, así de munición de guerra, como de boca, vestuario y armas, porque en ello estaba interesado el Fisco<sup>141</sup>.

Por el Real Decreto de 25 de mayo de 1716<sup>142</sup> se limitó el fuero a los militares retirados del servicio en el sentido siguiente:

Cabos, y Oficiales, de Coronel arriba inclusive, que, habiéndose servido ocho años en Guerra viva, ù diez en Presidio, se hubieren retirado del servicio, con licencia mía, deben gozar por fu vida el Fuero, y preeminencias militares en sus Causas, incluida la Jurisdicción de la Guerra, (como no sean casos exceptuados) según previene el Consejo, pero sólo en lo Criminal, y no en lo Civil

y en los Reales Decretos de 5 y 23 de mayo de 1721 (luego en la Ordenanza de 1728), siguiendo la tradición, se determina que las viudas de los militares durante su viudedad debían gozar del fuero militar, así en las causas civiles como en las criminales, tocando el conocimiento al Auditor General del Ejército respectivo.

Pero, junto al aforamiento general, se mantuvieron o reconocieron fueros especiales. El Cuerpo de Artillería mantuvo su fuero especial<sup>143</sup>, según se desprende de la Real Ordenanza de 2 de mayo de 1710<sup>144</sup>, correspondiendo a los Comandantes de Artillería (con inhibición del Comandante General de la Provincia y sus Auditores) el conocimiento privativo de todas las Causas de Oficiales y demás Individuos del Estado Mayor, Regimiento de Artillería, Compañías Provinciales, y de Dotación, asesorándose con oidores, con apelación de tales decisiones ante el Supremo Consejo de Guerra; en tanto que las causas criminales de los Sargentos, Cabos, Tambores y Soldados, quedaban sujetos a los Consejos de Guerra, según declaró la Real Orden Comunica de 19 de julio de 1744<sup>145</sup>. Determinándose la composición de los Consejos de Guerra, cuando el delito se produjere como consecuencia de desobediencias o alteraciones en que existiese participación de militares de Artillería y de los reales regimientos, por medio de la Real Orden de 7 de abril de 1732 comunicada al Inspector de Artillería<sup>146</sup>.

Al recién creado Cuerpo de Ingenieros se le otorgó el suyo propio por Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718, sin que en tal norma apareciese ninguna referencia expresa a la jurisdicción a la que correspondiera el conocimiento de sus actuaciones.

Particularismos de los que gozarían igualmente las guardias de la Casa Real. Para la Guardia de Corps a través de la Real Cédula de 17 de diciembre de 1705<sup>147</sup>, por la que se declaró que los Cabos, Oficiales, y Soldados de estas guardias gozaban del Fuero y Privilegio Militar como si estuvieran en Guerra viva, en el sentido de que de todo tipo de causas civiles o criminales habrían de conocerlas los Capitanes de sus Guardias (o por el Capitán más antiguo que estuviere presente cuando el encausado fuere otro Capitán), contando el reo con asesor, consultando al Monarca antes de pronunciarlas las determinaciones y sentencias que vayan a dictar. El art. 165 de la Real Cédula establecía que si hubiere pendencia o caso criminal entre Guardias o entre Oficiales, el Comisario y un Ayudante de la Compañía se juntarían y tomarían las informaciones para un proceso verbal que el Ayudante enviaría al Capitán y el Comisario al Secretario de Estado de la Guerra. Fuero jurisdiccional que se hizo extensivo a los criados y dependientes del Cuerpo de Guardias de Corps por Real Cédula de 2 de noviembre de 1728<sup>148</sup>.

Jurisdicción omnímoda de los capitanes que también se reconoció para otra de las guardias personales del Soberano, la Real Guardia de Alabarderos, cuando se excluye de tal jurisdicción (para los dos Cuerpos de Guardias Reales) las causas de «amancebamiento, resistencias, garitos, vender, y revender, y Tiendas», en el Real Decreto de 30 de octubre de 1715<sup>149</sup>.

Para la guardia exterior, las Reales Guardias de Infantería Española y Walona, también se preveía un especial aforamiento, si bien el art 72 de la Real Ordenanza de 29 de septiembre de 1704<sup>150</sup> se remitiría, en cuanto a los Consejos de Guerra que se hubieren de formar en los Regimientos para la ejecución de la justicia y el mantenimiento de la disciplina militar, a las ordenanzas de Flanes, que a su vez reenviaba, por la Real Cédula de 6 de julio de 1705<sup>151</sup>, a la Ordenanza francesa para solventar cualquier tipo de dudas que pudieren plantearse.

Especial aforamiento del que también disponían las Milicias. Regulándose éste, en un primer momento, por la Real Cédula de 26 de septiembre de 1708<sup>152</sup>, en la que se revisaban las existentes de 1693 y 1696, atribuyéndose el conocimiento de las causas criminales a «los Capitanes de Guerra, o los suyos propios, con apelación al Consejo de Guerra», cuando el reo fuere Oficial, salvo en los casos exceptuados, y ello aun cuando estuviere retirado, o

se tratase de tropa que estuviere «en los Alardes y funciones militares»; después por la Real Ordenanza de 31 de enero de 1734<sup>153</sup> y, por último, por el Real Decreto de 1 de febrero de 1736<sup>154</sup> y la Real Adición a la Ordenanza de 28 de febrero de 1736<sup>155</sup>. En estas dos últimas disposiciones, y de forma interina, se atribuía la competencia de la siguiente manera: Al Coronel Jefe del Regimiento (o por sustitución al Teniente Coronel o Comandante más antiguo) con «Asesor de ciencia y conciencia», para el enjuiciamiento de toda causa criminal de soldados o causa criminal o civil de Oficiales y al Auditor General de la Guerra respectivo de los reinos o provincias en que se comprendieran asignados estos Regimientos sobre las causas civiles o criminales de los Coronel o de quienes ejerzan la jurisdicción de estos. En cualquier caso, las resoluciones (del Coronel o del Auditor) resultaban apelables ante el Supremo Consejo de Guerra.

A las guardias suizas, el aforamiento les fue reconocido por Real Decreto de 20 de julio de 1742 «sobre el uso de la Justicia en los Regimientos Suizos; y otras cosas»<sup>156</sup>.

Por último, hay que destacar un motivo especial de desafuero, los delitos contra la Hacienda Real<sup>157</sup>. La Jurisdicción de los Superintendente de Rentas resultaba ser la competente para actuar contra los militares, así de las reales guardias de Caballería, Oficiales de ellas, Comandantes de Plazas, como los demás Oficiales y soldados sin excepción, que en cualquier modo cometiesen fraudes contra las Rentas o concurriesen a facilitarlos (Decretos de 8 de Diciembre de 1714 y 21 de diciembre de 1717). En el art. 9 de la Ordenanza, de 4 de julio de 1718<sup>158</sup>, para el establecimiento e instrucción de Intendentes y para Tesorero general, Pagadores y Contadores de los ejércitos y Provincias, hacía responsables a los Intendentes del ejemplar castigo por los actos contra la Hacienda Real, con participación del Consejo de Hacienda que prevendrá lo que pareciere más conveniente al real servicio, sin que «pueda, ni deba poneros el menor estorbo, ni embarazo Tribunal, ni Ministro alguno, con ningún pretexto de jurisdicción».

La Ordenanza inicial de Felipe V de 1701 se sustituyó por otra posterior de 12 de julio de 1728<sup>159</sup>. Nueva ordenanza en la que (art. 2 «in fine» del T X del Libro IV) se mantenía la jurisdicción del Capitán General<sup>160</sup> o «persona que gobernase las Armas en la parte o jurisdicción donde residieren» para conocer de las causas civiles o criminales de los Oficiales. Conociendo privativamente

de las apelaciones que se debieren admitir conforme a Derecho ante el Consejo de Guerra del Rey.

En el Título X del Libro II de la Ordenanza de 1728 se recogía todo lo concerniente a los Consejos de Guerra, reproduciendo lo que habían dispuesto las anteriores Ordenanzas de 1701, pero introduciendo los siguientes aspectos de interés:

La posibilidad de que, además de Consejos de Guerra propios de Regimiento o Tercio, se pudiesen convocar los denominados Consejos de Guerra de Guarnición, que la Ordenanza justificaba:

Habiéndole reconocido que no es conveniente a la quietud de las Plazas y su más reservada pronta justicia que los soldados que en ellas cometieren algún delito sean juzgados por el Consejo particular de su Regimiento donde el interés de la vida del criminal puede supeditar la razón, mandamos, que de aquí adelante y en los casos que el Gobernador juzgare convenir, haga juntar Consejo de Guerra, compuesto de trece o quince Capitanes (más o menos, siempre número impar) de todos los Regimientos que hubiere en la Guarnición de modo, que nunca baje de siete los jueces que hubieren de votar.

Los Consejos se convocaba, en principio, por el Gobernador o Comandante de la plaza, estableciéndose por Real Orden de 6 de mayo de 1729, que en las plazas donde hubiese Capitán General fuera dicha autoridad a quien se pidiese licencia para conformar el Consejo de Guerra<sup>161</sup>.

Si se reconociere en el reo «falta de explicación o turbación que le impidiera deducir su defensa» se confería al propio Consejo, y en la misma celebración de éste, la facultad de nombrar para su defensa a un Oficial del Regimiento que no lo fuese de la misma Compañía. Figura de defensor o procurador del reo que sería objeto de regulación por Orden de 15 de diciembre de 1728<sup>162</sup>.

La posible suspensión de la sentencia por parte del Capitán General o del Comandante General de Ejército cuando hallare injusta la sentencia, pero sin posibilidad de indultar o conmutar la pena, dedicándose a ello posteriormente la Orden de 29 de octubre de 1754<sup>163</sup>. Suspensión que, si bien ya estaba prevista en el art 26 de la Ordenanza de 1701 «...sin que nadie pueda dilatar la ejecución de lo que el Consejo de Guerra hubiere ordenado, a la reserva de Nos, y de nuestro Gobernador, o Comandante General», la nueva regulación no la hacía depender expresamente de la posible injusticia de lo decidido por el Consejo.

Y, por último, la posible celebración de los Consejos de Guerra cuando el reo estuviere en paradero desconocido tras ser citado para comparecer por edictos y pregones públicos.

En la Marina son aprobadas, en este periodo, las «Ordenanzas e Instrucciones que se han de observar en el cuerpo de la Marina de España», el 16 de junio de 1717, conocidas por las Ordenanzas de Joséph Patiño<sup>164</sup> y, posteriormente, el 18 de octubre de 1737<sup>165</sup> las «Ordenanzas del Infante Almirante», sin alcanzar con ninguna de ellas un ordenamiento general común para toda la Marina de Guerra. Algo que se conseguiría posteriormente, en 1748, con las Ordenanzas de Fernando VI para «El Gobierno militar, Político y Económico de su Armada Naval».

La Ordenanza del Infante Almirante establecía, para aquellos que se

...matriculasen, y alistarse para servicio de mis Navíos, y los Carpinteros de Ribera, y Calafates, que así mismo se matricularen para construirlos, carenarlos, y ponerlos en estado de navegar, y de hacer la guerra á los Enemigos de mi Real Corona..» (art. 1), que «...no estén sujetos, ni obligados á parecer en juicio ante los jueces Ordinarios de sus respectivos vecindarios, porque mi Real ánimo es, de que todas sus causas, ya sean civiles, ó criminales, sean juzgadas, y sentenciadas por la Jurisdicción del Almirantazgo, en conformidad, y consecuencia de mi Real Patente de catorce de Marzo de este año, en cuya virtud servís, y ejercéis el cargo, y dignidad de Almirante General, á cuyo fin le pasaran á los tribunales de vuestra jurisdicción, en el estado que estuvieren todas las causas de los que se matricularen... (art. 4).

Jurisdicción que ejercían los capitanes generales de los Departamentos con apoyo en el auditor de marina del Departamento.

La Real cédula de 14 de enero de 1740, desarrolló el contenido de esta plena jurisdicción. El artículo 42 de la Real Cédula acordaba la creación de la Junta de Justicia del Almirantazgo, formada por un total de cinco ministros, miembros de los Consejos de Castilla, Guerra, Indias, Órdenes y Hacienda, y un Auditor General. Junta de Justicia del Almirantazgo que tenía encomendado ver y determinar, en última instancia, «... todos los Pleytos Civiles, y Criminales, cuya jurisdicción os tengo concedida...» y que debía reunirse dos veces por semana.

### 3. EL REINADO DE FERNANDO VI (1746-1759)

Zenón de Somodevilla y Bengoechea, marqués de la Ensenada, Secretario de Guerra de Fernando VI hasta 1774, promovió una revisión completa de la legislación militar y, en dicho empeño, fue aprobada la Real Ordenanza de 1 de marzo de 1750<sup>166</sup> para los Regimientos de Guardias de Infantería Españolas y Walongas en la Corte. Ordenanza en la que se continuó manteniendo el aforamiento especial de estos Cuerpos y que desdoblaba, como venía aconteciendo, la justicia militar en una justicia de los mandos superiores y en una justicia encomendada a las Juntas o Consejos de Guerra.

Por un lado, se atribuía, en el Título XXXI, la competencia jurisdiccional a los Coroneles de Guardias, con parecer del Asesor (éste nombrado por el Rey entre los Consejeros de Castilla) para atender todas las quejas y demandas civiles y criminales (con las tradicionales excepciones que seguían correspondiendo a la Justicia Ordinaria, en los asuntos civiles: juicios de posesión, propiedad, sucesión de mayorazgos y cuentas y partición de herencias y en los asuntos penales: uso de armas cortas, amancebamientos<sup>167</sup> y otros casos exceptuados por Reales Pragmáticas y Leyes de estos Reinos o las defraudaciones a las Reales Rentas<sup>168</sup> cuyo conocimiento pertenecía a los Ministros encargados de tales Rentas) que se planteasen respecto a los militares de sus Regimientos y sus dependientes. Sentencias contra las que exclusivamente se podía apelar ante el Rey, al que se debían enviar por la vía reservada de su Secretaria de Despacho. Fuero que no era de aplicación a los criados de los Oficiales de tales Regimientos y cuyo enjuiciamiento, por tanto, pertenecía a la Jurisdicción Ordinaria (art. 8 del Título 31).

Y, por otro, en el título XXX de tal Ordenanza se regulaba la forma de constituir los Consejos de Guerra. Normación en la que existen diversas especialidades: El Gobernador o Comandante de la Plaza podía arrestar a los oficiales del Regimiento de guardias, como al resto de los oficiales, pero venía obligado a entregarlos al Comandante del Cuerpo con el proceso que se hubiere comenzado; los comandantes, oficiales mayores de ejércitos o plazas no podían tener intervención alguna en tales Consejos y, si algún Oficial Mayor de la Plaza se opusiere a ello, el Comandante de Guardias le tenía que enviar al Sargento Mayor o Ayudante para

que le enterase del Reglamento y Ordenanza, a fin de que se arregle a ellos; la forma de constituirse los Consejos en caso de que los Batallones del Regimiento estuviesen separados a más de dos leguas; el Auditor de Guerra carecía de jurisdicción alguna en estos Consejos de Guerra y, por último, las sentencias recaídas en tales Consejos, antes de publicarse y ejecutarse, habían de ser sometidas en consulta al Rey por la vía reservada de su Secretaria de Despacho.

El conocimiento de las causas de oficiales de artillería y del Estado Mayor lo tendrían los comandantes de las unidades salvo para los supuestos sujetos a Consejos de Guerra, conforme determinaron la Orden de 19 de julio de 1744<sup>169</sup>, la Orden de 11 de marzo de 1757<sup>170</sup>, y la Orden de 21 de agosto de 1762.

En la Artillería, los Consejos de Guerra se vienen en celebrar en la forma generalmente prevista, pero ante las pretensiones del Conde de Aranda sobre el uso privilegiado del fuero de Cuerpo de Artillería, el Rey permitió, mediante Real Orden de 30 de noviembre de 1757<sup>171</sup>, que pudiesen formar parte de ellos los Tenientes cuando no hubiere suficientes Capitanes y exclusivamente cuando se enjuiciasen delitos o casos que fuesen propios de la Artillería, pero si se trataba de otros delitos militares comunes, tales como desertiones, motines, robos, el Consejo se habría de completar, ante la insuficiencia de Capitanes de artillería, con Capitanes de otros Cuerpos como era la regla general según ordenanza.

En ese empeño de reformar la legislación militar, el Marques de la Ensenada propició también la sustitución de las Ordenanzas de 1728 por unas nuevas para lo que, por Real Orden de 30 de agosto de 1749, se creó una junta de generales para redactarlas bajo la presidencia del Capitán General D. Lucas Spinola y Spino-la al que le sucede en 1750, por fallecer aquel, el Capitán General D. Sebastián de Eslava y Lazaga. En 1751 los trabajos habían finalizado, quedando pendientes de los dictámenes consultivos. En 1754 el Marques de la Ensenada fue desposeído de su cargo de Secretario de Guerra y Eslava y Lazaga fue nombrado Director General de Infantería y Secretario de Estado del Despacho Universal de Guerra del Rey Fernando VI, quedando los trabajos de reforma arrinconados.

En la Armada, el doble sistema jurisdiccional castrense se recogía en el Tratado V de las «Ordenanzas de S.M. para el

Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval»<sup>172</sup> adoptadas el 13 de octubre de 1748 por el rey Fernando VI, redactadas, a encargo del Marqués de la Ensenada, por el entonces Capitán de Navío D. Juan de Aguirre y Oquendo, primer Mayor General de la Armada.

Así, en el Título II del Tratado V se reglamentaba que todos los individuos al servicio de la Armada, de cualquier Cuerpo, clase, empleo, de Guerra, Ministerio o Mar, los empleados en las diferentes ocupaciones necesarias a la construcción, aparejo y manejo de los bajeles, la gente de mar y obreros de todos los géneros matriculados en la «extensión de mis dominios para servicio de ellos» gozaban de fuero especial, sustanciándose todas las causas civiles y criminales, con algunas excepciones (recogidas estas en los arts. 2 a 5), ante sus Jefes de Guerra o Ministros, señalando expresamente en el art. 23, para evitar dudas, quiénes pertenecen a la jurisdicción militar.

Jurisdicción militar que se ejercía por el Capitán General, Teniente General, Jefe de la Escuadra, Capitán de Navío o Fragata u otro Oficial de Guerra de Marina que por su grado estuviere mandando todo el Cuerpo de la Armada o parte de él en Mar o en Tierra (art. 20) y que se había de sustanciar por ellos o por sus subdelegados, con el parecer de los Auditores de Guerra de Marina o, cuando no los hubiere, de otros asesores de letras (art. 25 del Título II, art. 3 del Título III y art. 1 del Título V) quedando a las partes que se sintieren agraviadas de sus sentencias recurso ante el Supremo Consejo de Guerra. Esto último matizado, respecto a las sentencias referidas a los Oficiales, en las que tal recurso sólo se contemplaba respecto a las sentencias por cuestiones civiles, en tanto que las sentencias penales quedaban suspendidas, pasando éstas, junto con el proceso y el parecer del Auditor, al Monarca quien tenía respecto a tales la última palabra (art. 2 del Título V).

Ordenanza en la que se reservaba el conocimiento de los concretos delitos reseñados en ellas a los Consejos de Guerra:

Las Juntas o Consejos de Guerra en los Departamentos o en las Escuadras previstos en el Título III del Tratado V de la Ordenanza por los delitos militares o comunes exclusivamente previstos en el Título IV de dicho Tratado que hubieren sido cometidos por los Sargentos, Tambores, Cabos y Soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados, Artilleros, Marineros y Grumetes al servicio en los navíos de la Armada. El proceso y la

sentencia pasaban al Comandante General que era el encargado de expedir el Decreto de ejecución, pero, para ello, se exigía el preceptivo informe del Auditor, quien podía establecer reparo al procedimiento o a la sentencia si ésta la considerase absolutamente injusta. En este último supuesto, el Comandante General estaba obligado a remitir los autos y el parecer del Auditor al Consejo Supremo de Guerra a los efectos de que éste dictaminase.

Para finalizar hay que mencionar los Consejos de Guerra contra Oficiales (Título V) que habían de conformarse para el conocimiento de los crímenes militares y las faltas en que los Oficiales incurrieren contra el servicio

en atención a que para no faltar a la Justicia en causas de esta naturaleza, que tanto pueden variar por las circunstancias, es indispensable fiar su examen a sujetos de la misma profesión que con conocimiento puedan hacerse cargo de todas las que merecen tomarse en consideración, para que no se yerre en juicio.

Tales Consejos, con carácter general, eran presididos por el Comandante General del Departamento o el Oficial General que lo sustituyere y tenían que estar compuestos de oficiales (generales, capitanes de navío o de fragata), no siendo menos de siete ni más de trece. De las funciones instructoras y de acusación quedaba encargado el Mayor General, Ayudante u Oficial de órdenes (cargos que regulaba el Título III del tratado I). Permitiendo la constitución de Consejos de Guerra en Escuadras mandadas por Oficial General si hubiese Capitanes suficientes para conformarlos (art. 25 del Título V del Tratado V).

#### 4. EL REINADO DE CARLOS III (1759-1788)

La Ordenanza de Felipe V, de 12 de julio de 1728, y especialmente la de la Armada Naval de Fernando VI, de 13 de octubre de 1748, resultaron decisivas en la conformación de las Ordenanzas que más predicamento castrense han tenido en nuestra historia, las Ordenanzas de S.M. el Rey Carlos III para el «Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus ejércitos»<sup>173</sup>, que fueron promulgadas el 22 de octubre de 1768, en San Lorenzo la Real, tras una larga elaboración que conoció la constitución de dos juntas, la última de las cuales fue presidida por el Conde de Aranda Don Pedro Pablo Abarca de Bolea<sup>174</sup>.

La materia referente a la justicia tenía acogida en el Tratado VIII, que comenzaba con un Título I en el que se establecía a quiénes se aplica el fuero militar, abarcando éste, en principio, a los militares en activo, a sus mujeres e hijos y, cuando los militares fallecieren, a sus viudas e hijas hasta que causaren estado y a los huérfanos varones hasta los dieciséis años, así como a los criados de tales militares «con servidumbre actual y goce de salario». De igual manera que también se hacía extensivo a los militares retirados que tuvieran licencia y cédula de preeminencia y a los oficiales agregados a plaza, destinados a inválidos o pertenecientes a la milicia provincial reglada con cédula de preeminencia.

Fuero militar que, como tradicionalmente venía sucediendo, suponía para algunos de tales aforados, la existencia de privilegios

...no podrán las justicias de los parajes en que residan apremiarlos de tener oficios concejiles ni de cruzada, mayordomía o tutela contra su voluntad, excepción de pago de servicio ordinario y extraordinario, no podrá imponérseles alojamiento, repartimento de carros, bagajes y bastimentos sino fuera para mi real Corte» «...podrán traer carabinas y pistolas largas de arzón como las que se usan en la guerra, teniendo plaza viva y estando actualmente de servicio, y siempre que usare de licencia o comisión para el servicio se separare de sus destinos o Cuerpos...» «No podrán... ser presos por las justicias ordinarias por deudas que hayan contraído después de estar sirviendo, ni se executará por ellas en sus caballos, armas ni vestidos, ni en los de sus mujeres, à menos que la deuda proceda de alcances ó créditos de mi real hacienda tenga contra ellos; pero en las deudas anteriores al tiempo en el que el deudor entró en mi servicio responderá segun la calidad de la obligacion en su persona y bienes raíces y muebles que no sean de uso militar...

La sujeción al fuero militar suponía que, como venía ocurriendo, las causas criminales o civiles de los Oficiales en activo no pudiesen ser conocidas por las justicias ordinarias, debiendo de conocer de ellas el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar de la plaza (art. 5 del T I del Tratado VIII). Vis atractiva jurisdiccional de la autoridad militar de la plaza a la que habría de extenderse también el conocimiento de las causas de los colectivos, anteriormente mencionados con algunos límites: Los oficiales agregados a la plaza, destinados a inválidos o pertenecientes a la milicia provincial reglada, siempre que contasen con

cédula de preminencia correspondiente a su clase; los oficiales (desde alférez o subteniente) retirados con licencia y cédula de preeminencia, pero sólo respecto a las causas criminales no exceptuadas, de las que conocería el juzgado del Capitán General o Comandante General de la plaza; los criados de militar sobre todas las causas civiles o criminales posteriores a su entrada en el servicio y, por último, las mujeres y los hijos de todo militar y, cuando éste fallecía, sus viudas e hijas mientras no tomaren estado y los hijos hasta los dieciséis años.

Fuero que paulatinamente se iría haciendo extensivo a otras personas, como Lorenzo Jimenez<sup>175</sup> señala: Jefes y oficiales de la Secretarías de guerra y marina, empleados del Supremo Consejo de Guerra, intendentes de ejército, comisarios, contadores y tesoreros, auditores, escribano principal, abogado fiscal, procurador agente de pobres, Alguacil Mayor, empleados con Real aprobación del servicio de provisiones, asentistas, empleados de las obras de fortificación, alcanzando en 1875 el panorama que se recoge por De Bacardí en el Nuevo Colón<sup>176</sup>.

La pérdida de aforamiento o desafuero eran referidos en el Título II «Casos y delitos en que no vale el fuero militar», entre los que se incluiría, en materia civil, la partición de herencia de personas que no gozasen de fuero militar y, en materia penal, los siguientes delitos: los delitos capitales cometidos antes de entrar en servicio; la resistencia formal a la justicia o el desafío probado en el modo que prescribía la pragmática expedida por Felipe V el 16 de enero de 1716; la extracción (o la ayuda a tal extracción) de los Reinos de moneda o pasta de oro o plata; la introducción en los Reinos de moneda de vellón o la fabricación (o ayuda a la fabricación) o expedición de moneda falsa; el uso de armas cortas de fuego o armas blancas prohibidas por las reales pragmáticas; el robo o amancebamiento dentro de la Corte; los delitos contra la administración y recaudación de las rentas reales.

El Título III refería aquellos supuestos en los que la justicia militar habría de conocer de delitos cometidos por personas no aforadas, los «Casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella». En él se refiere a la participación en la desertión «Toda persona que de cualquier especie o sexo o calidad que sea contribuye a la desertión de tropa de mi ejército, aconsejando o favoreciendo a este delito, bien sea ocultando al desertor, comprándole su ropa o armamento o dándole a éste

disfraz»; los incendios de cuarteles o almacenes de boca o guerra o edificios reales, así como los robos, vejaciones que se ejecuten en tales parajes; la infidencia por espías o de otra forma; el insulto a centinela y la conjuración contra el comandante militar, oficiales o tropa.

El art 5 del T III del Tratado VIII determinaba que también conocería la jurisdicción militar de sus ejércitos de los delitos cometidos por las tropas de marina durante su servicio en tierra, en tanto que la jurisdicción de la Armada tendría jurisdicción sobre los regimientos y batallones destinados a servir a la Armada. En los arts. 27 y 28 del T II del Tratado VI se prescribía la forma en la que sobre estos supuestos debía actuar el Gobernador de la plaza.

Los delitos militares y comunes sujetos a la jurisdicción militar aparecían determinados en el Título X bajo el epígrafe «Crímenes militares y comunes y penas que a ellos corresponden».

La relación de conductas infractoras era amplia y carecía de sistemática alguna, abarcando las siguientes: blasfemias, juramento execrable por costumbre, robo de vasos sagrados, ultraje a imágenes divinas o a sacerdotes, inobediencia, insultos contra los superiores, injuria o insulto contra ministros de justicia, sedición, tolerancia o auxilio de reo prófugo, infidencia, desafíos, alboroto, falta de puntualidad en acudir al puesto, insulto a salvaguardias, centinela que abandonare su puesto, centinela que se deja mudar por quien no sea su cabo, centinela que se halle dormido, centinela que no avisa la novedad que advirtiere, insultos contra centinela, inducción a riñas, alevosía, consentimiento o abrigo de un delito, espías, contra la disciplina, robo, robo con muerte, robo de armas o municiones, desórdenes cometidos en las marchas, Incendiarrios, monederos falsos<sup>177</sup>, violencia a mujeres, crimen nefando, testigo falso, ilegalidad de dependientes de víveres, comerciantes y vivanderos, robo con muerte, robo de armas o municiones, contrabando<sup>178</sup>, desertión, disimulo malicioso del verdadero nombre, patria, edad o religión, desertión de soldado cumplido, conato de desertión, encubrir o auxiliar la desertión y cobardía.

No obstante la exhaustiva relación de infracciones, el art. 3 del Título V de este Tratado VIII, establecía que cuando un sargento, cabo, cadete o soldado hubiere cometido delito que esta ordenanza no previniese, ni tuviese en ella pena señalada, debería ponerse el reo en Consejo de Guerra y aplicarle la pena que para aquel crimen contemplasen las leyes generales, pasando el

proceso, antes de su ejecución, al Capitán General para que, con dictamen del Auditor, lo remitiera al Supremo Consejo de Guerra y éste consulte la sentencia al Rey.

En cuanto a las penas, la Ordenanza no recogía una relación o clasificación sino que éstas iban concatenadas a cada una de las infracciones, en algunos casos de forma más concreta, en otras más inconcretas y, en algunos supuestos, dejándolas al arbitrio de los juzgadores. Se preveían en tal sentido, la pena de muerte (señalando como formas de ejecución el pasar por las armas, el garrote, el ahorcamiento, la decapitación y, en algunos casos haciéndose acompañar del posterior descuartizamiento o la quema del cadáver<sup>179</sup>), penas o castigos corporales (baquetas, fijando en algunos casos las concretas carreras y el número de hombres, grilletes, atravesamiento de la lengua, mordaza, amputación de mano), penas privativas o limitativas de libertad (presidio, trabajos en Arsenales o en obras públicas, presidio en África o en líneas de Gibraltar o plaza colindantes con dominios extraños, destierro a presidio de África para ser empleado en los trabajos de obras reales con grillete), penas limitativas de libertad o de derechos de carácter militar (destino a cuerpos de disciplina, privación de empleo, deposición de empleo, ampliación del tiempo de servicios, despojo de fuero, degradación) penas económicas o para la atención de la responsabilidad económica derivada del delito (la confiscación de la paga, la confiscación de los bienes o la confiscación de los géneros).

Figuras delictivas y penas que eran susceptibles de ampliación por vía de los bandos militares que el Capitán General o Comandante General del Ejército podían mandar que se promulgasen, conforme señalaba el art. 1 del T III del Tratado VII y que, a decir del art. 5 del T VII del Tratado VIII, tenían «fuerza de ley, y comprender su observancia á cuantas personas sigan el ejército, sin excepción de clase, estado, condición ni sexo...».

La Ordenanza expresamente establecía que no tendría efectos exculpatorios la embriaguez.

Para ningún delito de los explicados en este título podrá servir de excusa la embriaguez, cuyo vicio deberá ser cuidado de los jefes militares el corregirle y castigarle con penas arbitrarias, haciendo entender a la tropa de su cargo que el alegato de estar privado no le relevará del castigo que merece por el delito que cometa. (Art. 21 del T X del Tratado VIII).

Ni tampoco, en los delitos de maltrato de obra a superior, el que hubiere precedido previo maltrato del oficial (art. 16 del T X del Tratado VIII).

La atribución de la competencia jurisdiccional para el conocimiento de las infracciones se hacía depender de cual fuera la condición del reo, si éste era Oficial o no lo era.

En el caso de la clase de Tropa, la Ordenanza obligaba a la constitución de Consejos de Guerra ordinarios para castigar los crímenes no exceptuados (en que no vale el fuero militar), cometidos por las tropas (desde sargento abajo: sargentos, cabos, cadetes o soldados) de los Regimientos de Infantería, Caballería y Dragones. El motivo lo expresaba el art. 1 del T V del Tratado VIII «Para que las tropas se contengan en aquella exacta disciplina militar que conviniere al decoro y estimación de su destino». Consejos de Guerra ordinarios, regulados en el Título V, con las mismas características que se habían venido acopiando con la experiencia de las ordenaciones anteriores (la figura de Instructor y Fiscal ejercido por la misma persona; plazos de instrucción muy breves; posibilidad de careo del reo con los testigos durante la instrucción; la existencia de un oficial o procurador defensor; lugar de celebración del Consejo; presididos por el Gobernador o Comandante de la plaza o Coronel o Comandante de cuerpo, en caso de celebrarse en campaña; el número superior a siete de jueces (Capitanes) sin que pudiera serlo el del reo; etc.). Los auditores no intervenían en la formación de los procesos que eran objeto de examen en los Consejos de Guerra Ordinario si bien se hacía preciso su dictamen para la aprobación de la sentencia.

Se seguía admitiendo, como aconteciera en las Ordenanzas de Felipe V, el tormento<sup>180</sup> cuando el delito investigado fuere de asesinato, robo u otro cometido en guarnición o en el ejército donde no hubiere confesión o prueba de testigos que se estimase concluyente o indicios vehementes y claros que correspondan a la prueba de testigos, prohibiendo absolutamente el que se usasen de otros medios para apremiar aflictivamente al reo a declarar so pena de castigar al oficial que lo mandare con pena de privación de empleo «y de igual ó mayor castigo (ségun su calidad) al que en esto le obedezca» (art 48 del T V Tratado VIII).

La Ordenanza contemplaba también la solución al problema del reo ausente en el art. 70 del T. V del Tratado VIII. El reo ausente (o que se pusiere en sagrado) por delito que prevenía

como castigo la pena capital había de ser llamado por el oficial instructor, tras efectuar las diligencias de información, por edictos y pregones públicos para que compareciese en el plazo de un mes, en el lugar que se señálese para ser oído y poder defenderse, repitiendo tal citación por tres veces. En caso de no comparecer el reo dentro del término fijado en los edictos, se había de ratificar la declaración de los testigos y reunir tras ello al Consejo de Guerra. Consejo en donde tenía que condenare al reo en rebeldía por el delito que «mereciera la pena más grave entre el de desertión y el que causó su fuga». En caso de aprehenderse al reo posteriormente, se establecía que tenía que tomársele declaración y conformarse nuevamente el Consejo de Guerra con los mismos componentes o, en su caso, complementarse con otros.

En cuanto a los cadetes, sin perjuicio de la capacidad correctora atribuida a sus capitanes, como se ha señalado anteriormente, también se procedía contra ellos por los crímenes graves con Consejo de Guerra, si bien se había de atender a su especial condición al castigarlos:

...han de ser los cadetes juzgados por el Consejo de guerra por la inobediencia, falta de subordinación y crímenes feos que cometan, imponiéndoles las mismas penas que al soldado, con reflexión á su calidad, para variar las que le fueren indecorosas sin disminuirlas en lo gravé (art. 2 del T V del Tratado VIII).

... pero si fueren graves serán juzgados por el Consejo de guerra, de sus cuerpos para ser castigados según ordenanzas, observando las mismas formalidades y circunstancias que se practican en las causas de los soldados; pero con la precisa diferencia de que el castigo, sea correspondiente, á su calida., ó á la circunstancia de hijo de Oficial. (Art. 21 del T. XVIII del Tratado II).

Aquellos procesos procedentes de los Consejos de Guerra ordinarios en que existiese duda, se establecía que debían pasarse al Capitán General y elevarse en consulta al Rey por la vía reservada al Secretario de Despacho de la Guerra con el parecer del Auditor o Asesor.

Competencia jurisdiccional sobre la tropa (y cadetes) que coexistía con la disciplinaria atribuida a los mandos más directos. Así se reconocía la competencia disciplinaria de los cabos:

El cabo como gefe mas inmediato del soldado se hará querer y respetar de él; no le disimulará jamás las faltas de subordinación;

infundirá en los de su escuadra amor al oficio, y mucha exactitud en el desempeño de sus obligaciones; será firme en el mando, graciable en lo que pueda, castigará sin cólera, y será medido en sus palabras aun quando reprehenda (art 5 del T II del Tratado II).

El cabo primero y segundo tendrán una vara sin labrar del grueso de un dedo regular, y que pueda doblarse, á fin que el uso (con el soldado) de esta insignia que distingue al cabo, no tenga malas resultas (art 16 del T II del Tratado II) y de los Capitanes y Coronales Quando el Capitán hubiere reprehendido ó arrestado en su casa algún subalterno, y este se atreviese á pedirle satisfacción, el Capitán, sin entrar en contestación alguna, le pondrá preso en banderas, y dará cuenta al Coronel quien trasladará el subalterno á un castillo por quatro meses; y en caso de haber el subalterno puesto mano á la espada contra su Capitán, ó tratádole con palabras indecorosas, le suspenderá del empleo, mantendrá preso, y me dará cuenta (art. 7 del T X del Tratado II).

Competencia disciplinaria de los capitanes y mandos militares directos que quedaba ampliada, respecto a los cadetes, no sólo a las infracciones sino a los delitos leves al decir del art. 21 del Título XVIII del Tratado II, «Asi para las faltas y delitos de subordinación como para cualesquiera otros de mi servicio, y generalmente para todos los crímenes, si fueren, leves, serán córrégidos por sus Capitanes ó Gefes; pero si fueren graves serán juzgados por el Consejo de guerra, ...».

Las atribuciones jurisdiccionales variaban si se trataba de un Oficial. En el Título V del Tratado VIII se establecía que el conocimiento de todas las causas civiles como criminales por delitos comunes referentes a los Oficiales de todas clases (a excepción de los Cuerpos privilegiados que tienen juzgado especial) correspondían a la competencia de los Capitanes Generales de Provincias<sup>181</sup> (a los Comandantes de los cuerpos militares privilegiados), con el parecer del Auditor o Asesor de guerra.

La justicia del Capitán General de la provincia no reconocía otra superioridad que la del Supremo Consejo de Guerra y gozaba de las mismas preeminencias que las Reales Chancillerías y Audiencias las cuales, en su territorio, tampoco reconocían por superior sino al Supremo Consejo de Castilla. En este sentido, el art. 3 del T. IV del Tratado VIII señalaba que las sentencias de los Capitanes Generales en materias civil y criminal se podían recurrir por los Oficiales al Supremo Consejo de Guerra, donde se determinaría en última instancia.

Competencia jurisdiccional que asumirían, respecto a los Oficiales con empleo inferior a Teniente Coronel, los Gobernadores o Comandantes de las plazas<sup>182</sup> o distritos con persona legal que les sirviese de asesor.

Autoridad militar que, junto a su Auditor, conocía también de aquellos delitos que cometían personas sin fuero que aparecían señaladas en el Título III del Tratado VIII. En el auxilio a la desertión (art 4 del T XII del Tratado VI), el Capitán General, con su Auditor, declaraba las penas a imponer a tales auxiliares sin fuero militar, con arreglo a la Ordenanza, ejecutaba las pecuniarias y sus intereses, debiendo consultar, con sus Autos, las penas personales al Supremo Consejo de Guerra, dejando en el «interin» asegurados los reos. Reos que eran castigados a seis años de servicio en arsenales u obras públicas en caso de ser plebeyos, seis años de presidio de ser el reo noble o con multa de veinte ducados en caso de ser mujer, exigiéndose además, en todo caso, el pago de las siguientes sumas dinerarias: 1.º Doce pesos de a quince reales de vellón a satisfacer al Regimiento para reemplazar al prófugo, 2.º El importe de las penas de vestuario y menajes que se hubiera llevado, 3.º La gratificación a los que denunciases o aprehendiesen y 4.º Los gastos de custodia y conducción.

Cuando el Rey resolvía que se «...formase ejército destinado á obrar defensiva ú ofensivamente dentro o fuera de mis dominios, contra enemigos de mi corona, señalaré parage de asamblea en que mis tropas han de unirse...» el Monarca designaba también a un Capitán General Jefe del Ejército<sup>183</sup> al que quedaban subordinados los Capitanes Generales de las Provincias afectadas. Es en ese ámbito del servicio en campaña en el que aparece en esta Ordenanza la figura del Auditor General. A tal figura del Auditor General de un ejército en campaña dedica gran parte de su articulado el T VIII del Tratado VIII. Era la persona en quien se residenciaba la jurisdicción del Capitán General o del General en Jefe del Ejército (art. 1) y, por ello, era quien preparaba las sentencias que firmaba, en lugar preminente, el Capitán General del Ejército, que luego notificaba el Escribano, sin que éstas, según señalaba el art 6 del dicho Título, pudieren ser apelables a Consejo o tribunal alguno, permitiéndose tan solo que la parte que se sintiere agraviada lo hiciere presente, por la vía reservada de Guerra, en forma de recurso para que el Rey lo mandase examinar.

El Capitán General Jefe del Ejército en campaña tenía, como se ha señalado, plena autoridad para hacer promulgar los bandos que para la disciplina de las tropas. Sin embargo su juzgado tan sólo alcanzaba a conocer de aquellos crímenes cuyo privativo conocimiento se reservaba o venían publicados en los bandos y que no recogían las ordenanzas, puesto que los señalados en ellas habían de ser juzgados por los Consejos de Guerra ordinarios o de Oficiales, como así declaró el Rey, tras consulta del Supremo Consejo de Guerra, el 26 de junio de 1783. El juzgado de los capitanes generales en campaña conocía asimismo de las contravenciones de las leyes generales de policía y buen gobierno publicadas para aseo y buen orden en los campamentos.

Junto a la competencia jurisdiccional de tales autoridades se mantiene, a su vez, la conformación de los Consejos o Juntas de Guerra de Oficiales Generales para el enjuiciamiento de los crímenes militares y faltas graves en que incurriesen los Oficiales contra el servicio. Consejo de Guerra de Oficiales a celebrar en la capital de la provincia donde el reo tenga su destino, presidido por el Capitán General o Comandante General (o el Mayor General de Infantería, Caballería o Dragones o uno de sus Ayudantes, atendiendo al cuerpo del reo, si el Consejo tuviere que tenerse en campaña) y compuesto en un número superior a siete e inferior a trece de Oficiales Generales y, si no alcanzaren, de Brigadieres y, en su defecto de Coroneles, resultando obligada la asistencia del Auditor de Guerra como asesor del Consejo para «iluminar» al Presidente o a cualquiera de los jueces (Título VI).

El inciso final del art 3 del T IV del tratado VIII exigía que las sentencias de estos Consejos debían pasarse por el Capitán General, con parecer del Auditor o Asesor y antes de su ejecución, en consulta al Rey por la vía reservada del Secretario del Despacho de Guerra. Sin embargo, conforme determinaba los arts. 21y 22 de dicho T IV del Tratado VIII, esto sólo debía acontecer respecto a aquellas en las que la condena fuese a las penas de degradación, privación de empleo o muerte

pues estas en que la conservación del honor ó vida se interesa, es mi voluntad que se exceptúen de la regla común de otras, y se me consulten, con remisión de la causa, por la via reservada de mi Secretario del Despacho de la Guerra, quedándose el Presidente del Consejo con copia autorizada por el Fiscal.

Tales sentencias, una vez examinadas, habían de ser devueltas, con la real aprobación o resolución que las minorase, al Consejo de Guerra de Oficiales Generales para su ejecución.

Los Consejos de Guerra de Oficiales Generales estaban, conforme a la disposición mencionada, facultados para ejecutar de forma inmediata del resto de las sentencias condenatorias que no lo fuesen a pena de degradación, privación de empleo o muerte, sin dar parte al Rey.

En el Título VII se refería a cuáles eran los delitos cuyo conocimiento concreto correspondía a los Consejos de Guerra de Oficiales Generales. Allí se contemplaban delitos de incumplimiento de los deberes del mando (el Oficial de cualquier graduación, al mando de plaza fuerte o puesto guarnecido, que no lo defendiere cuanto lo permitan sus fuerzas o las correspondientes de los enemigos, salvo que tuviere ordenes que le disculpasen; el Oficial Comandante de Cuerpo destacado que sin legítimo motivo que le disculpe desampare algunas tropas de él), delitos de traición (todo Oficial que mantenga correspondencia con enemigos sin orden o noticia del Capitán General o Comandante General najo cuyas órdenes sirven) delitos de abandono de puesto y cercano al delito de cobardía (el Oficial que en cualquier acción de guerra o marchando a ella abandonare su puesto deliberadamente sin urgente motivo) o delitos de revelación de secreto (el Oficial a quien se le fiare reservadamente una comisión que revelare alguna circunstancia en que se le mande guardar secreto).

Delitos respecto a los que se establecían, según los supuestos y circunstancias, las penas de muerte, la privación de empleo declarando la incapacidad de obtener otro al servicio del Rey, la suspensión del empleo, la pérdida de la función, la pérdida del progreso que en las armas pudiese conseguir y, junto a algunas de ellas, la pena previa de degradación. Degradación a cuyas formalidades se dedicaba todo el T IX del Tratado VIII.

Por Reales Decretos de 2 y 3 de abril de 1783, el Rey ordenó la creación de Consejos de Guerra Permanentes. En cada provincia se destinarían al pueblo que se señale un número de oficiales, desde Brigada hasta capitán inclusive, para que formen Consejo de Guerra Permanente, asistido por asesor letrado de cuyo nombramiento y elección se daría aviso por la Secretaría de Estado y del Despacho de la Guerra. Consejo Permanente a cuya disposición se habrían de poner todos los reos (malhechores que fueren aprehendidos en

camino, campo o despoblado, aunque hayan cometido en poblado el delito, así como los que hagan resistencia a la tropa) y las armas y efectos que estuvieran en su poder, para que fueren juzgados y sentenciados, sin precisar careo salvo que lo solicitase la defensa. Pronunciada sentencia, ésta había de ser remitida con el proceso al Capitán General de la provincia, quien habría de pasarla al Auditor de guerra para que la examine con toda preferencia. Si de esta revista del proceso la sentencia resulta arreglada, el Capitán General debía disponer que se ejecute sin dilación, pero si el Auditor hallase motivo fundado que ofreciese duda o exijese consulta, el Capitán General, como Presidente de la Audiencia territorial, habría de designar tres ministros de ella, con cuyo dictamen tenía que decidir si consultaba la sentencia al Rey.

No debe olvidarse, en materia de Justicia, la precisa referencia a la figura del preboste. La Ordenanza se refería a él en el Título II del Tratado VII, cuando se relacionaban las «Clases de que se compone el Estado mayor del Ejército». En el art 1 del referido Título, al citar al Ministerio de Justicia, la figura del Preboste aparecía mencionada tras la del Auditor General. Este cargo, como señalan Gómez Ruíz y Alonso Juanola<sup>184</sup>, ya tenía una dilatada historia, pues con los Reyes Católicos ejercía cometidos de ejecutor de la Justicia, añadiendo funciones de policía, y policía militar en concreto, con Felipe V. En el art 18 del T XVII del Tratado VII de la Ordenanza de Carlos III se le asignaba, además, a él y a sus subalternos (se hablaba de una Compañía y ministros de ejecución), la encomienda de rondar frecuentemente todas las avenidas del campo para «precaver la introducción en él de cualquiera persona extraña que dé recelo de ser espía». A tal efecto, a aquellas personas que por su traje, turbación o respuestas que diere a las preguntas que se le hiciesen les pareciere sospechosa, había de mandarla seguir por alguno de sus soldados y arrestarla siempre que los pasos que diere motiven desconfianza. Especial protección recibía por cuanto se castigaba con la pena capital (pasar por las armas) a quien insultare de obra al preboste o a sus ministros en ejercicio de sus funciones o con la pena de baquetas y destino a obras públicas si el insulto fuese de palabra o mediante amenazas (art. 74 del T X del Tratado VIII).

Ordenanzas en las que se mostraba un especial interés en que tuviesen debida difusión. Con carácter general se establecía que

Para que nunca alegue ignorancia que le exima de la pena correspondiente á la inobediencia que cometa, ...y estar bien enterado de las leyes penales que se le leerán una vez al mes antes de la revista de Comisario, en el mismo día de ella, a presencia del que mandare la compañía (art. 7 del T I del Tratado II).

Mayor grado formativo y práctico era el exigido a los cadetes, al respecto:

Se les acostumbrará á tomar declaraciones sobre los diferentes, casos que puedan ocurrir: que formen varios procesos ideales sobre la desertión en campaña y tiempo de paz, faltas de subordinación heridas alevosas, desafíos, hurtos en el cuartel; ... y hechos, los procesos, celebrarán Consejos de guerra en que observarán todas las formalidades que correspondan hasta resolverlos (art. 34 del Título XVIII del Tratado II).

La Armada, durante este tiempo había seguido aplicando sus propias Ordenanzas, las de Fernando VI de 13 de octubre de 1748, pero en 1769 se aprueba una Real Orden por la que las Ordenanzas del Ejército deben ser observadas en la Armada «en lo que sea compatible con las suyas».

El máximo órgano jurisdiccional, el Supremo Consejo de Guerra, recibió con Carlos III una nueva planta a través de Real cédula de 4 de Noviembre de 1773<sup>185</sup>, quedando éste conformado con veinte consejeros, diez natos y otros diez de continua asistencia, dos fiscales (uno militar y otro togado) y un Secretario. Los consejeros natos habían de ser aquellos que tuviesen los empleos de Secretario de Estado y del despacho universal de Guerra (que sería el Decano), el Capitán más antiguo de las Reales guardias de Corps, el Coronel más antiguo de los dos regimientos de Reales Guardias de infantería, los Inspectores Generales de Infantería, Caballera, Dragones, Marina y Milicias, y los Comandantes generales de Artillería e Ingenieros. Los diez consejeros de continua asistencia habían de serlo dos Generales de tierra, dos de mar, un Intendente de Ejército y otro de Marina y los cuatro restantes Ministros Togados. Consejo militarizado, a decir de Domínguez Nafría<sup>186</sup>. Autor que también señala que al haber incorporado, como consejeros natos, a los jefes de algunos de los cuerpos con fuero privilegiado, tales Cuerpos pasaban a depender del Consejo. Sin embargo el privilegio de juzgado especial para los individuos pertenecientes a los cuerpos de Casa Real, compuesto éste de su

respectivos jefes con su asesor, para conocer de todas las causas civiles y criminales con inhibición de todos los tribunales supremos, capitanes generales y demás jefes militares, parece que subsistió por cuanto la Orden de 12 de octubre de 1875<sup>187</sup> obligaba a que el asesor de tales cuerpos (que era el Consejero togado más antiguo) asistiese siempre a la Sala del Consejo de Guerra en que se veían asuntos pertenecientes a ellos para que instruyese con su conocimiento del privilegio de tales cuerpos.

## 5. EL REINADO DE CARLOS IV (1788-1808)

En época del rey Carlos IV, exactamente en 1793, fueron aprobadas «las Ordenanzas Generales de la Marina Naval sobre la gobernación militar y marinera de la Armada en general y uso de sus fuerzas en la mar»<sup>188</sup>, redactadas por el General Jefe de la Escuadra D. José de Mazarredo, auxiliado por el Conde de San Cristóbal, Asesor General de Marina D. José de Arias Paternina, su ayudante el Capitán de Fragata D. Antonio Escaño y el Oficial de Contaduría D. Antonio Ruiz.

Y posteriormente, en 1802, estas Ordenanzas Generales de Marina fueron revisadas y actualizadas por la «Real Ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S. M.»<sup>189</sup> (obra de D. Domingo de Grandallana, Secretario de Estado y de Despacho General de Marina, y una Junta de Generales entre los que se contó con Lángara, Aristizábal, Gravina y Gil) y que dedicaba su Título XXXII a los juicios criminales, el Título XXXIII a las penas extensivas a oficiales de guerra, el Título XXXIV a las penas por delitos comunes a tropa y marinería embarcada, el Título XXXV a las penas a la tropa por delitos que le son particulares y, por último, el Título XXXVI a las penas a la marinería por delitos que le son especiales.

En la Armada se mantendrán los Consejos de Guerra ordinarios y de Oficiales generales, así como la competencia jurisdiccional de los Capitanes Generales de los Distritos Marítimos y de los Comandantes Generales de la Escuadra respecto a los bajeles que las componen, asesorados de Auditor general de marina en el puerto de la capital del Departamento o de la Provincia o del Asesor del Distrito en que se hallen.

El (Supremo) Consejo de Guerra conoce en época de Carlos IV algunas vicisitudes. Por Real Cédula de 10 de mayo de 1797,

pasó a conocer del recurso de injusticia notoria de las sentencias de su sala de justicia. Por Decreto de 20 de noviembre de 1802, pasó a tener una tercera Sala para asuntos de Caballería, con la finalidad de llevar al mismo la junta suprema de la caballería del reino, que se había creado en 13 de Noviembre de 1796. Por Real Cédula de 16 de mayo de 1803, recibió una nueva planta en razón a la cual se suprimieron los consejeros natos y se mantuvieron los diez consejeros de continua asistencia que creó la planta del Consejo del año 1773, volviendo a tener dos salas, la de Gobierno y la de Justicia.

La última de tales vicisitudes resultó ser la detracción de parte de su jurisdicción en favor del Consejo del Almirantazgo. La Real Cédula de 13 de enero de 1807, restituyó la figura del Almirantazgo, con el título de Almirante General de España e Indias y Protector del Comercio, en la persona de D. Manuel Godoy, el Príncipe de la Paz y, desde el Real Decreto de 4 de octubre de 1801 «Generalísimo de mis Armas de mar y tierra». En dicha Cédula de 13 de enero de 1807 (seguida de la Real Cédula de 27 de febrero de 1807) se creó la Junta, con el nombre de Consejo del Almirantazgo que, con la presidencia del Almirante General, se componía de tres Oficiales Generales de la Armada, un Intendente General de la Armada, un Auditor, un Secretario, un Contador y un Tesorero.

El Consejo del Almirantazgo se configuró como el tribunal supremo del fuero de marina y de él iba a depender los juzgados del Almirantazgo y la revisión de los procesos criminales de los Consejos de Guerra según las ordenanzas.

Bajo tal ámbito jurisdiccional estaba el Juzgado del Almirantazgo existente en Madrid, que había sido creado, por Real Orden de 24 de noviembre de 1803, como anexo a la extinguida Dirección General, compuesto de asesor, fiscal, escribano y alguacil y con jurisdicción hasta las veinte millas en torno a Madrid. Juzgado que tenía que conocer, en primera instancia, de las causas criminales o civiles, no exceptuadas, de quienes gozaran de fuero de marina, así como de las apelaciones contra las decisiones de los tribunales inferiores. De igual manera dependían jurisdiccionalmente del Consejo los juzgados de los capitanes generales de los distritos.

Domínguez Nafría<sup>190</sup> señala que se crearon los Tribunales Superiores de Nueva España, Nueva Granada y provincias del Reino

de la Plata, con la misión de revisar las causas vistas y sentenciadas por los Consejos de Guerra particulares y conocer las apelaciones sobre el resto de los procedimientos, pero que en cambio no se estableció un tribunal superior en la Habana, al considerarse como un departamento marítimo más de los de España.

Pero el Almirantazgo tuvo una corta andadura por cuanto, tras el motín de Aranjuez, Godoy quedó exonerado de sus empleos como Generalísimo y Almirante por Real Decreto de 18 de marzo de 1808.

## 6. LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA; EL REINADO DE FERNANDO VII; LAS REGENCIAS DE MARÍA CRISTINA Y ESPARTERO Y EL REINADO DE ISABEL II

La Guerra de la Independencia (2 de mayo de 1808-17 de abril de 1814) y los vaivenes absolutistas y liberales sufridos durante el reinado de Fernando VII (entre marzo y mayo de 1808 y desde 1814 hasta 1833, salvo el intervalo en 1823 en que fue destituido por el Consejo de Regencia), las Regencia de María Cristina de Borbón-Dos Sicilias (1833-1840) y Espartero (1840-1843) y el reinado de Isabel II (1843-1868), tuvieron una doble repercusión en la justicia militar. De un parte, el mantenimiento de un alto órgano con jurisdicción militar y, de otro, el paulatino acotamiento de la justicia militar a los delitos que se consideraron estrictamente castrenses.

Con relación al mantenimiento del alto órgano jurisdiccional militar, indudablemente hay que referirse a la subsistencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina y, en concreto, a su Sala de Justicia. Ello aun cuando dicho Consejo fue variando de denominación en algunas ocasiones y sufriendo su desdoblamiento en dos Consejos en otras. Pero, en cualquier caso, manteniendo siempre competencias atinentes a la justicia penal militar, relativas éstas a las consultas, las revisiones, las apelaciones, los recursos de nulidad, la determinación competencial y el indulto o indemnidad, etc.

Durante los primeros tiempos de la Guerra de la Independencia, el Consejo se formó en 1809 y actuó de forma interina con sede en Sevilla, sin que en el Decreto de 10 de octubre de 1811 de José I, relativo «a las causas y personas que deben estar sujetas a la jurisdicción militar y dar uniformidad a los tribunales», apareciese mención alguna a dicho Consejo.

Este Decreto de José I Bonaparte de 1811 representó un completo compendio de ley procesal militar para tiempo de paz y para campaña. En el Título I se hacía relación de individuos que debían quedar sujetos a tribunales militares (los que se hallaren bajo sus banderas y en actual servicio, los militares retirados o reformados con destino o agregación, todos los que sigan a los ejércitos en campaña, los empleados a bordo de escuadras o bajeles armados o mercantes en convoy con aquellos, intendentes, comisarios, ordenadores, habitantes de país enemigo ocupado, los espías, ganchos que sobornen, seduzcan a individuos del ejército o armada, los que atropellen o insulten a centinela, salvaguardia o patrulla...). El Título II se dedicaba a determinar cuáles eran de las causas de los militares que quedaban sujetas a los tribunales de la jurisdicción ordinaria. En el Título III era dedicado a los Tribunales militares, en donde se señalaba la exclusiva competencia de los Consejos de Guerra, con una pormenorizada regulación de cuál debía ser su conformación. El Título IV regulaba la forma de sustanciarse los procesos judiciales militares. En el Título V se dedicaba a los Consejos de revisión que debían crearse en cada provincia o departamento, en tiempo de paz, o en cada ejército o escuadra, en tiempo de guerra, a los que se les encomendaba la función de revisar las sentencias sobre las que hubiese reclamación del fiscal o de las partes, limitando su conocimiento a las causas de nulidad procesal o competencial, pero sin poder juzgar sobre el fondo. Por último, en el Título VII se establecía la forma de actuar respecto a los delitos cometidos en plaza sitiada o cuando los ejércitos o escuadras reales se hallasen frente al enemigo.

Por Decreto de 1 de junio de 1812 se estableció el Tribunal Especial de Guerra y Marina para que, sin presidencia del Rey, conociese de todas las causas y negocios contenciosos de fuero militar que hasta aquí había conocido el extinguido Consejo reunido de Guerra y Marina. En concreto, y respecto a lo que es objeto de estudio, conocía de los sumarios y procesos por hechos militares sujetos a Consejos de Guerra ordinarios (de capitanes) o de generales para dictaminar sobre ellos o remitirlos en consulta al Rey o a la regencia, así como de las apelaciones contra las decisiones de los capitanes o comandantes generales de las provincias o departamentos, con dictamen de su auditor o asesor, en los demás pleitos civiles o criminales de las personas con fuero militar.

Restablecido el régimen absolutista, se restituyó el Consejo de Guerra y, el 15 de junio de 1814, se le dotó de una nueva planta. El Consejo contaría con diez generales del ejército de tierra, cuatro de mar, dos intendentes del ejército y marina, cinco togados, dos fiscales militares, además de dos secretarios para los dos ramos. El Consejo se dividía en tres salas. Una de gobierno, compuesta de los generales, intendente, fiscal militar y secretario, todos de ejército. Otra, también de gobierno, independiente de la primera, con los generales, intendente, fiscal militar y secretario, todos del ramo de marina. Y la tercera, de justicia, compuesta de cinco ministros y un fiscal togado.

La Sala de justicia venía obligada a conocer de todos los negocios contenciosos y causas de fuero militar en grado de apelación «como se ha usado hasta ahora». La Cédula de 12 de febrero de 1816, relacionaría después cuáles habrían de ser tales competencias que, en lo que aquí nos interesa, eran las siguientes:

1.º Los juicios y causas civiles y criminales de que conocen los Generales en jefe de los ejércitos y los Capitanes o Comandantes Generales de provincia; los procesos de los Consejos de Guerra de oficiales generales y de los Consejos ordinarios en los casos y modo prevenido en la ordenanza general del ejército de 1768... 2.º Los procesos y sentencias de los Consejos de Guerra de Generales han de examinarlos el Consejo no solo en punto a si está o no arreglada a ordenanza y leyes la sentencia, sino también para ver si algún vocal se separó de estas y hacerle el mismo Consejo ..., y si no satisface, imponerle o consultarme la corrección o castigo que merezca...; 4.º Las causas de contrabandistas, malhechores, ladrones y salteadores de caminos, que por la Real instrucción de 29 de Junio de 1784, renovada o confirmada por Mí en 22 de agosto de 1814, y que corresponden a los consejos de guerra ordinarios, se pasarán con sus sentencias por los Capitanes y comandantes generales al mi Consejo en los casos que hasta aquí lo hacían al Ministerio de la Guerra, a fin de que así consulte lo que se le ofrezca y parezca para mi Real resolución... 6.º Las competencias que se susciten entre los juzgados de Guerra y las demás jurisdicciones extrañas.

Por tercera vez en la época borbónica se reinstaura el Almirantazgo. En esta ocasión, y por delegación del Monarca, en la persona del Infante D. Antonio Pascual de Borbón (Real Orden de 14 de abril 1815), creándose, por Real orden de 28 de Julio 1815<sup>191</sup>, el Consejo del Almirantazgo para conocer en todos los

asuntos de Marina. La Sala de Justicia del Consejo se componía de tres ministros togados, un fiscal y un escribano de Cámara. El Consejo estaba encargado de conocer, entre otras cosas, de todos los negocios pertenecientes al fuero de marina con la plenitud de jurisdicción y facultades, en igualdad con los demás tribunales supremos. Tenía el mandato de remitir a la aprobación real las sentencias de procesos militares, y otras providencias que según ordenanzas y posteriores resoluciones así lo exigiesen y de conocer de los recursos de indultos y demás causas y negocios que le correspondan, rigiéndose por las mismas reglas generales establecidas en la planta del Consejo de la Guerra.

Fallecido el Infante D. Antonio, por Real Orden comunicada de 26 de abril de 1817, se dispuso el despacho de los asuntos que se hallaban pendientes. El Almirantazgo y su Consejo quedaron suprimidos poco tiempo después, el 22 de diciembre de 1817, regresando las competencias jurisdiccionales al Consejo de Guerra tal y como estaba éste constituido a fecha 15 de junio de 1814.

La Junta o Consejo del Almirantazgo volvería a constituirse nuevamente durante el Bienio Liberal, pero Fernando VII volvió a suprimirlo cuando, por Real Decreto del 1 de octubre, declaró nulos todos los actos de gobierno emitidos desde el 7 de marzo de 1820.

Durante la regencia de María Cristina fueron aprobados, el 24 de marzo de 1834<sup>192</sup>, diversos Decretos, entre los que tiene especial interés el tercero. En el este tercer Decreto se suprimió el Consejo Supremo de Guerra, resultando sustituido por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina. Tribunal que quedaría compuesto de Presidente y dos Salas y al que se le atribuiría la competencia para conocer, en grado de apelación, de los procesos militares con arreglo a las leyes y ordenanzas, y de todos los negocios contenciosos con fuero de guerra, marina y de extranjería. En concreto, la denominada Sala de Generales (ocho vocales, cinco de ellos Generales del Ejército y tres Generales de Marina, y dos Fiscales militares, uno de Ejército y otro de Marina, pudiendo asistir un Ministro Togado a juicio del presidente y si así lo exigía la gravedad del asunto) se encargaba de la revisión de procesos militares y decisiones de los Consejos de Guerra de oficiales, y la Sala de Ministros Togados (seis ministros togados, tres por guerra y tres por marina, y dos fiscales de la misma clase, uno por guerra y otro por marina) que había de conocer de los negocios conten-

ciosos con fuero de guerra, marina y de extranjería. Atribuciones que se concretaban con mayor genero de detalle en el Decreto de 31 de julio de 1835<sup>193</sup>:

- 1.º Será de su atribución conocer de las sumarias y procesos militares sobre hechos sujetos a los consejos de Guerra de oficiales generales, así del ejército como de la armada, y a los ordinarios y extraordinarios de cualquier clase que sean, con arreglo a lo prevenido en las Reales Ordenanzas, leyes y ordenes vigentes.
- 2.º Conocerá igualmente de las sumarias que se formen contra oficiales de orden de los coroneles o inspectores generales, en virtud de las facultades que le concede la ordenanza general y las Reales órdenes de 29 de septiembre de 1780 y 22 de marzo de 1781, para corregirlos por vía económica y gubernativa o por otras causas, procediendo en los mismos términos, casos y circunstancias en que se ejecutaba su remisión al suprimido Consejo de Guerra.
- 3.º Consultará o fallará en la revisión de los procesos de consejo de Guerra ordinario o de oficiales generales, según lo establecido por la ordenanza y Reales órdenes, e impondrá o consultará, según los casos, y reglas vigentes, la corrección o castigo a que se hayan hecho acreedores los vocales de los Consejos por haberse desviado en sus juicios o fallos de la ordenanza.
- 4.º Se le remitirán las dudas que ocurran a los tribunales y jueces inferiores en punto sa ordenanza, leyes y reglamentos vigentes, cuando se refieran en su aplicación a determinado proceso, negocio civil o causa militar...
- 5.º Igualmente se le dirigirán los recursos de indulto o inmunidad...
- 6.º También será de su atribución las declaraciones acerca de los casos particulares que competa al fuero militar de Guerra o Marina y personas que deben sujetarse a él...
- 7.º Asimismo conocerá en consulta, grado de apelación y súplica, según su naturaleza y circunstancia, de los pleitos , causas y demás asuntos, contenciosos de fuero de Guerra y Marina y extranjería, de los cuales conoce en primera instancia los capitanes o comandantes generales de las provincias, departamentos y aposentaderos, gobernadores

de plaza o coroneles de milicias provinciales con acuerdo de sus auditores o asesores ... y respecto a los juagados de la Guardia Real, de los cuerpos de Artillería e Ingenieros.  
 9.º Determinará los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria en las sentencias de la sala de justicia, según compete por las leyes 22, título 22 y 4.º del título 23, libro 11 de la Novísima Recopilación...

Tribunal Supremo de Guerra y Marina cuya denominación hubo de perdurar desde 1834 a 1869 aun cuando sufrió cambios en su estructura en diversas ocasiones. En 1869 se suprimió dicho Tribunal y volvió a existir un desdoble jurisdiccional al reinstaurarse la Junta del Almirantazgo (Ley de 4 de febrero de 1869<sup>194</sup> del Almirantazgo) y el Consejo Supremo de Justicia Militar (Decreto de 16 de abril de 1869<sup>195</sup>, cuya organización y atribuciones fueron revisadas por Decreto de 24 de julio de 1875<sup>196</sup> al eliminarse la Sala de Justicia de dicho órgano cuando se suprimió, como luego veremos, la jurisdicción ordinaria militar). Consejos que volverían a refundirse en el Consejo Supremo de Guerra y Marina por Real Decreto de 13 de febrero de 1878.

Respecto a la contención del ámbito competencial de la justicia penal militar a los delitos propiamente castrenses, tal paulatina restricción vino de la mano de la unificación de fueros reconocida ya en el art. 248 de la Constitución de Cádiz de 1812<sup>197</sup> —reiterada ésta en los respectivos arts. 4 de las Constituciones de 1837 y 1845 y en el párrafo 4.º del art 91 de la Constitución de 1869—, si bien manteniendo el art. 250 de la Constitución de 1812 que «los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere».

Unificación de fueros y reducción de la justicia militar al conocimiento de los delitos estrictamente militares que tuvo sus primeros reflejos en la regulación contenida en el Capítulo VII de la Ley Constitutiva del Ejército (Decreto núm. 39, de 9 de junio de 1821), en el Título II de la Ley Orgánica de la Armada (Decreto núm. 4, de 27 de diciembre de 1821) y en el Capítulo VI del Decreto orgánico de la Milicia Nacional Activa de 18 de noviembre de 1821.

En la ley constitutiva del Ejército de 1821, tras señalar categóricamente que

Debiendo considerarse el fuero militar en el actual sistema político como una excepción onerosa y no como un privilegio que favorezca a los individuos que se hallan sujetos a él, se reducirá a los más estrechos límites y a los casos en que es absolutamente indispensable para el exacto desempeño de las obligaciones militares (art. 118).

Se prescribía que queda abolido el fuero militar en todas las causas civiles y en todas las causas para el castigo de delitos comunes, quedando reducido el fuero y la jurisdicción militar a los delitos militares (arts. 119 a 121). Delito militar que era el cometido por el militar (1.º los que sólo pueden cometerse por individuos militares y 2.º los que se cometen por individuos militares, en actos del servicio de armas, en campaña o en marcha por asuntos del servicio) o que afectase a los intereses militares (1.º Los desacatos o violencias cometidas por cualquiera persona contra los militares que se hallen en actos del servicio de armas; 2.º los que se cometen también por cualquiera persona, ya sea dentro de los cuarteles, maestranzas, almacenes u otros edificios militares, o ya en perjuicio de los efectos que existan o se custodien en los mismos; 3.º los actos ejecutados por cualquiera persona en auxilio de un ejército enemigo). Delitos que, evidentemente, eran castigados con mayor severidad penal si tales delitos eran cometidos en campaña (art. 128).

Aforamiento restringido al ámbito castrense que la norma dejaba supeditado a que se estableciere la distinción entre jueces de hecho y jueces de derecho recogida en el art. 307 de la Constitución gaditana (art 124), sin que se permitiera la subsistencia de fueros privilegiados de ningún cuerpo del Ejército (art. 125).

Por su parte, en la Ley Orgánica de la Armada de 1821 el fuero personal militar quedaba reducido a las causas criminales por delitos puramente militares (art. 19):

- 1.º Los que solo pueden cometerse por individuos militares o marinos en actos de servicio militar, marítimo o terrestre dentro de los cuarteles, de los arsenales y de los astilleros o buques de guerra en campaña o marcha; 2.º Los que se cometan por cualquier persona contra militares o marinos que se hallen en actos de servicio militar terrestre o marino; 3.º Los que se cometan por cualquier persona, ya sea dentro de los arsenales, buques de guerra, astilleros,

cuarteles, maestranzas, almacenes u otros edificios o fábricas de marina o ya en perjuicio de los efectos que existan o se custodien en los mismos y 4.º Los actos ejecutados por cualquier persona en auxilio de una escuadra enemiga (art. 20).

Proceso que finalizó su singladura, en esta etapa histórica, con la regulación contenida en el Título II del Decreto, conocido como de Unificación de Fueros, del Ministerio de Gracia y Justicia, de 6 de diciembre de 1868<sup>198</sup>, aplicable a la Armada por Decreto del Ministro de Marina de 8 de febrero de 1869<sup>199</sup> y extendido a las provincias de ultramar, por Decreto del Ministerio de Ultramar de 1 de febrero de 1869<sup>200</sup>. Teniendo en cuenta para ello, lo que señalaban algunos párrafos de sus exposiciones de motivos:

...pero el ejemplo de las demás naciones y la experiencia que demuestra los inconvenientes que traería consigo tan inmoderada extensión cuando se trata de materia criminal, de delitos cometidos por aquellos que tienen las armas en la mano, y por cuya razón es menester, o castigar más severamente o con la mayor urgencia, para que venga la reparación justa que contenga a todos en el límite de sus deberes, hacen necesaria una excepción con respecto a los militares y marinos en activo servicio, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tienen mayor gravedad...» ; «..Por motivos análogos deben exceptuarse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria los delitos de seducción de tropa, espionaje, desertión y todos los demás exclusivamente militares que, consistiendo en actos que no pueden apreciarse sin un cabal conocimiento de la organización y disciplina castrenses, requieren también trámites sumarísimos y castigos diferentes de los establecidos por la legislación común...

Unidad de fuero general del ejército que conllevó, a su vez, la desaparición de fueros internos especiales, como el que tenían los cuerpos de artillería e ingenieros militares a través de Decreto del Ministro de la Guerra de 16 de abril de 1869<sup>201</sup>.

El art. 1 de este Decreto de 1869 mantenía la jurisdicción militar residenciada en los Consejos de guerra, en los Juzgados de las Capitanías generales de los distritos militares y en el de la Comandancia general de Ceuta y siempre bajo la dependencia

del Consejo Supremo de la Guerra, según establecieran las ordenanzas del ejército y las disposiciones vigentes. Cinco años desde la unificación de fueros se suprimió la denominada jurisdicción ordinaria militar, la ejercida por los juzgados de los capitanes generales de los distritos o comandantes militares de plaza sobre las causas civiles y criminales comunes de los aforados. Esto llegó con el Decreto de 19 de julio de 1875<sup>202</sup> que la suprimía, puesto que «ni era la ordinaria y común, ni la especial o propiamente militar», manteniendo para los delitos militares los Consejos de Guerra. Consejos de Guerra que se unificaban en un único tribunal (tanto ordinarios, extraordinarios como de oficiales generales) precisando sus resoluciones de la aprobación de la Autoridad competente:

- 1.º En estado de paz, la superior militar del distrito o división territorial. 2.º En los ejércitos en campaña, los Generales en Jefe y en su caso los Comandantes generales de cuerpos de ejército o de división que operen aisladamente, si así se determinase por Real orden. 3.º En las plazas de guerra sitiadas o bloqueadas, el Gobernador de la plaza.

Para finalizar ya, no se puede terminar sin mencionar que, durante este último periodo histórico junto a los Consejos de Guerra que hasta el momento se han examinado se constituyeron los denominados Consejos de Guerra permanentes.

Fernando VII, con la finalidad de dar castigo a los desertores en campaña y a los mandos que no contuvieren tales desertiones adopta, el 5 de diciembre de 1809, medidas adicionales a las previstas en las Ordenanzas, refiriéndose a la constitución de los consejos de guerra permanentes que debía haber en cada Ejército en campaña, determinando que las sentencias que se pronunciasen por estos tribunales, aprobadas que sean por el respectivo General en Jefe, fuesen ejecutadas de forma inmediata sin esperar la aprobación del Rey prevenida en el art. 21 del T VI del Tratado VIII aunque dándole cuenta después, con remisión de los autos, siendo exclusivamente consultadas al Rey aquellas en las que el general en jefe encontrase motivo para no confirmarlas o aprobarlas.

Fernando VII también, siguiendo los deseos plasmados por su abuelo Carlos III en los anteriormente mencionados Reales Decretos de 2 y 3 de abril de 1783<sup>203</sup> y en la posterior instrucción

de 29 de junio de 1784 para atajar y remediar los desórdenes que ocasionaba la proliferación de cuadrillas de ladrones, bandidos y contrabandistas, aprobó la Real Cédula de 3 de agosto 1814 sobre malhechores y contrabandistas, que contemplaba en los puntos 5.º y 6.º de la Instrucción que acompañaba a tal Célula, la creación de Consejos de Guerra Permanente. En cada provincia se destinarían al pueblo que se señale un número de oficiales, desde brigada hasta capitán inclusive, para que formen Consejo de Guerra Permanente, asistido por asesor letrado de cuyo nombramiento y elección se daría aviso por la secretaría de Estado y del despacho de la Guerra. Consejo Permanente a cuya disposición se habrían de poner todos los reos (malhechores que fueren aprehendidos en camino, campo o despoblado, aunque hayan cometido en poblado el delito, así los que hagan resistencia a la tropa) y las armas y efectos que estuvieran en su poder, para que fueren juzgados y sentenciados, sin precisar careo salvo que lo solicitase la defensa.

Consejos permanentes de guerra sobre los que insistirán las Reales Ordenes de 13 de enero y 23 de agosto de 1824, cuya nulidad instaron las últimas Cortes del Reino de Navarra, y cuyo funcionamiento y disolución se acordó por Real Orden de 26 de agosto de 1828.

De igual manera, se constituyeron Consejos de Guerra permanentes en otras situaciones especiales. En el art. 5 del Bando de 22 de agosto de 1815<sup>204</sup> del Excmo. Sr. Capitán General D. Francisco Javier Castaños, General en jefe del ejército de los Pirineos Orientales, al entrar con las tropas de su mando en el territorio de Francia, creó un consejo de guerra permanente, que se reuniría cuando fuera necesario, compuesto de un Presidente, seis vocales, dos fiscales y dos secretarios para entender por él de todos los delitos cometidos por individuos no pertenecientes cuerpo alguno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andújar Castillo, Francisco (1996), *El fuero militar en el siglo XVIII: Un estatuto de privilegio*, *Chronica Nova: Revista de Historia moderna*, Universidad de Granada, núm. 23, págs. 11-31.
- Andújar Castillo, Francisco (2001), «La Corte y los militares en el Siglo XVIII», *Estudis-Revista de Historia moderna*, núm. 27, pp. 91-120.
- Andújar Castillo, Francisco, (2004), «*Capitanes generales y capitánías generales en el siglo XVIII*», *Revista de Historia moderna: Anales de la Universidad*

- de Alicante*, Universidad de Alicante, núm. 22, pp. 291-320. Baldovín Ruiz, Eladio (1994), *El fuero militar en las Ordenanzas*, *Revista de Historia militar*, núm. 76, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 41-76.
- Bonell Colmenero, Ramón (2010), *Los Decretos de Nueva Planta*, *Separata vol. 8 Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales «Saberes»*, Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, Madrid.
- Borreguero Beltrán, Cristina (2003), *Represión e integración de prófugos y desertores en la España del Siglo XVIII*, *Millars Espai I Història Revista de Historia*, Universidad de Jaume I, Castellón de la Plana, pp. 111-130.
- Camara López, Miguel, *La evolución histórica de la jurisdicción militar*, trabajo realizado para el Curso de Diploma de Derecho Penal Militar 2001-2002, bajo la supervisión de Mendoza Fernández, Javier.
- Casado Burbano, Pablo (1998), *Visión histórica del Derecho penal español*, en VV-AA. *Comentarios al Código Penal español*, coord. por Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, Civitas, Madrid, pp. 29 a 43.
- Ceballos-Escalera y Gila, Alfonso (2012), *El almirantazgo general de España e Indias en la Edad Moderna*, Palafox & Pezuela, Madrid.
- Cepeda Gómez, José (2016), *La buena prensa de los ejércitos borbónicos. Una mirada crítica*, *Cuadernos de historia moderna*, Vol. 41 núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, pp. 355-371.
- Colección de Leyes, reales decretos, ordenes, reglamentos, circulares y resoluciones generales expedidas por el Ministerio de la Guerra*, Imprenta Cruz González, Madrid, 1841.
- Colon De Larrategut, Félix (1817), *Juzgados militares de España y sus Indias*, Tomo II, Imprenta Real, Madrid.
- Contreras Gay, José (1994), *El servicio Militar en España durante el Siglo XVII*, *Chronica nova: Revista de Historia Moderna*, Universidad de Granada, núm. 21 (1993-1994), Universidad de Granada, Granada, pp. 99-122.
- Corrales Elizondo, Agustín (2001), *Las ordenanzas de la armada*, XXIII Jornadas de Historia Marítima, *Cuadernos monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval*, núm. 38, Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, pp. 83 a 103.
- Crespo Solana, Ana, *La acción de José Patiño en Cádiz y los proyectos navales de la Corona del siglo XVIII*, *Revista de historia moderna y contemporánea*, núms. 6-7, 1994-1995, Universidad de Cádiz, 199, pp. 35-50.
- De Bacardí, Alejandro (1857), *Nuevo Colón. Tratado de Derecho Militar de España y sus Indias*, T I y T II., Narciso Ramírez, Barcelona, 2.<sup>a</sup> Ed.
- Domínguez Nafría, Juan Carlos (2001), *Recopilación y codificación del derecho militar en el siglo XVIII: la colección general de ordenanzas militares de José Antonio Portugués*, en VV-AA. *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su tiempo*, coord. por Domínguez Nafria, Juan Carlos, *El Real y Supremo Consejo de Guerra (Siglos XVI-XVIII)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

- Domínguez Nafria, Juan Carlos (2003), *Perfiles institucionales del almirantazgo en España*, Jornadas de Historia Marítima, XXVII, Cuadernos Monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval, núm. 42, Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, pp. 13-55.
- Gómez Ruiz, Manuel y Alonso Juanola, Vicente (1989), *El Ejército y los Borbones, Organización, Uniformidad, Divisas, Armamento*, T I (1700-1766) y T II Reinado de Fernando VI y Carlos III (1746-1788), Servicio Histórico Militar, Madrid.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás (1979), *La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España*, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, Instituto Francisco Victoria (Sección Derecho Militar) Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 9-66.
- Izquierdo Navarrete, José, Ortiz De Zárate y Ortiz De Zárate, José Ramón y Aparicio Cámara, Ángel (2011), *La Academia General Militar Crisol de la oficialidad española*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza.
- Jimenez Jimenez, Francisco (1987), *Introducción al Derecho penal militar español*, Civitas, Madrid.
- Lalinde Abadía, Jesús (1978), *Iniciación a la historia del Derecho español*, Ariel, Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed.
- López-Lorca, Beatriz (1988), *Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar*, Documento de trabajo para el Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Cuenca.
- Lorenzo Jimenez, José Vicente (2014), *El fuero militar y el ámbito competencial de la jurisdicción militar a finales del Antiguo Régimen*, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 101, Escuela Militar de Estudios Jurídicos-Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 173-205.
- Novísima recopilación de las leyes de España*, Tomo III- Libros VI y VII, Imprenta de Madrid, 1805.
- Martínez Peñas, Leandro y Fernández Rodríguez, Manuela (2011), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, pp. 211 y ss.
- Millán Garrido, Antonio (2006), *Justicia militar* (prólogo), Ariel, Barcelona, (6.<sup>a</sup> Eed), pp. 16- 95.
- Muñoz Corbalán, Juan Miguel (coord.) (2004), *La Academia de Matemáticas de Barcelona. El legado de los Ingenieros militares*, Secretaría General técnica del Ministro de Defensa, Novatesa, Barcelona.
- Ordenanzas de S.M. para el Gobierno Militar*, Político y Económico de su Armada Naval, Imprenta de D. Juan de Zuñiga, 1748.
- Ordenanzas de S.M. el Rey Carlos III para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus ejércitos*, Imprenta Real, Cádiz, 1810.
- Ordenanzas Generales de la Marina Naval*, Imprenta de la viuda de D. Joaquín de Ibarra, 1793.
- Ordenanzas Generales de la Marina Naval*, Imprenta Real, Madrid, 1793.
- Ordenanza naval para los bajeles de S.M*, Imprenta Real, Madrid, 1802.

- Pascual Sarría, Francisco Luís (1996), *Bosquejo histórico del Derecho Penal Militar español desde la antigüedad a nuestros días*, *Revista de Historia Militar*, núm. 80, pp. 49-72 y núm. 81, pp. 61-82.
- Pérez, Joseph (traducido por Vivancos, Juan; Miravet, Magda y Doñate, M.<sup>a</sup> Carmen) (2003), *Historia de España*, Ed. Crítica, S.L., Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed.
- Pérez Fernández-Turégano, Carlos (2004), *El Almirantazgo del Infante don Felipe (1737-1748). Conflictos competenciales con la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina*, *Anuario de historia del derecho español*, Núm. 74, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, pp. 409-476.
- Portugués, Joseph Antonio (1764), *Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones, y aditamentos*, dispuesta en diez tomos, con separación de Clases, Imprenta de Antonio Marín, Madrid.
- Ramos Vázquez, Isabel (2007), *Detenciones cautelares, coactivas o punitivas la privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico*, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 77, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, pp. 707-770.
- Redondo Díaz, Fernando (1990), *El ejército y la Marina en el Siglo XVIII*, en VV.AA. *Historia General de España y América*, Tomo X-2 (La España de las reformas hasta el final del reinado de Carlos IV), coord. por Corona Baratech, Carlos E. y Armillas Vicente, José Antonio, RIALP, Madrid, pp. 145-199.
- Rodríguez Hernández, Antonio José (2016), ¿Evolución o innovación? Los cambios técnico-tácticos en el armamento del ejército español durante el relevo dinástico: nuevas consideraciones, *Cuadernos de historia moderna*, Vol. 41- núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, pp. 273-294.
- Solé I Cot, Sebastià (2008), *El gobierno del principado de Cataluña por el Capitán General y la Real Audiencia —el Real Acuerdo— bajo el régimen de nueva planta (1716-1808), una aportación al estudio del procedimiento gubernativo a finales del antiguo régimen*, Universitat Pompeu y Fabra, Barcelona, 1.<sup>a</sup> ed.
- Szászdi León-Borja, István (2005), *El fuero militar en el Ejército borbónico hispano*, *Cuadernos de historia*, núm. 15, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), pp. 164-178.
- Tomas y Valiente, Francisco (1969), *El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta, siglos XVI, XII y XVIII*, Tecnos, Madrid.
- Vicente Lorenzo, José (2014), *El fuero militar y el ámbito competencial de la jurisdicción militar a finales del Antiguo Régimen*. *Revista Española de Derecho Militar* núm. 101 Enero-junio de 2014, Escuela de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pp.171-203.



## 9. LA JURISDICCIÓN MILITAR DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA Y LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA (1931-1939)

JOAQUIN GIL HONDUVILLA

*Teniente Coronel Auditor*

### 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objeto estudiar apenas ocho años de la historia de la justicia militar, periodo muy corto en el tiempo, si lo comparamos con otros de nuestra historia jurisdiccional moderna y codificada, pero muy intenso en cambios legislativos y estructurales, como para no considerarlo dotado de una personalidad propia y diferente al resto de nuestra historia jurisdiccional.

Sin duda alguna el periodo que va desde la proclamación de la Segunda República en abril del 1931 hasta la finalización de la guerra civil en abril de 1939 son años en los que la jurisdicción militar deambuló por una montaña rusa en un recorrido que fue desde una reducción de sus competencias al inicio del periodo republicano hasta un crecimiento descomunal durante el tiempo en el que la contienda estuvo viva. Es por esta razón, por lo que aun estando vigente el Código de Justicia Militar de 1890 vamos a encontrar tres «espacios jurisdiccionales» distintos en tan breve lapso de tiempo. Por un lado hablaremos de la jurisdicción militar durante una república en desarrollo, abril de 1931 a julio de 1936. Posteriormente haremos referencia a la jurisdicción militar resultante del estado sublevado, julio de 1936 a abril de 1939, jurisdicción que tras la victoria militar, condicionó la estructura judicial castrense vigente durante la postguerra, materia que queda fuera de esta investigación. Por último, como consecuencia de la propia sublevación, estudiaremos las alteraciones jurisdiccionales en el área bajo el control del gobierno republicano, julio 1936 a abril de 1939, en la que la jurisdicción castrense se alteró hasta el punto que debemos entenderla como nueva y distinta a la que existía antes de que la guerra civil estallara.

Tres espacios jurisdiccionales en un solo periodo de cambio, en una España tan crispada como para que las tensiones políticas y sociales existentes degeneraran en una contienda entre españoles. Confrontación en la que corrieron ríos de sangre y en los que la jurisdicción militar jugó un papel esencial. Un conflicto que, por otro lado, ha determinado, desde el periodo de gobierno del general Franco hasta nuestros días, una profusión de publicaciones que intentaban desentrañar la esencia de aquellos años. Esta extensísima bibliografía sigue hoy creciendo, al ser la República y la guerra civil temas de continua dedicación y estudio por parte de los investigadores. Pero curiosamente, si sobre la Guerra Civil española de 1936-1939, y los años previos, se ha escrito una cantidad enorme de libros, destacando en estos últimos años los estudios que intentan concretar la represión que aquella contienda generó, son pocos los autores que se han detenido a fijar y estudiar el aparato jurisdiccional existente en aquellos días, y los que lo han hecho, quizás por su falta de conocimientos legales, han incurrido en sustanciosos errores de bulto, alguno de los cuales intentaremos señalar.

Por todas estas razones, y por encontrarse el autor de estas líneas acotado en cuanto a la extensión de este trabajo, se procederá a realizar la descripción de aquel periodo de cambios con criterios esencialmente esquemáticos, obligado por la enorme profusión de normas aprobadas en el periodo 1931-1939 que hacían referencia a la jurisdicción militar. Aquellos años se caracterizaron por las alteraciones estructurales, por la reforma constante de unas jurisdicciones que vieron como su presencia en la sociedad trascendió más allá de lo esencialmente militar.

## 2. LOS ORÍGENES: LA JURISDICCIÓN MILITAR ANTES DE LA INSTAURACIÓN DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

Como se ha indicado anteriormente, corresponde en este apartado estudiar la realidad jurisdiccional militar desde la restauración de la Segunda República, pero es imposible conocer la envergadura de los cambios legislativos que tuvieron lugar desde abril de 1931 sin conocer, aunque sea someramente, cuál era la Jurisdicción militar española antes de la llegada del régimen republicano.

Ante todo, hay que señalar que desde que se inició en el siglo XIX el movimiento codificador, en ningún momento la jurisdic-

ción militar española tuvo una extensión de competencias tan amplias como la que se vivió en los primeros treinta años del siglo XX y que alcanzan hasta la instauración de la Segunda República.

Desde una percepción histórica podríamos decir que el siglo XX militar español no arranca con el inicio del siglo, en 1900, sino que en coherencia con el problema militar latente en aquellos días, este periodo de historia militar principia en 1898, con el fin de las guerras coloniales y las pérdidas de Cuba, Filipinas y Puerto Rico. Hasta esos momentos nos encontramos con un ejército liberal, que había luchado en guerras civiles contra el absolutismo carlista, y que había participado en la política española del momento a través de los pronunciamientos. Modo de actuación militar en política que, con todas sus peculiaridades, no es otra cosa que «el sistema de turno» ideado en una España decimonónica, carente de mecanismos democráticos de cambio de poder, en la que los partidos escogían la figura de un militar, los conocidos espadones, para levantarse contra el gobierno y conseguir su caída. Más que la intervención de la institución militar en política, podríamos hablar de la instrumentalización de la institución por los partidos políticos del turno. El militar, el general de prestigio, no operaba en contra del sistema, sino que actuaba impulsado por «la sociedad civil» para conseguir unos cambios que no eran posibles lograrlos con las urnas. Con sus acciones no se intentaba cambiar el sistema político, sino acabar con un gobierno determinado, dentro de un modelo político aceptados por todos. El pronunciamiento, de este modo, articulaba y canalizaba a la institución castrense dentro de una realidad política singular.

No obstante, la irrupción de la institución castrense en ámbitos de poder civil va a venir determinada por la falta de solución de los problemas jurídicos que se habían planteado entre Ejército y sociedad civil a lo largo de los últimos años del siglo XIX, y en el que jugó un papel especial el conflicto entre milicias y prensa. Desde principio de siglo XX se comenzó a apreciar un disgusto colectivo por parte de los militares ante la posición que le correspondía al Ejército después de la derrota colonial de 1898. El nuevo papel de preservador del orden público y el aún más reciente de garante de la integridad nacional, a la vista del auge de los nacionalismos, volvían a poner al Ejército en primer plano de la palestra política. La prensa jugó de nuevo un papel decisivo, especialmente la que respondía a los valores del nacionalismo

catalán, al proceder a criticar, a veces de manera irónica y despectiva el papel jugado por nuestro Ejército en la guerra contra Estados Unidos, conflicto que había perjudicado a los intereses económicos catalanes en las colonias. El máximo exponente de este proceso de crítica fue el diario *Cu-Cut*, en el que se publicaron una serie de caricaturas que constituían variaciones, que autores como Núñez Florencio consideran como sangrantes sobre unos temas bases como eran la escuadra, la comparación entre militares extranjeros y españoles y el desastre de 1898<sup>205</sup>. El 23 de noviembre de 1905, el diario publicaba una caricatura en la que se volvía a incidir en el tema de la derrota militar que acabó con la escasa paciencia de los militares.

La consecuencia de aquella publicación fue el asalto de la redacción y talleres del semanario «*Cu-Cut*» y del diario «*La Veu de Catalunya*» en Barcelona, el 25 de noviembre. Este hecho dio lugar a uno de los más sonados «problemas militares» del inicio del siglo. De inmediato, varias guarniciones españolas se apresuraron a mostrar su apoyo a los oficiales que habían destrozado ambos periódicos catalanes. Desde el ámbito político el gobierno quiso tomar el control sobre este incidente desplazando a Barcelona al capitán general Delgado Zuleta y al fiscal del Tribunal Supremo Ruiz Valarino. Pero los ánimos estaban cada vez más exaltados. En Madrid hubo manifestaciones a favor de la respuesta dada por los militares a la prensa catalana. Se temió que una de estas manifestaciones llegara incluso al Congreso para plantear sus críticas. Las quejas subieron de tono, y desde el gobierno se creyó en el amotinamiento de algunas guarniciones. Estás, a la vista de la debilidad mostradas por el ejecutivo, comenzaron a exigir que los insultos e injurias a los ejércitos pasaran a ser competencia de la jurisdicción militar, con lo que terminaría con la frustración que el tema de Ejército-prensa estaba dejando en la población militar desde finales del siglo XIX.

La presión tuvo su fruto. El resultado de esta aparición en política de la institución castrense fue la aprobación de la mal llamada «ley de Jurisdicciones», realmente Ley sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército, aprobada el 23 de marzo de 1906, por la que la jurisdicción militar ampliaba sus competencias hasta el punto de pasar a conocer una gran parte de los delitos que afectaban a las libertades de expresión, prensa y reunión. Esta norma estuvo en vigor hasta la proclamación de la Segunda República, y significó una injerencia del estamento

militar en la vida política española. Desde la aprobación de la «Ley de Jurisdicciones», la jurisdicción castrense no sólo conocía los delitos militares integrados en el Código de Justicia Militar de 1890, código integrador de normas procesales, disciplinarias y penales, y que mantuvo su vigencia durante la Guerra Civil, sino que extendía su competencia a todos aquellos delitos que hacían referencia a la Patria y el Ejército.

Con la aparición de esta ley, el Ejército se convertía, como indica Salvador de Maradiaga, en un Estado dentro del Estado. Señala este autor que desde que se aprobó la ley de jurisdicciones, la oficialidad más o menos ociosa actuó como un poderoso grupo de presión, y reconoce que:

Desde aquel día el poder de la clase militar en el Estado flanqueó los límites profesionales y empezó a intervenir imperiosamente en el terreno civil...a partir de ese momento, el ejército es la fuerza predominante de la política española...<sup>206</sup>.

Destaquemos algunos aspectos de esta Ley. La norma castigaba expresamente los ultrajes a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación (artículo 2) y las injurias y ofensas al Ejército o a la Armada (artículo 3). Los medios como se podían realizar estos delitos eran a través de la palabra o por escrito, por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación, en estampas, alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. Es decir, se abarcaban todas las posibilidades en las que podía expresarse la prensa de aquellos momentos. Pero lo que era más llamativo, lo que verdaderamente daba sentido a esta norma se contenía en el artículo 5 donde se contenía la atribución a la jurisdicción militar de los delitos del artículo 3, es decir, los delitos contra el Ejército.

Pero ¿Qué sentido tenía esta norma y qué soluciones daba a los problemas existentes en aquellos días en España? No estamos de acuerdo con la valoración que de la ley daba Alejandro Lerroux. Según el político radical

La ley de jurisdicciones se ha dictado contra Cataluña. Lo creo un error. Yo digo que esa ley es un absurdo en estos tiempos; que será una vergüenza indeleble para el partido liberal, una ignominia más en nuestra abundante legislación, una afrenta para los que la defendieron y votaron, pero no más ni menos que la represión del anarquismo, dictada, no más ni menos que ésta, contra Cataluña<sup>207</sup>,

y no lo estamos porque más allá de las cuestiones próximas que se dilucidaban, de esos antecedentes inmediatos a su aprobación, y en la que el problema del nacionalismo catalán sí tenía una influencia contrastada, existían otras causas más remotas, que hemos intentado explicar en líneas precedentes, que son origen directo de la misma.

Desde un punto de vista jurídico, la ley de 23 de marzo de 1906 no resolvía nada que no estuviera ya regulado y tipificado en otras normas «no especiales» o excepcionales como la que se acababa de aprobar, pues los delitos contra la unidad de la patria estaban ya contemplados en el artículo 248 del Código Penal, tras la reforma de este texto de 1 de enero de 1900. Por otro lado, los delitos contra el Ejército, ya se contemplaban y se castigaban en el artículo 258 del Código de Justicia Militar de 1890, fuesen o no sus autores civiles, al señalar que «el que de palabra, por escrito o en otra forma equivalente, injurie u ofenda clara o encubiertamente al Ejército o a instituciones, armas, clases, o cuerpos determinados del mismo, incurrirá en la pena de prisión insurreccional». Por ello, la verdadera finalidad de esta norma, no eran resolver vacíos legales existente en la normativa nacional, ordinaria o especial, sino acabar con el problema jurisdiccional surgido años atrás en los enfrentamientos Ejército-prensa y conseguir con ello el control y censura de los medios de comunicación críticos. De paso, el Ejército confirmaba su prevalencia sobre el poder civil, al que sometía a su voluntad, y daba un paso adelante en su «presentación en sociedad» como sujeto al que tener en cuenta.

De la trascendencia de lo que iba a significar la aprobación de esta ley por parte del poder civil, cediendo ante las presiones del estamento militar, se hicieron eco inmediatamente, sin necesidad de que los hechos posteriores acreditaran el error cometido, intelectuales de la talla de Miguel de Unamuno. La cita ha sido repetida innumerables veces en otros trabajos, pero es esencial recordarla por su clarividencia:

...Se trata, al parecer, de que los tribunales militares juzguen de los llamados delitos contra la patria y de los delitos contra el Ejército. En este último respecto hay quienes hacen notar que eso vale tanto como constituirlos en juez y parte. Y cuantos se oponen a esta extensión del fuero de guerra estiman que, si se le hace al ejército mismo fiscal y juez de los delitos que contra él puedan cometerse, jamás sabremos que es un delito contra el ejército, y

habrá que concluir por no hablar ni escribir de él, ni para mal ni para bien...<sup>208</sup>.

Desde la Ley de Jurisdicciones no hubo una verdadera libertad de prensa en España, o por lo menos la hubo controlada y tutelada por la jurisdicción militar, la cual atrajo hacia sí el conocimiento de todas las publicaciones o manifestaciones que hacían referencia al Ejército o a la propia nación española. Pero aquellos años también fueron años de expansión para la jurisdicción castrense al hacerse también tuteladora de otro de los espacios de conflictos latentes en nuestro país, nos referimos a las materias de orden público. El mecanismo empleado era el regulado en el artículo 253 y siguientes del Código de Justicia Militar, en el que se recogían los diferentes tipos de los que podemos llamar delitos contra fuerza armada, entendiendo como fuerza armada a la Guardia Civil y demás cuerpos militarizados encargados de la preservación del orden y otras misiones policiales como la lucha del contrabando (cuerpo de carabineros). Señalaba el artículo 253.2 que cualquiera (tanto militar como paisano) que maltratase de obra a un centinela o salvaguardia o fuerza armada incurriría en pena de muerte si de las agresiones se certificara que el agredido resultara muerto o se le causaran lesiones que le dejaran imbécil, impotente o ciego, privado de miembro principal, impedido de él o inutilizado para el trabajo al que entonces se hubiere dedicado habitualmente. Por su parte el artículo 254 también sancionaban las lesiones que inutilizaran para el trabajo por más de ocho días o exijan asistencia facultativa por el mismo tiempo (punto 1) y las lesiones de menor importancia (punto 2), mientras que el artículo 255 consideraba delito militar poner mano a un arma ofensiva o ejecutar actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra. Por último, el artículo 256 también castigaba las ofensas de palabra. El hecho de que el sujeto activo de todos los tipos delictivos descritos pudiera ser un civil, implicaba la atribución a la jurisdicción militar de cualquier tipo de altercados en los que estuvieran presentes fuerzas del orden o del ejército, como sucedía en la mayoría de los casos tanto en la España urbana como en la muy poblada España rural.

De este modo, la jurisdicción castrense atrajo hacia sí el conocimiento de buena parte de las alteraciones del orden público, sin tener en cuenta el sentido de la reclamación o la intención de los

manifestantes. Esta atribución se hizo más patente por el hábito de los distintos poderes ejecutivos de declarar, ante cualquier disturbio público, el estado de guerra, costumbre que, como veremos no concluyó con la llegada de la Segunda República.

Pero la Ley de Jurisdicciones no sólo tenía unos efectos jurisdiccionales, por la atracción a la jurisdicción castrense de determinados delitos, sino que también tenía unos efectos políticos y parlamentarios: Desde 1906 la sociedad española supo que había nacido un nuevo sujeto político con personalidad propia, El Ejército. Desde que los componentes de la institución tuvieron conciencia de haber hecho claudicar al estado, a los poderes que lo componían, la institución militar se convirtió en un activista de la vida política hispana con capacidad para someter o dirigir especialmente al poder ejecutivo en sus decisiones de gobierno. Fue por esta razón por lo que la Ley de Jurisdicciones se convirtió en principal símbolo de un régimen político. También es por este motivo por lo que los representantes del creciente movimiento republicano, que pretendían la caída de la monarquía de Alfonso XIII, anunciaron que cuando llegaran al poder una de las primeras medidas que adoptarían sería la derogación de esta norma.

Por todas estas razones la Ley de Jurisdicción se convirtió en símbolo de aquel régimen y en objetivo a liquidar por todos aquellos que, desde posiciones republicanas, pretendían acabar con el régimen Alfonsino. Es por ello, que todos los políticos que de una u otra forma acabaron defendiendo la llegada de la Segunda República se postularon de manera inequívoca contra aquella ley que representaba al antiguo régimen y con ello a la presencia del Ejército en la vida política española.

Por otro lado, y desde el punto de vista estructural, como ya se ha explicado en líneas precedentes, antes de 1931 la jurisdicción militar no quedaba integrada en la estructura jurisdiccional ordinaria, cuyo vértice institucional y órgano de interpretación y armonización era el Tribunal Supremo. Era una jurisdicción independiente, cuyo órgano de interpretación de doctrina e instancia última era el Consejo Supremo de Guerra y Marina, siendo los capitanes generales y mandos territoriales, los depositarios de la autoridad jurisdiccional; ellos administraban justicia, nombraban a los componentes de los Consejos de Guerra y aprobaban las sentencias. La reconducción de esta «alteración jurisdiccional» fue otro de los objetivos que los políticos de ideología republicana-

na asumieron como propios para el caso de que pudieran llegar al poder, como así fue, después de las elecciones municipales de abril de 1931.

### 3. LA JURISDICCIÓN DURANTE LA REPÚBLICA 1931-1936

Con la caída de la monarquía de Alfonso XIII y la proclamación del régimen republicano la posición de la jurisdicción militar cambió sustancial y rápidamente. Como habían anunciado los políticos de ideología republicana durante los años de vigencia del régimen monárquico, uno de sus principales y más urgentes objetivos fue la derogación de la Ley sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército y el «regreso de la jurisdicción militar a sus cuarteles de invierno», es decir un nuevo reajuste jurisdiccional que debía significar una reducción de competencias de la jurisdicción militar respecto del resto de órdenes jurisdiccionales, aprovechando los dirigentes republicanos estos momentos de cambios para efectuar una sustancial transformación del encaje de la jurisdicción castrense dentro del poder judicial.

La reforma republicana pretendió y consiguió integrar a esta independiente jurisdicción dentro de una estructura única, al disolver el Consejo Supremo y crear una sala de los Militar en el Tribunal Supremo. Como indica Pascual Sarría, al analizar todo aquel proceso de reformas, con los decretos de Azaña se procedió a acometer una compleja y cautelara reforma de esta jurisdicción ante la excesiva militarización de la justicia tanto en la Restauración como en la dictadura de Primo de Rivera<sup>209</sup>. La intención del gobernante era encauzar la jurisdicción militar dentro del estricto marco jurídico, con un único vértice jerárquico en el Tribunal Supremo, privándola de ese grado de independencia que consistía en no estar integrada en la estructura orgánica del poder judicial. Otra significativa modificación se produjo en las atribuciones del Cuerpo Jurídico, establecidas por Decreto de 2 de junio de 1931, por el que se sustrajeron a las autoridades militares el ejercicio de la jurisdicción castrense, pasando a los Auditores de las Regiones, Distritos y Ejército quienes conocían de los delitos comprendidos en los bandos de guerra.

No se puede negar la resolución de los recién llegados políticos del primer gobierno preconstitucional republicano por reconducir la situación de una manera urgente y contundente.

La Ley de Jurisdicciones fue derogada por decreto, sin discusión parlamentaria previa. El Decreto fue aprobado el 17 de abril, tres días después del cambio de régimen. En su preámbulo esta norma señalaba:

La ley de 23 de marzo de 1906, denominada de Jurisdicciones, ha subsistido, no obstante su notorio carácter circunstancial, durante más de un cuarto de siglo, sin lograr ser aceptada por la conciencia jurídica ni acomodarse al organismo legal, en el que ha permanecido como cuerpo extraño y perturbador....,

posteriormente el decreto intentaba calmar las posibles ansiedades castrenses al indicar

Tampoco la institución armada necesita de circunstancial parapeto, en relación con la ciudadanía consciente y libre, ya que, por fortuna, en la compenetración de aquella con el pueblo, éste recuerda con gratitud y piedad la sangre vertida generosamente por los militares como ofrenda de su sensibilidad republicana, y a la vez, la fuerza pública celebra que, impuesto el régimen por la voluntad nacional, que acata y comparte el admirable ejemplo de civismo, la haya liberado por esta definitiva vez, de irrumpir, desviándola de su genuino cometido, en el campo de las contiendas políticas.

Este preámbulo manifestaba bien a las claras cuales iban a ser los criterios del nuevo régimen hacia la jurisdicción militar: la pervivencia de la misma, pero a su vez su reducción, intentando extraer de sus competencias los delitos de contenido político. No se tardó por el nuevo ejecutivo en tratar esta reforma. Por Decreto de 11 de mayo de 1931, hecho ley el 18 de agosto siguiente, se declaró que la jurisdicción militar quedaría reducida a los delitos esencialmente militares, por razón de la materia, desapareciendo, como indicaba su Art. 1, cualquier competencia fundada en el lugar del hecho o en la calidad de las personas responsables. El art. 3 derogaba tanto la ley de 8 de enero de 1877 como otros preceptos por los que se había ido recortando la jurisdicción ordinaria mediante «sustracciones» de materias de las que anteriormente era competente.

También por este Decreto (artículo 4) perdían los Capitanes Generales su condición de autoridad judicial, correspondiendo a las auditorías respectivas la designación de jueces, el sostenimien-

to de las competencias, el control de los turnos para la composición de los consejos y la interposición de los correspondientes recursos de casación y apelación. Por último, por el artículo 5 quedaba suprimido el Consejo Supremo de Guerra y Marina, pasando sus atribuciones a la Sala de Justicia Militar que se creó en el Tribunal Supremo.

De este modo la jurisdicción militar pasaba a integrarse en el ámbito jurisdiccional como una sección más, perdiendo su condición de excepcionalidad, e integrándose en un «único» poder judicial, al salir del ámbito puramente militar en el que vivía hasta esos momentos. Si hasta 1931 se podía entender que, al margen de la estructura jurisdiccional ordinaria, compuesta por los diferentes órdenes, civil, penal, administrativo, cuyo vértice institucional y órgano de interpretación y armonización era el Tribunal Supremo, existía una jurisdicción militar independiente, cuyo órgano de interpretación de doctrina e instancia última era el Consejo Supremo de Guerra y Marina, siendo los capitanes generales y mandos territoriales, los depositarios de la autoridad jurisdiccional —ellos administraban justicia, nombraban a los componentes de los Consejos de Guerra y aprobaban las sentencias— la reforma republicana, por Decreto-ley de 11 de mayo de 1931, pretendió y consiguió integrar a esta independiente jurisdicción dentro de una estructura única, al disolver el Consejo Supremo y crear una Sala de los Militar en el Tribunal Supremo, la que sería conocida como Sexta Sala.

La intención del nuevo gobierno era encauzar la jurisdicción militar dentro del estricto marco jurídico, con un único vértice jerárquico en el Tribunal Supremo, privándola de ese grado de independencia que consistía en no estar integrada en la estructura orgánica del poder judicial. Otra significativa modificación se produjo en las atribuciones del cuerpo jurídico en «la nueva jurisdicción».

Este cambio de estructura jurisdiccional exigió un complejo conjunto de normas. Así, por Decreto-ley de 2 de junio de 1931, al que posteriormente se dio naturaleza de Ley por otro de 16 de septiembre del mismo año, se contemplaba una serie de disposiciones (funciones judiciales de los auditores, inhibiciones a la jurisdicción ordinaria, procedimientos en las causas que se seguían en los Tribunales disueltos, normas para la tramitación de los procedimientos por delitos comprendidos en los bandos de la

autoridad militar, sobre jurisdicción disciplinaria, procedimientos previos, juicios sumarísimos...) que introdujeron una serie importante de innovaciones procesales. Estas novedades venían a facilitar la integración de la jurisdicción militar dentro del seno de las jurisdicciones ordinarias. El 17 de julio de 1931 por una Orden, se dictaban otro conjunto de normas complementarias al Decreto-ley de 11 de mayo por el que la Sala de Justicia Militar quedaba sometida a la vida disciplinaria propia del Tribunal Supremo. Estas mismas modificaciones se vieron reflejadas en la jurisdicción de la Marina, por el Decreto-ley de 9 de junio, que recibirá el carácter de Ley por la de 26 de agosto de 1931, el cual será ratificado nuevamente por Ley de 14 de octubre, de ese mismo año.

Todo este entramado de modificaciones tendrán su reflejo en la Constitución de 9 de abril de 1931, en el que su artículo 95 señalaba que la Administración de Justicia comprendía todas las jurisdicciones existentes, y en el que se indicaba que «la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados», impidiendo el párrafo tercero de este artículo el fuero por razón de las personas ni de los lugares, con la única excepción del «caso del estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público», aboliéndose así mismo los tribunales de honor.

Tras la entrada en vigor de la Constitución continuaron produciéndose cambios normativos que, de alguna manera, afectaban a la jurisdicción militar. Así, el 27 de agosto de 1932 se aprobaba una ley, que modificaba el artículo 7.7 del Código de Justicia Militar (delitos de atentados, desacatos, injurias y calumnias contra las autoridades y corporaciones o colectividades del ejército, en la que se exigía para su conocimiento por esta jurisdicción el que hubieran sido vertidos en actos públicos o por imprenta); el 30 de enero de 1935, por otra Ley se modifica nuevamente el Código de Justicia Militar, al corregir aspectos de la Ley de 3 de julio de 1931, y que sólo puede ser comprendida en razón de los vaivenes políticos de aquellos días. Por esta norma se anulaban el régimen de recursos establecido en el comienzo de la República, y que no era otra cosa que amoldarse a lo establecido en esta materia a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por Ley de 17 de julio de 1935 se restablece la potestad jurisdiccional de la autoridad militar, abrogada por el Decreto-ley

de 11 de mayo de 1931, e integraba en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo a militares de las armas. Desde esa nueva ley la Sala no sólo estaría constituida por magistrados de la carrera judicial, y procedentes del cuerpo jurídico, sino también por generales de división o dos vicealmirantes. Más que escabinos, se trataba de jurados especiales, informantes sobre los hechos, que aportaban a las deliberaciones de los juzgadores técnicos las consideraciones (más pragmáticas que formalistas) derivadas de su experiencia militar<sup>210</sup>.

Como el resto de reformas emprendidas, la reforma jurisdiccional tuvo sus detractores, aunque en realidad pocas voces se oyeron que clamaran por la vuelta a un régimen de plena independencia jurisdiccional y por devolver la competencia de juzgar de las autoridades militares. En este sentido, hay que indicar que en los cinco años en los que estuvo vigente la jurisdicción militar ésta desarrolló sus funciones, sin estridencia, integrada dentro de la estructura única reservada para este poder en el nuevo régimen, aun cuando su labor fuera muy notoria visto las continuas situaciones de anormalidad vividas durante aquel periodo de la historia de España. Simplemente recordar que se abrieron procedimientos penales militares por hechos tan sonoros como la sublevación de Sanjurjo del 10 de agosto de 1932, por los hechos de Casas Viejas de enero de 1933 o por la revolución de octubre de 1934. Todas ellas causas con una muy importante repercusión mediática.

Con este bosquejo de la realidad jurídica anterior a 1936 podemos apreciar como de la jurisdicción militar en la España no fue discutida durante la Segunda República, como pasó en la Alemania de la República de Weimar, sino reconocida e integrada dentro del Poder Judicial.

Otra cuestión que no podemos olvidar es el de la extensión «republicana» de esta jurisdicción más allá de sus «fronteras naturales». Se ha dicho reiteradamente que la Segunda República española pretendió «reducir» la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense, apartando a los tribunales militares de todo delito que no fuera consustancialmente militar. Así lo pretendió la nueva estructura política que regía al país, pero ¿realmente hubo una reducción sustancial de la jurisdicción militar durante la República? La respuesta debe ser negativa, por mucho que hayamos explicado las reformas legislativas que afectaron a la estructu-

ración de esta jurisdicción, y no fue así por el uso, y a veces, el abuso, con el que los políticos republicanos emplearon otra serie de mecanismos legales que determinaron, de facto, que aquella jurisdicción militar «reducida» ampliara sus competencias a través de otra serie de normas habilitadoras de atribuciones a la jurisdicción castrense en detrimento de lo que podemos denominar jurisdicción ordinaria. Nos referimos a las normas de protección extraordinarias del Estado, en concreto la Ley de Orden Público de 1870, la Ley de defensa de la República de 1931 y la nueva ley de Orden Público de 1933.

Desde un primer momento, desde el mismo 14 de abril de 1931, todos los gobiernos de la República, de cualquier sentido político que fuera, utilizaron con profusión este tipo de normas para declarar en toda la Nación, o en parte de ella, un estado excepcional, siempre vinculado a las alteraciones del orden público, que en muchas ocasiones, facilitó la presencia del Ejército en las calles a través de la declaración de un estado de guerra, y con ello la militarización de conductas que hasta esos momentos habían sido castigadas por los juzgados penales de la jurisdicción ordinaria. Así sucedió el mismo 14 de abril en Sevilla, cuando, tras una quiebra evidente de la paz pública ocasionada con la celebración de la proclamación del nuevo régimen, el ministro de la Gobernación, Miguel Maura, ordenó al todavía Capitán General de Sevilla, el general Saro, la declaración del estado de guerra con la publicación de un bando declarativo de dicho estado. Desde ese día serían muy pocos los meses en los que la España republicana viviera sin que estuviera en vigor alguno de los tres estados, y muy especialmente el estado de guerra, que no suponía conflicto exterior alguno, sino que se declaraba en «tiempo de paz» cuando las fuerzas de orden público eran incapaces de sofocar con sus medios revueltas asonadas, rebeliones o revoluciones. El problema fue que en muchas ocasiones, los políticos republicanos abusaron del uso de estas normas articulando de este modo una extensión a la jurisdicción militar de una serie de conductas que nada tenían que ver con alteraciones del orden que afectara a la propia estructura del estado y que eran claramente meros conflictos de orden público.

Las estanterías de los archivos de los tribunales militares que guardan los procedimientos de este periodo de nuestra historia están llenos de causas por delito «contra fuerza armada» que no

son otra cosa que infracciones penales, peleas, agresiones, insultos verbales a guardias civiles y miembros del cuerpo de carabineros, más propios de la convulsa vida rural de aquellos días que de actuaciones que pusieran en peligro el régimen republicano. Se abusó de declaración de estados de excepción, y con ese abuso se incrementó la competencia de una jurisdicción, que como la militar, se había pretendido reducir a lo estrictamente castrense. De este modo, quizás sin percatarse, la Segunda República convirtió a la jurisdicción militar en su instrumento de lucha y represión en materia de orden público.

El 28 de julio de 1933 se aprobaba la ley. Esta norma derogaba a la ley de mismo nombre, vigente hasta esos momentos, aprobada en 1870, vigente en la República con la modificación parcial efectuada por el Decreto del Ministerio de la Guerra de 29 de octubre de 1931. La ley volvía a la división tripartita de la ley decimonónica de los estados de anormalidad, estableciendo los estados de prevención, alarma y guerra. De estos estados nos vamos a referir al último de ellos, al de guerra, pues es el que de manera más evidente afecta a la intervención de la institución militar.

La ley exigía una autorización gubernativa para la declaración del estado de guerra, pero también articulaba mecanismos para la declaración del mismo, de manera excepcional, sin dicha autorización, siempre que hubiera una urgencia importante, con una ratificación posterior por el poder ejecutivo. Con esta ley se instaura la constitución de una Junta de estado de guerra compuesta por cuatro autoridades, dos civiles (autoridades política y judicial), pero otras dos militares (autoridad militar y el auditor). Por otro lado, este encumbramiento del auditor militar, lo que viene a significar es una ratificación normativa de la importancia de la jurisdicción militar para la persecución y represión de los delitos, más allá de los que podríamos considerar estrictamente castrenses.

Sobre esta cuestión es esencial citar el artículo 48 de la Ley de Orden Público de 1933. Expresa este artículo que la declaración del estado de guerra queda encomendada a la autoridad civil, pero recoge mecanismos habilitadores de una judicialización militar del orden público republicano. Señala dicho precepto que si

La autoridad civil, una vez empleado todos los medios de que en circunstancia ordinaria dispone, y en su caso, los que para las extraordinarias le otorga la misma ley (los que hacen referencia

a los estados de prevención y alarma) no pudiera por sí sola, ni auxiliada por la judicial y por la militar, dominar en breve término la agitación, ni restablecer el orden, lo prevendrá en un bando que publicará con la mayor solemnidad posible, y al mismo tiempo se pondrá urgentemente en relación con la autoridad judicial ordinaria, la militar, y el auditor de la jurisdicción, y dispondrá la inmediata declaración del estado de guerra, procediendo seguidamente la autoridad militar a la adopción de las medidas que reclame la paz pública. De ello se dará directa cuenta al Gobierno y a las autoridades superiores jerárquicas respectivamente.

Es sumamente interesante la redacción de este precepto, porque con él la República, aunque civiliza la autoridad competencial expresamente reconoce el papel que ha de jugar el ejército en la preservación del orden público. Por mucho que encomienda a la autoridad civil la competencia del mantenimiento de la paz interior, no es menos cierto que reconoce que, incluso en los estados de prevención y alarma, la autoridad civil podía hacer uso de las fuerzas del ejército, como realmente se estaba desarrollando desde el inicio del régimen, con profusión, hasta con abuso.

Otro aspecto destacado de la redacción del artículo 48, como se ha señalado, es la presencia de una nueva autoridad, que aparece junto a la civil, la judicial y la militar en la gestión de una crisis; nos referimos al auditor de la jurisdicción castrense. Esta mención, en sí implica un defectuoso ejercicio de redacción por parte del legislador, toda vez que como miembro del cuerpo jurídico, el auditor era autoridad militar. No obstante, hay que indicar que el señalado papel con el que se quiere dotar a esta figura, viene a estar en relación con las modificaciones, que al inicio de la República, se efectuaron en la justicia militar y que tuvieron reflejo en la reforma que sufrió el Código de Justicia Militar de 1890 por los decretos del Ministerio de la Guerra en el año 1931. En concreto la figura del auditor sale relanzada desde la aprobación del Decreto de 2 de junio de 1931, por el que se sus trajeron a las autoridades militares el ejercicio de la jurisdicción castrense, pasando está a los auditores de las regiones, distritos y ejército quienes conocían de los delitos comprendidos en los bandos de guerra. Por otro lado, el papel del auditor vuelve a ser impulsado con la aprobación del Decreto de 29 de octubre de 1931, en el que se determina quienes han de formar la Junta o reunión de autoridades dentro del territorio en el que el estado

de guerra haya de declararse o cesar, al señalar en su artículo primero que de la Junta o reunión de autoridades a que se refieren los artículos 13 y 32 de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, todavía vigente en aquellos días, formará parte, además de la autoridad civil, la judicial ordinaria y la militar, el auditor que ejerza la jurisdicción militar dentro del territorio en que el estado de guerra haya de declararse o cesar; señalando el artículo segundo que las autoridades militares, al hacerse cargo del mando, oirán al auditor que ejerza jurisdicción en el territorio en que haya de declararse el estado de guerra, sobre la inclusión de hechos punibles en los bandos que aquellas autoridades dicten.

Por esta razón, lo que viene a precisarse en el artículo 48 de la Ley de Orden público de 1933 no es otra cosa que el proceso de decantación que se inicia desde 1931, por el que se instaura la constitución de una Junta de estado de guerra compuesta por cuatro autoridades, dos civiles, pero otras dos militares. Por otro lado, este encumbramiento del auditor militar, lo que viene a significar es una ratificación normativa de la importancia de la jurisdicción militar para la persecución y represión de los delitos, más allá de los que podríamos considerar estrictamente castrenses. La redacción de este artículo no hace otra cosa que constatar lo que ya se sabía a través de los diarios y periódicos de la época, que en situaciones de emergencia se hacía depositaria de la potestad jurisdiccional en materia de orden público a la jurisdicción militar, jurisdicción que ya conocía de buena parte de los incidentes de orden público, incluso en los escasos periodos de normalidad, por ser la detentadora de las competencias y el conocimiento de los procedimientos abiertos por agresiones contra los agentes de la autoridad o fuerza armada, especialmente los que hacían referencia a las agresiones sufridas por agentes de la Guardia Civil y del cuerpo de carabineros.

Es significativa la atribución de competencias que hace el Código de Justicia Militar a favor de la jurisdicción militar en todo delito contra fuerza armada. Así, el artículo 4.4 del Código de Justicia Militar de 1890 señalaba que, por razón del delito, la jurisdicción de guerra conoce de las causas que, contra cualquier persona, se instruya por los delitos de «insulto a centinela, salvaguardias y fuerza armada del ejército y cualquier cuerpo militarmente organizado y sujetos a las leyes militares». Regulando este mismo código en el capítulo III de Título VI, del Tratado Segundo

los delitos de insulto a centinela, salvaguardia y fuerza armada. Así, el artículo 253.2 condenaba a pena de muerte al que causare la muerte o lesiones que dejaran al ofendido imbécil, impotente o ciego, privado de miembro principal, impedido de él, o inutilizado para el trabajo. El artículo 254 castigaba con la pena de reclusión temporal a perpetua cuando las lesiones inutilizaran para el trabajo por ocho días o requiera asistencia facultativa por igual tiempo, y con pena de prisión mayor a reclusión temporal, si las lesiones fuesen de menor importancia. El artículo 255 castigaba también el poner la mano a un arma ofensiva o ejecutar actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra. El artículo 256 castigaba con prisión correccional al que ofendiera de palabra. Con estas conductas típicas, y sin ser necesaria la declaración de estado de emergencia alguno, la propia República confería el conocimiento de las actuaciones en esta materia a la jurisdicción militar.

Para terminar señalar que los cambios jurisdiccionales republicanos afectaron a los miembros del cuerpo especializado al que le correspondía aplicar estas normas, los miembros del cuerpo jurídico del ejército y de la armada. En los años en los que estuvo vigente la Segunda República asistiremos primero a su desmilitarización, artículo 9 de la Ley de 12 de septiembre de 1932, de reclutamiento y ascenso de la oficialidad del ejército, en el que se señalaba que el personal de estos cuerpos «no tendrán consideración ni categoría militar alguna, se reclutará por oposición entre licenciados en Derecho que reúnan las condiciones reglamentarias y practiquen seis meses en su servicio peculiar», para posteriormente regresar a la condición militar del cuerpo, tras la aprobación de la Ley de 17 de julio de 1935, sobre la base de la

peculiaridad de la justicia militar requiere y demanda un conocimiento íntimo de la vida y funcionamiento del Ejército y una participación en su espíritu que sólo puede lograrse en una convivencia plena y permanente, material y espiritual, con quienes lo integran.

#### 4. LA JURISDICCIÓN MILITAR DURANTE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA. BANDO SUBLEVADO (1936-1939)

No es extraño encontrar en los más recientes trabajos que analizan la represión durante la guerra civil la afirmación de que la

jurisdicción militar no gubernamental comenzó a actuar en febrero de 1937, siendo los meses entre el inicio de la guerra y esta fecha un espacio en el que castigo se aplicó en «ejecución del bando declarativo del estado de guerra». De este modo, se podría hablar de un periodo sin jurisdicción dentro del bando sublevado. Así lo señalan autores que han analizado el tema de las víctimas de la guerra civil como son Francisco Espinosa Maestre<sup>211</sup> o Santos Juliá<sup>212</sup>.

Esta tesis planteada por historiadores de reconocido prestigio es incorrecta, toda vez que en la zona no gubernamental se celebraron juicios desde los primeros días de la contienda. Estos juicios tuvieron como procesados especialmente a los militares no sublevados, a los políticos del Frente Popular y a los simpatizantes de organizaciones de izquierdas que habían defendido con las armas la causa republicana. Posteriormente el aparato jurisdiccional se extendió contra la población resistente, la meramente simpatizante de ideales de izquierda y republicana y contra aquellos que lucharon en el bando gubernamental que habían sido hechos prisioneros. La carencia de conocimientos jurídicos de estos autores puede justificar planteamientos como los descritos en sus trabajos. Esta misma falta de formación jurídica ha permitido confundir como fecha de inicio de aquella jurisdicción la de la aprobación de numerosas sentencias contra la población civil, es decir la de la extensión jurisdiccional a la población no simpatizante, que podemos fijar, esta sí, en febrero de 1937. Pero esta tesis se olvida de aspectos esenciales de la mecánica judicial, en especial que todo procedimiento, todo sumario o causa abierta, requiere una tramitación, un iter, que se extiende a lo largo de un periodo de tiempo. Que toda causa se inicia con una fase instructora, en la que el juez militar investiga y recopila pruebas, especialmente testificales y documentales, y que, como señala el Código de Justicia Militar de 1890, tras la finalización de esta fase, la autoridad militar continúa las actuaciones con la designación de defensores, quienes pueden proponer nuevas pruebas, que estas pruebas pueden ser admitidas o no, que hay que constituir el tribunal que ha de juzgar en vista. Todos estos «obstáculos» procesales impiden, incluso en los procedimientos sumarísimos, la «justicia inmediata» y obligan a dilatar los procedimientos en el tiempo, por corto que este sea.

Teniendo claro que la jurisdicción en el bando no gubernamental actuó desde los primeros días de la guerra, hay que anali-

zar cómo se constituyó esta jurisdicción. El gran problema de la jurisdicción militar después del fracasado intento de deponer al gobierno de la Nación por las armas en julio de 1936 se planteó con la quiebra de la nación en dos zonas bajo dominio de cada uno de los bandos que se enfrentarían en la guerra civil subsiguiente. Cada bando con un ejército y con necesidades a la hora de ajustar disciplinaria y penalmente a sus fuerzas combatientes y a los enemigos detenidos en cada una de sus zonas.

El resultado de la sublevación iniciada el 17 de julio determinó que gran parte del territorio nacional quedara en poder de la República, así como la capital de España, donde radicaban los tres poderes, al encontrarse allí localizados el Gobierno, el Parlamento y el Tribunal Supremo. Así, los sublevados quedaron sin Estado y sin estructura mínima que se le pareciera, gobernando un extenso territorio, con los problemas añadidos de encontrarse en tiempo de guerra. Sin estructura jurisdiccional no se podía juzgare, pero una de las razones esgrimidas por los organizadores de la sublevación militar para alzarse contra el gobierno de la Nación fue el del abandono de sus funciones por los gobernantes del Frente Popular, y una de las muestras más evidentes para la población civil de que un estado existe es que funcionen los órganos judiciales, aplicando las leyes y castigando a los delincuentes.

Si la estructura paraestatal sublevada quebró desde el mismo momento del fracaso de la sublevación en Madrid, las fuerzas levantadas contra el gobierno del Frente Popular se encontraron con nuevos obstáculos, entre ellos, uno de los principales la muerte en los primeros días de aquella contienda de quien iba a liderar aquel movimiento insurreccional, el general Sanjurjo. De este modo, los alzados, se encontraron sin «Estado» y sin jefe que los dirigiera. Son estas circunstancias las que van a determinar que los generales con fuerzas a su mando, aquellos militares que controlaban parte del territorio alzado, se convirtieran en verdaderos gestores, independientes los unos de los otros, con una población a la que someter. La primera decisión que intentó solucionar este problema fue la constitución de la Junta de Defensa Nacional el 24 de julio de 1936, órgano de administración que no impidió de todos modos la independencia que cada general tenía en su territorio.

En lo judicial, el principal problema que van a tener los militares rebeldes en estos primeros momentos fue la imposibilidad

de emplear la estructura jurisdiccional existente, toda vez que, contando con suficiente personal para poder constituir juzgados y tribunales, el vértice de esta pirámide, el órgano que permitiría fijar criterios de interpretación unitarios de la norma, el Tribunal Supremo, había quedado bajo el control de los defensores de la Segunda República. Esto significaba que debían que partir de cero para poder construir un nuevo «edificio jurisdiccional».

Ante esta situación de ausencia de una estructura jurisdiccional propia, los sublevados actuaron desde un principio con «espontaneidad», asumieron el poder jurisdiccional sin esperar la más mínima articulación normativa que permitiera un cierto grado de coherencia, y ante la imperiosa necesidad de mostrar a la sociedad que en las zonas por ellos controladas la administración de justicia funcionaba, procedieron a aplicar en lo referente a las normas militares, la jurisdicción militar que ellos conocían, la vigente en aquellos días, con algunas «correcciones» del tiempo de la monarquía de Alfonso XIII. Es decir, aplicaron el Código de Justicia Militar vigente a 18 de julio de 1936 (Código de 1890 reformado), pero devolviendo la capacidad jurisdiccional a los mandos militares que había dejado de tenerla con las reformas de la República. No podía ser de otra forma, si querían implantar un mecanismo jurisdiccional y dar la impresión de que «el Estado» funcionaba, al otro lado del Estado.

Esta asunción «espontánea» de la capacidad jurisdiccional, o lo que podríamos denominar sustitución jurisdiccional de las estructuras judiciales militares vigentes hasta el 17-18 de julio se puede apreciar en los procedimientos que iniciados antes de la sublevación concluyeron tras que esta tuviera lugar. Todos los procedimientos abiertos y sin concluir por las distintas auditorías de guerra en aquellas fechas en las zonas ocupadas por los sublevados continuaron su tramitación, aun cuando las competencias jurisdiccionales no estuvieran todavía definidas en las zonas bajo su autoridad y aun cuando no se supiera realmente cual sería la autoridad que las ejerciese. Un caso paradigmático de esta «continuidad jurisdiccional» lo encontramos en el sumario abierto al capitán de la Base de la Aviación Militar de Tablada Carlos Martínez Vara de Rey.

Implicado en la conjura previa a la sublevación del 18 de julio en Sevilla, el Capitán Vara de Rey la madrugada del día de la sublevación se levantó de madrugada siendo informado de

que el gobierno de Madrid había ordenado la concentración de los aviones que podían servir como bombarderos en la base de Tablada para atacar a las fuerzas alzadas en el protectorado de Marruecos. De inmediato se dirigió a informar a sus compañeros de sublevación, quienes le indicaron la necesidad de que los aviones, que procedían de Madrid y de Cabo Juby, no despegaran para la misión encomendada. El capitán regresó a la base, cogió un fusil y se dirigió a la pista de aterrizaje, donde ya se encontraban algunos de los aviones destinados a ejecutar esta misión. Con el arma disparó contra ellos, huyendo apresuradamente nada más ver la reacción de las tripulaciones de aquellos aparatos. Tras una refriega de disparos fue capturado.

De los hechos fue informado el general jefe de la Segunda división orgánica, el general Jose Fernández de Villa-Abrille Calivara, quien ordenó al juez militar el inicio de las oportunas actuaciones judiciales. Esa misma mañana comenzaba a instruirse la causa 151/1936 cuyo objetivo era el esclarecimiento de aquellos hechos. Tampoco tardó el comandante Martínez Esteve, jefe de la Base, en emitir su parte en el que relataba lo ocurrido, pues consta como primer documento de dichas actuaciones. Tras designar secretario, el juez acudió a Tablada. Las actuaciones fueron rápidas, el juez decretó por auto la prisión preventiva del capitán<sup>213</sup> y tomó declaraciones, entre otros al propio capitán Vara de Rey que como excusa señaló que él lo que había hecho fue repeler una agresión de personas que, desde fuera, habían allanado la base.

Fue durante la instrucción de estas actuaciones judiciales cuando tuvo lugar en Sevilla la sublevación encabezada por el general Gonzalo Queipo de Llano. Mientras que el juez militar tomaba declaraciones en Tablada, la Segunda División Orgánica cambiaba de manos y del leal Villa-Abrille pasaba al alzado Queipo de Llano. A los efectos de lo que nos interesa, del procedimiento judicial abierto, lo cierto es que el cambio de mando, no implicó nada para la causa 151/1936, pues con toda naturalidad ésta continuó su tramitación. De este modo, un procedimiento que había tenido su inicio por orden del general depuesto, concluiría con una resolución de la Auditoría de Guerra del general rebelde. A lo que a nosotros nos interesa, la revisión de este procedimiento permite apreciar la «espontánea asunción de la capacidad jurisdiccional» de las fuerzas de la España no gubernamental en aquellos días.

Este sistema provisional de impartir justicia por los generales de manera independiente, demostró desde un principio graves problemas, el principal de los cuales fue la ausencia de un órgano que permitiera fijar criterios de interpretación unitaria de la norma, o lo que es lo mismo, la carencia de un tribunal que sustituyera a la Sala de lo Militar del Supremo, en poder republicano. Cada general en su zona de influencia marcó pautas de justicias diferentes que convirtieron en anárquica aquella justicia provisional. Este periodo puede ser denominado de «Justicia de los generales», toda vez que cada uno, como verdaderos señores de la guerra, actuó y condicionó tanto la instrucción de los procedimientos como las resoluciones tomadas por los consejos de guerra.

Todo el sistema cambiará cuando por fin los sublevados comiencen a articular su nueva estructura estatal. La colocación de la primera piedra de un nuevo sistema judicial militar, diferente del existente durante la República y que superara al que provisionalmente se había establecido se produce el 25 de agosto de 1936, cuando por la Junta de Defensa Nacional, por el Decreto núm. 64, se devuelve la jurisdicción castrense a los mandos militares, al indicar esta norma: «Por los excelentísimos señores generales de los ejércitos de operaciones se ejercerá la jurisdicción de guerra en la forma y con todas las atribuciones que previenen los artículos 10 y 28 del Código de Justicia Militar», pues aun siendo la plasmación de lo realmente existente en esos momentos, la justicia emanada de los mandos militares y no por jueces y tribunales, retro trayendo la norma militar a momentos anteriores a la reforma aprobada por la República en 1931, es un primer esfuerzo de romper con las estructuras jurídicas heredadas del Gobierno contra el que se luchaba, y aun cuando se legitima la justicia de los generales, es cierto que conforma un engranaje jurídico nuevo.

Posteriormente, por Decreto de 31 de agosto de 1936, se dispuso que todas las causas correspondientes a las jurisdicciones de Guerra y Marina se instruyeran por los trámites del juicio sumarísimo que establecían el Código de Justicia Militar y la Ley de Enjuiciamiento de la Marina de Guerra. No obstante esta remisión, en este decreto se introducía algunas modificaciones importantes como fueron la posibilidad de declarar procedimientos sumarísimos sin que el reo fuera sorprendido in fraganti o que cuando la pena a imponer al delito que se le imputaba fuera la de muerte.

Otra novedad era la posibilidad de convertir un sumarísimo en procedimiento ordinario, facultad que se atribuía a la autoridad militar, previo informe de su auditor.

El siguiente gran paso a la hora de crear una nueva justicia militar fue dado con posterioridad al Decreto núm. 138 de la Junta de Defensa Nacional, de 29 de septiembre de 1936, por el que se nombraba Jefe de Gobierno del Estado español al general Franco, Decreto esencial para poder comprender los cambios que se van a producir en el territorio ocupado por los sublevados, y que permitirá sin duda armonizar lo que hasta este momento ha sido una aplicación personalista y dispar del Derecho. Gracias a esta nueva realidad política fue posible aprobar el Decreto núm. 42, del Gobierno del Estado, de 24 de octubre de 1936, por el que se va a crear el Alto Tribunal de Justicia Militar, que devuelve a la jurisdicción militar a la situación anterior a la reforma de 1931, al atribuir al Alto Tribunal unas facultades parecidas a las que confería el art. 92 del Código de Justicia Militar, originario de 1890, a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Este Tribunal fue el encargado de dar un criterio de interpretación unitario a las resoluciones judiciales alzadas hasta la creación, el 5 de septiembre de 1939, del nuevo Consejo Supremo de Justicia Militar.

Este Alto Tribunal de Justicia Militar estaba integrado por un presidente y cuatro vocales. El presidente debería ser un militar con empleo de teniente general o general de división, mientras que los vocales eran dos oficiales generales del Ejército, uno de Marina de Guerra y un vocal auditor del cuerpo jurídico militar o de la Armada, según la jurisdicción de la que procedieran los autos, actuando de secretario relator un teniente auditor de primera.

El último paso para la conformación de la nueva jurisdicción fue una novedad ante la tradición que se iba marcando en todas las normas aprobadas hasta ese momento. Si tanto en el periodo monárquico como en el republicano los tribunales se constituían ad hoc, sin que hubiera una plantilla de oficiales destinados en esos órganos y para esas funciones, pudiendo desarrollar la misión de administrar justicia cualquier militar con mando en tropa, a través de una insaculación o por designación directa de la autoridad militar, conforme fuera el consejo de guerra que se celebrara, por decreto de 11 de noviembre de 1936 se creaban ocho consejos de guerra permanentes. Como curiosidad hay que señalar que el

decreto localizaba estos tribunales en Madrid, toda vez que en aquellos días se daba por segura la caída de la capital de España en manos sublevadas y la muy probable huida del gobierno republicano fuera de nuestras fronteras. La realidad histórica fue otra, por lo que estos tribunales no pudieron establecerse en la plaza para la que fueron creados.

Como señala Baldovín Ruiz

Los consejos de guerra permanentes eran una anomalía respecto a lo dispuesto en el código, que el presidente, los vocales y asesor eran nombrados para cada uno, seguramente así se dispuso para que los oficiales no tuvieran que moverse de sus destinos y nombrar a retirados o inválidos<sup>214</sup>.

Estos tribunales estaban compuestos por un presidente de categoría de jefe de Ejército o de la Armada, tres vocales oficiales y un asesor jurídico, con voz y voto, perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar o de la Armada, y en su defecto por un funcionario de las carreras Judicial o Fiscal. Por otra parte, la representación del ministerio fiscal la podían desarrollar miembros de las carreras citadas, un licenciado o doctor en derecho o un jefe u oficial designado por la autoridad militar, desempeñando las defensas siempre un militar.

Otra norma que puede citarse en el proceso de formación de la nueva jurisdicción militar es el decreto de 11 de noviembre de 1936, por los que se restablecían los tribunales de honor en el Ejército y en la Marina de Guerra, tribunales que habían sido suprimidos por el artículo 95 de la Constitución de 9 de abril de 1931. El contenido de este decreto supone una derogación improcedente de un precepto constitucional «aun en vigor»<sup>215</sup>, por un procedimiento no reglado y por el empleo de una norma de rango inferior a las establecidas para este tipo de reformas. En este sentido hay que señalar que hasta la aprobación de la primera de las Leyes Fundamentales, en 1938, no se puede comenzar a entender como derogadas las disposiciones de la constitución republicana, siendo, por tanto, la derogación del artículo 95 una de las primeras muestras de desafección legal del bando sublevado a los preceptos constitucionales vigentes hasta esos momentos, más allá de la propia actuación de las fuerzas sublevadas contra el gobierno de la nación.

Todavía en 1937 se seguían dictando normas que de una manera o de otra afectaba a la estructura jurisdiccional alzada. Así,

por Decreto ley de 5 de junio de 1937 se acordaba que el personal perteneciente a las armas, cuerpos y servicios del Ejército y de la Armada, procedentes de zona republicana debía presentarse a la Autoridad militar en un plazo de veinticuatro horas, con la obligación de formalizar una declaración jurada, en la que expresara los servicios que había desempeñado, y en el que debería consignar no sólo sus vicisitudes al otro lado de la frontera, sino el nombre de militares que pudieran avalar su conducta.

Ante el contenido de estos hechos, la autoridad militar procedía a designar un juez instructor a fin de que depusiesen los testigos que hubiera solicitado el declarante y ante el que se deberían aportar cuantos medios de pruebas considerara pertinentes. La tramitación de estos procedimientos rápidos, que tenían que estar concluidos en un plazo no superior a quince días, obligó al Alto Tribunal a dictar una norma de aplicación, de 11 de agosto de 1937, que determinaba que en cada ejército se constituiría un consejo de guerra especial de oficiales generales permanente, al que se sometería a todo militar que, tras haber pasado de bando, no quedara claro que fueran afectos al movimiento militar, o al menos, no hostiles al mismo.

Estos consejos de guerra estaban integrados por un presidente y seis vocales, dos generales del Ejército, dos de la Armada, un auditor del Cuerpo Jurídico Militar y otro de la Armada.

El estudio de los sumarios abiertos durante aquel periodo permite deducir que la justicia militar sublevada no interrumpió en ningún momento su maquinaria, comenzando inmediatamente a instruir procedimientos. La actividad desarrollada, se dirigió realmente sobre todos los sujetos que en el momento de la sublevación podrían haber infringido, según los alzados, el Código de Justicia Militar. La justicia dirigió sus actuaciones, desde el 18 de julio de 1936, contra los militares «desobedientes», que no quisieron sumarse a la sublevación, todos los resistentes armados a la fuerza alzada y las autoridades que ordenaron esta resistencia. A la par, desde la modificación del delito de rebelión, una vez publicado en Bando Unificador de la Junta de Defensa Nacional de 28 de junio, su campo de competencia se amplió convirtiéndose en el único y verdadero órgano de represión contra todo opositor. Este bando establecía una profunda reforma penal que afectaba fundamentalmente a los delitos de rebelión y de sedición. Señalaba este bando en su artículo 5 A) que quedaban sometidos a la

jurisdicción de Guerra, y serán sancionados, del mismo modo, por procedimientos sumarísimo los delitos de rebelión, sedición y sus conexos, atentados, resistencia y desobediencia a la Autoridad y sus Agentes y demás comprendidos en el título 3.º del Código Penal ordinario bajo el epígrafe de «Delitos contra el orden público». Señalando en su artículo 6 que se considerarán como rebeldes, a los efectos del Código de Justicia Militar, a quienes propalen noticias falsas o tendenciosas, a los poseedores de armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas, a los que celebren cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso, a los que cometan atentados contra toda clase de vía y medios de comunicación, servicios, dependencias o edificios de carácter público, contra las personas o la propiedad, a quienes tiendan a impedir o dificultar el abastecimiento de artículos de primera necesidad, eleven injustificadamente los precios de los mismos, o de algún modo contribuyan a su encarecimiento y los que coarten la libertad de contratación o de trabajo.

Como se puede apreciar el instrumento para esta extensión del delito de rebelión fueron los propios bandos de guerra, tanto los dictados en los primeros días de la sublevación, en los que se establecía que pasaban a la jurisdicción militar los delitos de sedición y rebelión del Código Penal común, como el bando unificador, dictado por el 28 de agosto, por la Junta de Defensa Nacional, que armonizaba y extendía este tránsito jurisdiccional.

##### 5. LA JURISDICCIÓN MILITAR DURANTE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA. BANDO GUBERNAMENTAL (1936-1939)

Aunque alterada por la acción armada ejecutada por las fuerzas sublevadas en julio de 1936, la justicia en zona republicana se encontraba en los primeros días de la guerra en condiciones de seguir ejerciendo sus funciones. En Madrid desarrollaban su actividad tanto el Ministerio, el Tribunal Supremo, como los órganos de dirección del poder judicial, mientras que en el espacio bajo control gubernamental, las Audiencias y los Juzgados podían seguir funcionando. Los jueces y los tribunales repartidos por las provincias, como se puede acreditar en numerosos procedimientos conservados en archivos, ante la anormalidad producida y la violencia desatada desarrollaron sus funciones con celo y profesionalidad. Desde el punto de vista jurisdiccional militar el gobierno

de las Nación aquel mes contaba con la estructura judicial militar necesaria para funcional con «normalidad». Disponía del ministerio de la Guerra, de la Sala Sexta del Tribunal Supremo y con los juzgados y tribunales dependientes de las cabeceras de las Divisiones Orgánicas bajo su control. Así mismo disponía de un Código de Justicia Militar, que aunque aprobado en 1890, había sido reciente modificado durante el régimen republicano en vigor.

Todo cambió con el proceso de pérdida de poder del gobierno de la nación, la milicianización de las fuerzas aún a sus órdenes y el proceso revolucionario que se produjo en la zona bajo su control en los primeros meses de la guerra. Esta situación de destrucción del aparato judicial gubernamental, y con ello de la propia justicia militar, fue incluso reconocido por el ministro de este ramo, el nacionalista vasco Manuel de Irujo Olló, quien tras la desintegración de los servicios procedió a la reconducción de la administración de justicia en el seno del gobierno de la República. A él se debe la Orden de 6 de octubre de 1937 en la que entre otras cosas introducía los dedos en la llaga de la verdadera situación de la justicia republicana después del inicio de la guerra al indicar que «la anormalidad impuesta al país por la sublevación militar...que ha motivado...que se hayan olvidado en parte normas básicas y fundamentales de organización y funcionamiento de los tribunales». Este reconocimiento oficial de evidencias hasta ese momento ignoradas, exigía un cambio de actuación y por ello la orden seguía diciendo «la unidad judicial jerarquizada que desde el Juzgado Municipal hasta la Presidencia del Tribunal Supremo tiene un orden que es preciso guardar».

Es evidente que la acción militar que empezó a desarrollarse desde el 17 de julio alteró en esencia las estructuras del Estado, pero no lo derribó en un primer momento, los instrumentos estaban, los profesionales permanecían, el andamiaje jurisdiccional en la zona no ocupada por los rebeldes se mantenía. Como queda hoy acreditado en una serie de procedimientos instruidos al comienzo del conflicto se constituyeron tribunales y se celebraron juicios militares para enjuiciar las responsabilidades en las que pudieran haber incurridos militares sublevados. Así sucedió en Madrid con el general Fanjul, en Barcelona con los generales Manuel Goded y Álvaro Fernández Burriel; en Málaga con el General Francisco Patxot y sus subordinados, o en Menorca con la guarnición allí destinada. Desde Madrid se enviaron auditores para instruir proce-

dimientos<sup>216</sup> y desde las divisiones orgánicas se tomaron decisiones por los Auditores de Guerra leales en razón de los procedimientos militares que comenzaron a tramitar a los militares rebeldes detenidos. Así sucedió también con los procedimientos que la jurisdicción ordinaria abiertos por los jueces de instrucción que pretendían el esclarecimiento de todo tipo de delitos, entre ellos por la aparición de cadáveres en distintos puntos de la geografía hispana.

La realidad judicial republicana, y con ella la militar, después de este primer intento de resistencia en su funcionamiento fue el derrumbe y colapso en los meses de agosto y septiembre de 1936. El historiador Antonio Nadal ha señalado que los órganos judiciales republicanos eran tras la sublevación el Comité de Salud Pública y el Tribunal Popular. De ambos llega a comentar:

Son estos quienes ejercen las funciones judiciales, fruto el primero de las circunstancias tras el 18 de julio, siendo el segundo resultado de la reforma judicial que desde el Gobierno se efectúa en el mes de septiembre de 1936. Representan, además, dos fases en la que, globalmente, el Tribunal Popular señala el predominio del Frente Popular y de la legalidad institucional<sup>217</sup>.

Sobre este mismo tema, Julián Casanova en *Víctimas de la Guerra Civil* sobre los Tribunales Populares comenta:

El control del descontrol costó un tiempo en la zona republicana. Los primeros decretos de los que Glicerio Sánchez Recio denomina «el complejo entramado de la justicia popular» vieron la luz el 23 y el 25 de agosto de 1936, inmediatamente después del asesinato de ilustres derechistas y políticos en la cárcel Modelo de Madrid. Aparecieron así los tribunales especiales<sup>218</sup>.

Estos tribunales nacen para juzgar los delitos de rebelión y sedición y los cometidos contra la seguridad del Estado. Los tribunales estaban formados por tres funcionarios judiciales, que juzgarían como jueces de derecho, y catorce jurados que decidirían sobre los hechos de la causa. Esta reforma judicial republicana, como había hecho la sublevada, incorporaba el procedimiento sumarísimo y diversos elementos de la jurisdicción militar sin necesidad de recurrir al «estado de guerra», que el Gobierno republicano no declaró en todo su territorio leal hasta el 9 de enero de 1939.

Estos tribunales populares se van a parecer más a los órganos jurisdiccionales alzados que a los que debían haber seguido

impartiendo justicia. Curiosamente los tribunales populares van a asumir unas competencias parecidas a los consejos de guerra montados por las fuerzas sublevadas, el castigo de los delitos de rebelión, sedición y contra la organización del Estado; al igual que en el bando sublevado se escogió el procedimiento sumarísimo, por su brevedad, para juzgar a los detenidos; eran también unos tribunales formados por no profesionales del derecho. Sólo una diferencia; la ficción alzada de considerar rebelde al leal y leal al rebelde no existía al otro lado del espejo.

Es a esta fase a la que Antonio González Quintana denomina «desaparición de la jurisdicción militar», fase que según este autor finaliza el 16 de febrero de 1937<sup>219</sup>, cuando comienza la «reconstrucción del Estado» y con ello la reconstrucción de una justicia militar necesaria para gestionar un estado de guerra real, aunque no declarado legalmente hasta enero de 1939. No obstante, siendo ministro de Justicia el anarquista Juan García Oliver se desarrolló un proyecto, de 17 de enero de 1937, en el que se pergeñan ya tribunales a los que podemos considerar explícitamente militares. Pero será el 16 de febrero cuando fue aprobado por el Ministerio de la Guerra un Decreto por el que se restablecían los tribunales militares, al ser creados los Tribunales Populares Especiales de Guerra. La diferencia del decreto aprobado y el proyecto anterior es esencialmente competencial, pues si en el proyecto de García Oliver las competencias de estos tribunales son residuales, los delitos militares «cuando por haber sido cometidos en buques o unidades aisladas...o en lugares de difícil comunicación con las localidades donde radiquen los tribunales populares...», en el decreto aprobado sometía a estos tribunales todos los delitos cometidos por militares e incluso algunos cometidos por paisanos.

Otro decreto, en desarrollo del de 16 de febrero, será aprobado pocos días después, el 24 del mismo mes, procede al reparto de competencias entre los distintos tribunales populares, y en el que se señalaba que correspondía a los Especiales de Guerra, con aplicación de normativa militar, «siempre que los autores principales sean militares, marinos o individuos pertenecientes a las milicias o militarizados». Posteriormente, por sendos decretos de 7 de mayo de 1937 siguieron perfilándose este reparto competencial. En esta delimitación jurisdiccional, los Tribunales Populares Especiales de Guerra conocerán de los delitos esencialmente militares, los que afectan a los servicios de armas y a la disciplina. Se crean a su

vez los Consejos de Disciplina que conocerán de las faltas graves, en una delimitación clara entre el ámbito penal y el disciplinario.

Los tribunales estaban compuestos por el delegado del Comisariado de la Guerra, como presidente, un vocal técnico, normalmente funcionario jurídico o titulado en derecho, y tres vocales militares de igual o superior categoría al encausado, designados por sorteo entre las unidades de la respectiva demarcación de la Auditoría correspondiente. Con la designación como juzgadores de militares de igual o superior empleo al encausado se volvía a las tradiciones del Ejército español ya recogidas en normativas de la anterior monarquía. Por su parte, los Consejos de Disciplina estaban compuesto por un jefe u oficial designado por el jefe u oficial de la unidad donde hubieran sucedido los hechos y por dos vocales, al menos suboficiales, entre los de la categoría del investigado.

El 18 de junio de 1937 se aprobó un decreto por el que se agravaban las penas en los delitos que hacían referencia a la disciplina militar, con especial atención a los delitos de desertión. Por otro decreto de la misma fecha se regula el procedimiento sumarísimo. El siguiente paso sería el desarrollado otros tribunales que, en cierto grado afectaban, a la estructura jurisdiccional militar republicana, nos referimos a los Tribunales Especiales de Espionaje y Alta Traición, aprobados por decreto de 22 de junio, los cuales son considerados por autores como González Quintana como una incursión de la jurisdicción militar republicana en la represión de los delitos políticos<sup>220</sup>.

Un hito esencial en este proceso de reconstrucción de la jurisdicción militar republicana tuvo lugar el 21 de octubre de 1937 cuando se disuelven los Tribunales Populares Especiales de Guerra y se constituyen los Tribunales Permanentes del Ejército, decreto desarrollado por una instrucción de 15 de diciembre. Estos tribunales estaban compuestos por un auditor presidente, miembro del cuerpo jurídico militar, un vocal militar, otro perteneciente al comisariado político y un secretario-relator-instructor, miembro, asimismo del cuerpo jurídico militar.

Los Tribunales Permanentes se clasificaban en Tribunales Permanentes de Ejército; Tribunales Permanentes de Cuerpo de Ejército y Tribunales Permanentes de unidades independientes y de las zonas del interior.

Será al final de la contienda cuando la jurisdicción militar republicana alcancen mayor amplitud competencial, y el hecho

que determinará este «crecimiento» efímero se produjo con la declaración expresa del estado de guerra el 23 de enero de 1939, de conformidad con la Ley de Orden Público de 1933, y la publicación del bando de 24 de enero de 1939, que habilitaban e incorporaban a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos de traición, espionaje, rebelión, sedición, agresiones a vías de comunicación, férreas, telegráficas, incendio, robo, injurias, insultos y amenazas a todo militar o asimilado. Este bando, en su contenido, se asemejaba a los dictados por las fuerzas sublevadas al principio de aquella guerra civil, y convertía a la jurisdicción militar en preponderante sobre la jurisdicción ordinaria, de la misma manera que había sucedido, tres años antes, en el bando enemigo.

## 6. CONCLUSIONES

Con este trabajo se pretende demostrar que durante aquellos intensos ocho años que van desde la proclamación de la Segunda República al final de la Guerra Civil española la jurisdicción militar vivió el periodo más intenso de su actividad, desde que esta jurisdicción fue creada en el siglo XIX, asumiendo como arranque de la misma lo que podemos denominar el periodo codificado, sin entrar en disquisiciones sobre la justicia militar en el periodo histórico de la Edad Moderna.

Durante aquellos años tuvo que instruir y juzgar no sólo causas de gran trascendencia mediática, como las instruidas en razón de hechos tan conocidos como la rebelión militar del 10 de agosto de 1932, Casas Viejas o la rebelión de octubre de 1934, sino que desde el inicio de la contienda que asoló España desde el 17-18 de julio, asumió un papel esencial en ambos bandos en litigio.

Tres afirmaciones que han perdurado hasta la fecha se ha intentado rebatir, por un lado que durante los años en los que estuvo vigente el régimen republicano, la jurisdicción militar redujo sus competencias en un proceso de desmilitarización de aquella sociedad. Esta afirmación sólo es válida en parte. De las reformas impulsadas por decreto por parte del primer gobierno republicano no se puede negar la intención de civilizar una vida política muy militarizada por leyes como la Ley de Jurisdicciones de 1906. Pero este intento civilizador, que pretendía constreñir la jurisdicción militar a los delitos esencialmente castrenses, fue

alterado por parte de los propios gobiernos republicanos, de todos los signos políticos, mediante el empleo de otra serie de normas que habilitaban la extensión de la jurisdicción militar, más allá de sus fronteras naturales. Nos referimos al empleo masivo, incluso desmesurado, por parte de los gobiernos republicanos de las Leyes de Orden Público de 1870 y 1933 o la propia Ley para la Defensa de la República de 1931. Con este tipo de normas la república acordó el mantenimiento de estados excepcionales en la mayoría de los meses en la que el régimen se mantuvo vigente. Especialmente significativo fue la declaración de un buen número de estados de guerra que habilitaba, a través de la proclamación de bandos, la asunción por parte de la jurisdicción militar de actos que de ser delito, fuera del estado de excepción, corresponderían a la jurisdicción ordinaria.

También se ha intentado explicar someramente cómo fue la jurisdicción militar sublevada. En este trabajo nos hemos ceñido a analizar estructuralmente la formación de los órganos de justicia militar en el estado sublevado. Cómo creció y se desarrolló esta jurisdicción, sin analizar sus mecanismos de funcionamiento. De este modo hemos dedicado mayor atención al derecho procesal que al penal general y especial, sin entrar en consideraciones sobre los delitos con los que se castigó al enemigo y a la población resistente. El análisis de esta materia, especialmente vinculada a los tipos delictivos de rebelión militar, auxilio a la rebelión, traición y negligencia excedería del espacio al que debemos ajustarnos. Pero de todos modos también en este apartado hemos intentado matizar algunas afirmaciones vertidas por historiadores que, por no tener los conocimientos técnicos requeridos, han ido calando en la más reciente bibliografía que estudia aquella contienda. Ya se ha señalado en líneas precedentes que buena parte de esta historiografía venía entendiendo que el aparato represor de las fuerzas sublevadas se puede dividir en dos periodos temporalmente diferenciados. Un primer periodo de represión incontrolada, amparada en los bandos declarativos del estado de guerra, y otro periodo, este sí jurisdiccional, que arranca en febrero de 1937. Esta afirmación es del todo incorrecta. Como se ha intentado acreditar, las fuerzas no gubernamentales, en el territorio bajo su control ejercieron la función jurisdiccional desde el primer día de la guerra. Otra cosa es que este ejercicio estuviera amparado por normas o incluso por una estructura legalmente

constituida. Lo cierto es que este vacío, al tener que constituirse como estado, fue cubierto por una serie de normas, decretos de la Junta de Defensa, y posteriormente de la jefatura del Estado, que dieron forma a una realidad que ya actuaba y funcionaba en base a haber asumido la estructura jurisdiccional vigente antes de la guerra en las zonas que quedaron bajo su control. Con ello, en base a esta «espontaneidad jurisdiccional», los generales al mando de cada zona fuera de control de la República, y posteriormente, el estado sublevado, ejerció desde un primer momento una actividad jurisdiccional que se extendió durante todo el conflicto adquiriendo la jurisdicción militar en aquel periodo un papel principal, relegando a la jurisdicción ordinaria, en el ámbito penal, a una función residual en el mantenimiento del orden y el castigo de la población, situación que perdurará hasta bastantes años después.

Por último, «un tercer mito» debemos hacer caer. También en la historiografía más reciente sobre el conflicto bélico que enfrentó a los dos bandos que lucharon en España entre 1936 y 1939, se ha mantenido que tras la sublevación militar del 17-18 de julio de 1936 la jurisdicción militar desapareció en el espacio bajo control de la República. Que el proceso revolucionario que se desató tras el inicio de la contienda borró todo vestigio de la anterior estructura jurisdiccional hasta poder hablar de una justicia popular, posteriormente reconducida por nuevas normas de los sucesivos gobiernos republicanos, en los que la justicia militar se mantuvo ausente. Esta afirmación es del todo falsa. Como puede todavía acreditarse por una serie de procedimientos abiertos por la República contra militares sublevados, éstos fueron juzgados por tribunales militares, en los que los auditores tuvieron un papel esencial. Otra cosa es que, como sucedía en los primeros juicios al otro lado de la imaginaria frontera bélica, se cumplieran las normas procesales y penales en vigor. Hoy podemos afirmar que en los meses de julio y agosto de 1936 la jurisdicción militar republicana se mantuvo, y se aplicó contra aquellos militares detenidos por haber participado en el levantamiento militar que dio inicio a aquella guerra. También es cierto que posteriormente, durante una serie de meses, que coinciden con la aparición de los tribunales populares, estos tribunales militares desaparecieron. Pero, como ha quedado también acreditado en estas líneas, es el propio estado republicano el que posteriormente reactivara una

estructura jurisdiccional militar propia, muchas veces amparada en el papel hegemónico asumido por el Partido Comunista en la creación de un ejército popular disciplinado y no milicianizado. Este proceso de militarización jurisdiccional republicano culmina días antes de la derrota con la aprobación de un bando, tras haber sido declarado el estado de guerra, que trasfiere a los tribunales militares unas competencias jurisdiccionales similares a las que tenían sus enemigos, si no superiores a las conferidas a los que, a la postre serían los vencedores de aquella contienda.



## 10. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

FRANCISCO JAVIER DE MENDOZA FERNÁNDEZ

*General Consejero Togado (R)*  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

### 1. ANTECEDENTES

El Código de Justicia Militar de 1945, fue promulgado el 17 de julio de dicho año, y después de haber sido publicado, una comisión de ocho miembros, tal como pone de manifiesto Rodríguez Devesa (*Derecho Penal Español, parte especial*. Madrid 1980), y que habían pertenecido a la que redactó el proyecto, fue encargada de publicar una edición oficial, aparecida en el año 1946, en la que se corrigieron defectos de redacción y erratas, especialmente en las referencias de unos artículos a otros, a los que abundaba la ley publicada en el Boletín oficial, acompañando concordancias y precedentes.

El Código siguió el esquema del modelo de 1890 y se dividía en tres tratados. El primero versaba sobre la «Organización y Atribuciones de los tribunales militares», con 180 artículos repartidos en ocho títulos y una Disposición general. El tratado segundo contenía el derecho penal sustantivo, rubricado como «Leyes Penales» y tenía 268 artículos, amparados en quince títulos. Y finalmente, el tratado tercero comprendía los «procedimientos militares», distribuidos en un título preliminar y veintisiete más, con un total de 624 artículos.

En total contenía 1072 artículos recogidos en capítulos y estos a su vez en títulos.

El último artículo recogía la disposición final derogatoria del Código de Justicia Militar de 1890 y de las leyes de Marina, a excepción del Capítulo III del título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, cuyo contenido, por otra parte, no era penal, sino de índole administrativo, referente a los expedientes de hallazgos y salvamentos en la mar.

El Código de Justicia Militar de 1945 fue producto tanto de una evolución histórica, como del momento en que surgió.

El siglo XIX fue el que, con más rápido desarrollo presentó mayor número de adelantos en la legislación, dando público testimonio de los progresos que se operaron en todos los ramos del saber y en él no quedaron olvidadas las leyes rectoras del ejército que compuestas hasta entonces de una mezcla informe del derecho pretérito solo a duras penas cubrían sus más elementales necesidades al adolecer de oscuridades y deficiencias, y así se confundía el delito con el pecado, los preceptos punitivos se mezclaban con normas procesales y las penas despiadadas por su dureza y desproporción. Pero en los mismos defectos incurría la legislación ordinaria; así en la Ordenanza se mandaba que al blasfemo se le atravesara la lengua con un hierro candente y la Novísima Recopilación añadía a esta pena la de cien azotes. La ley militar castigaba el crimen nefando con horca, disponiendo que se quemara después el cadáver; la ley común suprimía la horca y quemaba vivo al reo.

Así las cosas, surgieron en aquella época entre otras la ley de 5 de enero de 1882, Reglamento de campaña, L.5.01.1882; la ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878; la ley orgánica de los tribunales militares de 10 de marzo de 1884, Código penal del Ejército de 17 de noviembre del mismo año y ley Enjuiciamiento militar de 29 de diciembre de 1886, sin embargo no satisficieron éstas tres últimas y fueron tachadas de «poco militares»; de sustraerse al carácter militar del Ejército; paisano con gorro de cuartel, llegó a llamársele al Código penal militar, y en 1887 se nombró una comisión que refundió las tres leyes citadas en un solo cuerpo con el nombre de Código de Justicia Militar aprobado por ley de 25 de junio de 1890, que empezó a regir el 1 de noviembre de aquel año.

En los comienzos del siglo XX, precisamente en el año 1905, destaca Higuera Guimerá (curso de derecho penal militar español 1990), las palabras de Madariaga, quien sostuvo que como consecuencia de una caricatura de pésimo mal gusto publicada en el periódico catalanista sin importancia «CUCUT», produjo una excitación tal en la oficialidad que la redacción del periódico, invadida por un grupo de oficiales quedó poco menos que destruida en minutos. Las autoridades, dice Madariaga, (España. Ensayo de Historia Contemporánea 1978), no tomaron ninguna

medida disciplinaria contra los oficiales culpables; lejos de ello la agitación militar así iniciada culminó, tras dos crisis ministeriales, en la llamada Ley de Jurisdicciones (1.22.03.1906), que entregaba a los tribunales militares a todo aquel que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, etc., injuriasen u ofendiesen a las instituciones militares. Para Madariaga desde aquel día el poder la clase militar en el Estado franqueó los límites profesionales y empezó a intervenir imperiosamente en el terreno civil, y añade que «a partir de ese momento, el Ejército es la fuerza predominante en la política española, el Rey se apoya en él contra el movimiento del progreso civil».

Ello no obstante, no podemos dejar de señalar que ya en los reinados de Carlos III, Carlos IV y Fernando VII, ante la insuficiencia de medios y por ello de ineficacia, se hizo necesario destinar tropas para la persecución de grupos que perpetraban delitos contra la propiedad en los caminos o en zonas cercanas a las poblaciones, como ha puesto de manifiesto el Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela Dr. Ortego Gil (Delincuencia patrimonial y jurisdicción militar durante el sextenio absolutista). En este sentido, entre otras disposiciones, los RRDD de 2 y 30 de abril de 1783, e Instrucción de 1784. Esta última, otorgaba a la jurisdicción militar el conocimiento de las causas seguidas a aquellos malhechores, bandidos, contrabandistas y salteadores que hubieran sido perseguidos por partidas militares destinadas expresamente a su aprehensión por orden de la Autoridad militar, exigiéndose como requisito «sine qua non», la resistencia armada activa —con fuego o arma blanca o haber concurrido con quienes la hicieron. Y finalizada la guerra contra el ejército napoleónico se continuó con estas competencias, añadiéndose a la delincuencia organizada en gavillas la de los nuevos delitos políticos.

Entiendo, igualmente, que resulta preciso hacer referencia sobre algo que se viene discutiendo por la doctrina desde el siglo XIX hasta nuestros días, esto es, el llamado fuero de guerra. Dentro del concepto jurisdicción está comprendido el significado usual de la palabra fuero como conjunto de leyes o usos y costumbres que hayan adquirido fuerza de tales y que rijan a una agrupación social determinada. Pero ocurre que como aquéllas leyes y usos, a veces, se referían a concesiones especiales que entrañaban verdadero privilegio o excepción de la regla general, —«quasi

privatae leges», en el sentido propio del término dado por San Isidoro de Sevilla (Etimologías, V, 18)—, que podía invocarse frente a tercero. En consecuencia, la palabra fuero ha tenido las dos acepciones, la de cuerpo de derecho y como un conjunto de privilegios, bajo los cuales se ha conocido y vulgarizado. Mas como el concepto de privilegio es el que más poderosamente hería la imaginación; y como llegó a exacerbar los ánimos la prodigalidad con que se concedían las inmunidades, franquicias y derechos señoriales a los elegidos por la fortuna, se vino en el concepto vulgar a hacer sinónimos fuero y privilegio de tal modo, que se olvidó por completo su genuino significado, llegando hasta nuestros días ésta completa igualdad entre uno y otro concepto y gracias a su denominación, se condenase como malo todo lo que llevase tal nombre.

Consecuentemente, al hablar de fuero de guerra no ha de entenderse, necesariamente, que tal fuero implique una preferencia injustificada, y por lo tanto odiosa, de unos cuantos en detrimento de los demás, ni la especialidad que se le atribuye por tal denominación, sea porque se separe del resto de las instituciones, por el contrario, es una consecuencia necesaria de la institución en la cual rige, y así lo ha entendido nuestra Constitución, las leyes que la desarrollaron y el Tribunal Constitucional.

Efectivamente, dadas las especiales condiciones de la milicia que difieren del modo de ser de la sociedad civil en la que están inmersos, donde cada cual puede actuar conforme a lo que a sus hábitos e inclinaciones le aconsejen o permitan; donde la obediencia no alcanza una especial relevancia, respetar el derecho de los otros y dejar de hacer lo que en circunstancias especiales se prohíbe; y donde jamás será exigible el deber de sacrificar la vida en aras del bien común, puede resultar conveniente que existan especialidades legales porque no parece razonable que ambas se rijan por idénticas disposiciones y alcancen sus especiales fines con idénticos medios coercitivos.

El contenido del Código de Justicia Militar excedía de lo que se entiende por un Código penal.

Era un conjunto de disposiciones orgánicas, penales y procesales, que regulaba además remedios procedimentales para separar del servicio a aquellos acreedores de tal medida por su conducta, los llamados expedientes gubernativos. Asimismo se establecían las normas por las que se regían los tribunales de honor;

las invalidaciones de notas desfavorables e incluso, disposiciones de estricto carácter civil, como por ejemplo la prevención de abintestatos y reclamaciones por deudas, contenía, también, disposiciones de carácter disciplinario y administrativo. Igualmente se recogían las peculiaridades del Ejército, la Marina y el Ejército del Aire lo que dio lugar a un casuismo ciertamente excesivo.

### 1.1. *Organización y atribuciones de los tribunales militares*

El Tratado primero del Código de Justicia Militar incluía el derecho orgánico, regulando la organización y atribuciones de los Tribunales militares.

El Capítulo II del título primero abordaba la competencia de la jurisdicción militar en materia criminal. Su artículo 5.º, establecía que la competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable.

Así pues, por razón del delito (art. 6.º) la jurisdicción castrense no solo enjuiciaba los delitos militares cometidos por militares, sino que conocía de los procedimientos que se instruyeran contra cualquier persona por los delitos relacionados en dicho artículo.

Merece mención especial el núm. 7 donde se recogía que la jurisdicción militar conocía: «por los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades».

Para Landín Carrasco (*Manual de Derecho penal y procedimientos militares*, 1967), el bando era una ley provisional, justificada por circunstancias de excepcional gravedad, que podía definir nuevas actitudes delictivas, señalar las penas a ellas correspondientes y modificar transitoriamente las competencias de ciertas jurisdicciones para conocer de infracciones determinadas, amén del art. 11 del CJM que establecía la obligación de consignar en el bando el espacio y tiempo de su vigencia.

Para Rodríguez Devesa (op. cit.), los bandos militares eran leyes delegadas, no estaban sujetos a forma determinada, habían de consignar expresamente el espacio en que hubieran de aplicarse y el momento en que empezaran a regir (CJM art. 11). No podían establecer nuevas especies de penas, debiendo ajustarse al repertorio de las que estuvieran legalmente reconocidas (art.

181, pfo. 2.º), ni podían reducir el número de causas de exención de responsabilidad previstas en el Código de Justicia Militar. Este autor entendía que los bandos militares no suponían un abandono del principio de legalidad porque eran leyes desde un punto de vista material y a todos los efectos penales, significando una delegación de atribuciones legislativas en las autoridades militares, y añadía que esto viene confirmado por el Código de Justicia Militar en el artículo 182, cuando al consignar el principio de inetroactividad no habla de códigos ni de bandos, sino solamente de la ley, envolviendo a ambos bajo este común denominador.

El artículo 9 atribuía la competencia a la jurisdicción militar por razón del lugar para conocer de los procedimientos que se siguieran contra cualquier persona por delitos y faltas y que no estuvieran comprendidos en el artículo 16 (causas de desafuero). El artículo detallaba prolijamente

el lugar de posible comisión, abarcando, desde los cuarteles, campamentos, arsenales, maestranzas, etc., hasta las aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras que se hallaran en aguas españolas; el espacio aéreo, aeronaves; plazas sitiadas, delitos comunes cometidos en estado de guerra incluidos en los bandos; plazas de soberanía excepto Ceuta y Melilla

y, el artículo 13 regulaba la competencia por razón de la persona responsable, para conocer de las causas instruidas por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones, contra militares en servicio activo, penados en establecimientos militares, prisiones de guerra y rehenes, personas que en campaña sigan al ejército de tierra, fuerzas navales o aéreas y contra cualquier persona que las leyes o disposiciones especiales sometan a la jurisdicción militar.

El artículo 16, al igual que otros textos anteriores, incluía las llamadas causas de desafuero por las que los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14 eran sometidos a la jurisdicción ordinaria por la comisión de los delitos que en ellos se desgranaban.

### 1.2. *Del ejercicio de la jurisdicción militar*

El título II rubricado «del ejercicio de la jurisdicción militar» en su artículo 46 disponía que ejercían la jurisdicción militar:

1. El Consejo Supremo de Justicia Militar.
2. Las autoridades judiciales.
3. Los Consejos de Guerra.

1.2.1. El Consejo Supremo de Justicia Militar. No es ahora el momento de hacer historia del que fue durante siglos, con denominaciones diversas el más alto Tribunal militar. Consignaré tan solo que unas veces fue llamado Tribunal Supremo de Guerra o de Guerra y Marina y otras veces Consejo Supremo de una u otra o de ambas jurisdicciones (inexistente que era el Ejército del Aire), optándose finalmente por Consejo como más procedente, puesto que reunía, a la vez que funciones de justicia otras no jurisdiccionales sino consultivas. Antes de la ley de 10 de marzo de 1884, tenía dicha alta corporación, tratamiento de Alteza pero a partir de aquélla, por mor de lo dispuesto en su artículo 71 el tratamiento fue impersonal, y así continuó hasta el texto de 1945, artículo 84 último inciso.

El Consejo Supremo de Justicia Militar ejercía (art. 84) la más alta jurisdicción sobre las de los ejércitos de tierra, mar y aire y las funciones consultivas que las leyes o reglamentos lo señalen. Se componía de un presidente, Capitán General o Teniente General del Ejército de Tierra, estos últimos para ser nombrados tendrían que estar en posesión de la Cruz de San Hermenegildo y tener alguna de las condiciones señaladas en el artículo 116 del CJM y diez consejeros militares, seis consejeros togados y dos fiscales. El Consejo conocía de los asuntos de su competencia, constituyéndose en Pleno, en Reunido y, en Salas separadas que se denominaban de Justicia y de Gobierno. Sus competencias venían enumeradas en los artículos 96 al 109.

1.2.2. Las autoridades judiciales. Conforme a la doctrina clásica que fue imperante en el derecho militar, la necesidad de que en el ejército esté siempre reunido el mando en una sola persona, exige que la Autoridad superior de un ejército, distrito, plazo bloqueada o sitiada asuma la jurisdicción dentro del circuito de su mando. En España, sin embargo, estas autoridades tenían asignadas un Auditor, o, ante la carencia de éste un asesor letrado, a quien se encomendaba su ejercicio, reservándose aquéllas al fallo de unas o la aprobación de otras.

El artículo 49 del Código enumeraba quienes eran autoridades judiciales: 1.º Los capitanes generales de la regiones, los

generales en jefe de ejército y los generales jefes de tropas, con mando independiente, a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción. 2.º Los capitanes y comandantes generales de departamento, comandantes generales de escuadra y el almirante jefe de la jurisdicción central de Marina. 3.º El general jefe de la jurisdicción del Aire.

Este artículo por ley de 27 de junio de 1953 (BOE núm. 200), modificó el punto 3.º quedando redactado así: «3.º Los generales jefe de las regiones y zonas aéreas».

Por su parte el art. 50 disponía que las autoridades judiciales resolverían los asuntos de justicia, previo dictamen de su auditor. Si no estuvieran conformes con el mismo, razonarán su disentimiento y elevarán los autos al Consejo Supremo de Justicia Militar, para la resolución que corresponda. En el art. 59 se prevenía que en las residencia o cuarteles generales de las autoridades judiciales habrá los Auditores; Secretarios de Justicia, éstas, autónomas del Estado Mayor y dependientes exclusiva y directamente de la autoridad judicial; y demás funcionarios de los cuerpos jurídico-militares.

La relación existente entre la autoridad judicial y su Auditor la sintetizó Querol (*Principios de Derecho militar español*. Madrid 1948) de la siguiente forma:

- a) Todas las decisiones imperativas importantes, en las causas deben adoptarse por medios de resoluciones dictadas por la autoridad judicial.
- b) Antes de resolver en toda clase de asuntos de justicia la autoridad judicial, preceptiva e indeclinablemente, ha de oír al auditor.
- c) Solamente puede ser válida y ejecutoria una resolución de la autoridad judicial en asuntos de justicia si se adopta la conformidad con el dictamen del auditor.
- d) Si la autoridad judicial no estuviere conforme con el dictamen del auditor, provocará lo que se llama disentimiento, expresando en el acuerdo que dicte su discrepancia, razonándola y elevando los autos originales al Consejo Supremo de Justicia Militar para la resolución que corresponda.
- e) La necesidad de conformarse o disentir afectaba solamente a resoluciones relativas a materia judicial, no a la materia gubernativa o administrativa. En estas materias la función del auditor era consultiva o informativa. Por ello resultaba

importante distinguir la simple obligación de ori al auditor y la de resolver de conformidad o de acuerdo con él.

- f) Había resoluciones, aun dentro de lo judicial, en que no era precisa la conformidad del auditor.

Hace referencia a los casos en que las leyes y disposiciones facultaban a la autoridad judicial para hacer una designación, señalar un lugar o tomar una precaución discrecionalmente, (vgr. designación de prisión o buque donde haya de cumplirse una pena) y porque cuando un nombramiento correspondía efectuarlo al Auditor, ya cuidaba el Código del expresarlo concretamente.

El artículo 60 detalla que correspondía a los auditores emitir juicio en todos los casos de interpretación o aplicación de las leyes, dirigir bajo la inspección de la autoridad judicial, la tramitación de los procedimientos proveyendo lo que corresponda con arreglo a los preceptos del Código y a proponer a la propia autoridad lo pertinente respecto a las resoluciones de su privativa competencia.

El último párrafo de este artículo enumeraba las funciones de la Secretaría de Justicia, institución que no existía en la legislación del Ejército de tierra y que se tomó de la legislación de la Marina de guerra. Dice el artículo que era función de los secretarios de Justicia dar cuenta personalmente de los escritos de esta índole a la autoridad judicial a quien se remitan, sin intromisión de la misma con su Auditor, y tomar las medidas conducentes al mejor y más pronto cumplimiento de las resoluciones de la propia autoridad judicial en aquellas materias, guardando secreto que en cada caso pueda exigir. Intervenía en notificaciones y trámites de suspensión de condena, cuidaba y ordenaba el archivo de antecedentes y documentación a su cargo, así como los registros y libros que haya de llevar, para el exacto cumplimiento de sus obligaciones. Y precisamente para evitar las citadas intromisiones, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar (1.2.46 modificado en 8.9.50, BOE núm. 79, y núm. 268) tras enumerar las palabras del Código añadía: la extralimitación de su peculiar cometido será motivo para el cambio de destino del Secretario de Justicia, tanto a propuesta de la autoridad judicial como del auditor respectivo, quienes en tales casos elevarán conjunta o separadamente razonada propuesta al Ministro del Ejército para que sirva de fundamento a la orden ministerial por la que se acuerde el tratado o cese del Secretario de justicia en cuestión.

El artículo 61 por su parte, prevenía que donde residieran las auditorías, pero independientes de éstas, actuará el Ministerio Fiscal, desempeñado igualmente por funcionarios del Cuerpo Jurídico Militar respectivo, que, en representación del Gobierno, promoverá la acción de la justicia y pedirá la aplicación de las leyes en las causas que se persigan delitos comunes, militares y comunes o se hallen procesados paisanos.

El Código habla mayor y propiamente del Fiscal en los artículos 144 a 149.

Este artículo 61 fue modificado por L.O. 9/1980 (BOE núm. 280) que suprimió la figura del fiscal militar, cuyas funciones fueron asumidas por el fiscal jurídico militar.

1.2.3. Los Consejos de Guerra. Creados en España por la Ordenanza de 1701 de Felipe V, supuso el comienzo del afrancesamiento del Ejército al introducir unos tribunales extraños al derecho militar español, perdurando los mismos hasta el 1 de mayo de 1988 que entró en vigor la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y organización de la jurisdicción militar (BOE 171, de 18 de julio).

Efectivamente, se entendió en la época el Consejo de Guerra como una necesidad de orden preferente en la milicia, para conservar a las tropas dentro de la debida subordinación; para no distraer de sus filas a los que debieran ser sometidos a la acción de la justicia, mientras no se les declara incapacitados para seguir en ellas por haberse hecho acreedores a penas determinadas; y para que se robusteciera el respeto y la consideración debida hacia los superiores para quienes era un elemento seguro de mayor prestigio.

Y ello supuso una brecha en la concepción del derecho militar tradicional de España que entendía que los jueces naturales de las gentes de guerra eran los auditores. Así en el artículo 3 de las Ordenanzas de Farnesio, pregonadas ante las vallas de Bruselas el 23 de mayo de 1587, se decía:

De manera que un soldado no podrá ser convenido ni llamado en justicia por ningún delito ni deuda ni por otras cosa ninguna, sino es por ante los auditores y jueces militares...; estableciéndose en el art. 11 que la parte que se tuviere por agraviada tendrá su recurso al Auditor General, por ante quien se podrá apelar «de todas en cualquier sentencia dadas por los auditores y jueces particulares, salvo en casos en que de derecho no haya (sic) apelación y en causas de poco momento.

El artículo 62 decía que el Consejo de Guerra ordinario conoce de todas las causas atribuidas a la jurisdicción militar, salvo las que están reservadas al Consejo de Guerra de Oficiales Generales o al Consejo Supremo de Justicia Militar.

Este Consejo de Guerra se componía (art. 63) de un Presidente de las clases de coronel o teniente coronel, capitán de navío o fragata; de tres vocales de la clase de capitán; de un vocal ponente, capitán auditor, o en su defecto, de la categoría inmediata superior del Cuerpo jurídico militar que corresponda y que su falta de asistencia sería causa de nulidad. El Código, de esta manera, reforzó la figura del vocal ponente, pues solamente a partir de las reformas del año 1919 del Ejército y 1929 de la Marina, pasó a formar parte de ellas como vocal ponente un Oficial del Cuerpo Jurídico, que anteriormente se limitaba a asesorar con su opinión escrita, pero sin participar en la votación y adopción de la sentencia como significa Querol (op. cit). Es más, conforme al Código de 1945, el vocal ponente, además de tener todas las atribuciones de los restantes vocales, le otorgabas unos especiales deberes como el previo estudio de la causa (758), asesorar al presidente del Consejo en incidencia, y para ello se sentaba siempre a su lado (767), exponer observaciones y razonamientos que el estudio de la causa y resultado de la vista lo hayan sugerido antes de iniciar la discusión y deliberación (786), iniciar la votación (788) y redactar la sentencia, aunque no coincida con su opinión y voto (art. 790).

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales (art. 67 a 73), tiene su origen en los artículos 1.º y 4.º, título VI, tratado octavo de las Reales Ordenanzas de Carlos III, y se instituyó para juzgar los crímenes militares y faltas graves contra el Real Servicio que cometieran los oficiales del Ejército. El Título VII señalaba, precisamente, los supuestos de los que conocía, nueve concretamente, referidos a entrega de plaza, fuerte o puesto guarnecido, incumplimiento del deber de defenderlas, mantener correspondencia con el enemigo, abandono de puesto en acción de guerra o marchando contra ella, desamparo de la tropa a su mando, o, revelación de secreto a quien se fiase reservadamente una comisión del Real servicio.

Estos Consejos subsistieron hasta el año 1875 en que fueron refundidos en el Consejo de guerra único que se creó y tras distintas regulaciones, en sucesivas leyes militares, llegamos a la que realizó el Código de 1945. En este texto, el art. 67 disponía que

conocía de las causas atribuidas a la jurisdicción militar y no reservadas al Consejo Supremo de Justicia Militar instruidas contra:

1. Oficiales y sus asimilados de cualquiera de los ejércitos;
2. Retirados de las clases anteriores que no hubieran sido separados del servicio por virtud de procedimiento judicial o gubernativo;
3. militares de empleos inferiores con grado de oficial o la cruz de San Fernando;
4. funcionarios del orden judicial o del Ministerio Fiscal, así de la jurisdicción ordinaria como de las especiales, y funcionarios administrativos que ejerzan autoridad;
5. las demás personas respecto de las que así lo establezcan las leyes especiales.

Su composición (art. 68) era, de un presidente, tres vocales, uno y otro oficiales generales y de un vocal ponente, Coronel auditor, o, en su defecto, de la categoría inmediatamente inferior del cuerpo jurídico militar que corresponda, designado por la autoridad judicial a propuesta del auditor. La presidencia correspondía al Oficial general de mayor empleo o más antiguo de los llamados a formarlo y, al menos, dos vocales habrían de ser de mayor categoría o antigüedad que el más caracterizado de los acusados (art. 71). Los arts. 81 al 83 dictaban reglas especiales para la constitución de los consejos de guerra en lugares, unidades o fuerzas aisladas de la autoridad judicial.

Finalmente, se recogía la figura de los jueces instructores, encargados de la formación de las actuaciones judiciales (art. 136), que eran designados por la autoridad judicial o jefe militar que diera la orden de proceder, y recaía siempre en general, jefe u oficial dependientes de aquéllos. Igualmente, los Fiscales militares (art. 144) eran los encargados de pedir la aplicación de las leyes durante el plenario en que deba intervenir y ejercitar la acción pública ante los Consejos de Guerra. Su nombramiento, igualmente, se hacía, para cada causa, por la autoridad judicial, y, en el ejercicio de sus funciones, dependía del Fiscal Militar del Consejo Supremo.

1.2.4. La Fiscalía Jurídico Militar, en el ejercicio de sus funciones dependía del Fiscal Togado del Consejo Supremo. Los Secretarios eran nombrados de la misma manera que los jueces instructores.

El art. 153, señalaba que todo procesado tenía derecho a elegir defensor desde que se le notificaba el procesamiento, pudiendo elegir (art. 154, como defensor a oficial de los ejércitos o abogado dentro de la circunscripción jurisdiccional en que hubiera de celebrarse el consejo de guerra, salvo en causas instruidas en unidades en campaña o procedimiento sumarísimo donde habría de recaer siempre en un oficial.

## 2. TRATADO SEGUNDO. LEYES PENALES

### 2.1. *Generalidades*

Siguiendo a Rodríguez Devesa (op. cit), los siete primeros títulos del tratado segundo del Código estaban dedicados a los preceptos relativos al concepto de los delitos y faltas militares, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, personas responsables criminal y civilmente, penas, extinción de la responsabilidad y disposiciones generales. Insistiremos, principalmente, sobre el concepto del delito militar y las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes.

La culpa recibía un tratamiento distinto que en el derecho común vigente en la época. Faltaban cláusulas generales semejantes a las contenidas en los arts. 565, 586.3.º, y 600 del Código penal.

Las causas de exención de la responsabilidad criminal, se enumeraban en el art. 185 hasta doce. Sustancialmente son las mismas que las del art. 8 del entonces vigente Código penal, pero la índole del derecho militar, y el haber interferido con los trabajos preparatorios del proyecto la elaboración del texto refundido de 1944 en la legislación común ha producido discordancias, algunas de las cuales no tienen cómoda explicación.

En materia de grado de ejecución, se definían la frustración y la tentativa con iguales fórmulas a las del Código penal, significándose que las faltas sólo se castigaban cuando habían sido consumadas, no obstante lo cual podían ser corregidas en grado de frustración si el tribunal o autoridad competentes lo consideraban necesario (art. 184).

Las formas de resolución criminal manifestada se definen también en los mismos términos en que el Código penal lo hacía para la conspiración, proposición y provocación para delinquir (CJM, art. 184).

La participación criminal se extiende a los autores, cómplices y encubridores (art. 195).

Las penas militares privativas de libertad tenían los mismos fines de prevención general y especial asignados a la pena en el derecho común.

Las penas se dividen en el Código de Justicia Militar, siguiendo la naturaleza de los delitos militares, en penas «militares» y penas «comunes», separadas en dos escalas, una que se aplica a aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos por militares (delitos militares propios) y otra a los delitos que pueden ser cometidos indistintamente por militares y no militares (delitos militares impropios).

Las penas militares eran por orden de gravedad: muerte, reclusión militar, pérdida de empleo, prisión militar desde tres años y un día, separación del servicio y prisión militar hasta tres años. Las penas comunes son, también por orden de gravedad: muerte, reclusión, prisión desde tres años y un día de prisión hasta tres años e inhabilitación (art. 209). Son penas accesorias militares: la degradación militar, suspensión de empleo (que produce el efecto peculiar de perder puestos en el escalafón), la deposición de empleo, servicio disciplinario, expulsión de las filas militares con pérdida de todos los derechos adquiridos en ellas y la pérdida o comiso de los efectos o instrumentos del delito; las penas de pérdida de empleo o separación del servicio son también accesorias cuando ni imponiéndolas expresamente la Ley declara que otras penas las lleven consigo. Las accesorias de las penas comunes comprendidas en el Código son: inhabilitación, en los casos en que éste determina, y la suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio (art. 210).

La responsabilidad civil se regía por principios iguales a los del Código penal, que deberá tomarse como supletorio por ser la regulación del CJM extremadamente sumaria.

## 2.2. *Los delitos militares*

Se enuncian los distintos delitos comprendidos en el Código:

- a) Delitos contra la seguridad de la patria (tít. VIII), son los de traición (cap. I), espionaje (cap. II) (22), delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo (cap. III).
- b) Delitos contra la seguridad del Estado y de los ejércitos son la rebelión (23) (cap. I), sedición (cap. II) (24), insulto

- a centinela, salvaguardia o fuerza armada (cap. III) y los atentados, amenazas, desacatos, injurias y calumnias a las autoridades militares, ultrajes a la nación, su bandera o himno nacional o injurias a los ejércitos o instituciones, armas, clases o cuerpos determinados de los mismos.
- c) Delitos contra la disciplina militar (tít. X) están concebidos sobre la idea correcta, de que ésta se quebranta lo mismo cuando se excede el inferior que cuando lo hacer el superior, por lo que se castiga la insubordinación (27): insulto a superior (28) (capítulo I, sección 1.<sup>a</sup>) y desobediencia (sección 2.<sup>a</sup>); y las extralimitaciones en el ejercicio del mando (29): abuso de autoridad, uso indebido de atribuciones (cap. II, sección 1.<sup>a</sup>), usurpación y prolongación de funciones (sección 2.<sup>a</sup>).
- d) Los delitos contra el honor militar (tít. XI) están proyectados para sancionar no los ataques que proceden de personas extrañas a las instituciones armadas, sino conductas de los que a ellas pertenecen y que desdican de la propia estimación.
- e) Los delitos contra los fines y medios de acción del ejército (tít. XII) son el abandono de servicio, los delitos contra los deberes del centinela, el abandono de destino o residencia, la desertión, que antes se castigaba en algunos casos con penas de recargo en el servicio, hoy sustituidas por privativas de libertad por entenderse que el servicio militar es un honor que no puede imponerse, por consiguiente, como pena; la inutilización voluntaria para el servicio, penada aunque no consiga el culpable su propósito; la denegación de auxilio, que se refiere principalmente a no prestarlo, pudiendo hacerlo, a tropas comprometidas estando en operaciones de campaña; la usurpación de funciones y uso indebido de uniforme militar y la negligencia, en la que se comprende una serie de delitos genuinamente militares, como la pérdida de una plaza o puesto militar por no tomar a tiempo las medidas de defensa oportunas; no hallarse en una alarma, campo de batalla u otra función de armas con la prontitud debida; no proceder en el acto a reprimir cualquier delito militar con la energía necesaria, etc.
- f) Como delitos contra los intereses del ejército (tít. XIII) se configuran los fraudes (cap. I) (30), la ocupación y des-

trucción indebida de documentos militares (cap. II), y el allanamiento de dependencia militar (cap. III).

- g) El tít. XIV eleva a la categoría de delito la reincidencia en faltas graves (cap. Único).

### 2.3. *Las faltas militares*

Las faltas se clasificaban en graves y leves. Faltas graves son las comprendidas en el tít. XV, cap. II (arts. 431 y ss). Faltan leves son las previstas en el cap. II del mismo título (art. 414).

Como refiere Rodríguez Devesa (op. cit), la naturaleza de las faltas corregidas en el Código de Justicia Militar (la ley evita cuidadosamente el emplear la palabra pena en el título XV, que es el dedicado a las faltas, cuyas sanciones reciben el nombre de correctivos) es muy dudosa desde el punto de vista del derecho positivo, en el que radican graves contradicciones internas. No obstante, la no discriminación de las infracciones meramente disciplinarias y las penales, y, sobre todo, la tajante declaración de que las eximentes previstas en el art. 185 se aplican íntegramente a las faltas militares (art. 191) y la adopción de la antijuridicidad general que se consagra en el art. 202 a propósito de la responsabilidad civil, hacen que técnicamente las faltas queden sujetas a los mismos principios estructurales que los delitos, esto es, que no se les pueda negar naturaleza penal. Especialmente se traduce esta índole en la preocupación, ausente en general de las demás legislaciones extranjeras por afirmar también en las contravenciones el principio de legalidad, a pesar de que no están jurisdiccionalizadas.

Los correctivos para las faltas graves son:

- a) Para oficiales y suboficiales, arresto militar de dos meses y un día a seis meses.
- b) Para los individuos de las clases de tropa y marinería: destino a cuerpo de disciplina de uno a dos años, sin que pueda exceder en ningún caso del tiempo por el que deban servir en filas, o arresto militar de dos meses y un día a seis meses.
- c) Para los paisanos, arresto mayor de dos meses y un día a seis meses (art. 145).

Las faltas leves se castigan con las correcciones siguientes:

- a) Para los oficiales y suboficiales: arresto en su caso, buque, banderas, cuartel o dependencias de destino, hasta cator-

ce días, y en castillo y otro establecimiento militar, desde quince días a dos meses; reprensión.

- b) Para los individuos de las clases de tropa y marinería: arresto hasta dos meses; deposición de empleo; recargo en actos del servicio mecánico;
- c) Para personas no militares: arresto menor (art. 416).

Faltas graves son, además de las innominadas que comprende la sección III del cap. II del tít., XV, la desertión y falta de incorporación a filas en tiempo de paz, sancionada antes con el correctivo de recargo en el servicio, hoy sustituido por arresto militar o destino a un cuerpo de disciplina, por entender que el servicio militar es un honor que no puede convertirse en ningún caso en pena: la inducción, auxilio y encubrimiento a dichas faltas, el abuso de autoridad y el uso indebido de atribuciones.

Las falta leves son en su mayoría innominadas, y bajo este concepto genérico se comprenden al lado de las de aseo personal, descuido en la conservación del vestuario, equipo, ganado, armas, municiones, cuarteles, embarcaciones, alojamiento, utensilios o efectos análogos, inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias e impuestas para el régimen interior de los cuerpos, etc.; el ofender de palabra a paisanos, realizar hurtos por valor inferior a 250 (31) pesetas si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo, hurto o dos veces corregido o condenado por faltas de hurto, cometer estafas por la misma cuantía, consumir atentados contra la propiedad ajena sin causar daños o causándolos en cuantía que no exceda de 250 pesetas (art. 443).

Para determinar la reincidencia en las faltas graves o leves es preciso que las anteriores estén sancionadas con anterioridad a la fecha en que la nueva infracción se cometa (art. 448).

### 3. TRATADO TERCERO. PROCEDIMIENTOS MILITARES

Para Landín Carrasco (op. cit), el derecho procesal militar, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la forma en que debe juzgarse y hacerse ejecutar lo juzgado dentro de la esfera judicial castrense.

En el Código de justicia Militar de 1945, se encontraban recogidas en su Tratado Tercero, Procedimientos militares, repartido en un título preliminar y veintisiete títulos más, divididos en capítulos y estos a su vez en secciones.

Por obvias razones resulta imposible acometer un análisis del mismo, por lo que daremos unas pinceladas sobre algunas singularidades de aquellos procesos.

Los llamados procedimientos previos se iniciaban cuando ante la constancia de unos hechos que, pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparecieran desde el primer momento como constitutivos de un supuesto delito en cuyo caso se iniciaba la correspondiente causa, o, falta grave, en cuyo caso se iniciaba el correspondiente expediente judicial. En estos procedimientos previos no se consideraba a nadie inculcado o presunto responsable. Concluido el mismo, el instructor con informe razonado y propuesta lo remitía al auditor y éste con su dictamen lo elevaba a la autoridad judicial quien acordaba, bien la terminación del mismo sin responsabilidad y su archivo o su elevación a causa o expediente según procediera.

En el título VII, rubricado «de la prevención y formación de causas», en la fase de plenario, y una vez terminada la prueba, el Juez instructor elevaba la causa al Auditor quien habría de resolver bien que se ampliaran las diligencias de prueba, que se practicaran otras nuevas o se subsanara algún defecto, en su caso, proponía a la Autoridad Judicial la celebración del Consejo de Guerra, en cuyo caso, designaba ya al vocal ponente.

Aun cuando los procedimientos militares siempre se han distinguido por su rapidez, se entendía que puede ser indispensable en determinadas ocasiones una represión casi instantánea para ciertos actos concretos, bien por constituir un gravísimo atentado contra el orden social, bien porque su evidencia excluya las complicaciones de una prolija investigación, y así ya lo entendió en Código de Justicia Militar de 1890 e igualmente se hizo cuando el país atravesó por situaciones críticas y anormales.

Sin embargo, este procedimiento ha sido casi siempre censurado por la doctrina por no estar conformes con que el exceso de rapidez en los juicios penales sea una garantía de acierto ni de rectitud en el fallo; al entender que cuando pesa todavía en el ánimo del juzgador el eco del crimen cometido puede afectar a la necesaria imparcialidad. Frente a ello se ha aducido que también hay que atender a las exigencias que la disciplina reclama para su defensa una de las cuales es la ejemplaridad que ha de producir un rápido castigo.

La regulación que de ese procedimiento hicieron ambos Códigos, el de 1890 (arts. 649 al 653) y el 1945 (arts. 918 al 922), era prácticamente idéntica.

Y otra singularidad propia del procedimiento militar, a la que ya se hizo referencia, era el disentimiento con la sentencia dictada por el Consejo de Guerra que habría de aprobar la autoridad judicial de conformidad con su Auditor, y que cuando se producía, necesariamente, habría de ser resuelto por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Estos disensos no podían fundamentarse en apreciaciones de prueba, salvo notorio error y era causa de nulidad el hecho de que la autoridad judicial no expusiera su criterio respecto al dictamen del Auditor de disentimiento.

Contra las sentencias no se contemplaba en el Código más recurso que el de revisión regulada en los artículos 954 al 979 y siempre que se diera alguno de los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido condenadas dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola;
2. Cuando haya sido condenado alguno como autor, cómplice o encubridor de la muerte de una persona cuya existencia se acredite después de la fecha de la sentencia condenatoria;
3. Cuando haya sido condenada una persona en sentencia cuyo fundamento fuera: un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o coacción, o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines, podrán practicarse cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme base de la revisión;
4. Cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por Tribunal que posteriormente fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se hubiere prevaricado en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo.
5. Cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones;

6. Cuando después de dictada la sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidencias el error del fallo por ignorancia de las mismas.

Como conclusión me remito a las palabras de mi querido amigo y compañero de promoción Antonio Millán Garrido (Diccionario Jurídico Espasa. Ed. 1991) quien dijo de este Código:

que dominaba ante todo la idea del mantenimiento de la disciplina, si bien, ante las especiales circunstancias sociopolíticas en que surge, asume de igual forma la defensa no ya del propio Ejército, sino del Estado y de la Nación, lo que comporta, por una parte, además de un desmedido rigor, la vulneración de los principios penales básicos en la legislación común y, de otra, una hipertrofia del Derecho militar, respecto al cual se olvida su fundamento: la específica tutela del potencial bélico del Estado.

#### 4. MODIFICACIONES Y DISPOSICIONES DE INTERÉS

- 1945: Ley de 17 de julio (BOE núm. 201 y ss.), por la que se aprueba el Código de Justicia Militar.
- 1947: Decreto ley de 18 de abril, sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo, cuyo artículo 9 disponía que la jurisdicción militar era la competente para conocer de los delitos castigados en aquella ley y que serían juzgados por el procedimiento sumarísimo.
- Ley de 8 de junio (BOE núm. 161), modificando el párrafo séptimo del artículo 118 del Código de Justicia Militar.
- 1949: Ley de 21 de abril (BOE núm. 113), reformando el CJM. 21, 1, 42, 46, 56, 62, 75, 77, 78, 89, 82, 83, 86, 95, 97, 99, 101, 103, 105, 100, 114, 120, 121, 122, 123, 127, 129, 131, 138, 141, 142, 144, 146, 160, 165, 171, 175, 184, 197, 205, 206, 208, 210, 212, 213, 216, 217, 218, 220, 224, 226, 237, 238, 245, 248, 250, 251, 255, 256, 265, 266, 271, 275, 281, 282, 283.
- 1953: Ley de 17 de junio (BOE núm. 200), sobre modificación de los artículos 49 y 51 del CJM.  
Orden del Ministerio del Ejército de 10 de diciembre (DO núm. 286), sobre competencia de la jurisdicción militar sobre el personal de la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles.
- 1954: Ley de 30 de marzo (BOE núm. 90), por la que se modifican determinados artículos del CJM... 26 y 27 y or-

- den de 22 de septiembre (DO. Núm. 219), sobre actuación como defensores ante los tribunales militares de los Jefes y Oficiales en situación de reserva.
- 1960: Decreto de 21 de septiembre, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943, y el decreto Ley de 18 de abril de 1947.
  - 1973: Ley 4/1973 de 17 de marzo (BOE núm. 69), sobre modificación del CJM.  
Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre (BOE núm. 297 y ss.), por el que se publica el Código penal. Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.
  - 1975: Decreto Ley 10/1975, de, 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.
  - 1976: Decreto-ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos.
  - 1977: Real Decreto Ley 3/77 de 4 de enero, (BOE núm. 4), atribuye la competencia de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional. Deroga los artículos 294 bis d) y 294 bis e) del CJM, así como los artículos 1.º y 2.º del Real Decreto ley 2/1976 de 18 de febrero.  
Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero (BOE núm. 34), sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de la Fuerzas Armadas, 136, 140, 269.
  - 1978: Real Decreto-ley 45/1978, de 21 de diciembre (BOE núm. 306), por el que se reforma el CJM y suprime la pena de muerte salvo en tiempo de guerra.
  - 1980: Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre (BOE núm. 280), de reforma del CJM.



NOTAS SOBRE JURISDICCIÓN MILITAR  
EN EL DERECHO COMPARADO



# ESTADOS SIN JURISDICCIÓN MILITAR



## 11. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ALBANIA

CRISTINA SERRANO DERQUI

*Capitán Auditor*

La Ley 9877/2008, de 18 de febrero, de Organización del Poder Judicial en la República de Albania abolió los tribunales militares, giro reformista que ha mantenido la Ley 98/2016, de 6 de octubre, (en vigor desde el 1 de noviembre) al no contener referencia alguna a los órganos judiciales militares.

En la Albania independiente, la República de entreguerras y la Comunista de Enver Hoxha, existió una jurisdicción militar. Al poco tiempo de la promulgación de la nueva Constitución de 1998 (cuyo texto se aprobó en referéndum de 22 de noviembre de 1998 y promulgada el 28 del mismo mes) se promulgó la Ley No. 8436 de Organización de la Justicia en la República de Albania de 28 de diciembre de 1998 cuyo artículo 2 determinaba que los tribunales de justicia tenían competencias para resolver «los casos penales, penales militares, civiles y administrativos».

Asimismo el artículo 9 disponía la creación de Tribunales Militares de Primera Instancia y uno de Apelación, con sede en Tirana, declarando —art- 8— «que se organizaban y funcionaban dentro del sistema judicial general». Cabía recurso de casación ante la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, como última instancia.

La última reforma anterior a la disolución, vino marcada por la Ley de 24 de julio de 2003, sobre Organización y Funcionamiento de los Tribunales de Crímenes Graves, creando los Tribunales —Primera Instancia y Apelación— para delitos graves. Estos asumieron las competencias de cualesquiera órganos judiciales —incluidos los militares— en el ámbito de las infracciones penales de mayor relevancia. A su vez, aparecieron en los Tribunales de Primera Instancia ordinarios, Secciones de lo Militar, que asumie-

ron las competencias del Tribunal Militar de Primera Instancia, manteniéndose el de Apelación.

Las reformas en el sistema judicial albanés vienen siendo impulsadas a través del proyecto EURALIUS, amparado por la Unión Europea, que se ha involucrado desde muy pronto en la consolidación de aquél, en el sentido de un estado de derecho y democrático. En su página de acceso telemático [www.euralius.eu/](http://www.euralius.eu/) pueden consultarse en inglés gran parte de los textos legales actualmente vigentes.

## 12. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN AUSTRIA

JOSÉ ROMERO MUROS

*Coronel Auditor*

El artículo 84 de la Constitución Austríaca (*Bundes-Verfassungsgesetz*) declara abolida la jurisdicción militar, excepto lo que pueda establecerse para el tiempo de guerra. No hay actualmente previsión legislativa alguna que regule la jurisdicción militar para el caso de tiempo de guerra. El artículo 500 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «todos los militares quedan sometidos en tiempos de paz a la justicia penal del los tribunales ordinarios».

En tiempos de paz los militares están sujetos a la jurisdicción ordinaria. Y en relación con ello las personas que ejercen acusación y la defensa no tienen la condición de militares, siendo bien personal del Ministerio de Justicia o abogados.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozessordnung*) contiene disposiciones especiales para los militares, bajo la denominación de «Ejercicio de la justicia militar sobre militares en tiempo de paz» (§§ 499-506) «Hauptstück: Ausübung der Strafgerichtsbarkeit über Soldaten im Frieden». En estos artículos se establecen una serie de normas que afectan sobre todo a la citación y comparecencia de los militares ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria (citaciones a través del Jefe de Unidad, entrada en edificios militares, comunicación a los superiores de cualquier procedimiento penal incoado contra un militar...).

Existe un Código Penal Militar (*Militärstrafgesetz*), aprobado por ley de 30 de octubre de 1970, que en escasos preceptos recoge particularidades relativa a delitos militares, tales como los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, delitos contra el servicio, contra las obligaciones del centinela... Y ello sin perjuicio de que el Código Penal Común contiene una serie de preceptos que tipifican delitos de «carácter militar», si bien su comisión puede ser llevada a cabo «por cualquier persona».

Al lado de la jurisdicción penal existe un sistema de infracciones disciplinarias previsto en la ley correspondiente (*Heeresdisziplinalgesez*), sin perjuicio de que también quedan sujetos a la Ley Disciplinaria de los funcionarios de carrera civiles de 1979. Las sanciones disciplinarias son revisadas por el Tribunal Administrativo Federal, compuesto por miembros de la jurisdicción ordinaria.

### 13. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

JOSÉ FERNANDO JIMÉNEZ VARA

*Teniente Coronel Auditor*

No existe una jurisdicción militar independiente y diferenciada de la jurisdicción civil ordinaria. Los tribunales ordinarios enjuician los delitos cometidos por los militares, incluidos los delitos más característicos del derecho penal militar (*wehrstrafgesetz*) como deserción, motín, trato degradante, etc.

Existen dos órganos, similares a tribunales denominados «*truppendienstgerichte*» nord (norte – sede *münster*) y süd (sur – sede *munich*) que son los que deciden y resuelven solamente asuntos en el ámbito disciplinario de la *bundeswehr* (faltas disciplinarias —fuente legal: *wehrdisziplinarordnung*; código disciplinario militar y quejas— fuente legal: *wehrbeschwerdeordnung*).

Las competencias del «*truppendienstgericht*» como tribunal disciplinario son las siguientes:

El código disciplinario militar distingue dos categorías de medidas o sanciones disciplinarias:

- a) Medidas disciplinarias «simples» que adopta el supervisor de servicio:
  - Verweis* (*aktenkundiger tadel*) – reprensión.
  - Strenger verweis* (*verweis «vor der front»*) – reprensión frente o en presencia de la unidad militar.
  - Disziplinarbuße* (*geldbuße*) – multa.
  - Ausgangsbeschränkung* (*verbot, die dienstliche unterkunft zu verlassen*) – restricción de la salida del cuartel.
  - Disziplinararrest* – arresto disciplinario.

En el caso del arresto disciplinario el «*truppendienstgericht*» tiene que confirmar la decisión del supervisor. En los demás casos el militar puede presentar un recurso al «*truppendienstgericht*».

- b) Medidas o sanciones disciplinarias judiciales adoptadas por el «truppendienstgericht»:
- Kürzungen der dienstbezüge – reducción de sueldos
  - Beförderungsverbot – prohibición de promoción
  - Herabsetzung in der besoldungsgruppe / herabsetzung des dienstgrades – reducción en la graduación o empleo militar (reducción en el grado en alemán).
  - Entfernung aus dem dienstverhältnis – despido.

Estas medidas requieren una decisión (fallo) del «truppendienstgericht».

- c) Según la «wehrbeschwerdeordnung» (wbo) cada militar puede presentar una queja contra medidas «incorrectas» de un militar superior o del cuerpo militar o de los compañeros del servicio. (§ 1 i wbo: 1»der soldat kann sich beschweren, wenn er glaubt, von vorgesetzten oder von dienststellen der bundeswehr unrichtig behandelt oder durch pflichtwidriges verhalten von kameraden verletzt zu sein»).

Si la queja administrativo no tiene éxito el militar puede presentar un recurso ante el «truppendienstgericht».

Organización: el «truppendienstgericht» es un tribunal de la 1ª instancia. Es un tribunal de ámbito federal. Existen dos «truppendienstgerichte» (sur y norte). También tienen tribunales subsidiarios o secciones fuera de sus sedes. Los presidentes de las secciones son jueces profesionales (no son militares). Se toma las decisiones con 3 miembros (el presidente, un civil más dos jurados militares).

Los recursos de apelación contra sentencias del «truppendienstgericht» se presenta ante el «bundesverwaltungsgericht – wehrdienstsenat», que es un tribunal supremo administrativo, en la sala de servicio o actividad militar en Leipzig.

Los jueces profesionales del «truppendienstgericht» son civiles. Son elegidos por el ministerio de defensa. Los jurados son militares. Los comandantes de las unidades militares designan el triple del número de los jurados necesarios al «truppendienstgericht». Entonces se celebra un sorteo para seleccionar a los jurados militares que formaran sala.

El representante de la administración militar en el juicio es el «wehrdisziplinaranwalt». Es funcionario del ministerio de defensa

o del ejército y es un civil. Ante el «truppendienstgericht» el militar puede designar o autorizar un defensor, ya bien un abogado civil o un militar.

El «wehrstafgesetz» (wstg) es la fuente legal del derecho penal militar.



## 14. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

MARCELO ORTEGA GUTIÉRREZ-MATURANA

*Coronel Auditor*

El 27 de febrero de 2009 entró en vigor el nuevo Sistema de Justicia Militar argentino, de acuerdo con la Ley 26394, que derogó el Código de Justicia Militar argentino —CJM— y atribuyó a la jurisdicción ordinaria las situaciones antes competencia de la jurisdicción militar. Dicha Ley derogó la jurisdicción militar para tiempos de paz, manteniéndola en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados.

Conforme al nuevo sistema, dispone el Anexo II «Procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados», que:

Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate.

En los casos en que actúa la jurisdicción militar será ejercida por los Consejos de Guerra Especiales, estos dependerán del comandante en jefe de las fuerzas armadas, quien determinará su integración de conformidad a lo previsto por la presente ley y asignará su competencia territorial, mediante decreto, con posterioridad a la sanción de la norma que motive la movilización de las tropas.

Los consejos de guerra especiales se integrarán con oficiales superiores pertenecientes a los escalafones de justicia de las fuerzas armadas, o pertenecientes al cuerpo de comando, cuando posean título de abogado, contarán con tres miembros, desem-

peñándose el más antiguo jerárquicamente como presidente y los restantes como vocales. El comandante en jefe de las fuerzas armadas podrá, atendiendo a circunstancias propias de la ocasión, integrar consejos de guerra especiales con personal perteneciente a una fuerza armada determinada o, en su caso, tribunales comunes a dos o tres fuerzas armadas o de integración conjunta.

Las mismas reglas regirán para el nombramiento de los fiscales y los defensores letrados.

En la medida de lo posible, además, la justicia militar se debe ajustar al Código Procesal Penal de la Nación y sus decisiones quedan sometidas a un amplio proceso de revisión posterior por la justicia común. Evidentemente, el enjuiciamiento en estas circunstancias responde a limitaciones prácticas que impiden la actuación oportuna de la justicia ordinaria y a la necesidad de responsabilizar a los autores cuando de otro modo quedaría perjudicada la eficacia de la acción.

Respecto a los delitos en el orden penal, no hay propiamente especialidades, salvo las derivadas de la incorporación de los delitos, típicamente militares al Código Penal Común. Esta tarea implicó una actualización de los tipos penales y la despenalización de ciertas conductas que solo han quedado castigadas como faltas disciplinarias. Los delitos militares fueron incluidos en el CP de dos modos. Algunos fueron incorporados como delitos nuevos que sólo son susceptibles de ser cometidos por militares; varios de estos tipos penales reproducen la redacción del CJM y otros son el producto de la síntesis y la actualización de los tipos penales del CJM; este primer grupo de delitos está compuesto por aquellos que lesionan bienes jurídicos puramente militares. Otros delitos fueron incluidos como circunstancias agravantes de delitos del Derecho penal común; estas conductas también son castigadas en caso de ser realizadas por un ciudadano común, pero la pena es más grave en caso de ser cometidos por un militar, porque su conducta lesiona bienes jurídicos civiles y militares. Finalmente, un grupo de conductas que constituían delitos militares fueron convertidas en faltas disciplinarias o simplemente fueron eliminadas. Dado que el hecho de ser «militar» es un elemento del tipo penal de varios de los delitos y constituye también una circunstancia agravante, la Ley 26394 incorporó en el actual artículo 77 del CP una definición de ese término. El texto actual indica:

Por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la Ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena

Entre los delitos del CJM que fueron incorporados al CP encontramos aquellos agrupados como «vías de hecho contra el superior», que fueron condensados y atenuados en el nuevo artículo 238 bis del CP. El artículo 238 bis mantiene algunas de las circunstancias agravantes que estaban previstas en el CJM, como que el hecho tenga lugar frente al enemigo o a tropa formada. Se sanciona la conducta de «poner manos en el superior sin lesionarlo»: quizá debería ser tratada como una falta disciplinaria y no como un delito penal. Además, para los casos en que se provocan lesiones, la remisión que el artículo 92 del CP hace a las circunstancias agravantes del artículo 80 CP, podría tornar redundante al artículo 238 bis. El delito de insubordinación agravada fue incorporado como artículo 238 ter del CP. Así, la resistencia o desobediencia a una orden de servicio legalmente impartida no es un delito penal, a menos que tenga lugar frente al enemigo, en situación de peligro inminente, o en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. El delito de motín fue actualizado e incorporado al CP mediante el artículo 241 bis. El delito de usurpación de mando, que castiga al militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización, fue incorporado como un inciso del artículo 246 del CP, que castiga el delito de usurpación de autoridad, títulos u honores. El abuso de autoridad fue incorporado como artículo 249 bis del CP. Los delitos de infracción de los deberes de centinela y violación de consigna fueron incorporados como delito de abandono de funciones de control, vigilancia o comunicaciones (art. 250 bis CP). El tipo penal fue ampliado pues ya no es necesario revestir la calidad específica de centinela, salvaguardia, vigía, etc., exigida por el artículo 731 del CJM. A partir de la reforma, la desertión sólo constituye delito si tiene lugar en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe (art. 252, segundo párrafo CP). Así, los demás supuestos han quedado dentro del ámbito de las faltas de disciplina. El artículo 253 bis incorporó un tipo penal subsidiario aplicable cuando un militar

emprenda una operación militar sin orden ni necesidad, someta a la población civil a restricciones arbitrarias u ordene o ejerza cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier otra persona. Finalmente, el artículo 253 ter incorporó un supuesto especial de homicidio por impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo de un militar, en el curso de conflicto armado o situación de catástrofe. Este delito sólo puede ser cometido por personas que revistan la calidad de militar.

Además, la reforma incorporó delitos que pueden ser cometidos por militares y civiles. Por ejemplo, se incorporó como artículo 240 bis el delito de violación de instrucciones a la población civil emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para zonas de combate. Este delito puede considerarse una calificación del tipo penal previsto en el artículo 239 del CP. En este mismo sentido, la Ley 26394 incorporó expresamente como delito el incitar públicamente a la sustracción del servicio militar legalmente impuesto o asumido (art. 209 bis del CP). Si bien este delito puede ser cometido tanto por militares como por civiles, se prevé una pena máxima mayor para el caso en que el autor sea militar. Asimismo, la Ley 26394 amplió el tipo penal de revelación de secretos (art. 222 CP), que hoy pena también la revelación de secretos industriales y tecnológicos, y no sólo los políticos o militares, concernientes a la seguridad, los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. La condición de militar en ejercicio de sus funciones también constituye una circunstancia agravante de la pena en este caso.

El segundo grupo de delitos es aquel para el que la circunstancia de ser militar constituye un agravante. Además de los delitos que acabamos de mencionar, el hecho de que la víctima sea superior militar del autor y que el homicidio se lleve a cabo «frente a enemigo o tropa formada con armas» (art. 80 inc. 10 CP) constituyen un agravante del delito de homicidio simple. Asimismo, se incorporó como agravante de los delitos de traición (art. 215 CP), creación de peligro de actos hostiles o declaración de guerra (art. 219 CP), violación de tratados concluidos con naciones extranjeras (art. 220 CP), e instigación a la sustracción del servicio militar (incorporado por la Ley 26394 en el art. 209 bis del CP) el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas. En los casos de secuestro con extorsión (142 bis CP) es agravante el pertenecer o haber pertenecido al momento de comisión del hecho

a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.

En cuanto a las penas. Una de las más importantes modificaciones fue la eliminación de la pena de muerte. La incorporación de los delitos militares al CP tuvo como consecuencia la unificación de la clase de penas que son impuestas a militares y civiles y de las modalidades en que dichas penas son impuestas. Lo mismo ocurre con los plazos de prescripción y los institutos como la libertad condicional, la reincidencia, la prisión preventiva, las circunstancias atenuantes.

## OBSERVACIONES

### *Régimen disciplinario*

La Ley 26394 establece un régimen disciplinario autónomo destinado a sancionar sólo infracciones militares y cuyo único fin es el «cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas». Además, la Ley 26394 modificó el régimen de sanciones previsto en el CJM. El artículo 14 de la nueva ley establece que las únicas sanciones disciplinarias son el apercibimiento, el arresto simple, el arresto riguroso y la destitución. Además, la sanción de arresto, no puede superar los dos meses de acuerdo con la Ley 26394.



## 15. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN BÉLGICA

ALFONSO BARRADA FERREIROS

*Coronel Auditor*

Sólo existe la previsión de tribunales militares en tiempo de guerra.

Subsiste el Código Penal Militar, aunque los delitos en él comprendidos son enjuiciados por tribunales civiles.

### OBSERVACIONES

La Ley de 10 de abril de 2003, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, suprimió la jurisdicción militar en Bélgica. No se consideró deseable que los militares fueran juzgados por tribunales distintos que los competentes para juzgar a los civiles. Así, desde aquella fecha, los tribunales militares dejaron de existir en tiempo de paz y los militares pasaron a ser juzgados por tribunales de derecho común (civiles), cualquiera que sea la naturaleza del delito que cometan.

Una Ley de 2004 modificó la de 2003 para que, en tiempo de guerra, incluso los civiles que cometan delitos contra la seguridad exterior del Estado sean juzgados por tribunales civiles, no militares (como preveía la ley de 2003).

La acusación la ejerce el Ministerio Fiscal (común).

Existe una sección de la Policía Federal Belga con misiones de policía judicial en el medio militar que presta servicios para los fiscales o los jueces de instrucción.



## 16. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA REPÚBLICA CHECA

JUAN CARLOS DE LA CERRA JUAN

*Capitán Auditor*

La República Checa ha reportado no tener un sistema legal militar separado. Desde 1994 casos de naturaleza civil y militar son oídos, exclusivamente por cortes civiles, decididos por jueces civiles y únicamente de acuerdo a las reglas o procedimientos civiles. La supresión de la jurisdicción castrense, es consecuencia del art. 110 de su Constitución, que dispone: «Hasta el 31 de diciembre de 1993, los tribunales militares, también formarán parte del sistema judicial».

Al no existir la jurisdicción militar, son civiles todas las personas que intervienen en procedimientos judiciales que tienen como acusados a militares. Todos estos asuntos son decididos por jueces civiles y únicamente de acuerdo a las reglas o procedimientos civiles. Por lo que habrá que estar lo previsto en la normativa civil, para sus nombramientos.

La República Checa ha abolido la justicia militar y la Fiscalía militar. Asignan fiscales civiles y policías, en principio para casos de naturaleza militar, estableciendo mecanismos particulares o jurisdiccionales especializadas para asegurar que el sistema civil sobre el militar «trabaje apropiadamente».

No hay fiscalía militar como tal, desde que todos los actos penales de las fuerzas armadas son llevados por fiscales civiles y son tratados por cortes civiles. Sin embargo, la práctica indica que hay un número de fiscales civiles y policiales asignados, tratando, en principio, con casos de naturaleza militar. El rol del policía militar es importante, ya que conduce las investigaciones de los delitos cometidos por miembros militares. Las investigaciones son llevadas por oficiales experimentados, entrenados, para este propósito, por la Academia de Policía. El personal militar está fuera del comando militar, subordinándose únicamente al Jefe de

la Policía Militar, quien, regularmente, se reporta directamente con el Ministro de Defensa. Esta estructura garantiza la no influencia en ellos por parte del comando militar. No se prevé que la defensa del militar acusado, sea proporcionada por la propia institución militar.

No está previsto ninguna especialidad, en el orden penal común ni en el orden contencioso-administrativo, respecto al personal militar.

#### OBSERVACIONES

Tras un estudio pormenorizado del sistema judicial castrense de la República Checa, resulta conveniente, hacer las siguientes observaciones, en relación con la acumulación de sanciones y los principales delitos internacionales.

##### *Acumulación de sanciones*

En la República Checa los acusados de ofensas disciplinarias solo pueden ser los militares. Los comandantes militares tienen la autoridad para imponer sanciones disciplinarias a los soldados (las FFAA Checas desde 2005, están compuestos únicamente por militares profesionales), no sanciones por delitos militares ni delitos comunes, que son regulados por otras leyes. El acusado no tiene derecho a elegir entre el procedimiento de acumulación de sanciones y un juicio por la corte.

Las sanciones disciplinarias pueden ser impuestas hasta por el Presidente de la República, como Jefe de Comando. Consultas previas con un juez o un asesor legal no son necesarias. El sancionado tiene derecho a apelar y el superior puede anular una sanción impuesta por su subordinado. Más allá, no hay posibilidades de llevar una apelación ante un tribunal.

#### PRINCIPALES DELITOS INTERNACIONALES

Los delitos internacionales en la República Checa son procesados por cortes civiles. Este país forma parte del Estatuto de Roma. Las leyes nacionales estipulan y sancionan un gran número de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio. Además, el nuevo Código Penal de 2009 contiene disposiciones sobre el crimen de agresión; sin embargo, ellas están basadas en el derecho internacional habitual y no cumplen

con la definición de este delito, ya que fue adoptada en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010. En acuerdo con la ley nacional, la mayoría de delitos bajo el Estatuto de Roma son directamente sancionados y, por lo tanto, se han añadido pocas disposiciones del Estatuto de Roma bajo su propia redacción. La República Checa como ya hemos indicado, no tiene tribunales militares, así que los acusados son tratados en cortes civiles.



## 17. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN COSTA RICA

PATRICIA HUETE CHAPARRO

*Capitán Auditor*

Al no existir jurisdicción militar, la jurisdicción aplicable sería la civil para los funcionarios públicos, por lo que las personas que desempeñan ésta, serían los jueces y magistrados profesionales y civiles.

La acusación la ejerce el Ministerio Público (fiscal) de naturaleza civil, órgano del Poder Judicial con total independencia funcional, y la defensa: letrados profesionales civiles y la Defensa Pública órgano auxiliar de la Administración de Justicia, ubicada dentro del Poder Judicial costarricense, siendo dependiente del Consejo Superior del Poder Judicial en cuanto a los aspectos administrativos, pero gozando de total independencia en cuanto a lo técnico profesional.

No existe ninguna especialidad a lo militar ni en el orden penal ni en el orden contencioso-administrativo. Las singularidades militares en la vía civil no tienen cabida ante la falta de una institución castrense.

### OBSERVACIONES

La especialidad que tiene Costa Rica y que define la no existencia propia de una jurisdicción militar, reside en la ausencia de Ejército, para conocer esta situación sui generis, se debe hacer una breve sinopsis de la evolución de las fuerzas armadas y policiales costarricenses desde el siglo XIX (con su independencia colonial) hasta la actualidad y conocer el sistema que rige hoy en día.

1821-1844: Surgen diferentes iniciativas tendentes a modificar el ordenamiento jurídico militar colonial y definir el ámbito de acción de los tribunales militares. Hasta 1841 que se emite un Código General de la República de Costa Rica, estableciendo en su

art. 695 que los tribunales militares tendrán a su cargo el castigo de los delitos de disciplina militar, así como otros delitos como la traición, la rebelión, la conspiración contra el Estado y la sedición. Se establecen vocales en las áreas militares y comandancias en los pueblos a cargo de oficiales. Se intentó crear el servicio militar obligatorio, sin éxito alguno.

1844: Se crea el Ministerio de Hacienda y Guerra por medio de la Constitución del Estado Libre de Derecho en su artículo 163.

1845: Se crea la Ley Reglamentaria de Justicia, en su artículo 51 establece que los jueces militares serán nombrados por el Ejecutivo y tendrán las mismas atribuciones que los Alcaldes constitucionales, estos nombramientos deben ser conocidos por la Corte Suprema de Justicia y les corresponde conocer verbalmente las demandas y los juicios criminales que se intenten contra los militares de cualquier grado.

1848: La Constitución abolió por primera vez el Ejército. Restableciendo un año más tarde el Ministerio de la Guerra.

1871: El 11 de mayo se emite el Código Militar de la República de Costa Rica. En él se enuncian los delitos de orden militar, los castigos impuestos y se menciona que, son los tribunales militares los que deben seguir las causas a excepción del castigo de pena de muerte o extrañamiento que estaría a cargo del Consejo de Guerra. En este Código se faculta al Poder Ejecutivo a nombrar los jueces militares que a su vez son facultados para intervenir en determinados litigios civiles, además de ser los destinados a seguir las sumarias de causas criminales.

1898: Se crea el Código de Justicia Militar el 14 de enero, que regula el funcionamiento de la justicia penal militar, las faltas, delitos militares y penas, la organización y las atribuciones de los Tribunales Militares del país<sup>221</sup>.

La singularidad de este Código reside en las autoridades y tribunales que ejercen la jurisdicción de guerra: el Comandante Jefe del Ejército; los Comandantes de provincia o comarca; los Generales y jefes, comandantes de tropa con mando independiente; los Comandantes de plazas sitiadas; el Consejo de Guerra ordinario; el Consejo de Guerra de Oficiales Generales y la Corte Superior Marcial. Las autoridades resuelven los asuntos de justicia previo dictamen del Auditor de Guerra, figura que además de asesorar al Comandante en jefe y a los de provincia, sustancian las causas extendiendo las sentencias competencia

de la Comandancia en Jefe, además de concurrir a los Consejos de Guerra ordinarios.

El Consejo de Guerra ordinario se forma por: Presidente, de comandante mayor o teniente coronel; de cuatro vocales de teniente o capitán; y auditor de guerra de provincia o comarca o el Auditor General de Guerra; este Consejo conocía de todas las causas por delitos militares contra los individuos de tropa.

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales se compone de un Presidente de empleo coronel o general; de cuatro vocales de clase de oficiales superiores; auditor de guerra.

El nombramiento de defensor puede recaer en cualquier oficial sea cual fuere su graduación, siendo obligatorio su nombramiento para los militares en servicio activo, no obstante también los abogados o pasantes en ejercicio de su profesión pueden nombrarse. Los defensores que no fuesen militares en activo quedaran sometidos a la jurisdicción de guerra solo por las faltas que cometan en el desempeño de su cargo.

La Corte Superior Marcial ejerce la suprema jurisdicción de guerra en el ramo judicial militar, en cuanto a su organización y atribuciones como tribunal militar, tendrá las determinadas para la Corte Suprema de Justicia y estará integrada por dos oficiales generales o superiores en servicio activo elegidos por la Secretaría de la Guerra.

El juez instructor, encargado de la formación de las actuaciones judiciales, se nombrará para cada causa por la autoridad judicial militar que ejerza la jurisdicción, recayendo siempre en un oficial, siendo un comandante mayor o jefe del detall cuando deba conocer de las causas del consejo de guerra ordinario.

El Fiscal de Guerra ejerce la acción pública ante los Consejos de Guerra siendo un oficial inferior o superior en servicio activo.

El Secretario encargado de extender y autorizar las actuaciones judiciales será nombrado por la autoridad militar en la misma forma que el juez instructor.

Todas las sentencias son apelables ante la Corte Superior Marcial.

1923: Se elimina el Ministerio de la Guerra reemplazándose por el Ministerio de Seguridad Pública y las actividades militares pasaron a un segundo plano.

1948: La Junta de Gobierno el 1 de diciembre, mediante Decreto-Ley abolió el ejército.

1949: La Asamblea Nacional Constituyente consagró la decisión de dicha Junta en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949<sup>222</sup>.

Al proscribirse el ejército como institución permanente y disponiéndose para la vigilancia y conservación del orden público, las fuerzas armadas pasan a llamarse Guardia Civil, sustituyendo con esto las estructuras militares y con ellos los tribunales y el sistema de justicia militar por fuerzas de policía sujetas al poder civil, encargándose de las funciones policiales y de orden y seguridad de la Nación costarricense, adscrita al Ministerio de la Presidencia. Creándose en las sucesivas décadas diferentes cuerpos de seguridad para distintas tareas públicas.

1994: Se crea la «Ley General de la Policía», por primera vez el país cuenta con un cuerpo legal a todas las policías del país. La Fuerza Pública de Costa Rica como cuerpo policial permanente de naturaleza civil, que por mandato constitucional, vela por la seguridad y el ejercicio de derechos y libertades, dependiente del Ministerio de Seguridad Pública. No posee rangos militares ni unidades artilladas.

La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y mantenida por el Gobierno de la República. El carácter de las fuerzas de policía se entiende de conformidad a los artículos 11 y 12 de la Constitución, que los servidores policiales son funcionarios públicos, responsables de sus actuaciones, simples depositarios de autoridad con fidelidad a la Carta Magna, los Tratados Internacionales y las Leyes de la República, con un carácter eminentemente policial y subordinados en todo momento al poder civil. Sus funciones primordiales son tres: defensa del territorio nacional, vigilancia y la conservación del orden público<sup>223</sup>.

Así mismo se crea el Reglamento Servicio Cuerpos Policiales Adscritos Seguridad Pública MSP<sup>224</sup>, que regula entre otras cosas el procedimiento disciplinario que rige en las funciones que lleva a cabo la Fuerza Pública, previendo tres distintos tipos de faltas: leves, de asistencia de mera constatación y graves. El órgano competente para conocer de los procesos disciplinarios de los servidores policiales que hayan cometido faltas graves o faltas de asistencias tipificadas como despido, es la Sección de Inspección Policial del Departamento Disciplinario Legal, y el Consejo de Personal será en primera instancia el que resuelva. Esa decisión podrá ser apelada por el interesado y deberá ser consultada al Pre-

sidente de la República y al ministro correspondiente, para que sea esta instancia la que agote la vía administrativa. No obstante el funcionario que sienta lesionados sus derechos podrá acudir a la vía jurisdiccional laboral.

Con referencia a los hechos que cometan los miembros de la Fuerza Pública de carácter penal, debemos acudir al Código Penal de Costa Rica<sup>225</sup> que si bien no alude a delitos específicamente con implicaciones militares, si en su Título XV recoge los delitos cometidos por los funcionarios públicos «Delitos contra los deberes de la Función Pública» como por ejemplo: abuso de autoridad, divulgación de secretos, cohecho, corrupción, etc.

La estructura judicial aprobada por la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>226</sup>, configura como máximo órgano del poder judicial y del que dependen todos los juzgados y tribunales, a la Corte Suprema de Justicia, obedeciendo su estructura organizativa a tres factores: la materia de los asuntos a resolver, el territorio donde tienen lugar y la cuantía. Tanto la competencia territorial, como la cuantía los establece la Corte Suprema de Justicia. Que se comprende de cuatro Salas, tres denominadas Salas de Casación, (Sala Civil o Sala Primera, Sala Laboral o Sala Segunda y Sala Penal) y la Sala Constitucional. La función general de las tres primeras es la de Casación; revisando fallos de Tribunales Colegiados, para ejercer sobre ellos un control de legalidad en cuanto al procedimiento como al fondo de la decisión, unificando criterios y conformando jurisprudencia.

Por su parte, la Sala Constitucional no es de casación, sino que cumple una función de control constitucional, y aunque la ley prevé la creación de Tribunales de Casación en todas las materias, actualmente sólo funciona en la materia penal. Conocerá de seis tipos de recursos: hábeas corpus, amparos, acciones de inconstitucionalidad, consultas legislativas, consultas judiciales y conflictos de competencia. No cabe recurso contra sus resoluciones.

Asimismo se distinguen los tribunales en función de la materia que les corresponda resolver (civil, penal, contencioso-administrativo, agrario, de familia, notariado, mayor y menor cuantía del trabajo, penal juvenil) con competencia en todo el territorio y los Juzgados de Menor Cuantía y Contravencionales; y Juzgados de Mayor Cuantía y Penales, con competencia en el territorio que determine la Corte según división territorial propia partiendo del principio del adecuado servicio público a los ciudadanos, y la

mayor y menor cuantía perdida, resolviendo asuntos en materia civil y laboral, de familia, de pensiones alimentarias, violencia doméstica, etc.

La decisión de suprimir el ejército como institución permanente creó un vacío en las funciones que éste desempeñaba en Costa Rica, asumidas por los cuerpos policiales distinguiendo entre las funciones propias de un cuerpo civil y las distintivas de la defensa nacional.

Después de la abolición del ejército, el país ha tenido que recurrir a las fuerzas armadas en dos ocasiones: en 1955, para repeler una invasión desde Nicaragua, a cargo de expatriados y con apoyo del gobierno somozista<sup>227</sup>; y en 1965 envió 21 policías como parte de la Fuerza Interamericana de Paz creada por la OEA<sup>228</sup> durante la ocupación de República Dominicana en 1965 y 1966. En 1984, declaró una Ley de Neutralidad Perpetua<sup>229</sup>, aunque en 2003 dio su apoyo diplomático, no militar, a la Fuerza Multinacional que invadió Irak, de la que luego se retiró por su alta impopularidad en el país.

Por tanto en Costa Rica podemos hablar de la existencia primeramente de una jurisdicción militar tras alcanzar su independencia colonial, que con el paso de los años se incorporó al Poder Judicial, por la abolición de las Fuerzas Armadas y la posterior creación de la Fuerza de Seguridad Pública eminentemente civil, siendo por ello que actualmente haya una ausencia total de jurisdicción militar en dicho país.

## 18. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN CROACIA

MIGUEL ALÍA PLANA

*Capitán Auditor*

La acusación la realiza el Ministerio Público (Fiscal), de naturaleza civil, dependiente del gobierno; y la defensa, letrados profesionales civiles.

La única especialidad es la mencionada a efectos de adscripción de competencias aludida en las observaciones.

### OBSERVACIONES

El Estado socialista titoísta yugoslavo mantenía dos jurisdicciones separadas, civil y militar, ambas altamente ideologizadas. Con la independencia de Croacia (25 de junio de 1991) y la disolución de Yugoslavia, se suprimió en Croacia la jurisdicción militar, a la que se acusaba de haber participado en acciones represivas contrarias a los derechos humanos desde la victoria partisana de 1945, pero en cuanto comenzaron las hostilidades en 1991, se creó una nueva jurisdicción militar de ocasión, por un decreto<sup>230</sup>, que establecía que sus jueces serían militares y estarían bajo mando del Ministerio de Defensa, al tiempo que se suprimieron garantías procesales básicas. Este sistema judicial de excepción fue derogado por una ley de 6 de diciembre de 1996, que también hizo desaparecer el orden jurisdiccional militar en general.

El sistema judicial croata actual, de acuerdo con la Constitución de la nación, se basa en la unidad de jurisdicción, con tres órdenes, penal, mercantil y contencioso-administrativo; y unos tribunales para faltas de orden público. Los jueces funcionarios son profesionales civiles, y existe un proceso con jurado para delitos graves.

La estructura judicial, establecida por la «Ley Judicial» (Ley 150/05, modificada por las nn. 16/07, 113/08, 153/09 y 116/10),

es la siguiente: juzgados municipales, tribunales provinciales y tribunal supremo. La única referencia especial a posibles delitos de naturaleza militar se prevé en la «Ley Judicial» (art. 18) (equivalente a la LOPJ), según la cual los juzgados municipales de lo penal entenderán de los delitos cometidos contra personal militar o cometidos por militares en acto de servicio o en conexión con el mismo, cometidos en Croacia o en el extranjero. No hay aforamientos por razón del empleo militar.

El Código Penal (2012) contiene delitos con implicaciones militares, como por ejemplo, los siguientes:

1. Violación de secretos oficiales militares (art 107).
2. Entrega de secretos oficiales a potencia extranjera (art. 145).
3. Destrucción o debilitación del poder militar de la Nación (art. 150).
4. Guerra de agresión (art. 157).
5. Crímenes de guerra contra la población civil (art. 158).
6. Crímenes de guerra contra heridos y enfermos (art. 159).
7. Crímenes de guerra contra prisioneros de guerra (art. 160).
8. Muerte o lesiones ilegales al enemigo (art. 161).
9. Aprehensión ilegal de pertenencias a muertos y heridos en combate (art. 162).
10. Uso de métodos de combate ilegales (art. 163).
11. Atentados contra intermediarios o parlamentarios (art. 164).
12. Trato brutal a heridos, enfermos o prisioneros de guerra (art. 165).
13. Retraso injustificado en la devolución o repatriación de prisioneros de guerra (art. 166).
14. Destrucción de objetos históricos y de las instalaciones que los contengan (art. 167).
15. Responsabilidad del mando (art. 167 a).
16. Perfidia (art. 168).
17. Terrorismo Internacional (art. 169).
18. Puesta en peligro de personas especialmente protegidas (170).
19. Simulación de condición militar (art. 328).

El capítulo 36 del Código Penal, bajo la rúbrica general de «delitos contra las Fuerzas Armadas de la República de Croacia», contiene los siguientes delitos:

1. Incumplimiento de órdenes (art. 352).
2. Negativa al uso de las armas (art. 353).
3. Resistencia al superior (art. 354).
4. Resistencia a centinela, guardia, patrulla o militar de servicio (art. 355).
5. Coerciones contra militar de servicio (art. 356).
6. Maltrato a subordinado (art. 359).
7. Abandono o incumplimiento de servicio de armas (art. 360).
8. Falsedad en informes (deslealtad) (art. 361).
9. Negligencias en la toma de medidas para proteger a una unidad militar (art. 362).
10. Negligencias en la toma de medidas en ejercicios (art. 363).
11. Incumplimiento de servicio militar o desertión (art. 364).
12. Incumplimiento de servicio militar por autolesión (art. 365).
13. Exención ilegal del servicio militar (art. 366).
14. Abandono de unidad militar en servicio (art. 367).
15. Maltrato de material (art. 371).
16. Entrega de instalaciones o material al enemigo (art. 375).
17. Cobardía (art. 377).
18. Abandono de buque o aeronave (art. 381).
19. Derrotismo (art. 383).

Las sentencias de los juzgados municipales pueden recurrirse en apelación ante el tribunal provincial; y las de estos últimos tribunales, ante el tribunal Supremo en casación.



## 19. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN DINAMARCA

VERÓNICA J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ

*Capitán Auditor*

En Dinamarca NO existe jurisdicción militar. En el año 1919 se suprimieron los tribunales militares y la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de las causas penales militares fueron transferidas a órganos judiciales ordinarios.

La organización de los órganos judiciales ordinarios, concedores también de las causas penales militares, responde a un criterio territorial, situándose en la cúspide el Tribunal Supremo danés, las Audiencias de Dinamarca Oriental y de Dinamarca Occidental y, finalmente, los tribunales locales.

Por lo que respecta al nombramiento de los jueces y magistrados de los órganos judiciales, salvo en lo que respecta al Presidente del Tribunal Supremo, corresponde al Ministerio de Justicia, a propuesta del Consejo de Nombramientos Judiciales.

Por lo que respecta a las causas penales militares, es el ámbito de la acusación donde reside la particularidad más importante. Cabe destacar la existencia de un Ministerio Público Militar cuya organización y competencias se encuentran definidas en la Ley de Administración Militar de Justicia y en la Ley (civil) de Administración de Justicia.

El Ministerio Público Militar es un servicio independiente que no se encuentra incardinado en la cadena de mando militar, siendo sus miembros contratados por el Servicio Civil de la Fiscalía. Se encuentra subordinado sólo al Ministro de Defensa del mismo modo que en el ámbito civil el Ministerio Público Civil se subordina al Ministro de Justicia.

Su organización responde a dos niveles. El primero de ellos se encuentra compuesto por la Oficina del Fiscal General Militar y el segundo, por la Oficina del Fiscal Mayor Militar que, a su vez, se descompone en abogados e investigadores. Las decisiones

adoptadas por el Fiscal Mayor Militar en los procedimientos penales son recurribles en apelación ante el Fiscal General Militar.

La principal función encomendada al Ministerio Público Militar es garantizar la aplicación de la ley de conformidad con las disposiciones de la Ley de Administración de Justicia, asumiendo la investigación y persecución de las contravenciones no sólo del Código Penal Militar sino también de otras leyes civiles siempre que concurra algún nexo de carácter militar, sirva como ejemplo el que el ilícito penal se haya cometido dentro de una instalación militar por personal civil.

Por lo que respecta a la defensa en los procedimientos penales militares, la misma es ejercida por abogados particulares, de carácter civil, designados por los procesados.

En el sistema judicial danés no existe orden contencioso-administrativo o equivalente.

#### OBSERVACIONES

Merece destacar que Dinamarca cuenta con un Código Penal Militar en vigor desde enero de 2006 que, con un total de 41 artículos, vino a derogar el hasta entonces vigente Código Penal Militar de 30 de septiembre de 1987.

Además se estima de interés poner de relieve que, tras la reforma legislativa danesa operada en el año 2005, las competencias del Ministerio Público Militar se separaron de las atribuidas a las autoridades militares. En consecuencia, el Ministerio Público Fiscal interviene en las causas penales militares mientras que la competencia disciplinaria, ejercida de conformidad con el Código Disciplinario Militar, es atribuida en exclusiva a las autoridades militares.

Resulta además significativo que el Ministerio Público Militar también tiene competencias fuera del ámbito judicial penal consecuencia de tener encomendada la labor de Asesoramiento Jurídico de la Defensa de Dinamarca.

En acuerdo con la ley nacional, la mayoría de delitos bajo el Estatuto de Roma son directamente sancionados y, por lo tanto, se han añadido pocas disposiciones del Estatuto de Roma bajo su propia redacción. La República Checa como ya hemos indicado, no tiene tribunales militares, así que los acusados son tratados en cortes civiles.

## 20. NOTA SOBRE LA JURISDICCION MILITAR ECUADOR

ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ

*Capitán auditor*

Actualmente, a consecuencia de la aprobación de la Ley Reformatoria al Código Penal para la tipificación de los delitos cometidos en el servicio militar y policial, publicada en el Registro Oficial del Órgano de Gobierno del Ecuador, con fecha 19 de mayo de 2010, se ha derogado, en virtud de la Disposición derogatoria 2.<sup>a</sup> de dicha ley, el Código Penal Militar publicado en el Suplemento del Registro Oficial 356 del 6 junio de 1961, así como todas sus reformas.

Esta derogación ha supuesto que los delitos militares tipificados en el anterior Código Penal Militar estén ahora tipificados en el Código Penal común, bajo la denominación de delitos cometidos en el servicio militar y policial.

Igualmente, con respecto a la jurisdicción militar la misma ha quedado vacía de contenido, pues la Disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la referida ley establece que

a partir de la publicación de esta ley en el Registro Oficial, las y los jueces y tribunales de garantías penales conocerán los procesos penales por delitos militares y policiales iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley reformativa, de acuerdo con las competencias establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial; y continuarán sustanciándolos de acuerdo con las normas procesales que estuvieron vigentes cuando se iniciaron y a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en lo que fueren aplicables. Dichos jueces conocerán, asimismo, los procesos por delitos penales militares y policiales que se inicien luego de la vigencia de la presente ley reformativa, y los tramitarán de conformidad con el Código de Procedimiento Penal.

Así pues, a la vista de la nueva legislación en el Ecuador se puede afirmar que no hay jurisdicción militar, sin perjuicio de que los delitos militares se hallan tipificados en el código penal común, siendo los tribunales de justicia ordinarios los encargados de investigar los injustos de naturaleza militar, de conformidad con el art. 160 de la Constitución que consagra el criterio de unidad jurisdiccional, consistente en que las personas militares o policías por la comisión de delitos comunes serán juzgados por los órganos de la función judicial y, en el caso de los delitos propios de su función, por juezas y jueces especializados pertenecientes a la misma función judicial.

## 21. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ESLOVAQUIA

BERNARDO ESCUDERO DE LA FUENTE

*Capitán Auditor*

A iniciativa del entonces Ministro de Justicia Štefan Harabin, el Parlamento eslovaco aprobó, con fecha de 11 de febrero de 2009, la Ley núm. 59/2009, que modificó y complementó la Ley núm. 757/2004 de Tribunales y de modificación y complemento de algunas leyes (modificada a su vez por la Ley núm. 517/2008), estableciendo la supresión de los tribunales militares y transfiriendo sus competencias a los tribunales ordinarios, con efectos desde el 1 de abril de ese año.

Antes de la entrada en vigor de esa Ley, el sistema judicial eslovaco incluía una estructura de tribunales militares, compuesta el Tribunal Supremo Militar y tres tribunales militares de distrito. Las competencias de los tribunales militares afectaban a los integrantes de las fuerzas armadas, los miembros del Cuerpo de Policía, la Policía de Ferrocarriles, el Cuerpo de Guardias de Prisiones y de Tribunales, la Dirección de Seguridad Nacional, el Servicio de Información Eslovaco, los funcionarios de aduanas y los miembros de las fuerzas armadas de otros Estados por delitos cometidos en el territorio de la República Eslovaca, en el ámbito especificado en los tratados internacionales, con la excepción de algunos delitos.

Tal como hemos señalado, sus competencias fueron asumidas por los tribunales ordinarios.

Toda vez que las competencias de la jurisdicción militar fueron asumidas por los tribunales ordinarios, exponemos brevemente su esquema.

El sistema de tribunales ordinarios está compuesto por el Tribunal Supremo de la República Eslovaca, el Tribunal Penal Especializado, 8 tribunales regionales y 45 tribunales de distrito que se pronuncian sobre todos los casos que no son competencia

exclusiva del Tribunal Constitucional de la República Eslovaca; es decir, se pronuncian sobre casos civiles y penales y examinan asimismo la legalidad de las decisiones adoptadas y de los procedimientos seguidos por los organismos del Estado (justicia administrativa), si así lo dispone la ley.

Por el mismo motivo que apuntamos en la respuesta anterior, nos referimos a la condición de las personas al frente de los tribunales ordinarios. Se trata de jueces de condición civil, nombrados por el Jefe del Estado, a propuesta del Consejo Judicial —órgano de autogobierno de los jueces—, sin restricciones de tiempo, entre ciudadanos de la República eslovaca que puedan ser elegibles en el Consejo por haber cumplido 30 años de edad y ser licenciados en derecho.

La supresión de la jurisdicción militar no ha afectado a la existencia de una Fiscalía Militar, siendo ésta la institución sobre la que recae la acusación pública en los procesos penales militares. Sobre su organización, brevemente, cabe señalar que se incardina en el sistema organizativo del Ministerio Fiscal de la República Eslovaca, distinguiéndose los siguientes órganos: la Sección Militar de la Fiscalía General (siendo ésta la más alta autoridad y que dirige el sistema de acción pública), la Fiscalía Central Militar y 3 fiscalías militares regionales, jerárquicamente dependientes de la anterior.

A pesar de su incardinación en el sistema organizativo del Ministerio Fiscal, corresponde al Ministerio de Defensa dotar de los recursos materiales y económicos necesarios a la Sección Militar de la Fiscalía General y a las fiscalías militares.

Para convertirse en fiscal en una fiscalía militar hay que cumplir los siguientes requisitos:

- Haber servido como soldado profesional en el ejército.
- Haber sido nombrado o ascendido al rango de general.
- Haber sido designado para desempeñar funciones en una fiscalía militar con arreglo a la legislación aplicable.

La defensa es ejercida por abogados civiles.

La única particularidad a destacar es que no existe un Código Penal Militar como texto normativo autónomo, sino que los delitos militares se contienen en el Código Penal Común, en cuya parte especial, al margen de recogerse delitos con implicaciones militares, se dedica un capítulo específico a los delitos militares.

Se trata de los siguientes:

- Desobedecer las órdenes.
- La coacción para violar deberes militares.
- Insulto entre los soldados.
- La violencia contra superiores.
- Violaciones de los derechos e intereses protegidos de los soldados.
- Evitar el procedimiento de la policía o de prestación del servicio militar.
- La desertión.
- Violaciones de las tareas de vigilancia.
- Violaciones de funciones de supervisión.
- Violaciones de la obligación de defender el espacio aéreo.
- Poner en peligro el estatus moral de la unidad.
- Violación de los deberes oficiales.
- La cobardía ante el enemigo.
- El incumplimiento de las tareas de combate.
- Abandono de armas.
- Suministrar armas al enemigo.

#### OBSERVACIONES

En el estudio que les remití concluía en la existencia de una fiscalía militar en ese país, siendo esta la gran peculiaridad. Dicha información la extraje de una fuente aparentemente fiable, el portal europeo de justicia: ([https://e-justice.europa.eu/content\\_legal\\_professions-29-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-es.do)) que, actualizado en fecha 28 de junio de 2016, refleja los datos que comento. Sin embargo, hoy he recibido a través de nuestra agregaduría militar nuevos datos, conforme a los cuales la fiscalía militar en Eslovaquia se suprimió con la Ley 220/20011, y con efectos desde el 1 de noviembre de 2011, asumiendo sus competencias las fiscalías «ordinarias» o «civiles» (responden a una distribución *ratione loci* y *ratione materiae*). He estudiado la Ley citada (no sin dificultad porque está en eslovaco) y parece que efectivamente se suprimió la fiscalía militar, por lo que los últimos datos serían los correctos.



## 22. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ESLOVENIA

CRISTINA LAÍN CASADO

*Capitán Auditor*

Los órganos que integran la jurisdicción de la República de Eslovenia actúan de conformidad con los principios de constitucionalidad, independencia y legalidad.

La materia relativa a la organización judicial se trata en la Constitución nacional que, de conformidad con el principio de separación de poderes, garantiza la independencia de los jueces afirmando que estos están sometidos solo a la Constitución y a la ley, debiendo asimismo el juez ordinario aplicar prioritariamente el derecho europeo contrastante con el derecho nacional.

En primer lugar debe distinguirse entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especializada (existen jueces especiales organizados en base a las competencias). La primera se encuentra atribuida a cuarenta y cuatro tribunales locales, once tribunales territoriales, cuatro tribunales superiores y el Tribunal Supremo; mientras que la segunda está integrada por tres tribunales de trabajo, un Juzgado de Trabajo y de lo Social y un Tribunal Superior de Trabajo y de lo Social (con competencias en asuntos de trabajo y seguridad social), así como un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, con competencia en materia administrativa, atribuyéndosele estatuto de Tribunal Superior.

Por lo que respecta a las jurisdicciones especiales, éstas tienen el grado de Tribunal de Distrito (jurisdicción de primer grado cuyas decisiones son impugnables ante un Tribunal Superior con competencia especial); el grado de Tribunal Superior (Tribunal de segunda instancia que se pronuncia frente a las impugnaciones contra las decisiones de tribunales de primera instancia dotados de competencia especial); y el grado de Tribunal Superior (Tribunal de primera instancia cuyas decisiones son impugnables frente al Tribunal Supremo). En el sistema judicial esloveno no

existen órganos jurisdiccionales especializados en derecho civil y mercantil, por lo que todos los litigios civiles se resuelven ante los órganos jurisdiccionales locales y de distrito o sus secciones civiles o mercantiles. Tan sólo deben reseñarse los órganos jurisdiccionales específicos para los conflictos en materias social y laboral.

Por otra parte, no podemos obviar en este esquema jurisdiccional la específica labor del Tribunal Constitucional, el más alto órgano jurisdiccional, encargado de la protección de la constitucionalidad, la legalidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales, pudiendo en caso contrario declarar la nulidad de las disposiciones legales o de parte de las mismas. Sus magistrados son nombrados por la Asamblea Nacional, a propuesta del Presidente de la República, siendo nombrados para un mandato de nueve años, sin posibilidad de renovación.

Esta estructura se completa con el Tribunal Supremo con competencias para decidir sobre los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios.

La función jurisdiccional se ejerce por los jueces ordinarios (Tribunales de Circunscripción, Tribunales de Distrito y Altos Tribunales), por los jueces administrativos, por los jueces sociales (Tribunales Sociales y Altos Tribunales Sociales) y por los jueces del trabajo (Tribunales del Trabajo y Altos Tribunales del Trabajo), sin perjuicio de los límites a los que está sometida la competencia de éstos por el ejercicio de las funciones de los tribunales especiales y de los tribunales militares.

Ahora bien, respecto de la jurisdicción militar debe advertirse que la Constitución dispone que no pueden establecerse Tribunales extraordinarios así como tampoco tribunales militares en tiempo de paz (artículo 126.2).

Debe distinguirse entre jueces de carrera y jueces legos. Los Jueces de carrera son elegidos por la Asamblea Nacional sobre la base de una propuesta del Consejo de la Magistratura, gozando del estatuto de funcionarios públicos. Siendo su cargo de carácter permanente, sin embargo, puede el Consejo Judicial proponer a la Asamblea Nacional la remoción de un juez de su cargo cuando, en el ejercicio de sus funciones, haya vulnerado la Constitución o la ley o haya cometido un delito doloso abusando de su cargo judicial.

No obstante lo anterior, cualquier ciudadano puede participar como juez lego tratándose de delitos graves (examinados

en primera instancia por los tribunales de distrito) y de asuntos laborales o sociales examinados por los tribunales de trabajo y de lo social. No podemos sin embargo confundir la figura de este último con la de miembro del Tribunal del Jurado. Por su parte mientras que el juez de carrera instruye el procedimiento, el juez lego dispone tan sólo de un voto equivalente al suyo.

La Fiscalía del Estado ocupa un lugar especial en el sistema judicial que ahora analizamos, como órgano público independiente formando parte del poder ejecutivo. El Fiscal General del Estado es nombrado por la Asamblea Nacional.

De conformidad con su función de persecución de los delitos, los Fiscales del Estado son responsables de adoptar las oportunas medidas dirigidas a detectar las actividades delictivas y localizar a los delincuentes, y dirigir el trabajo de la policía durante la fase de instrucción; asimismo se encargan de presentar las correspondientes solicitudes de investigación, formular querellas y acusaciones ante el órgano competente e interponer los pertinentes recursos.

Existe una fiscalía especializada responsable de la persecución de las actividades delictivas en los ámbitos de la delincuencia organizada y los delitos económicos, el terrorismo y la corrupción; se cuenta con una sección para la persecución de los delitos cometidos por funcionarios de policía, de agencias de asuntos de interior con competencias policiales, de la policía militar, de los servicios de seguridad e inteligencia del Ministerio de Defensa y de la Agencia Eslovena de Seguridad e Inteligencia.

Según la Constitución de la República de Eslovenia, los abogados proporcionan asesoramiento jurídico, representan y defienden a las partes ante los tribunales y otros organismos públicos, redactan documentos y representan a las partes en sus relaciones jurídicas.

Es de destacar que en los procesos civiles las partes pueden estar representadas por cualquier persona con capacidad operativa plena, mientras que solo un abogado puede actuar como representante autorizado ante los Tribunales de Distrito, los Tribunales Superiores o el Tribunal Supremo, y de este mismo modo tratándose de procedimientos jurisdiccionales en virtud de la Ley de Salud Mental

Por último no podemos olvidarnos de los abogados del Estado. Las tareas de la abogacía del Estado son desempeñadas por el Abogado General del Estado, los abogados del Estado y

los abogados del Estado adjuntos. Los abogados del Estado y los abogados del Estado adjuntos son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia, previa consulta del Abogado General del Estado. Su mandato tiene una duración de ocho años y es renovable.

La Constitución prevé por su parte que el Consejo de la Magistratura ejerza el poder de autogobierno del sistema judicial, atribuyéndosele el poder de proponer a la Asamblea nacional los candidatos a la función de magistrado.

Resta por señalar los tipos delictuales de carácter castrense recogidos como tal específicamente por el Código penal de Eslovenia, capítulo XXVII, que lleva por rúbrica, «Criminal Offences against Military Duty», pudiendo hacerse la siguiente relación:

- desobediencia y no ejecución de una orden;
- desobediencia a un superior;
- negativa a recibir o usar armas;
- novedades falsas;
- deserción;
- maltrato a subordinados;
- violación del reglamento del centinela;
- incumplimiento de las medidas de protección de la Unidad;
- incumplimiento de medidas de protección durante ejercicios militares y,
- revelación de secretos militares.

## 23. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ESTONIA

ÁLVARO SEDANO LORENZO

*Capitán Auditor*

El art. 148 de la Constitución de Estonia —aprobada en el año 1992, después de conseguir la independencia de la URSS y modificada por última vez en julio de 2007— dispone:

El sistema judicial consiste en:

1. Juzgados provinciales y municipales, y juzgados administrativos;
2. Juzgados de apelación;
3. Tribunal Supremo.

La creación de Tribunales especializados con jurisdicción específica se regulará por ley.

Se prohíben los Tribunales de excepción.

Por tanto, no existe previsión a nivel constitucional de la existencia de jurisdicción militar, previéndose la regulación mediante Ley de «tribunales especializados». Sin embargo, en Estonia no se han creado órganos jurisdiccionales especializados.

El Código Procesal Penal estonio de 2003 no prevé la creación de órganos judiciales militares. Tampoco la normativa que directa o indirectamente regula cuestiones relativas a las Fuerzas Armadas (a título meramente ejemplificativo la Ley de Estado de Emergencia (1996), la Ley de Protección frente a la Tortura en tiempos de guerra (2007), la Ley sobre la Organización de las Fuerzas Armadas de Estonia (2008), la Ley de Defensa Nacional (2015). En ninguno de estos textos legislativos se prevé la creación de una planta y demarcación, siquiera transitoria o temporal en estados de emergencia o guerra, de órganos judiciales de corte castrense. Es decir, Estonia no posee jurisdicción militar. Ni tan siquiera en el estado de guerra.

Ello no quiere decir que no existan, en el Código Penal Estonio de 2001, delitos específicos que protejan bienes jurídicos castrenses. Así, el código punitivo estonio dedica un Capítulo al completo —el capítulo 24 (arts. 421 a 450)— a la regulación de los denominados «Delitos relativos al Servicio en las Fuerzas Armadas». En estos delitos el sujeto activo puede ser un paisano o un militar, según los supuestos. En todos ellos se protegen bienes netamente castrenses. Estos delitos son conocidos exclusivamente por tribunales ordinarios, previéndose subtipos agravados y/o agravamientos de pena en los supuestos de comisión de los tipos en los estados de emergencia y de guerra.

Los delitos relativos al servicio en las Fuerzas Armadas son los siguientes:

- Negativa a cumplir las órdenes (art. 432 CP).
- Incumplimiento de órdenes (art. 433 CP).
- Amenaza contra miembro de las Fuerzas Armadas (art. 434 CP).
- Agresión contra miembro de las Fuerzas Armadas (art. 435 CP).
- Salida no autorizada de la unidad militar u otro lugar cuando se está de servicio (art. 436 CP).
- Salida no autorizada de la unidad militar u otro lugar de servicio mientras se porta el arma reglamentaria o de dotación (art. 437 CP).
- Abandono no autorizado de la unidad militar u otro lugar de servicio en situación de batalla (art. 438 CP).
- Deserción (art. 439 CP).
- Abandono del servicio en las Fuerzas Armadas (art. 440 CP).
- Violación de requisitos para conducir u operar maquinaria (art. 441 CP).
- Violación de requisitos para vuelos o preparación de vuelos (art. 442 CP).
- Violación de los requisitos para la navegación de buques (art. 443 CP).
- Violación de las regulaciones internas o disciplinarias (art. 444 CP).
- Dar novedades falsas sobre el servicio (art. 445 CP).
- Abuso de autoridad (art. 446 CP).

- Negligencia en acto de servicio (art. 447 CP).
- Delitos contra la propiedad de las Fuerzas Armadas (art. 448 CP).
- Entrega de unidades armadas o entrega de propiedades al enemigo (art. 449 CP).
- Abandono del buque de guerra hundido (art. 450 CP).



## 24. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ISLANDIA

J. MANUEL TOCA FUENTE

*Capitán Auditor*

No existe jurisdicción castrense al carecer de fuerzas armadas militares.

### OBSERVACIONES

La república de Islandia carece de fuerza armada militar alguna desde mediados del siglo XIX, cuando pertenecía al Reino de Dinamarca. En 1918 adquiere la independencia del Reino de Dinamarca, siendo una corona dual, al estilo de la Commonwealth Británica. Con ocasión de la invasión militar acaecida contra Dinamarca por las fuerzas armadas del Tercer Reich, en 1940, Islandia es ocupada militarmente por tropas británicas, quienes ceden el testigo a Estados Unidos. En 1944, tras referendo, Islandia se convierte en República, rompiendo todo vínculo con Dinamarca, ocupándose de la defensa militar de la Isla, en un primer momento, Estados Unidos, para una vez, formada la OTAN, y cambiar la denominación, un contingente de la OTAN, básicamente integrado por componentes de las fuerzas armadas norteamericanas. En 2006, dicho contingente fue retirado de la Isla.

Consultada la web oficial islandesa, en concreto, [www.Lhg.is/english](http://www.Lhg.is/english), correspondiente al Servicio de Guardacostas, así como la propia de la policía islandesa, claramente se desprende, que dichos cuerpos, los cuales se encargan de la defensa de la isla, no utilizan el término militar para referirse a dicha defensa y se especifica claramente, que los mismos, pese a contar con buques patrulleros de cierto tonelaje, así como medios aéreos de ala rotatoria y de hélice, además de contar con cierto armamento (del tipo policial), sus integrantes tienen la condición de personal civil.

Como colofón, participar, que fueron esos dos cuerpos (Policía islandesa y Guardacostas) los que se enfrentaron a la Armada británica y a los pescadores británicos durante las tres guerras del bacalao que enfrentaron a las citadas naciones entre los años 1949 y 1976.

## 25. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LETONIA

CRISTINA DEL PESO CRESPOS

*Comandante Auditor*

Sólo en estado de guerra o excepción intervienen los tribunales militares.

Junto a los poderes ejecutivo y legislativo, Letonia cuenta con un poder judicial independiente, cuyos órganos se estructuran en tres niveles. Según la Constitución letona, la justicia es administrada por los Tribunales de Distrito y Municipales, las Audiencias Territoriales, el Tribunal Supremo (Augstaka tiesa) y el Tribunal Constitucional (Satversmes tiesa), a los que, como se acaba de indicar, en estado de guerra o en estado de excepción o de emergencia se añaden los tribunales militares.

A este respecto se articula una Ley de Tribunales Militares, de 1 de abril de 2005, en la que se determina que la orden para que empiecen a actuar los tribunales militares debe dictarla el Ministerio de Justicia; en tal caso, comenzarán a actuar uno o más Tribunales Militares de Primera Instancia y un Tribunal Militar de Apelación.

Con arreglo a su ley del poder judicial (likums «Par tiesu varu»), el Ministro de Justicia es la más alta autoridad del Estado en materia de administración judicial. El Consejo del Poder Judicial (Tieslieu padome) es un órgano colegiado que se ocupa de formular las políticas y estrategias de organización judicial, así como de mejorar el sistema de funcionamiento de los órganos judiciales.

El Ministerio de Justicia en colaboración con el Ministerio de Defensa determinan quienes son los jueces cualificados, que forman parte de los tribunales ordinarios, para actuar como jueces del Consejo de Guerra.

—Fiscales del Consejo de Guerra.

La Oficina del Fiscal General en colaboración con el Ministerio de Defensa, como en el caso anterior, determinan los Fiscales de la jurisdicción ordinaria que resultan cualificados, para actuar ante el Consejo de Guerra.

—Abogados del Consejo de Guerra.

El Colegio de Abogados de Letonia, en colaboración con el Ministerio de Defensa designan a los abogados que de igual modo consideren que están cualificados para intervenir en el Consejo de Guerra.

En todos estos supuestos se establecen unos registros de intervenciones de jueces, fiscales y abogados designados para intervenir ante dicho Consejo.

Los fiscales (de los Tribunales ordinarios —como se ha indicado en el apartado anterior) ejercen la acusación.

—Los abogados (civiles) la defensa.

#### OBSERVACIONES

I. El Consejo de Guerra de Letonia tiene competencia para conocer los delitos cometidos en estado de guerra o excepción, por:

1. militares.

2. civiles:

a) si el delito es cometido contra soldados, prisioneros de guerra, bienes muebles o inmuebles afectos a las Fuerzas Armadas o de otro modo representan un peligro para las capacidades de defensa del país,

b) si cometen un delito, junto con los soldados,

c) si el delito está vinculado a otros delitos competencia de la jurisdicción del Consejo de guerra.

d) si cometen determinados delitos previstos en la ley penal común.

3. los prisioneros de guerra.

#### II. Peculiaridades

1. Se atribuye la realización de las investigaciones preventivas a la Policía Militar.

2. Aplicación de un procedimiento legal de urgencia, con independencia de la gravedad de la infracción.

3. Las sentencias o el fallo que dictamine el Tribunal Militar de Apelación es definitivo y no es susceptible de recurso.
4. Finalizado el estado de guerra o de excepción el Ministro de Justicia emitirá una orden declarando terminada la intervención del Consejo de Guerra, pasando a conocer en estos casos la jurisdicción ordinaria —tribunales de primera o de segunda instancia—, los supuestos en los que el Consejo de Guerra no se hubiese pronunciado.



## 26. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LITUANIA

MERCEDES ALBA RODRÍGUEZ

*Comandante Auditor*

La estructura judicial de la República de Lituania aparece recogida en los Títulos Octavo y Noveno de su Constitución. En el Título Octavo, artículo 108, se regula la existencia de un Tribunal Constitucional formado por nueve jueces que serán elegidos por el Parlamento de la siguiente manera: tres candidatos entre los propuestos por el Presidente de la República, otros tres entre los propuestos por el presidente del Parlamento y otros tres entre los propuestos por el presidente de la Corte Suprema.

Por su parte, el Título noveno establece, en su artículo 111 que:

Los tribunales de la República de Lituania son la Corte Suprema, el Tribunal de Apelación, los tribunales de distrito y los tribunales locales. Para la instrucción de asuntos que se apoya en la administración, el trabajo, la familia u otros litigios, los tribunales especializados pueden estar constituidos en conformidad a la Ley. Los Tribunales de Excepción no pueden estar constituidos en tiempos de paz en la República de Lituania. La composición y la competencia de los tribunales son fijadas por la Ley sobre los tribunales de la República de Lituania.

En Lituania hay 56 órganos jurisdiccionales ordinarios:

- El Tribunal Supremo de Lituania, órgano de última instancia que examina los recursos de casación contra las sentencias, resoluciones, mandamientos y órdenes de los órganos jurisdiccionales ordinarios.
- El Tribunal de Apelación de Lituania que conoce de las apelaciones contra las sentencias de los tribunales regionales (actuando en primera instancia). Es competente, igualmente, en materia de reconocimiento de las resolu-

ciones de los tribunales de otros países o de los laudos arbitrales internacionales, y de su ejecución en la República de Lituania.

- 5 tribunales regionales, órganos jurisdiccionales de primera instancia que juzgan los asuntos penales y civiles correspondientes a su ámbito competencial. También examinan las apelaciones contra las sentencias, resoluciones, mandamientos y órdenes de los tribunales de distrito.
- 49 tribunales de distrito, son órganos jurisdiccionales de primera instancia que conocen de:
  - Asuntos en materia penal
  - Asuntos en materia civil
  - Asuntos por infracciones administrativas (asignadas por ley a ellos)
  - Asuntos en materia de ejecución de hipotecas correspondientes a su jurisdicción
  - Asuntos relativos a la ejecución de resoluciones y sentencias

En cuanto al ejercicio de la acusación pública, según preceptúa el artículo 118, la misma viene encomendada al Ministerio Fiscal, a quien también corresponderá ejercer las persecuciones criminales y controlar la actividad de los órganos encargados de los interrogatorios; se establece, así mismo, que la instrucción preliminar será efectuada por agentes de instrucción.

Debe significarse que la normativa en el ámbito penal de la República de Lituania está constituida por el Código Penal de la Republica de Lituania, aprobado el 26 de septiembre de 2000 por el Parlamento (el Seimas), el Código de Procedimiento Penal de la República de Lituania, aprobado por el Seimas el 14 de marzo de 2002, y el Código de Ejecución Penal de la República de Lituania, aprobado por el Seimas el 27 de junio de 2002, entraron en vigor el 1.º de mayo de 2003.

## 27. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN NORUEGA

ANA PILAR VELÁZQUEZ ORTIZ

*Capitán Auditor*

En Noruega NO existe jurisdicción militar.

La jurisdicción ordinaria se divide en tres instancias: el Tribunal Supremo, los Tribunales de Apelación y los Juzgados de Distrito. Se prevé, asimismo, la posibilidad de jueces legos, elegidos por períodos de cuatro años por parte de los ayuntamientos, que pueden formar parte de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales de Apelación, pero no del Tribunal Supremo.

La jurisdicción se compone exclusivamente por jueces y magistrados civiles.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el capítulo 33 a regular el específico procedimiento a seguir en caso de causas penales militares. Únicamente en tiempo de guerra se prevé la presencia de vocales militares en el supuesto de procesos relativos a delitos militares. En este caso, las listas de Jueces legos se ofrecen por parte de las Autoridades militares.

La acusación es ejercida por fiscales militares en las dos primeras instancias. En el Tribunal Supremo, podrá ser ejercida por el Fiscal General Civil que podrá ceder dicha competencia a su homólogo militar.

Todo el sistema se basa en una especialidad del orden común, al no existir jurisdicción militar específica.



## 28. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN PANAMÁ

M.<sup>a</sup> VICTORIA CASCALLANA DE LA VARGA

*Comandante Auditor*

Dentro del modelo latinoamericano de jurisdicción militar, integrado por distintas variantes, el caso de Panamá se caracteriza por la ausencia de jurisdicción militar.

En este sentido, el artículo 310 de la Constitución Política de la República de Panamá, de 11 de octubre de 1972, dispone que la República de Panamá no tendrá Ejército<sup>231</sup>.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley núm. 18, de 3 de junio de 1997, Ley Orgánica de la Policía Nacional, dispone que la Policía Nacional es la institución encargada de garantizar la paz, la seguridad ciudadana, el cumplimiento y la observancia de la Constitución Política de la República y demás leyes, así como el orden interno, subordinada al poder público legítimamente constituido, por lo cual es un cuerpo armado, permanente y de naturaleza civil.

El artículo 5 de la citada ley orgánica hace mención a la participación de la Policía Nacional en la defensa de la integridad territorial del país, que se regirá por las normas contenidas en el artículo 310 de la Constitución Política de la República de Panamá.

El Órgano Judicial, denominación que recibe en la Constitución panameña el Poder Judicial, está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establece.

Dado que en la República de Panamá no hay ejército, no puede existir especialidad alguna en el orden penal común ni en el contencioso administrativo con respecto a lo militar.

Sí existe una especialidad en el régimen disciplinario aplicable a los miembros de la Policía Nacional, que constituyen un cuerpo armado de naturaleza civil, no militar. En este sentido, la

Policía Nacional se rige en cuanto a su organización y funcionamiento por la Ley Orgánica núm. 18, de 3 de junio de 1997 y su personal está sujeto al régimen disciplinario que recoge el Decreto Ejecutivo 204, de 3 de junio de 1997, por el que se expide el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional.

#### OBSERVACIONES

En esta exposición se va a dejar constancia de que la República de Panamá no siempre ha carecido de jurisdicción militar, indagando en su legislación interna se llega al siguiente resultado:

El 4 de noviembre de 1903, el gobierno provisional proclamó formalmente la Constitución de la República de Panamá, tras independizarse de Colombia, país al que estuvo unida desde el 28 de noviembre de 1821.

Por considerarlo esencial para la nueva institucionalidad que se creaba, sólo dieciocho días después de la proclamación de la República, la Junta de Gobierno Provisional dictó el Decreto Legislativo 19, de 21 de noviembre de 1903, sobre Organización Judicial, según su artículo 1:

El Poder Judicial de la República de Panamá, mientras se legisla sobre el particular por el Cuerpo Constituyente de la Nación, se ejercerá por una Corte de Justicia, por un Juez Superior, por jueces de circuito en cada provincia, por jueces municipales en cada distrito, por Tribunales de Arbitramento y Tribunales Militares.

Esta es la primera referencia que se hace a la jurisdicción militar en la legislación de la República. La conveniencia de crear y organizar tribunales tanto de arbitramento, como de justicia militar serían tareas a considerar por la Asamblea Constituyente o, en todo caso, por el Poder Legislativo que de ella surgiese, y no se dispuso nada en los pocos meses que precedieron a la instalación de la Convención Constituyente a principios de 1904.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley 58, de 27 de mayo de 1904, sobre Organización Judicial, dispone:

La administración de justicia se ejercerá por la Corte Suprema de Justicia, por un Juez Superior, por jueces de circuito, por jueces municipales y por cualquier otra entidad que hubiere necesidad de crear en concordancia con las necesidades y los tratados públicos. También se ejercerá por la Asamblea Nacional en los casos especiales determinados en la Constitución, por los tribunales militares,

por las autoridades administrativas en lo de su incumbencia y aún por los individuos particulares que en calidad de jurados, arbitra- dores o amigables componedores.

Encontramos otra referencia en el artículo 109 de la citada ley que reconoce a la jurisdicción militar como una jurisdicción especial, en la que la Corte Suprema de Justicia (jurisdicción ordinaria) conoce en segunda instancia de los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra sentencias de los tribunales militares.

Posteriormente, tras la reforma operada por la Ley 94 de 23 de junio de 1931, se recogieron las funciones de la Corte Suprema en la Justicia Militar.

La Ley 25, de 27 de enero de 1937, crea el Código de Organización Judicial, su artículo 1 sigue haciendo referencia a los tribunales militares, en una redacción similar a la ofrecida por el artículo 1 de la Ley 58 de 1904.

En esta línea fueron avanzando las diferentes reformas de la organización judicial panameña, como por ejemplo la Ley 61 de 30 de septiembre de 1946, por la que se aprueba el nuevo Código Judicial.

Avanzando en la historia del país, el 11 de octubre de 1968 la Guardia Nacional derrocó al Presidente constitucional de Panamá, doctor Arnulfo Arias Madrid, tras un golpe militar; nos adentramos así en las décadas en las que el Ejército mantuvo un poder de facto en Panamá desde octubre de 1968 (bajo el mando del General Omar Torrijos) hasta diciembre de 1989 (mando del General Manuel Antonio Noriega), los militares asumieron desde entonces el control absoluto del poder público y la Corte Suprema de Justicia pasó a asumir un papel dependiente y sumiso jamás antes experimentado.

Pero cuando el General Noriega fue derrocado por una invasión militar estadounidense, los 15.000 miembros de las Fuerzas de Defensa que comandó directamente Noriega fueron desmovilizados y remplazados por una fuerza policial.

Es por esto, por lo que el 20 de diciembre de 1989, el gobierno decidió abolir, constitucionalmente las fuerzas militares de Panamá, dejando la seguridad interna bajo la responsabilidad de una estructura policial, con el fin de brindar protección a la vida, honra y bienes de los nacionales y extranjeros, bajo la jurisdicción territorial; así como, prevenir los hechos delictivos y conservar el orden público, con una mirada reconciliadora y democrática.



## 29. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN PORTUGAL

PALMA PEROTE MARTÍNEZ

*Comandante Auditor*

La jurisdicción militar portuguesa tiene su consagración en la Constitución portuguesa de 1976, aprobada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 25 de abril de 1976. Dicha Constitución en su redacción original otorgaba un lugar importante a las Fuerzas Armadas como consecuencia del papel de éstas en la Revolución de «Los claveles» de 1974. De hecho, su papel se institucionalizó con el llamado Consejo de la Revolución que aconsejaba al presidente de la República y garantizaba el buen funcionamiento de las instituciones y el respeto al espíritu de la revolución<sup>232</sup>. Este consejo fue remplazado por el Consejo de Estado durante la primera revisión constitucional el 30 de septiembre de 1982. Dentro del texto, el Título X, en concreto los artículos 275 y 276, es el encargado de la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, aunque, al igual que ocurre en la nuestra Constitución, es en las disposiciones relativas al Poder Judicial donde se menciona la jurisdicción militar<sup>233</sup>.

En efecto, el artículo 202 de la Constitución portuguesa dispone que los Tribunales son los órganos de soberanía competentes para administrar la justicia en nombre del pueblo y a ellos les corresponde «asegurar la defensa de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad democrática y dirimir los conflictos de intereses públicos y privados». Es el artículo 213 el que hace mención a la jurisdicción castrense, indicando que «Durante la vigencia del estado de guerra se constituirán tribunales militares con competencia para juzgar delitos de naturaleza estrictamente militar». De este precepto se deducen dos características básicas:

- a. Que no hay una estructura jurisdiccional militar fija y estable, sino que se pondrá en marcha con carácter provisional y para tiempo determinado.
- b. Que no hay jurisdicción militar para el enjuiciamiento y fallo de delitos militares en tiempo de paz, por lo que será la jurisdicción ordinaria la que se ocupe de los mismos aplicando las disposiciones del Decreto-Ley núm. 78/87, de 17 de febrero de 1987, por el que se dicta el Código Procesal Penal, actualizado hasta el Decreto-Ley núm. 324/2003, de 27 de diciembre de 2003.
- c. Que la circunstancia habilitadora de la jurisdicción militar en Portugal es la vigencia del estado de guerra.
- d. Que el ámbito material de esta jurisdicción queda ceñida a los delitos de naturaleza estrictamente militar, los cuales vienen definidos en la Ley 100/2003, de 15 de noviembre<sup>234</sup>, por el que se aprueba el Código de Justicia Militar reformado y revisado el 3 de enero de 2004<sup>235</sup>.

Además, y siguiendo dentro del texto constitucional, el artículo 219 a la hora de regular las bases del Ministerio Público, establece que a éste le compete representar al Estado y defender los intereses que la ley establezca, así como, con observancia de lo dispuesto en el apartado siguiente y en los términos establecidos por la ley, participar en la ejecución de la política criminal definida por los órganos de soberanía, ejercer la acción penal orientada por el principio de la legalidad y defender la legalidad democrática. El párrafo cuarto específicamente reseña que «La ley establece formas especiales de asesoramiento del Ministerio Fiscal en los casos de delitos estrictamente militares».

Caracterizada la jurisdicción militar portuguesa como una jurisdicción desplegable únicamente en estado de guerra y para el conocimiento y fallo de delitos estrictamente militares, hay que acudir al Libro II del Código de Justicia Militar portugués donde se regula el proceso penal militar y, en concreto, dentro del Capítulo I donde se prevén las disposiciones preliminares<sup>236</sup>.

Conviene destacar como el artículo 8 del Código establece que serán considerado delitos cometidos en tiempo de guerra los perpetrados estando Portugal en estado de guerra declarado a país extranjero y como, a su vez, el artículo 9 extiende el concepto a los delitos perpetrados en estado de sitio o de emergencia o en

aquellos casos en los que se tenga que aplicar las disposiciones de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra así como los relacionados con el compromiso de las Fuerzas Armadas en misiones de apoyo a la paz en el marco de los tratados internacionales suscritos por Portugal<sup>237</sup>.

En relación a las normas de competencia de los tribunales militares, el artículo 107 establece que las disposiciones del Código Procesal Penal ordinario son aplicables a los tribunales militares y a los procesos de naturaleza penal militar previstos en la parte especial del Código donde se regulan los tipos penales castrenses. En el Capítulo II, bajo el epígrafe «De los Tribunales» y que comprende los artículos 108 y siguientes se regula la competencia de los órganos de la jurisdicción militar bajo una triple perspectiva: la competencia material, funcional y territorial. Para ello el propio artículo 108 declara la aplicabilidad subsidiaria tanto del Código de Proceso Penal ordinario como las leyes en las que se establece la organización jurisdiccional portuguesa. Desde la perspectiva de la competencia material y funcional, el artículo 109 establece que una triple distinción.

En relación a la competencia material, a las secciones penales del Tribunal Supremo de Justicia, les corresponde juzgar los procesos por delitos estrictamente militares cometidos por Oficiales General sea cual sea su situación y a las secciones penales de los Tribunales de Lisboa y Oporto, les corresponde en enjuiciamiento de los procedimientos por delitos militares cometidos por oficiales del mismo empleo que los jueces militares de primera instancia.

En relación a la competencia funcional, ambos órganos jurisdiccionales tienen competencia para practicar los actos procesales propios de la instrucción, así como dirigir la instrucción de la manera que estimen más conveniente.

El artículo 110 hace referencia a la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales militares. Así en los distritos judiciales de Évora y Lisboa, será competente el Tribunal de Apelación de Lisboa y los Juzgado Penales 1.º y 2.º del Distrito de Lisboa. Estos órganos son los competentes también para el conocimiento de los delitos que se hayan cometido fuera de territorio nacional. En los distritos, por su lado, de Coimbra y Oporto, será competente el Tribunal de Apelación de Oporto y los Juzgados Penales 1.º y 2.º del distrito de Oporto.

El artículo 111 prevé la competencia del llamado «tribunal colectivo», adjudicándole el conocimiento de los procesos por delitos estrictamente militares.

En lo que atañe a la instrucción criminal militar, el artículo 112 dispone que las Secciones de instrucción criminal militar de los Tribunales de Instrucción Criminal de Lisboa y de Oporto tendrán competencia territorial, respectivamente, en sus distritos judiciales antes indicados, con la inclusión para el primero de la instrucción de los delitos cometidos fuera de territorio nacional.

El Código de Justicia Militar también recoge las competencias por conexidad siempre que los delitos sean de naturaleza estrictamente militar, tal y como dispone el artículo 113 del mismo. Para ello, el artículo siguiente se remite directamente al artículo 78.1 y 2 del Código Penal común y al artículo 472 del Código Procesal Penal. En caso de delitos militares será competente el Tribunal de la última condena y en caso de delitos militares en concurso con delitos comunes, el competente será el tribunal de la última condena por delito común.

Según el artículo 115 en la instrucción de los procesos penales militares intervienen tanto el Presidente de la Sección, el relator y dos jueces adjuntos siendo uno de ellos un juez militar. La intervención de éste se hará «por escala», excepto en los procesos por delitos directamente relacionados con alguna de las ramas de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Nacional Republicana, en cuyo caso el juez militar deberá pertenecer a esta misma. En caso de que mediara algún impedimento o causas de abstención, el juez militar será nombrado por sorteo.

La composición del tribunal militar para la vista viene recogida en el artículo 116. Según éste, fuera de los casos especialmente previstos en la Ley, la audiencia para delitos estrictamente militares será llevada a cabo por:

- a) En el Tribunal Supremo, el Presidente, el ponente y tres jueces auxiliares, estando siempre dos jueces militares.
- b) En los Tribunales de Apelación de Lisboa y Oporto, el Presidente de la Cámara, el ponente y dos jueces auxiliares, uno de ellos juez militar.
- c) En los tribunales penales de los distritos judiciales de Lisboa y Oporto, el presidente y dos adjuntos, siendo juez militar uno de ellos.

Según dispone el artículo 125, el Ministerio Fiscal será el encargado de la instrucción de los procedimientos penales militares asesorado por oficiales de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Nacional Republicana según dispone el artículo 127 en conexión con lo establecido en el artículo 219 de la Constitución, arriba reseñado.

Los artículos 128 y siguientes encuadrados en el Capítulo se encargan del diseño de la jurisdicción militar en tiempo de guerra. Este artículo 128 dispone que durante la vigencia del estado de guerra serán constituidos los tribunales militares ordinarios con competencia para el enjuiciamiento de delitos de naturaleza estrictamente militar. Frente a estos tribunales militares ordinarios, existe la posibilidad de que se constituyan otros de carácter extraordinario con la misma competencia. Dentro de los ordinarios destaca la siguiente organización: Tribunal Supremo Militar, Tribunales militares de 2.<sup>a</sup> Instancia y los Tribunales militares de 1.<sup>o</sup> Instancia<sup>238</sup>.

- a) La composición de los tribunales militares ordinarios será la siguiente<sup>239</sup>:
- b) Respecto al Tribunal Supremo Militar, éste se compone de los jueces militares del Tribunal Supremo de Justicia y por un auditor de guerra, consejero del mismo.
- c) Respecto de los Tribunales de 2.<sup>a</sup> Instancia de Lisboa y Oporto, por tres jueces militares y por un auditor de guerra procedentes respectivamente de ambos tribunales.
- d) Respecto de los Tribunales de 1.<sup>a</sup> Instancia de Lisboa y Oporto, por tres jueces militares y un auditor de guerra procedentes de dichos juzgados.

¿Cuándo se despliegan los tribunales militares extraordinarios? El artículo 131 dispone que cuando mediare razones graves de la justicia militar, debidamente justificadas, así lo requieran, pueden crearse en instalaciones militares existentes fuera del territorio o aguas nacionales, los tribunales militares extraordinarios, los cuales no tienen carácter permanente y serán disueltos una vez que ha finalizado el proceso. En este caso, el nombramiento viene dado por el Jefe de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas portuguesas, a propuesta del Jefe de la instalación o de la fuerza donde se vayan a constituir<sup>240</sup>.

Estos tribunales extraordinarios están compuestos, según el artículo 132, por un presidente y tres vocales militares y un juez que, o bien pertenecerá a un tribunal militar o civil más próximo. En caso de inexistencia, podría ser cualquier individuo, militar o civil siempre que sea licenciado en Derecho. Tanto el presidente como los vocales tendrán graduación superior al acusado. Finalmente, si no es posible constituir este tribunal extraordinario, será el tribunal militar ordinario el competente.

¿Cómo se corresponde la estructura ordinaria de la jurisdicción portuguesa con los órganos jurisdiccionales militares en el caso de estado de guerra? Según el artículo 135, la competencia del Supremo Tribunal Militar equivale a la del Tribunal Supremo ordinario en tiempo de paz; los tribunales militares de 2.<sup>a</sup> instancia con los Tribunales de Apelación de Lisboa y Oporto y, por último, los tribunales de 1.<sup>a</sup> instancia como los Juzgados de Lisboa y Oporto. Esta estructura marca la correspondencia con los tribunales militares ordinarios, los cuales, cabe recordar, se ciñen a la persecución y enjuiciamiento de delitos estrictamente castrenses. En los casos de activación de los tribunales militares extraordinarios, sus competencias quedarán relegadas simplemente a las propias de los tribunales militares de 1.<sup>a</sup> Instancia.

Evidentemente, parece lógico, dada la correlación de competencias entre la jurisdicción ordinaria, fija, y la militar ordinaria, provisional, que las normas procesales de la primera sean de aplicación a la segunda. Así lo finan tantos los artículos 107, 108 y 136 del Código de Justicia Militar. Ahora bien, ¿qué ocurre con los tribunales extraordinarios? Pues bien, en estos casos, el artículo 137 marca ciertas especialidades. Algunas de las más importantes son las siguientes:

- a) No hay fase de instrucción.
- b) Los plazos procesales se reducen a la mitad.
- c) En delitos militares cometidos en zona de operaciones y cuando afectada gravemente la disciplina, se podrá constituir directamente el tribunal militar extraordinario sin necesidad de fase de investigación, siendo la mera propuesta de constitución base suficiente para ello.
- d) Hay un plazo de 48 horas para formular la acusación.

La Ley 101/2003, de 15 de noviembre, aprueba el Estatuto de los Jueces Militares y de los asesores militares del Ministerio

Público. Dicha norma se remite expresamente en su artículo 2 al Estatuto de los Militares de las Fuerzas Armadas<sup>241</sup> y el Estatuto del Militar de la Guardia Nacional Republicana<sup>242</sup>. Dichas normas serán de aplicación subsidiaria a las contenidas en la Ley referenciada en lo que afecta al ejercicio de las funciones judiciales. Del resto de artículos que conforman el Estatuto de los jueces se deduce como están directamente vinculados al Poder Judicial:

- a) Los jueces militares en tanto que dure su comisión de servicio son inamovibles e independientes (artículo 3), así como responsables civil, penal o disciplinarios en los casos en los que la Ley lo marque (artículo 5). En relación al régimen disciplinario, por ejemplo, los jueces militares estarán sometidos al Estatuto de los Magistrados Judiciales<sup>243</sup> siendo competente el Consejo Superior de la Magistratura para el ejercicio de la acción disciplinaria (artículo 7).
- b) En caso de renuncia, ésta tiene que venir aprobada por el Consejo Superior de la Magistratura; mientras que en los casos de imposibilidad física podrá ser este órgano, el Jefe de Estado Mayor del Ejército respectivo o de la Guardia Nacional Republicana la competente para verificarlo (artículo 4).

Los jueces militares se integran en los tribunales competentes para el enjuiciamiento de los delitos estrictamente militares según establece la Ley de organización y Funcionamientos de los Tribunales ordinarios junto con las disposiciones, ya analizadas, del Código de Justicia Militar<sup>244</sup>. Así:

- a) Para el Tribunal Supremo de Justicia, los jueces militares serán Vicealmirantes e Teniente Generales de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Nacional Republicana<sup>245</sup>. Su nombramiento recaerá entre personal que ya esté en la situación de reserva o, estando en activo, hayan pedido el pase a esta situación, según el artículo 13.2.
- b) Para el Tribunal de Apelación, los jueces militares serán Contraalmirantes y Mayores-General de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Nacional Republicana, entre personal que esté en activo o reserva.
- c) Para los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia, estará reservado a «Capitanes de mar y guerra» o Coroneles de las Fuerzas

Armadas o de la Guardia Nacional Republicana, entre oficiales que tengan la licenciatura en Derecho.

El nombramiento de todos ellos será competencia del Consejo Superior de la Magistratura a propuesta de los Jefes de Estado Mayor respectivos, según el artículo 14. Como ya he apuntado anteriormente, los jueces militares nombrados tienen un periodo fijado para su comisión de servicio. Dicho plazo es de 3 años, el cual podrá ser prorrogado una sola vez, según el artículo 15.

Finalmente, cabe hacer una breve mención al régimen de los asesores militares del Ministerio Público. Con la base constitucional del artículo 219, se desarrolla en el artículo 20 y siguientes de la Ley 101/2003, de 15 de noviembre. Según el artículo 20 de la misma, estos asesores serán oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Nacional Republicana que se integrarán en los llamados Núcleos de Asesoría Militar de los Departamentos de Investigación y Acción Penal de Lisboa y Oporto. Su misión, como ya se ha apuntado, queda ceñida a los delitos estrictamente militares.

Estos oficiales, según el artículo 21, tendrán el empleo de Primer-teniente o Capitán y se integrarán en un núcleo de al menos cuatro oficiales por cada uno de los Departamentos. Entre sus funciones, definidas en el artículo 22, destacan:

- a) Ejercer la acción penal relativa a la comisión de delitos militares.
- b) Promover las medidas cautelares que se estimen pertinentes.
- c) Ejercer la dirección de la investigación.
- d) Fiscalizar la actividad procesal de la Policía Judicial, llamada Policía Judicial Militar<sup>246</sup>.
- e) Promover la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad.

Para el ejercicio de estas competencias, los asesores militares emitirán informe previo, no vinculante, dirigido a los magistrados responsables del proceso en algunas cuestiones concretas, marcadas en el artículo 23. En concreto, respecto al requerimiento de aplicación de medidas de coacción para asegurar la efectividad del servicio, así como su derogación, modificación o extinción; respecto de la audiencia del Ministerio Fiscal cuando las medidas anteriores se hayan decretado de oficio y, finalmente, para la formulación de la acusación o el archivo de las actuaciones.

En relación a su nombramiento, el artículo 24 dispone que los asesores militares serán nombrados por el Procurador General de la República, con propuesta de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos o de la Guardia Nacional Republicana. Según el artículo 25, estos asesores están sujetos al estatuto militar correspondiente, sin perjuicio del deber de reserva de los asuntos de los que estén conociendo.

El artículo 133 del Código de Justicia hace referencia a la figura del Ministerio Fiscal. Como ya se ha apuntado en el artículo 219 de la Constitución, el fiscal en los procesos penales militares serán miembros de la fiscalía ordinaria sin perjuicio del hecho de que puede ser asesorado militarmente. El artículo 133 del Código Justicia Militar no marca ninguna especificidad en lo que atañe a los tribunales ordinarios. Sí, en cambio, en los casos de los extraordinarios. El párrafo segundo de este precepto prevé que para caso concreto se nombrará ad hoc a un militar de mayor empleo que el acusado y con preferencia si es licenciado en Derecho.

Finalmente, la defensa del acusado en los tribunales militares estará encomendada, por aplicación del artículo 134, a un abogado en el caso de los ordinarios y a un abogado o en su defecto a un licenciado en Derecho, para los extraordinarios.

Además, esta cuestión debería completarse con lo dicho en relación a los asesores militares del Ministerio Público.

En relación al orden penal común, la única referencia del CP al ámbito de actuación de la jurisdicción militar es la prevista en el artículo 8 en el que se declara que las disposiciones del código serán aplicables a los hechos punibles del derecho penal militar, salvo disposición en contrario<sup>247</sup>.

En relación al orden contencioso, hay que acudir a la Ley Orgánica 2/2009, de 22 de julio, por la que se aprueba el reglamento disciplinario militar<sup>248</sup>. En el artículo 133 y siguientes se regula la impugnación contenciosa de las resoluciones disciplinarias administrativas. Este precepto señala que las decisiones adoptadas por el Jefe de Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas o por los Jefes de Estado Mayor de las distintas ramas de las mismas podrán ser recurridas en vía contenciosa, al igual que las medidas cautelares que puedan ser adoptadas, previstas en el artículo 95 de la ley disciplinaria. La jurisdicción contencioso administrativa será competente.

## OBSERVACIONES

Como colofón a este análisis conviene hacer referencia a los delitos estrictamente militares que vienen recogidos en el Código de Justicia Militar, de los cuales conocerá la jurisdicción ordinaria en tiempo de paz y la jurisdicción militar desplegada ad hoc en tiempo de guerra. El Título II del Código de Justicia se ocupa de la Parte Especial, la cual está dividida en varios capítulos:

- a) En el capítulo I se ocupa de los crímenes contra la independencia e integridad nacional.
  - En la sección I, bajo el epígrafe «Traición», se regulan del artículo 25 a 32 los delitos de traición a la patria, el servicio militar en fuerza armadas enemigas, el favorecimiento del enemigo, la inteligencia con extranjero para provocar la guerra, los actos tendentes a provocar la guerra o los actos contra el «esfuerzo de guerra».
  - En la Sección II se prevén los delitos de violación de secretos, revelación de los mismos y espionaje en los artículos 31 a 35.
  - En la sección III se contemplan en los artículos 36 y 37 los delitos de corrupción activa y pasiva como infidelidades al servicio militar.
- b) En el capítulo II se desarrollan los delitos contra los derechos de las personas.
  - En la sección I, de los artículos 38 a 49, se regulan los crímenes de guerra.
  - En la sección II, los crímenes en acuartelamiento, de los artículos 50 a 56.
- c) En el capítulo III, bajo el epígrafe «Delitos contra la misión de las Fuerzas Armadas», y en el artículo 57 y siguientes se prevén los delitos de cobardía, capitulación injustificada, abandono o abstención del combate o el abandono de nave de guerra.
- d) En el capítulo IV, delitos contra la seguridad de las Fuerzas Armadas, se regulan de los artículos 66 a 71 delitos militares como el abandono de puesto, el incumplimiento de los deberes del servicio o las ofensas a centinela.
- e) El capítulo V se ocupa de los delitos contra la capacidad militar y la defensa nacional en los artículos 72 a 84.

- La sección I se encarga de los delitos de desertión.
  - La sección II regula el incumplimiento de las obligaciones militares como la mutilación para evitar el servicio militar.
  - La sección III, de los daños en material de guerra.
  - La sección IV, de la pérdida, robo o hurto de material de guerra.
- f) En el capítulo V se regulan los atentados contra la autoridad, dividiéndose en dos secciones. La primera (artículos 85 y siguientes) relativa a los delitos de insubordinación; la segunda (artículos 92 y siguientes) relativa a los delitos de abuso de autoridad.
- g) Finalmente, el Código Justicia incluye dos capítulos.
- El capítulo VII donde se establecen los delitos contra el deber militar donde se incluyen, por ejemplo, los ultrajes a la bandera nacional.
  - El capítulo VIII relativo a los delitos contra el deber marítimo.



ESTADOS CON LIMITADÍSIMA  
JURISDICCIÓN MILITAR



### 30. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA REPÚBLICA FRANCESA

JAVIER PALACIOS BLANCO

*Comandante Auditor*

No existe una jurisdicción especial, ni una jurisdicción especializada, pero sí existen órganos o salas de la jurisdicción ordinaria especializados en materia penal militar, lo que en su legislación denominan tribunales ordinarios especializados en cuestiones militares («des juridictions de droit commun spécialisées en matière militaire»).

En Francia aunque la tendencia desde Napoleón Bonaparte es que exista una única jurisdicción y que primero se es ciudadano francés y luego soldado, no es menos cierto que se distingue la función militar con sus particulares limitaciones y riesgos, por lo que sigue existiendo un Código de Justicia Militar especial «Code de la justice militaire» con su correspondiente «Code de procédure pénale».

Con sucesivas reformas desde 1965 se ha tendido a asimilar al soldado con el ciudadano (al menos en tiempo de paz) sin dañar los intereses de las Fuerzas Armadas.

La anterior reforma se realizó mediante el estatuto de 10 de noviembre de 1999 («Loi núm. 99-929 du 10 novembre 1999 portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale») con un triple objetivo: Alinear el procedimiento aplicable en la jurisdicción militar con el que se aplica en los tribunales ordinarios, agrupar en una única Corte de Justicia los diferentes procedimientos relacionados con las infracciones penales cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el exterior y respetar un mínimo de disposiciones destinadas a garantizar su elemento distintivo.

La última reforma, mediante Ley de 13 de diciembre de 2011 («Loi núm. 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures

juridictionnelles») es considerada como la supresión del último órgano específico de la jurisdicción militar en tiempo de paz, el «Tribunal aux armées de Paris», creándose una cámara especializada en materia militar dentro del «Tribunal de Grande Instance de Paris» (Tribunal de gran instancia de Paris).

Las infracciones penales de naturaleza común cometidas por militares franceses en territorio francés son enjuiciadas por la jurisdicción ordinaria.

El resto de infracciones penales cometidas por militares en tiempo de paz relativas a sus obligaciones militares y delitos de naturaleza militar, según se definen por el Código de Justicia Militar, recaen bajo la competencia de las cámaras o salas especializadas que se crearon por la Ley de 10 de noviembre de 1999, dentro de la jurisdicción ordinaria («Code de procédure pénale». Arts. 697 y ss.). Son 37 cámaras o salas especializadas. Actualmente la Ley de 13 de diciembre de 2011 mantiene estas salas especializadas con las mismas competencias, referidas a crímenes y delitos cometidos en el territorio de la República por los militares en el ejercicio del servicio (en acto de servicio).

Desde noviembre de 1999, existía únicamente un tribunal militar especial («Tribunal aux armées de Paris») competente solamente para enjuiciar infracciones penales cometidas en el exterior por miembros de las Fuerzas Armadas o contra los mismos.

Hay que tener en cuenta que Francia mantiene entre 10 y 15 mil soldados en el exterior. Con la Ley de 13 de diciembre de 2011, que entró en vigor el 1.º de enero de 2012, ya solamente existe una cámara especializada con competencias jurisdiccionales en materia militar, dentro del «Tribunal de Grande Instance de Paris».

Este Tribunal, sito en la Île de la Cité de Paris, competente tanto para materias civiles, como para materias penales, tiene dentro de las materias penales:

- Nuevas competencias relativas a crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Vienen recogidas en el Capítulo VIII de la Ley de 13 de diciembre de 2011. «Chapitre VIII : Regroupement de certains contentieux en matière pénale au sein de juridictions spécialisées ». En su artículo 22 modifica el artículo 628 de la Ley de procedimiento

criminal («Le Code de procédure pénale»), incluyendo las reglas de procedimiento aplicables a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra, también incluye la cooperación con la Corte Penal Internacional.

- En su Capítulo X. «Chapitre X: Aménagement des compétences juridictionnelles en matière militaire », el artículo 32 modifica los artículos 697.4 y 5 de la Ley de procedimiento y dispone que la instrucción y enjuiciamiento de los crímenes cometidos fuera del territorio francés por miembros de las Fuerzas Armadas o contra los mismos en tiempo de paz serán de la competencia del «Tribunal de Grande Instance de Paris».
- Además como novedad, dispone la competencia del mismo órgano para instruir y juzgar los actos terroristas cometidos fuera del territorio de la República por los miembros de las Fuerzas Armadas francesas o contra los mismos.

La posibilidad de apelación se sigue ejerciendo ante la «cour d'appel de Paris» que es un tribunal civil.

En tiempo de guerra podrían crearse tribunales especiales (artículo 1 del Código de Justicia Militar). Habiéndose creado en el pasado únicamente dos tribunales militares especiales para la crisis de Argelia entre 1961 y 1962. Actualmente se designarían los tribunales especializados territoriales y para territorios de ultramar que se precisasen y mediante decreto del Consejo de Estado se fijaría la sede de estos tribunales y su jurisdicción y el número de salas de audiencia y de instrucción necesarios, así como las autoridades militares que ejercerían la jurisdicción bajo la autoridad del Ministro de Defensa, aplicándose el Código de Justicia Militar.

1. Esquema de la organización de la jurisdicción militar francesa

Órganos judiciales	Número	Sede	Asuntos
	En tiempo de paz		
Tribunal aux armées actualmente Tribunal de Grande Instance	1	Paris	Delitos FAS en exterior (incluye terrorismo en el exterior)
Salas especializadas	37	Incardinadas en tribunales jurisdicción ordinaria	Delitos militares en acto de servicio
	En tiempo de guerra		
Tribunales especiales	2	Argelia	Crisis Argelia
Total	38 (+2)		

La jurisdicción militar la ejercen jueces civiles de la carrera judicial. En el caso del «Tribunal aux armées de Paris» eran jueces civiles especialmente designados para ejercer estas funciones judiciales militares. Su designación recaía únicamente en el Ministro de Defensa. Actualmente son designados los magistrados de Sala y los jueces de instrucción, por el Presidente del «Tribunal de Grande Instance de Paris», junto con el procurador (fiscal) de la República ante ese Tribunal.

La acusación se ejerce por fiscales civiles (procureurs de la République) tanto para acusados civiles como militares. No hay una categoría especial de fiscales militares. Únicamente en el «Tribunal de Grande Instance de Paris», como ocurre con los jueces, los fiscales son designados ahora por el Presidente del Tribunal junto con el Fiscal jefe ante dicho Tribunal.

La Defensa la realizan abogados civiles colegiados en ejercicio o bien puede realizarla un militar que el acusado elija de una lista establecida por el Presidente del «Tribunal de Grande Instance de Paris».

Los militares deben cumplir con la ley penal ordinaria y con lo dispuesto en el Código de Justicia Militar. El Código de Justicia Militar contiene una serie de delitos e infracciones especiales de naturaleza militar, por ejemplo, la desertión, insubordinación, traición, etc. (arts. 397 a 476). Este Código de Justicia Militar se aplica sólo al personal militar y a aquellas personas mencionadas en los artículos 59 a 69 del mismo. En particular, a civiles miembros del staff (organización) de las Fuerzas Armadas (art. 60), o a aquellos que sean miembros de la tripulación de un buque o aeronave militar (art. 63) y a los prisioneros de guerra (art. 63). Incluso el artículo 65 extiende la competencia de los tribunales militares a autores y cómplices de infracciones penales contra las Fuerzas Armadas (art. 65).

Desde las dos principales reformas de la jurisdicción militar de julio de 1982 y noviembre de 1999, la mayor parte de las reglas especiales han sido abolidas. Persisten tres diferencias con la jurisdicción ordinaria: un militar en activo no puede ser puesto bajo custodia judicial (la autoridad militar es considerada capaz de ejercer suficiente control sobre los militares acusados y garantizar que comparecerán ante los tribunales el día del juicio), puede excluirse la presencia de público en los debates judiciales y el jurado popular en las audiencias criminales militares puede ser retirado si existe riesgo de que un secreto relevante para la defensa nacional pueda comprometerse.

Por último, en los artículos 383 a 396 del Código de Justicia Militar se determinan las sanciones o penas que pueden imponerse por tribunales militares. Sólo tienen dos especiales: la destitución y la pérdida de empleo (artículo 385).

Las sanciones disciplinarias son revisadas por los tribunales administrativos equivalentes a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Desde el 1 de septiembre de 2001 la situación se ha modificado, en el sentido de que el militar antes de acudir a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa debe dirigir su reclamación previamente a la «commission préalable des recours» (comisión previa de recursos). La comisión no tiene el poder de decidir, pero da una recomendación al ministro de Defensa, quién puede rechazar la reclamación o admitirla parcial o totalmente (Decree No. 2001-407 de 7 de mayo de 2001). Esta reclamación a la comisión previa de recursos no es solamente para sanciones disciplinarias, sino para todo acto que afecte a

la situación personal del militar en servicio, excepto aquellas materias referidas a su reclutamiento y a pensiones militares de invalidez. Sí se aplican a litigios en relación a ascensos, empleos, destinos, etc.

La comisión está constituida por oficiales y se limita a expedir una recomendación al ministro de Defensa, como queda relatado. Cualquier acción llevada directamente a los tribunales administrativos es declarada inadmisibile.

#### OBSERVACIONES

Las sanciones por el incumplimiento del Derecho Internacional Humanitario están recogidas en la ley penal ordinaria (Nouveau Code Penal) y por la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. El Código Penal recoge la mayoría de los crímenes definidos por los convenios internacionales relativos al Derecho Internacional Humanitario (por ejemplo: artículos 211 genocidio, 212 deportación y esclavitud, 222 tortura, 224 toma de rehenes, etc.). Existía una importante laguna en la ley penal francesa al no reconocer la noción de crímenes de guerra como los define el estatuto de la Corte Penal Internacional, siendo sancionados dichos crímenes de acuerdo a la ley penal común, aunque posteriormente se introdujeron las definiciones de los crímenes de guerra en el Código Penal francés. Desde enero de 2001 se ha distribuido un manual de Derecho de los conflictos armados (Manuel de droit des conflits armés) a los militares franceses. Es una especie de diccionario que aporta las definiciones de todos los crímenes de guerra e infracciones con referencias directas a las pertinentes convenciones internacionales (Ginebra, la Haya, etc.).

A fin de ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Constitución francesa tenía que ser reformada de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional francés (Conseil Constitutionnel) de 22 de enero de 1999 (Decision No. 98-408 DC).

La modificación constitucional fue introducida en julio de 1999 con un nuevo artículo 53 de la Constitución, que permite reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional bajo las condiciones previstas en el Estatuto de Roma. El 30 de marzo de 2000, el parlamento francés, formalmente autorizó la ratificación del Estatuto de Roma, que se hizo efectiva el 9 de junio de 2000, con una declaración interpretativa de que las disposiciones del

estatuto de Roma no impiden a Francia ejercer el derecho inherente de legítima defensa de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Como ha quedado dicho, la Ley de 13 de diciembre de 2011 en su artículo 22 modifica el artículo 628 de la Ley de procedimiento criminal («Le Code de procédure pénale»), incluyendo las reglas de procedimiento aplicables a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra, también incluye la cooperación con la Corte Penal Internacional.

La Ley de 13 de diciembre de 2011, en su Capítulo X. « Chapitre X: Aménagement des compétences juridictionnelles en matière militaire », con su artículo 32 entró en vigor el primero de enero de 2012. Todos los procedimientos pendientes en el «Tribunal aux armées» fueron transferidos a los órganos de la jurisdicción de derecho común especializados en materia militar con sede en París (dentro del «Tribunal de Grande Instance»).



## 31. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN HUNGRÍA

ALFONSO CASASOLA GÓMEZ-AGUADO

*Capitán Auditor*

Quienes juzgan son tribunales militares dentro de tribunales civiles. Es una jurisdicción especializada.

Son jueces de carrera y jueces legos o asesores, a quienes se exige que tengan la condición de militar.

La acusación la ejerce la fiscalía militar (integrada en la fiscalía ordinaria) siguiendo un procedimiento penal militar. La defensa son abogados profesionales civiles.

Se enjuician los delitos cometidos por militares y miembros de seguridad cuando se encuentran adscritos al ministerio de defensa previstos en el capítulo xx del código penal húngaro de 13 de julio de 2012. El procedimiento penal militar se encuentra regulado en el capítulo xxii del código procesal militar de 23 de marzo de 1998.

### OBSERVACIONES

En Hungría imparten justicia los siguientes órganos jurisdiccionales:

- El Tribunal Supremo de Hungría o Kuria.
- Alto Tribunal Metropolitano de Apelaciones de Bucarest
- Las audiencias regionales.
- Los tribunales generales.
- Los tribunales de distrito
- Los tribunales administrativos y laborales.

Las normas penales vigentes en el país son el Código Penal de 13 de julio de 2012, y el Código procesal penal de 23 de marzo de 1998, modificada en 2011. No existe un Código penal militar.

Existe una jurisdicción general sobre el personal de todos los servicios y unidades de las Fuerzas Armadas, incluyendo las fuerzas policiales, cuando se unen al Ministerio de Defensa.

La jurisdicción húngara forma una unidad. Tiene cuatro instancias (local, condado, apelación y Corte Suprema). Solamente 5 de los 20 cortes de condado (tribunales generales) tiene Cámaras militares, teniendo la denominación de Consejo Militar. Todos los asuntos de carácter militar son tratados en estas cinco cortes o Tribunales, en primera instancia. Cabe la apelación ante el Alto Tribunal Metropolitano de Apelaciones de Bucarest.

Respecto a la Fiscalía, que es la mayor especialidad que tiene el sistema judicial castrense húngaro, es una institución muy consolidada y sólida (siendo en términos de comparación, el cuerpo jurídico militar húngaro por las generales atribuciones que les competen). Es por ello, una parte integral del sistema fiscal del país. Está dirigido por el Fiscal General Militar, elegido por el Parlamento por un período de nueve años.

Sus funciones, desde la perspectiva penal, son relativamente similares a la de las fiscalías civiles. La jurisdicción está desplegada sobre miembros de las Fuerzas Armadas y miembros de seguridad nacional cuando están adscritos al Ministerio de Defensa. Son los encargados de investigar e instruir asimismo el procedimiento penal.

Asimismo, los fiscales militares ejercen supervisión de los procedimientos seguidos a los militares, participa en la formación de los mismos y asesoramiento legal a los miembros de las Fuerzas Armadas. Son oficiales que poseen un rango militar y usan uniforme militar. El Fiscal General Militar tiene rango de general. Las oficinas de las fiscalías militares operan independientemente del estamento militar, con su propio presupuesto.

En el caso de que se cometa un delito castigado con pena igual o superior a ocho años de prisión, cabe además del procedimiento general, un procedimiento simplificado, en el que el fiscal podrá instar el inicio del procedimiento penal en el plazo de quince días desde se cometiera el delito, siempre que su instrucción fuera sencilla, existan pruebas indubitadas, o que el acusado haya sido detenido en flagrante delito, o haya confesado la comisión del delito.

En caso de delitos de menor gravedad existe gran flexibilidad por parte de los tribunales para imponer o dejar sin efectos las sanciones impuestas, para evitar los perjuicios que pudiera ocasionar un juicio.

Respecto a las faltas disciplinarias serán los oficiales, el jefe de personal o el ministro de Defensa los competentes para imponer las sanciones respectivas, siempre que el acto se encuentre en relación con el servicio. Cabe recurso ante superior jerárquico, y en caso de no ser satisfechas sus pretensiones, cabe recurso ante la Corte competente.



ESTADOS CON  
JURISDICCIÓN MILITAR



## 32. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN AUSTRALIA

PEDRO URCELAY DELGADO

*Capitán Auditor*

En Australia existe un sistema de jurisdicción militar cuya norma fundamental es la Defence Force Discipline Act 1982 (DFDA), la cual aglutina disposiciones relativas a infracciones penales y disciplinarias, sanciones, organización, competencia y procedimiento.

La competencia asignada a la jurisdicción militar se extiende al conocimiento y castigo de las conductas recogidas en la Parte III de la referida DFDA. La competencia se extiende asimismo a aquellas infracciones denominadas auxiliares (conexas) de las cometidas contra la DFDA.

Junto con lo anterior, es preciso tener en cuenta la remisión normativa contenida en la División 8 de la Parte III, Sección 61, que castiga las conductas cometidas por miembros de las Fuerzas de Defensa Australianas (ADF por sus siglas en inglés), o civiles que acompañen a la fuerza, que fueran constitutivas de «infracción territorial» conforme a lo dispuesto en la legislación de Jervis Bay, tanto en el caso de haberse cometido en dicho territorio como fuera de él, siempre que su comisión sea sancionable en dicho lugar.

Tanto el conocimiento de infracciones conexas como lo dispuesto en el párrafo anterior atribuye a la jurisdicción militar australiana competencia sobre un amplísimo abanico de delitos comunes en caso de ser cometidos por militares.

En cuanto a las personas que quedan sometidas a la jurisdicción militar, se incluye a los miembros permanentes del ejército del aire, armada y ejército de tierra, los reservistas activados a tiempo completo o que se encuentren de servicio o vistiendo uniforme, y el personal civil que acompaña a la fuerza de forma oficial fuera de Australia, o en actuaciones frente al enemigo, que haya consentido de forma escrita el sometimiento a la disciplina militar durante el

tiempo que dure el acompañamiento, tal y como se describe en la Sección 3. Se aplica asimismo a los prisioneros de guerra conforme a la sección 7. La única excepción a las anteriores disposiciones se contiene en la División 7, Sección 57, la cual castiga, sin especificar la condición de militar o acompañante de la fuerza, a aquella persona que cometa falsedades o engaños en relación con el nombramiento o alistamiento de una persona en la ADF.

Respecto a la competencia por razón del territorio, la Sección 9 dispone que lo dispuesto respecto a los delitos militares se aplica tanto dentro como fuera de Australia, si bien no se aplicará a los no nacionales australianos, salvo que se trate de miembros de la ADF o acompañantes civiles de la fuerza.

La DFDA excluye en su sección 190 de forma expresa la competencia de los tribunales civiles para el conocimiento de las infracciones contenidas en su Parte III, así como las infracciones auxiliares a las cometidas por un miembro de la ADF, o civil que acompañe a la fuerza, previstas en la DFDA.

Al igual que en otros sistemas anglosajones como el Estadounidense, la jurisdicción militar Australiana puede constituir para cada procedimiento los órganos que deben conocer de los delitos. La DFDA distingue entre procedimientos de naturaleza disciplinaria llevados a cabo ante los mandos militares, dentro de los cuales se hace distinción entre «Summary Authority», «Commanding Officer» y «Subordinate Summary Authority»; los procedimientos ante una corte marcial «Court Martial», que puede constituirse como general o restringida; y procedimientos ante un juez militar «Defence Force magistrate» designado al efecto de entre una lista previamente configurada.

Los mandos militares tienen competencia para el conocimiento de infracciones disciplinarias, de menor entidad, no enumerados en la Sección 104. En el caso de los Subordinate Summary Authorities sólo podrán conocer de las infracciones no incluidas en la Sección 104 que hayan sido especificadas por el mando militar que lo designe.

Las personas acusadas de infracciones que se encuentran dentro de la jurisdicción de los mandos militares pueden optar, sin embargo, de forma voluntaria, a que los hechos sean conocidos por una corte marcial o un magistrado militar.

Las Cortes Marciales generales se encuentran compuestas de un Presidente y no menos de cuatro miembros, mientras que en

las Cortes Marciales restringidas no debe haber menos de dos miembros junto al Presidente. En ambos casos, también forma parte de la Corte Marcial un asesor jurídico. Las Cortes Marciales pueden conocer de cualquier ofensa no incluida en la División 6A (Custodial Offences). Las Cortes Marciales Restringidas no tienen competencia para la imposición de las penas de mayor gravedad previstas en la norma. Los jueces militares tienen las mismas competencias que una Corte Marcial Restringida.

La determinación de la modalidad de órgano que debe conocer de una causa es competencia del Director la Fiscalía Militar «Director of Military Prosecutions» que encarga al Secretario de Justicia Militar «Registrar of Military Justice» la constitución o remisión de la acusación al órgano competente. En el caso de los Jueces Militares, sólo podrá ser designado el indicado por el Asesor Jurídico General «Judge Advocate General» entre los Oficiales jurídicos incluidos en la lista elaborada previamente a tal efecto.

En la práctica, la elección entre la Corte Marcial o el juez militar es de naturaleza discrecional, si bien se suele reservar las ofensas de mayor relación con el servicio a las Cortes Marciales.

Junto a todo lo anterior, es de destacar la existencia de distintos procedimientos de revisión de procesos, tanto de forma automática, como a solicitud de los interesados, que son practicados por la denominada Autoridad de Revisión «Reviewing Authority».

Finalmente, también existe el denominado Tribunal de Apelaciones de las Fuerzas de Defensa «Defence Force Discipline Appeal Tribunal», establecido mediante la Defence Force Discipline Appeals Act 1955, el cual tiene competencia para conocer de recursos frente a las resoluciones de las cortes marciales y magistrados militares.

Todos los integrantes de los distintos órganos competentes de la jurisdicción militar son militares. En el caso tanto del asesor jurídico de las Cortes Marciales como en el del juez militar, el mismo debe pertenecer, además, al cuerpo jurídico militar (JAG) del Ejército correspondiente.

Respecto al sistema de nombramiento de Autoridades disciplinarias, la Sección 5 otorga al Ministro de Defensa, así como a los Mandos de cada uno de los ejércitos y a oficiales autorizados para ello, la posibilidad de designar el nombramiento por escrito de un oficial para que tenga la consideración de mando militar (Commanding Officer) a los efectos de la norma, así como privar

a un mando de tales facultades. La Sección 105 determina que el Ministro de Defensa o los jefes de cada ejército pueden designar por escrito a aquellos oficiales o clases de oficiales que ostentan la consideración de Summary Authorities. Respecto a las Subordinate Summary Authorities, son designadas por el Commanding Officer correspondiente.

El nombramiento de los miembros de las Cortes Marciales debe recaer siempre sobre oficiales que hayan permanecido en tal escala al menos tres años y de empleo no inferior al acusado. El Presidente debe tener al menos el rango de Capitán de Navío o Coronel para las Cortes Marciales generales y el empleo de Teniente Coronel o Capitán de Fragata para las restringidas, tal y como describe la sección 116.

Como se expuso al responder a la cuestión anterior, la constitución de la Corte Marcial se hace mediante una orden del Secretario de Justicia Militar previo encargo del Director la Fiscalía Militar, fijando la propia orden los componentes, lugar y plazo para su constitución, de conformidad a la Sección 119. La constitución se notifica al acusado, el cual puede recusar a los miembros de la Corte Marcial.

El nombramiento del juez militar, como se ha expuesto con anterioridad, recae conforme a la sección 127 sobre el miembro del JAG designado por el Asesor Jurídico General entre aquellos incluidos en la lista prevista en la sección 196. Los JAG pueden estar incluidos en la referida lista hasta un máximo de tres años, si bien se permite que vuelvan a ser incluidos de nuevo en la misma.

Respecto al nombramiento de las Autoridades de Revisión, la Sección 150 determina que se realizará por el Ministro de Defensa o por los jefes de los ejércitos, por escrito, ya sea de manera individual en un oficial, o con carácter general para la totalidad de una clase de oficiales, para las resoluciones de todos los tipos de órganos o los de alguna clase en particular según se determine en el nombramiento.

Con carácter general, la Sección 136 determina que para ejercer la representación de una de las partes en los procedimientos ante una Corte Marcial o ante un juez militar se debe ser o militar o abogado, en caso de que tenga lugar en Australia, añadiendo que en caso de desarrollarse fuera de Australia podrá ser además aquella persona habilitada para actuar ante los tribunales del país donde se celebre.

En cuanto a la defensa del acusado en particular, se debe ofrecer al acusado la posibilidad de ser representado en el acto del juicio y asesorado de forma previa al mismo por un Oficial Jurídico, sin perjuicio de que nada impide al acusado contratar la representación y asesoramiento legal que estime conveniente.

Respecto a la acusación, se desempeña por la Dirección de la Fiscalía Militar, la cual asimismo representa al mando militar en las actuaciones ante el Tribunal de Apelaciones. Si bien la norma prevé que tal función se haga personalmente por el director, el supuesto normal es la también prevista autorización para que en su nombre actúe un militar o abogado, de conformidad a la Sección 188GB, por lo que no necesariamente la fiscalía tendrá naturaleza militar.

En cuanto a la normativa de Derecho Penal Común, el Código Penal Australiano «Criminal Code Act 1995», incluye diversas disposiciones de interés para las ADF. En primer lugar la Sección 72.2 excluye expresamente la aplicación de la Subdivisión 72A sobre el empleo terrorista de explosivos a los miembros de la ADF. La Sección 72.41 castiga al miembro de la ADF que realice las conductas relacionadas en la Sección 72.38 relativas al empleo diseño, fabricación de bombas o municiones de racimo cuando se encuentre en colaboración militar con Fuerzas Armadas extranjeras no firmantes de los convenios internacionales sobre la materia. Se tipifica el delito de traición como asistencia al enemigo en tiempo de guerra o a fuerzas enfrentadas en hostilidades armadas a la ADF. Finalmente, el Capítulo 8, división 268, subdivisiones «D» a «H», contienen un extenso catálogo de crímenes de guerra.

Respecto al sistema de revisión judicial de decisiones administrativas «Judicial Review», revisada la Legislación australiana al efecto<sup>249</sup> no se han observado especialidades referentes a las ADF.

## OBSERVACIONES

La presente nota ha sido redactada empleando para ello tanto las normas australianas de aplicación, principalmente la Defence Force Discipline Act 1982<sup>250</sup>, como distintas páginas web.

Es preciso señalar, a fin de evitar confusiones, que la jurisdicción militar Australiana se encuentra incluida dentro de un concepto más amplio denominado Sistema de Justicia Militar, que abarca cuestiones ajenas a los órganos jurisdiccionales. De

esta manera se incluyen junto a la jurisdicción dentro del referido sistema el procedimiento de presentación de quejas por el personal de la ADF; los procedimientos de naturaleza administrativa encaminados a la determinación de hechos que afectan a servicio, con la finalidad de mejorar procedimientos; y los procedimientos administrativos encaminados a la aplicación de medidas de naturaleza administrativa al personal de la ADF fuera del ámbito disciplinario o penal<sup>251</sup>.

### 33. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN BOLIVIA

FAUSTO MANUEL BLANCO ÁLVAREZ

*Comandante Auditor*

Sí, en Bolivia existe un sistema de jurisdicción militar. La Reales Ordenanzas estuvieron vigentes hasta el 24 de noviembre de 1904, cuando el entonces Presidente de la República, general Ismael Montes, promulgó los Códigos de Justicia Militar que rigieron durante gran parte del siglo XX, siendo sustituidos por el hoy vigente. Los códigos de 1904 fueron complementados entrado el siglo XX con la creación del Tribunal Permanente de Justicia militar (09/03/1920) y la modificación de la estructura del Consejo Supremo de Guerra (28/07/1937) que se transformó en el Tribunal Supremo de Justicia militar, compuesto totalmente por personal castrense<sup>252</sup>.

Bajo el gobierno de facto del General Hugo Banzer Suárez se estableció constituir mediante Decreto Supremo núm. 12480 de 13 de marzo de 1975 una Comisión Codificadora Militar encargada de redactar los proyectos de la Ley de Organización Judicial Militar, Código penal Militar y Código de Procedimiento Penal Militar.

Por Decreto Ley núm. 13321 de 2 de abril de 1976 se aprueba la Organización Judicial Militar, así como el Código Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal Militar<sup>253</sup>.

La constitución política del Estado plurinacional de Bolivia dispone en su artículo 180 III que la jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la Ley. Por otra parte, el artículo 9 de la Ley de Organización Judicial Militar define a la Jurisdicción militar como la facultad que la ley concede a las autoridades militares y tribunales castrenses para administrar justicia en causas criminales, por delitos determinados en el Código Penal Militar y por infracciones que sean sometidas a su conocimiento... Dicha Ley, en su artículo 11 establece que «los

tribunales militares ejercen jurisdicción por delitos cometidos en actos de servicio o con ocasión de él...». Por otra parte, el artículo 20 dispone que los tribunales militares tienen competencia para conocer de la responsabilidad civil y su ejecución, emergentes de los delitos militares juzgados de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal Militar.

Respecto a sobre quiénes están sujetos a la jurisdicción militar cabe decir que el artículo 12 establece que «están sujetos a la jurisdicción castrense los militares en servicio activo y empleados civiles dependientes de la institución. Los militares en retiro, con licencia indefinida o dados de baja por sentencia y los exempleados civiles, retirados de las Fuerzas Armadas, hasta un año después de su inactividad. Sin embargo, el artículo 1 del Código Penal Militar en su inciso 2 señala que el código es aplicable a los delitos cometidos por nacionales y extranjeros que, sin ser miembros de las Fuerzas Armadas, afecten materiales y lugares militares, entendiéndose que los civiles pueden también ser juzgados en el caso de que cometan delitos comprendidos en el Código Penal Militar.

La jurisdicción militar se encuentra especialmente reservada para los delitos relacionados con las actividades castrenses. La organización de la jurisdicción, de manera esquemática sería la siguiente:

- Tribunal Supremo de Justicia Militar.
- Tribunal Permanente de Justicia Militar.
- Juzgados Militares de Plenario.
- Juzgados Militares de Instrucción.
- En tiempo de guerra: Consejos Supremos de Guerra y Consejos de Guerra eventuales.

La Ley N.º 1.405, Orgánica de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 27 que «los tribunales militares forman parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas, y son independientes y autónomos de la Administración de Justicia. Esta Ley en su art. 29 identifica como tribunales administradores de la justicia militar a:

- Tribunal Supremo de Justicia Militar<sup>254</sup>: Está organizado por una presidencia, la sala de casación y única instancia y la sala de apelaciones. Está compuesto por un Presidente, designado por el Presidente de la república por un periodo de cinco años<sup>255</sup>, un auditor general (oficial superior abogado), siete vocales propietarios (cuatro oficiales generales

o coroneles del ejército, dos oficiales generales o coroneles de la Fuerza Aérea, y un oficial contraalmirante o capitán de navío de la Fuerza Naval), dos vocales suplentes, un fiscal abogado (oficial coronel o teniente coronel abogado) y un secretario de cámara. El Presidente debe ser militar en servicio pasivo con el grado de general de ejército. Los vocales son designados por Orden General del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas por cuatro años. Depende administrativamente del Ministerio de Defensa. El Tribunal Supremo de Justicia Militar ejerce jurisdicción en todo el territorio de la república y es de superior jerarquía a todo otro tribunal militar<sup>256</sup>.

- Tribunal Permanente de Justicia Militar: Está compuesto por un Presidente<sup>257</sup>, un auditor (Oficial Superior abogado), cuatro vocales propietarios (dos Oficiales Superiores del Ejército, un Oficial Superior de la Fuerza Aérea, y un Oficial Superior de la Fuerza Naval), dos vocales suplentes, un fiscal militar y un secretario de cámara (Oficial subalterno abogado). Su Presidente es designado por el Comandante en Jefe por un periodo de tres años y debe ser militar en servicio activo con el grado de General de División o equivalente. Los auditores, fiscales, secretarios de cámara, defensores de oficio y personal subalterno de los tribunales de justicia militar, son designados por el comando en jefe de las Fuerzas Armadas.
- Juzgados Militares del Plenario
- Juzgados Militares de Instrucción.

La acusación la ejerce el Ministerio Público Militar constituido por fiscales militares que representan al estado, a la sociedad y a las Fuerzas Armadas ante los tribunales de Justicia Militar. Los Defensores de oficio son abogados del cuerpo jurídico militar<sup>258</sup>. También pueden serlo oficiales, hasta el grado de Coronel o capitán de Navío. El cuerpo jurídico militar está integrado por oficiales abogados.

Por Ley número 1768 de 10 de marzo de 1997 se aprueba el Código Penal Común en Bolivia. Varios artículos del mismo tipifican como delito conductas cometidas por civiles y que afectan a intereses militares. Así, el artículo 111 castiga al que procurare documentos, objetos e informaciones secretos de orden militar en

tiempo de paz; el artículo 112 castiga al que en tiempo de guerra se introdujere clandestinamente, con engaño o violencia, en lugar o zona militar o fuere sorprendido en tales lugares o en sus proximidades en posesión injustificada de medios de espionaje; el artículo 115 castiga el hecho de revelar secretos de carácter militar concernientes a la seguridad del Estado, a los medios de defensa o a las relaciones; el artículo 118 al que en tiempo de guerra destruyere o inutilizare instalaciones, vías, obras u otros medios de defensa, comunicación, transporte, aprovisionamiento, etc., con el propósito de perjudicar la capacidad o el esfuerzo bélico de la Nación; artículo 119 al que en tiempo de guerra no cumpliera debidamente obligaciones contractuales relativas a necesidades de las fuerzas armadas o de la defensa nacional; el artículo 127 que castiga al que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas o retuviere ilegalmente un mando político o militar, para cometer una rebelión o una sedición; el que causare incendios y otros estragos y delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, si resultare la destrucción de bienes de gran valor militar (art. 215; causar daños en cosas de valor militar (art. 358).

Por Ley número 1970, de 25 de marzo de 1999, se aprueba el Código de procedimiento Penal, dispone en su artículo 48 que en ningún caso los civiles serán sometidos a la jurisdicción militar.

Respecto a contencioso-administrativo, conviene señalar que por Ley número 620 de 29 de diciembre de 2014, Transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso-administrativo. Ninguna referencia aparece con respecto a la jurisdicción militar.

## BIBLIOGRAFIA

<http://horacioaguirre.blogspot.com.es/2015/06/apreciaciones-la-ley-n-620-de-la.html>

<http://www.monografias.com/trabajos68/carrera-judicial-militar/carrera-judicial-militar.shtml>

<http://www.resdal.org/justicia/libro-justicia-militar-final.pdf>

<http://justiciamilitarboliviana.blogspot.com.es/>

[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/1721.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/1721.pdf)

Decreto Ley núm. 13321 de 2 de abril de 1976 se aprueba la Organización Judicial Militar, así como el Código Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal Militar .

Ley número 1768 de 10 de marzo de 1997, Código Penal.

Ley número 1970, de 25 de marzo de 1999, se aprueba el Código de procedimiento Penal.

### 34. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN BRASIL

JUAN MENDARO VELASCO

*Capitán Auditor*

La República Federativa de Brasil es la séptima economía del mundo, es un estado que adoptó la organización territorial de república federada, está formado por 26 estados y el Distrito Federal, tiene una población de 204 millones de habitantes, es una superpotencia emergente, líder para los países en vías de desarrollo, tiene en la actualidad un protagonismo indiscutible en los países de América Latina y en los denominados BRICS, que representan a los cinco países con las cinco economías emergentes más importantes del mundo (Brasil, Rusia, La India, China y Sudáfrica).

Las Fuerzas Armadas de Brasil comprenden el ejército brasileño, la Marina de Brasil, y la Fuerza Aérea brasileña, son la mayor fuerza militar de América latina y unas de las mejores instruidas y adiestradas a nivel mundial. Dentro de la estructura militar, aunque dependiendo de los gobiernos estaduais (estados federados), se encuentra también la policía militar, que sería el equivalente a nuestra Guardia Civil y el Cuerpo de Bomberos Militares, también con estructura jerarquizada y disciplinada, sometidos a la jurisdicción militar.

Solo en efectivos en activo de las Fuerzas Armadas Brasileñas, podríamos hablar de más de 400000 militares, entre cuadros de mando y personal de tropa y marinería, para hacernos una idea de la dimensión de su ejército, solo superado en América por el de los Estados Unidos.

Existe jurisdicción militar, y se proyecta a dos niveles, la justicia militar de la Unión, que es la encargada de juzgar los delitos militares tipificados en el Código Penal Militar brasileño, aprobado por Decreto Ley 1101 de 21 de octubre de 1969 (actualmente en vigor con las reformas correspondientes), ésta, sería

la jurisdicción militar, propiamente dicha a diferencia de la otra jurisdicción militar (la que procesa y juzga a los policías militares y a los bomberos militares), la primera, es la encargada de juzgar los delitos militares cometidos por los miembros de las fuerzas armadas brasileñas (ejército, marina y fuerza aérea) a cuya organización y funcionamiento nos referiremos a continuación, y grosso modo, estaría integrada por las auditorías militares en primera instancia y el Superior Tribunal Militar en segunda instancia, y tiene competencia en todo el territorio de Brasil por razón del delito militar cometido y por el sujeto activo del delito, que en la mayoría de los casos, son militares, aunque en función del delito en cuestión, también se puede juzgar a civiles, concretamente en los delitos contra la administración militar federal. La «otra» o la segunda jurisdicción militar dependería de los gobiernos estatales, es decir de los gobiernos de los estados federados (entes territoriales, que salvando las distancias, para hacernos una idea, se podrían asimilar a gobiernos regionales o autonómicos, con los matices de un estado federal), y se encarga de juzgar a la policía militar y a los bomberos militares, pero no todos los estados disponen o tienen configurada una jurisdicción militar para juzgar a policías y bomberos militares, en esos casos es la justicia común la que asume esas funciones.

Vamos a centrarnos en la jurisdicción militar propiamente dicha la que se aplica a los integrantes de las fuerzas armadas brasileñas. La jurisdicción militar de Brasil forma parte del poder judicial brasileño, y no solo forma parte sino que es la jurisdicción más antigua del país, fue creada el 1 de abril de 1808, por el Príncipe Regente de Portugal D. Joao VI, su primer presidente, al que continuaron D. Pedro I y D. Pedro II emperadores del Brasil. La jurisdicción militar de Brasil, «Justiça Militar da Uniao», como acabamos de decir forma parte del poder judicial de Brasil, y tiene la organización y competencias previstas en los artículos 122, 123 y 128 de la Constitución brasileña de 1988.

Si bien es cierto que, existe jurisdicción militar, bastante consolidada, arraigada y muy prestigiada en todos los ámbitos de la sociedad brasileña, no existe cuerpo jurídico militar, las funciones técnico-jurídicas en los procesos judiciales militares que se instruyen en Brasil son asumidas por los magistrados militares y promotores militares, que forman parte de la carrera judicial y fiscal, con el correspondiente grado de especialización que se adquiere «ab

initio» al superar un concurso oposición específico para la jurisdicción militar y la promotoría de justicia militar respectivamente.

Los tribunales de primera instancia de la jurisdicción militar brasileña, son llamados auditorías militares, actualmente existen 19 auditorías militares en todo el país, están organizadas territorialmente en 12 circunscripciones judiciales militares, algunas de ellas agrupan varios estados, y otras están integradas por un solo estado, las que tienen mayor estadística y son más activas son las que se encuentran en los estados del sur, principalmente Rio de Janeiro, Sao Paulo, Río Grande del Sur, que coinciden donde se ubica el grueso de las Fuerzas Armadas brasileñas, esto es, en los estados del sur de Brasil, más próximos a las fronteras con Argentina, Uruguay y Paraguay países con los que históricamente se han mantenido conflictos armados.

El delito estrella desde un punto de vista estadístico, como no podía ser de otra forma, es el abandono de destino, que en el código penal militar de Brasil para que la conducta sea constitutiva de delito, se debe superar los 8 días de ausencia sin autorización, también están recogidos en el Texto penal castrense brasileño, los delitos contra la disciplina, violencia contra superior, abuso de autoridad, los delitos contra el servicio, los delitos contra la hacienda militar, contra la administración de justicia militar..., en claro paralelismo con nuestro código penal militar. Cada una de las auditorías juzga indistintamente los delitos militares cometidos por cualquier militar ya sea de la armada, del aire o del ejército de tierra, en la primera instancia el enjuiciamiento es realizado por los Consejos de Justicia, formados por un juez auditor (licenciado en derecho que ha superado concurso oposición, convocado por el presidente del superior tribunal militar y ha superado un curso en la escuela nacional de formación y perfeccionamiento de magistrados militares de la unión, dependiente del superior tribunal militar ) pertenece a la carrera judicial, y por cuatro oficiales, que forman parte del ejército de procedencia del acusado, es un tribunal de naturaleza escabinado.

Los consejos de justicia se dividen u organizan a su vez en consejos permanentes de justicia, que son competentes para procesar y juzgar a militares acusados que no sean oficiales, y en consejo especial de justicia que es competente para procesar y juzgar a oficiales, excepto los oficiales generales que están aforados al superior tribunal militar. Los recursos contra las resoluciones en

primera instancia de las auditorías militares son conocidos por el Superior Tribunal Militar, máximo órgano a nivel institucional y organizativo-funcional, que representa a la justicia militar brasileña, en sus relaciones a nivel institucional con otros poderes de la República Brasileña.

El Superior Tribunal Militar para hacernos una idea aproximada, sería como una mezcla de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en España con el Tribunal Militar Central, el Superior Tribunal, está formado por quince miembros que tienen la categoría de ministro, cinco magistrados civiles, entre jueces, fiscales, abogados y juristas de reconocido prestigio nombrados por el presidente de la república, y diez militares, generales de cuatro estrellas, cuatro del ejército, tres de la marina y tres de la fuerza aérea, la presidencia se turna cada dos años, alternativamente entre civiles y militares.

En lo que se refiere a la fiscalía jurídico militar al igual que los jueces auditores brasileños, está servida por civiles que superan un concurso oposición convocado por el Procurador General de la República en coordinación con el Procurador General del Ministerio Público Militar, que ejercen la acción penal ante las Auditorias Militares y el Superior Tribunal Militar en el caso de la justicia militar de la unión, y ante la justicia militar estadual en el caso de procesamiento y enjuiciamiento de policías y bomberos militares, la Promotoría Militar está integrada por fiscales civiles, se denominan promotores militares, como ya dijimos, no existe cuerpo jurídico militar, y forman parte de la carrera fiscal a efectos no solo de escalafón, también retributivos, percibiendo un salario que supera los 6000 euros aproximadamente, 24000 reales.

Al igual que los jueces auditores que forman parte del poder judicial, a efectos de escalafón y remuneración tienen el mismo nivel que los promotores militares. Del mismo modo que en la justicia ordinaria, la instrucción en los procesos penales militares es realizada por el fiscal o promotor de justicia militar, la figura del juez togado al uso de la jurisdicción militar en España no tiene gran relevancia, ya que esas funciones las asume el ministerio fiscal militar.

### 35. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN BULGARIA

DANIEL REY MORAL

*Capitán Auditor*

La jurisdicción militar búlgara ostenta la competencia de examinar las causas penales relacionadas con delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por generales, oficiales, suboficiales y soldados destinados en sus Fuerzas Armadas o en otros ministerios y organismos (como el Servicio de Seguridad Nacional y el Servicio Nacional de Inteligencia), así como de los delitos cometidos por reservistas activados e incluso por personal civil destinado en sus Fuerzas Armadas o en el Ministerio de Defensa cuando los hechos tuviesen lugar en el marco de sus funciones.

La jurisdicción militar búlgara está integrada por:

- a. Una 1.<sup>a</sup> instancia desempeñada por 5 Tribunales Militares de Distrito situados en Sofia, Plovdiv, Sliven, Pleven y Varna. (Eatos dos últimos fueron recientemente disueltos en virtud del Protocolo SJC núm. 6 de 2 de junio de 2014.
- b. Una 2.<sup>a</sup> instancia llevada a cabo por el Tribunal Militar de Apelación (formada por 9 jueces y 15 funcionarios judiciales) que se encarga por tanto de conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de las Cortes Militares de Distrito de todo el país.
- c. Un Tribunal Supremo de Casación para resolver los asuntos de Casación.

Además dentro del sistema procesal militar también tiene cabida una fiscalía militar.

Los jueces que integran la jurisdicción militar búlgara en los Tribunales de 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> instancia son personas que han de cumplir para su nombramiento con una serie de requisitos de formación

(estar en posesión de una titulación grado Máster en Derecho, tener un conocimiento acreditado del sistema procesal, y una experiencia mínima de trabajo acreditada en posiciones de jurista).

Cumpliendo estos requisitos pueden ser nombrados como jueces tanto personal militar como personal civil. En este último caso, adquirirán la condición de militares permanentes otorgándoles el título de «oficiales comisionados». Su nombramiento y cese tendrá lugar mediante Resolución del Consejo Judicial Supremo de Bulgaria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Casación está formado solamente por jueces civiles.

Su nombramiento y destitución tiene lugar por medio de decisión del Consejo Judicial Supremo (que se refleja en nuestro Consejo General del Poder Judicial) formado íntegramente por civiles y con funciones sobre jueces civiles y jueces militares.

La Acusación es ejercida por la Fiscalía Militar, cuyos integrantes tienen rango militar, y por la acusación en determinados supuestos.

La Defensa por su parte es desarrollada por abogados civiles, ya que el sistema búlgaro no cuenta con abogados militares.

El sistema búlgaro prevé en su Código Penal un capítulo (XIII) dedicado a los delitos militares, especificándolos como:

- Delitos contra la subordinación y el honor militar.
- Delitos de desertión del servicio militar
- Delitos de malas intenciones
- Delitos contra la guardia, la patrulla, y los servicios de interior y fronteras.
- Otros delitos militares.
- Delitos militares cometidos en tiempo de guerra, en situaciones de combate, o participación en misiones fuera del país.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, previstas en los artículos 241 y siguientes del «Republic of Bulgaria Defence and Armed Forces Act» se prevé (art. 251) que puedan ser recurridas (sin que ello suspenda su ejecución) a través del procedimiento previsto en su Ley de Procedimiento Administrativo.

FUENTES CONSULTADAS

[www.smc-bg.com](http://www.smc-bg.com)

[https://e-justice.europa.eu/content\\_judicial\\_systems\\_in\\_member\\_states-16-bg-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-bg-es.do?member=1)

[https://issuu.com/bibliotecafmp/docs/el\\_jurista\\_7\\_revista\\_completa](https://issuu.com/bibliotecafmp/docs/el_jurista_7_revista_completa)

[www.vks.bg/english/vksen\\_p04\\_04.htm](http://www.vks.bg/english/vksen_p04_04.htm)

[www.vks.bg/english/vksen\\_p04\\_06.htm#section\\_VII\\_](http://www.vks.bg/english/vksen_p04_06.htm#section_VII_)

<http://www.comd.bg/en/acts/republic-bulgaria-defence-and-armed-forces-act>



## 36. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN CANADÁ

MARÍA GARCÍA DÍAZ-TENDERO

*Capitán Auditor*

En Canadá existe un sistema de jurisdicción militar cuya base normativa es el Code of Service Discipline, o Código de Disciplina del Servicio, que constituye las partes III y VII de la National Defence Act (NDA), o Ley de Defensa Nacional. Esta ley fue aprobada en 1950 y modificada en 1991 a raíz de varias sentencias del Tribunal Supremo de Canadá en las que se determinaba la necesidad de mantener la jurisdicción militar y se recomendaba asimilar las garantías del proceso a las reconocidas en la jurisdicción ordinaria.

La jurisdicción militar canadiense conoce de las infracciones recogidas en el Código de Disciplina del Servicio, que a su vez abarca también delitos comprendidos en el Código Penal, en la Ley de control de drogas y otras sustancias y en otras leyes federales siempre que exista una relación entre la infracción y el servicio.

El Código de Disciplina del Servicio se aplica, según establece su sección 60, a todos los miembros de las Canadian Armed Forces (CAF), así como al personal civil que acompaña a las unidades en servicio. En la medida en que el Código procura garantizar el buen orden y correcto funcionamiento de las CAF, se aplica automáticamente a los hechos ocurridos fuera de Canadá, mientras que cuando los hechos se producen en territorio nacional, se precisa una conexión con los asuntos del servicio. En todo caso, delitos como el homicidio o el asesinato cometidos por personal militar en territorio nacional son juzgados por tribunales civiles.

Este código constituye un completo marco de derecho militar en el que se tipifican tanto infracciones netamente disciplinarias, como la insubordinación o el incumplimiento de órdenes, como infracciones en las que concurren elementos disciplinarios y penales, como atacar a un oficial. La subsección 139 de la NDA

ordena las sanciones que pueden imponerse y que comprenden, por ejemplo, «castigos menores», multa, reprobación (que puede ser severa), degradar, licencia (también con deshonor), prisión (por un tiempo inferior a dos años, por dos años o más, o cadena perpetua).

En cuanto a su organización, el sistema presenta una estructura escalonada:

- Summary trial o juicio sumario, del que existe un completísimo manual<sup>259</sup>.
- Courts martial o tribunales militares, que a su vez pueden ser de dos tipos, «general» o «standing», general y permanente.
- CMAP, Court Martial Appeal Court, el tribunal militar de apelación ante el que recurrir las decisiones adoptadas por los otros dos escalones.

En el primer nivel se sustancian las infracciones menos graves, es la forma más común de tribunal y permite resolver a nivel unidad. De acuerdo con la sección 162 de la NDA, salvo excepciones prefijadas, el acusado que vaya a ser juzgado en un summary trial puede elegir serlo ante un court martial.

En un segundo nivel se ubican los tribunales militares en sus dos formas, general y permanente. La existencia de dos modalidades de tribunal en este nivel permite elegir, de acuerdo con el estatus del acusado, los cargos y posibles sanciones y la localización del proceso, cuál es la idónea en cada caso. Esta posibilidad hace que el sistema sea sumamente flexible.

El tribunal general está compuesto por un juez militar, que lo preside, y un panel o mesa de cinco miembros de las CAF, seleccionados al azar por el Administrador del tribunal. La función de la mesa es similar a la de un jurado en España. Mientras la mesa debe decidir por unanimidad sobre la culpabilidad, el Juez vela por el cumplimiento de los requisitos legales. El tribunal en su forma «permanente» está compuesto únicamente por el juez militar.

Las decisiones de los tribunales militares pueden ser recurridas ante el Tribunal Militar de Apelaciones o CMAC. Creado en 1959, en 1991 una profunda reforma de la NDA extendió la jurisdicción del CMAC ampliando su capacidad de revisión sobre

la gravedad de las penas impuestas por los tribunales militares y concedió al Estado la capacidad de impugnar tanto la pena como la condena. Su función es, en definitiva, similar a la de un tribunal de civil de apelación.

Actualmente, hay 67 jueces en la CMAC. Son designados por el Governor in Council de entre los miembros del Tribunal Federal de Apelaciones, el Tribunal Federal y los Tribunales Superiores Provinciales, por lo que todos ellos tienen experiencia en derecho militar y penal. Uno de los jueces del CMAC es nombrado presidente, o Chief Justice, que es quien nombra los tres miembros de los paneles que conocen de las apelaciones. Las decisiones de la CMAC pueden impugnarse ante el Tribunal Supremo en determinados casos muy restringidos.

Los casos de summary trials son enjuiciados por oficiales (commanders) de superior graduación al acusado.

En los tribunales militares generales, en los que es precisa la designación de un panel o mesa, se aplica una norma en la que priman principios de transparencia y aleatoriedad. Tanto oficiales como suboficiales pueden formar parte de estos tribunales siempre que puedan desempeñar sus funciones y expresarse en la lengua elegida por el acusado. Dependiendo del empleo del acusado, se designarán los miembros del tribunal.

Los jueces militares presiden los courts martial (solos o acompañados, según la modalidad), y son designados de entre letrados que reúnan dos condiciones a la vez: más de diez años de trayectoria profesional como abogados, y más de diez años de experiencia como oficiales.

En la CMAC la designación de sus jueces ya ha sido sucintamente descrita en el punto anterior.

Ejercicio de la acusación: Canadian Military Prosecution Service (CMPS).

Bajo el lema «Ordo per Justitia», disciplina a través de la justicia, el CMPS es un servicio con entidad propia dentro de las Fuerzas Armadas canadienses. Desde 1999 aparece separado de la cadena de mando.

Al CMPS le corresponde examinar y revisar los casos de los tribunales militares referidos al servicio, para decidir en cuáles debe intervenir. Básicamente, se determina si existe probabilidad de condena y si existe interés público en perseguir el caso. En caso de que una decisión adoptada por un tribunal militar sea

recurrida, el oficial del CMPS representa el interés de las CAF ante el Tribunal militar de apelación y ante el Tribunal Supremo. Además, el personal del CMPS también provee de asesoramiento legal continuado al Servicio de investigación nacional en asuntos como órdenes de detención o de registro, cargos a presentar, u otros requisitos legales en el curso de las investigaciones.

En cuanto a su estructura, el CMPS tiene su base principal en Ottawa (desde la que se gestionan las cuestiones administrativas y se imparten directrices) y otras cinco oficinas provinciales, además de miembros en la reserva repartidos en otras localidades por el país. Mantiene, en todo caso, relaciones fluidas con su servicio homólogo civil de forma que se homologuen sus prácticas sin perder de vista las necesidades y circunstancias propias de las CAF.

El Director del CMPS es el jefe de este servicio, denominado «Director of Military Prosecutions». Conforme a la sección 165.1 de la NDA es designado por el Ministro de Defensa para un período fijo de tiempo y ostenta el empleo de coronel. Sus informes anuales, así como las directrices que imparte están publicadas en páginas web oficiales. Los fiscales (prosecutors) son oficiales jurídicos que actúan en nombre del DMP.

Ejercicio de la defensa: Defence Counsel Services.

Los abogados que componen el DCS son oficiales jurídicos que proveen los servicios legales establecidos en la norma «Queen's regulations and orders», a todas las personas sujetas al Código de Disciplina del Servicio. En términos generales, el DCS provee de asesoramiento legal a toda persona arrestada o detenida por una infracción relacionada con el servicio. Además, a los formalmente acusados se les garantiza la representación ante tribunal militar. Una vez los cargos son presentados, el acusado puede solicitar asesoramiento al DCS, cuyo director deberá designar un asesor a la mayor brevedad de forma que no queden comprometidos los derechos del acusado a su defensa efectiva.

Las especialidades de la jurisdicción militar ya han sido descritas en su mayoría. En relación con la materia, las infracciones enjuiciadas han de estar relacionadas con el servicio. En cuanto a los requisitos formales observados durante el procedimiento, las normas que rigen la jurisdicción militar fueron reformadas en los años 90 para garantizar el respecto a la Carta Canadiense de derechos y libertades, homologando sus procedimientos a los del orden civil.

Las diferencias se centran en la designación de los miembros de los diferentes tribunales, en la que se atiende a criterios como la gravedad de las penas que puedan imponer o el empleo del acusado para designar los miembros de los paneles o mesas.

Los tribunales militares pueden, por otra parte, constituirse en cualquier lugar del mundo en el que las CAD sean desplegadas, ya sea en Canadá o en una base en Afganistán, de acuerdo con la sección 68 que no fija límites en ese sentido, y pueden enjuiciar hechos, como regla general, de acuerdo con la sección 69, sin sujeción a plazos de caducidad o prescripción.

#### OBSERVACIONES

Por último, y como curiosidad, los jueces que forman parte de la CMAC reciben el tratamiento de «honorable», y todos los jueces militares son saludados militarmente al entrar y salir de la sala.

Además, merece la pena reseñar el nivel de transparencia del sistema canadiense, que publica en sus páginas web la relación completa de jueces que componen la CMAC o, por ejemplo, el programa de juicios, tanto summary trials como en courts martial, que tendrán lugar en los próximos meses, detallando el lugar, el nombre del acusado y los cargos que se le imputan.

Cabe significar igualmente la facilidad con que se puede acceder a toda la colección de directivas o instrucciones de los diferentes servicios integrados en la jurisdicción militar, desde el CMPS, o el DCS a las del Judge Advocate General. Todas las normas aplicables, sentencias, manuales, directivas o instrucciones aparecen ordenados y clasificados de forma asequible para cualquier interesado.



## 37. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN CHILE

FRANCISCO LUIS PASCUAL SARRÍA

*Coronel Auditor*

Por Decreto núm. 2226, de fecha 19-12-1944, se publicó el Código de Justicia Militar Chileno<sup>260</sup>. Última modificación: Ley 20931, de 05-07-2016. Incluye: Competencia y organización, procedimiento, los delitos y las penas.

Los tribunales militares tienen jurisdicción sobre los militares chilenos y los Carabineros para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional, o fuera del territorio. Sobre civiles en los supuestos de amenazas, ofensas o injurias a miembros de las Fuerzas Armadas, del cuerpo de carabineros, sus unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su condición.

### MATERIA PENAL

1. Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas;
2. Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio;
3. Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior; y
4. Cuando se trate de los mismos delitos previstos en el número anterior, contemplados en otros Códigos y leyes especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente.

Le corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

1. De las causas por delitos militares contemplados en el CJM, y de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares: por infracciones contempla-

- das en el Código Aeronáutico<sup>261</sup>, en el decreto ley D.O. 14.02.1991 núm. 2.306, de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización<sup>262</sup>, y en la ley núm. 18.953, sobre Movilización<sup>263</sup>, aun cuando los agentes fueren exclusivamente civiles.
2. De los asuntos y causas expresados en los números 1° a 4° de la segunda parte del artículo 3.° del CJM (los señalados en el párrafo anterior).
  3. De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas.
  4. De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1.° a 3.°, para obtener la restitución de la cosa o su valor.

El Art. 1° de la Ley 20477, publicada el 30.12.2010<sup>264</sup>, dispuso que «en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal».

**MATERIA CIVIL:** Para las acciones civiles para obtener la mera restitución de alguna cosa que hubiere sido objeto de un delito, y para la reclamación de una cosa desaparecida o perdida, se tramitarán conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil para los incidentes, en expediente o cuaderno especial.

**TRIBUNALES DE HONOR** para los Oficiales que cometieren un acto deshonesto para sí o para la unidad, cuerpo o repartición en que sirva.

La CORTE SUPREMA, integrada por el Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo, corresponde también el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas, en relación con la administración de la justicia militar de tiempo de paz, y conocer:

1. De los recursos de casación, contra las sentencias de las cortes marciales.

2. De los recursos de revisión contra las sentencias firmes.
3. De los recursos de queja contra las resoluciones de las cortes marciales y, en segunda instancia, de los recursos de queja de que éstos conocieren.
4. De las solicitudes de implicancia o recusación contra los ministros de las cortes marciales.
5. De Los conflictos de jurisdicción con la ordinaria.
6. De los conflictos de competencia con las cortes marciales y entre éstas.
7. De la extradición activa en procesos de la jurisdicción militar.

#### LAS CORTES MARCIALES:

1. Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, con sede en Santiago, integrada por 2 ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por los auditores generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y por un coronel de justicia, del Ejército.
2. Corte Marcial de la Armada, formada por 2 Ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el Auditor General de la Armada y por un Oficial General de la Armada.

#### Competencia:

1. De las causas que conocieren en primera instancia los Juzgados institucionales que de ellas dependan.
2. De las causas que conociere en primera instancia alguno de los Ministros de la misma Corte:
  - a) Contendias de competencia entre los Juzgados de su jurisdicción;
  - b) Solicitudes de implicancia o recusación contra los jueces institucionales;
  - c) Recursos de amparo deducidos en favor de individuos detenidos o arrestados en virtud de orden de una autoridad judicial militar.

#### JUZGADOS INSTITUCIONALES:

1. Juzgados institucionales permanentes de ejército (1 Juzgado militar permanente en cada una de las divisiones o brigadas).

2. Juzgados Institucionales permanentes navales (3 Juzgados en cada zona naval y 1 Juzgado Naval en la Escuadra.
3. Juzgados Institucionales permanentes de aviación (1 Juzgado).

Composición: La autoridad militar (Comandante en Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército, de cada Zona Naval, Escuadra o División de la Armada, el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea), asesorado por su Auditor y asistido por su Secretario.

Competencia:

1. Conocer en 1.<sup>a</sup> instancia de todos los asuntos civiles y criminales de la jurisdicción militar, requiriendo o autorizando al Fiscal para la sustanciación y procediendo de acuerdo con el Auditor al pronunciamiento de las sentencias;
2. Pronunciarse sobre las cuestiones de competencia que se promuevan;
3. Resolver las impugnaciones o recusaciones que se hicieren valer respecto de los Fiscales, Auditores o Secretarios, y decretar la suplencia;
4. Ordenar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas;
5. Decretar el cumplimiento de los exhortos que envíen autoridades judiciales distintas de las militares y dirigirlos a ellas.
6. Dar cumplimiento a las leyes de amnistía o decretos de indulto a favor de individuos juzgados o condenados por tribunales militares, e informar las peticiones de indulto que formulen;
7. Conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de los Fiscales.

MINISTERIO PÚBLICO MILITAR: Encargado de la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia. Existen Fiscalías del Ejército y Carabineros, Fiscalía Naval y Fiscalía de Aviación.

Atribuciones:

1. En materia civil, dictar las providencias de sustanciación y recibir las pruebas que se produzcan, hasta dejar la causa en estado de ser fallada por el Juzgado;

2. En materia penal, instruir y sustanciar todos los procesos, recogiendo y consignando todas las pruebas, deteniendo a los inculpados y produciendo todos los elementos de convicción que sean del caso.

LOS CONSEJOS DE GUERRA: Se nombrarán por el General jefe de cada ejército.

Composición: 1 auditor y 6 vocales del Ejército correspondiente, presidiendo el de mayor antigüedad.

Son militares integrados en los cuerpos jurídicos militar, naval y aéreo.

Nombramientos:

1. El Auditor General del Ejército, el Auditor General de la Armada y el Auditor General de Aviación, por el Presidente de la República.
2. Los auditores, por los respectivos jueces institucionales.
3. Los secretarios relatores de las Cortes Marciales, por sus respectivos Auditores Generales, previo informe de la Corte Marcial que corresponda.
4. Los fiscales, por el respectivo juez institucional, previo informe del auditor.
5. Los secretarios de Juzgados Institucionales y de Fiscalías, por los respectivos jueces institucionales, previo informe del auditor respectivo.
6. El Fiscal General Militar será designado por el Presidente de la República de entre los Oficiales de Justicia del grado de Coronel o de Capitán de Navío.

La acusación el Ministerio Público Militar (Cuerpo Jurídico Militar, Naval o Aéreo) y la defensa un letrado civil designado o del turno de oficio.



## 38. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN COLOMBIA

MANUEL ZAFRA RIASCOS

*Teniente Coronel Auditor*

El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia de 1991, modificado parcialmente por el acto legislativo 2 de 2015, establece que «La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar». Este precepto hay que complementarlo con lo dispuesto en el artículo 221 del mismo texto constitucional que estipula la sujeción a la jurisdicción militar de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública en servicio activo. En consecuencia, en efecto existe un orden jurisdiccional castrense junto a las demás jurisdicciones Constitucional, Contencioso Administrativa, Ordinaria y otras especiales como es el caso de la ejercida por las autoridades de los pueblos indígenas.

La justicia penal militar y policial es independiente del mando institucional de la Fuerza Pública. Su función exclusiva será la de administrar justicia conforme a la Constitución y la ley. Los funcionarios y empleados de la justicia penal militar y policial no podrán buscar o recibir instrucciones del mando de la Fuerza Pública, respecto del cumplimiento de su función judicial.

La competencia que le asigna la Constitución Política es la de conocer los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo (Ejército Nacional, Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional), en relación directa con el servicio.

Por su parte la Ley 1407 de 2010, por la que se aprueba el Código Penal Militar, modificada por la Ley núm. 1765 de 2015, por la cual se reestructura la justicia penal militar y policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su

cuerpo técnico de Investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción especializada y se dictan otras disposiciones, establece que «Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado». Es interesante destacar que determinadas conductas graves se consideran desvinculadas del servicio por ministerio de la Ley, como es el, caso de los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio y cuyo conocimiento se traslada a los órganos judiciales ordinarios.

Conforme a lo dispuesto en la Ley 1765 de 2015 la justicia penal militar y policial estará integrada por:

- Órganos jurisdiccionales y de investigación:
- Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.
- Tribunal Superior Militar y Policial.
- Jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento.
- Jueces penales militares y policiales de control de garantías.
- Jueces penales militares y policiales de ejecución de penas y medidas de seguridad.
- Fiscalía General Penal Militar y Policial y Cuerpo Técnico de Investigación.
- Órganos de dirección y administración de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial:
- Consejo directivo.
- Director ejecutivo.

La organización de la jurisdicción militar sitúa en la cúspide a la Corte Suprema de Justicia a la que corresponde conocer del recurso de casación, y entre otras funciones, resolver los recursos de

apelación y de queja contra los autos y sentencias que hayan sido emitidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar.

El Tribunal Superior Militar y Policial, a través de las denominadas Salas de Decisión, le corresponde conocer, entre otros asuntos, de los recursos de apelación y de queja, contra las sentencias y autos interlocutorios que sean dictados en primera instancia por los jueces penales militares; de las decisiones adoptadas por los jueces penales militares de Control de garantías y de ejecución de penas, en los casos previstos en el Código Penal Militar.

Se crean los Juzgados penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento, que conocerán de los delitos de Homicidio, delitos contra la protección de la información y de los datos, delitos contra la fe pública, delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo, delitos contra la seguridad pública, delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública, delitos contra la población civil, delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres años de prisión.

Los juzgados penales militares y policiales de conocimiento, continuarán conociendo de los delitos previstos en el Código Penal Militar, pero de conformidad con la nueva asignación de competencia en relación con los delitos contra la disciplina, delitos contra el servicio, delitos contra los intereses de la Fuerza Pública, delitos contra el honor, lesiones personales, delitos contra el patrimonio económico, de los siguientes delitos contra la administración pública: delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo, y de los delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea igual o inferior a tres años de prisión.

El Juez Penal Militar de Control de Garantías ejercerá su función en el lugar donde se cometió el delito, de conformidad con la competencia territorial asignada.

Por último, reseñar que el Código Penal Militar reserva la ejecución de las penas a los Juzgados Penales Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, órganos equivalentes a nuestros juzgados de vigilancia penitenciaria.

Todos los miembros de la jurisdicción penal militar y policial son oficiales en servicio activo que posean el título profesional de abogado y que estén escalafonados en sus respectivas armas, y hayan acreditado los requisitos que la Constitución y la ley exigen para el correspondiente cargo, conforme al régimen especial previsto en la Ley 1765 de 2015.

Es de destacar que la referida Ley crea el Cuerpo Autónomo de la justicia penal militar y policial, conformado por miembros de la fuerza pública en servicio activo que desempeñen cargos judiciales, de investigación, o de apoyo judicial o a la investigación en la justicia penal militar y policial; con un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional y bajo la dependencia de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

La acusación la ejerce la Fiscalía General Penal Militar y Policial que está integrada para el ejercicio de la acción penal por:

- El Fiscal General Penal Militar y Policial.
- Los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial.
- Los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales.
- El Coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y policial.
- Los coordinadores regionales del Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y policial.

A la Fiscalía General Penal Militar y Policial le corresponde la formulación de la imputación entendida como el acto a través del cual la fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal militar de control de garantías, todo ello en congruencia con la asignación a los fiscales penales militares y policiales de la realización de la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito de competencia de la justicia penal militar y policial.

Por su parte, la defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o acusado o, en su defecto, por el que le sea asignado por la Defensoría Técnica Penal Militar compuesta por un grupo de abogados, miembros de la fuerza pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares,

constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva defensa técnica respecto de militares o policiales investigados por delitos en relación con el mismo servicio.

Es de resaltar que corresponde al Presidente de la República conferir grados a los miembros de la Fuerza Pública. En relación a los oficiales generales los ascensos están sometidos a la aprobación o desaprobación del Senado de la República. Los generales y almirantes de la Fuerza Pública tienen fuero y son juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación. Los conflictos de competencia que se susciten entre la jurisdicción penal militar y cualesquiera otra jurisdicción, los dirime la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

#### OBSERVACIONES

La jurisdicción penal militar y policial colombiana está inmersa en pleno proceso de tránsito al sistema penal acusatorio, así como en otras posibles derivadas de lege ferenda resultantes de la aprobación del nuevo Acuerdo de Paz suscrito por el Gobierno Nacional y las FARC el 24 de noviembre de 2016.



### 39. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN CUBA

ANTONIO PULIDO ORTEGA

*Coronel Auditor*

Establece el art. 5 de la Ley de Procedimiento Penal de 1977 (en la redacción dada por el Decreto Ley de 1994) que corresponde a los tribunales militares el conocimiento de los procesos penales por la comisión de todo hecho punible en que resulte acusado un militar, aun cuando algunos de los participantes o la víctima sean civiles. Asimismo, continúa diciendo, los tribunales militares podrán conocer de los procesos penales por hechos cometidos en zonas militares, con independencia de la condición de civil o de militar que tengan los participantes en los mencionados hechos. En idénticos términos se expresa el art. 11 de la Ley Procesal Penal Militar, que añade en su art. 13 que corresponde así mismo a los tribunales militares el conocimiento de los delitos y contravenciones cometidos por las personas sujetas a su competencia, aun cuando con posterioridad a los hechos causen baja del servicio militar activo. Los tribunales militares no conocerán de los delitos y contravenciones cometidos por personas que, con posterioridad a haberlo ejecutado, sean llamadas al servicio militar activo.

Las cuestiones de competencia que surjan entre los tribunales populares y los militares se resuelven por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. El tribunal militar elevará las actuaciones al Consejo de Gobierno por conducto de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular (art. 22 de la Ley Procesal Penal Militar).

Establece el art. 2 de la Ley de los tribunales militares de 2002 que la función jurisdiccional en las instituciones armadas, dimana del pueblo y es ejercida a su nombre por:

- a) la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular;
- b) los tribunales militares.

Por su parte, los tribunales militares se estructuran en tribunales militares territoriales y tribunales militares de región, que ejercen su jurisdicción dentro del límite de su demarcación respecto a todas las áreas pertenecientes, asignadas o que representen intereses de los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior, con independencia de su subordinación, así como sobre las personas sometidas a su competencia de acuerdo con lo establecido en la legislación procesal penal.

El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular ejerce la facultad de control y supervisión de la actividad jurisdiccional de los tribunales militares, por medio de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular.

Existe una Dirección de tribunales militares que es el órgano administrativo del Tribunal Supremo Popular al que corresponde llevar a cabo la dirección militar y organizativa, así como el control y la inspección de las funciones no jurisdiccionales de los tribunales militares. El jefe de esta Dirección tendrá la condición de Vicepresidente del Tribunal Supremo Popular (algo parecido a lo que ocurre, como luego veremos, con la Fiscalía Militar, cuyo Jefe es Vicefiscal General de la República).

Corresponde a los tribunales militares territoriales conocer:

- a) En primera instancia, de los procesos penales en que se imputan delitos para los cuales la ley establece sanción de muerte, privación perpetua de libertad, 20 años y más de privación temporal de libertad y aquellos en que aparezca como acusado cualquier oficial que ostente el grado de Coronel o su equivalente, o que, sin ostentarlo, ocupe un cargo al que corresponda por plantilla dicho grado o uno superior;
- b) De los recursos e impugnaciones interpuestos en casación contra las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales militares de región o equivalentes;
- c) De los procedimientos especiales de inspección judicial y de revisión promovidos contra las sentencias y resoluciones firmes dictadas por los tribunales militares de región o equivalentes, que no hayan sido examinadas en casación, ni mediante alguno de dichos procedimientos especiales;
- d) en primera instancia, de cualquier causa cuyo conocimiento corresponda a un tribunal de región o equivalente subordinado, si decide reclamarla.

Corresponde a los tribunales militares de región: conocer en primera instancia de los procesos penales cuya competencia no esté atribuida a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular o a los tribunales militares territoriales o equivalentes.

### ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En los tribunales militares hay jueces profesionales y jueces legos. Ambos se eligen entre militares que prestan servicio activo. Para ser elegido juez profesional se requiere, además, tener la condición de oficial de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, mantener una actitud ejemplar en el cumplimiento de sus deberes militares y estar habilitado para el ejercicio del derecho por título expedido o revalidado por una universidad o institución oficial autorizada del país. Para ser elegido juez lego se requiere mantener una actitud ejemplar en el cumplimiento de sus deberes militares y tener aprobada, como mínimo, la enseñanza media superior.

Además de los requisitos recogidos en el párrafo anterior, para ser elegido juez de un Tribunal Militar Territorial o equivalente, se requiere:

- a) en el caso de los jueces profesionales titulares, no menos de 5 años de experiencia como juez de nivel de Región o equivalente;
- b) no menos de 5 años de prestación del Servicio Militar Activo, en el caso de los jueces legos.

Para ser elegido juez lego de un Tribunal Militar de Región o equivalente, además de los requisitos arriba expresados deberá tener 18 años de edad, como mínimo.

Para los juicios en primera instancia, los tribunales militares territoriales o equivalentes se constituyen con tres jueces profesionales, uno de los cuales lo preside, y dos jueces legos, composición que también adoptan para conocer de los exámenes en casación y los procedimientos especiales de Inspección Judicial y de Revisión.

Los tribunales militares de región lo integran un juez profesional y dos jueces legos.

El Consejo de Estado elige a los jueces profesionales, titulares y suplentes, de los tribunales militares a propuesta conjunta del

Ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y el Presidente del Tribunal Supremo Popular. De entre los jueces profesionales elegidos por el Consejo de Estado, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a propuesta del Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, designa a los presidentes y vicepresidentes de los tribunales militares territoriales, de regiones o sus equivalentes y asigna a los demás jueces profesionales electos para esos tribunales.

Por su parte, los jueces legos de los tribunales militares son elegidos por un período de cinco años, mediante votación pública, en Asamblea de la unidad o institución militar a la que pertenecen, de entre los propuestos en la candidatura conformada al efecto, lo que garantizan los jefes de las unidades e instituciones militares en todos los niveles, en coordinación con los tribunales militares correspondientes.

#### FISCALÍA MILITAR

Establece el art. 2 de la Ley de la Fiscalía Militar de 2016 que la Fiscalía Militar forma parte de la Fiscalía General de la República, se organiza verticalmente con independencia jerárquica y funcional de cualquier órgano local o militar, está subordinada únicamente al Fiscal General de la República, quien dirige su actividad directamente o mediante el Vicefiscal General Jefe de la Fiscalía Militar, a quien están subordinados los fiscales militares.

El Jefe de la Fiscalía Militar es a su vez Vicefiscal General de la República, existiendo además Fiscales Jefes de Fiscalías Militares Territoriales y de Fiscalías Militares de Región. La estructura orgánica y las plantillas de las fiscalías militares se aprueban por el Ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias a propuesta del Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar, oído el parecer del Fiscal General de la República.

La Fiscalía Militar Principal está constituida por el Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar, el segundo jefe, fiscales militares asistentes, jefes de unidades organizativas, los primeros fiscales, especialistas y el personal auxiliar que se determine en la plantilla, cuyas funciones se definen en el reglamento de esta Ley. Las fiscalías militares territoriales o equivalentes están constituidas por los jefes, los segundos jefes, fiscales militares asistentes, jefes de unidades organizativas, primeros fiscales, fiscales militares, otros oficiales y el personal auxiliar que se determine. 2. Las

fiscalías militares de región o equivalentes están constituidas por los jefes, los segundos jefes, fiscales militares asistentes, primeros fiscales, fiscales militares y el personal auxiliar que se determine.

Por lo que a la elección de los fiscales se refiere, la del Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar, tiene lugar conforme a lo dispuesto para los vicefiscales generales en la Constitución y en la Ley de la Fiscalía General de la República. El Segundo Jefe de la Fiscalía Militar, los fiscales asistentes, los jefes y segundos jefes de unidades organizativas de la Fiscalía Militar Principal, los jefes y segundos jefes de las fiscalías militares territoriales y los jefes de fiscalías militares de regiones o equivalentes se nombran por el Fiscal General de la República a propuesta del Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar. Los restantes jefes y fiscales militares son nombrados por el Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar.

Para ser fiscal militar el art. 23 de la Ley de la Fiscalía Militar establece los siguientes requisitos:

- a) ser militar en servicio activo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y mantener una actitud ejemplar en el cumplimiento de sus deberes militares y sociales;
- b) estar habilitado para el ejercicio del Derecho por título expedido o convalidado por universidad o institución oficial facultada para ello;
- c) haber cumplido treinta años de edad cuando se trate del Vicefiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar, el Segundo Jefe de la Fiscalía Militar, los demás jefes de la Fiscalía Militar Principal y los jefes de las fiscalías militares territoriales y equivalentes. En todos los casos se tiene en cuenta la experiencia y resultados en su labor profesional;
- d) haber cumplido veintiún años de edad en los demás casos.

Ya hemos visto en el punto anterior que el fiscal militar debe ser un militar en activo habilitado para el ejercicio del Derecho. Por lo que a la defensa se refiere, el art. 26 de la Ley Procesal Penal Militar establece que todo acusado, en la oportunidad procesal señalada en esta Ley, puede designar para que lo represente y defienda, a un abogado, a un militar, a un representante de la organización social a que pertenezca o asumir su propia defensa.

Pueden personarse y actuar en las actuaciones el perjudicado (persona, natural o jurídica, que, a consecuencia de un delito o

contravención, haya sufrido un daño físico, moral o patrimonial, reconocido como tal mediante resolución fundada del Instructor Fiscal, del Fiscal o del Tribunal) y el tercero civil responsable (persona, natural o jurídica que en virtud de la ley, responda civilmente del daño ocasionado por el delito cometido por el acusado, debiendo igualmente ser reconocido por resolución fundada del Instructor Fiscal, el Fiscal o el Tribunal).

La Ley de Procedimiento Penal y la Procesal Penal Militar contienen procedimientos prácticamente idénticos, en los que destaca la dirección de la instrucción por parte del fiscal militar. Sería quizá reseñable la participación que esta última concede al mando militar en lo que denomina «investigación primaria», una especie de atestado que a su finalización (las diligencias de prueba se practicarán en un plazo máximo de diez días) deberá ser remitido al fiscal militar correspondiente.

40. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR  
EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

JORGE ARANGÜENA SANDE  
*Capitán Auditor*

En la República Dominicana la jurisdicción militar es objeto de previsión específica en la vigente Constitución de 26 de enero de 2010, concretamente en su artículo 254, que textualmente señala que:

La jurisdicción militar sólo tiene competencia para conocer de las infracciones militares previstas en las leyes sobre la materia. Las Fuerzas Armadas tendrán un régimen disciplinario militar aplicable a aquellas faltas que no constituyan infracciones del régimen penal militar.

En el artículo 257 se prevé también la existencia de una «jurisdicción policial», para conocer de las infracciones policiales cometidas por miembros de la Policía Nacional. Dichos preceptos se encuadran en el Título XII del texto constitucional, que lleva por rúbrica «De las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y de la Seguridad y Defensa».

El Código de Justicia de las Fuerzas Armadas (CJFAS) vigente es el aprobado por Ley 3483/1953, de 13 de febrero, si bien ha sido objeto de diversas modificaciones desde la fecha; en el mismo se contiene la regulación orgánica y procedimental en el libro primero —arts. 2 a 105— y la sustantiva penal en el libro segundo —arts. 106 a 254—. En concreto, el artículo 3 del CJFAS dispone que:

Serán juzgadas por las jurisdicciones militares las infracciones de toda especie cometidas por militares o asimilados en los cuarteles, campamentos y cualesquiera otros recintos o establecimientos militares o navales, o a bordo de buques o aeronaves del Estado. Son también de la competencia de las jurisdicciones militares las infracciones cometidas por militares en el ejercicio de sus funciones,

sea cual fuere el lugar donde fueren cometidas. Si la infracción ha sido cometida en el extranjero, el procedimiento se intentará después de la vuelta del inculpado a la República. Todos los demás crímenes, delitos o contravenciones cometidos por militares o asimilados serán juzgados por los tribunales ordinarios, en conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Criminal, del Código Penal y de las leyes penales de derecho común.

Existe igualmente un Código de Justicia de la Policía Nacional, aprobado por Ley 285, de 26 de junio de 1966, donde se tipifican las infracciones y delitos de los que conoce la jurisdicción policial.

No obstante lo anterior, estas previsiones fueron sustancialmente afectadas por el Código Procesal Penal, aprobado por Ley 76/2002, de 19 de julio, en vigor desde el 27 de septiembre de 2004 y reformado en el año 2007; este Código contiene un precepto, el artículo 57, según el cual:

es de la competencia exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo de todas las acciones y omisiones punibles previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial,

añadiendo que:

las normas de procedimiento establecidas en este Código se aplican a la investigación, conocimiento y fallo de cualquier hecho punible, sin importar su naturaleza ni la persona imputada, incluyendo los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, aun cuando los hechos punibles que les son atribuidos hayan sido cometidos en el ejercicio de sus funciones y sin perjuicio de las facultades estrictamente disciplinarias de los cuerpos a los que pertenecen.

A su vez, la Ley 278/2004, de 12 de agosto, sobre implementación del proceso penal instituido por Ley 76/2002, considera derogadas, en su artículo 15,

todas las normas procesales referidas al enjuiciamiento penal de los miembros de las Fuerzas Armadas contenidas en el Código de las Fuerzas Armadas, contenido en la Ley número 3483 de 13 de febrero de 1953 y sus respectivas modificaciones, así como cualquier otra ley que establezca normas en este sentido.

Por tanto, existe una jurisdicción militar, con un Código de Justicia de las Fuerzas Armadas del cual debe considerarse vigente la parte sustantiva, mientras que la parte procesal ha sido derogada, debiendo entenderse aplicable por la jurisdicción militar el Código Procesal Penal.

La Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de la República Dominicana, de 13 de septiembre de 2013, contiene un Capítulo VII cuya Sección I lleva por rúbrica «Justicia Militar y Régimen Disciplinario», y que se desarrolla en los artículos 183 a 188; es en el primero de dichos preceptos donde se establece que:

La jurisdicción militar sólo tiene competencia para conocer las infracciones militares previstas en las leyes sobre la materia. La administración de justicia penal militar corresponde a los tribunales militares, creados por el Código de Justicia Militar.

A su vez, tal y como dispone la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal:

Se ha optado por la supresión de la competencia de las jurisdicciones militares para conocer y fallar los hechos punibles tipificados y sancionados por la legislación penal común, reservándole la atribución de conocer las infracciones estrictamente militares.

Debe pues entenderse que, a día de hoy, la competencia de los órganos de la jurisdicción militar se circunscribe al conocimiento de los hechos susceptibles de ser calificados como de ilícito penal militar en el Código de Justicia Militar, no siendo competentes para conocer de las infracciones penales comunes cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas.

Por lo que respecta al régimen disciplinario, y tal y como señala el artículo 185 de la Ley Orgánica de las FFAA, «Las Fuerzas Armadas tienen un régimen disciplinario militar aplicable a aquellas faltas que no constituyan infracciones del régimen penal militar». Este régimen disciplinario se contempla en el Reglamento de Régimen Disciplinario, de 10 de enero de 2008, y su aplicación corresponde a los mandos militares, no reflejándose en el citado texto ninguna previsión de interposición de posibles recursos ante los órganos de la jurisdicción militar.

La administración de la justicia penal en las Fuerzas Armadas de la República Dominicana corresponde a los siguientes órganos:

- Consejo de Guerra de Primera Instancia: Son órganos de primera instancia. Existe un Consejo de Guerra de Primera Instancia del Ejército, otro de la Armada y otro de la Fuerza Aérea, todos ellos con jurisdicción en todo el territorio nacional. Están integrados por cinco oficiales en calidad de jueces, un oficial en calidad de juez de instrucción, un oficial en calidad de fiscal, y un oficial como secretario. El Presidente del respectivo Consejo de Guerra es un Oficial General o Coronel/Capitán de Navío Abogado Licenciado.
- Consejo de Guerra de Apelación: Conoce de las apelaciones a las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra de Primera Instancia, así como de las infracciones cometidas por los Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas. La composición de los mismos es de un presidente, un sustituto del presidente, cuatro jueces y un secretario.
- Consejo de Guerra Mixto: Integrado por cinco oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, un oficial en calidad de fiscal, un oficial en calidad de juez de instrucción y un oficial como secretario. Conoce en primera instancia de las infracciones en que participen miembros de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- Consejo de Guerra de Apelación Mixto de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional: Conoce de las apelaciones frente a las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra Mixto. Está compuesto por un presidente, un primer sustituto del presidente, un segundo sustituto, cuatro jueces y un secretario.
- Suprema Corte de Justicia: Es el máximo órgano del sistema judicial de la República Dominicana. Si bien no dispone de una Sala específica de lo Militar, conoce de los recursos de casación contra las sentencias dictadas en última instancia por los respectivos Consejos de Guerra.

Los integrantes de los Consejos de Guerra en la República Dominicana tienen plena condición militar. Los presidentes de los Consejos de Guerra, Jueces de Instrucción, Fiscales y Abogados Defensores son Oficiales de los respectivos Ejércitos y/o Armada con el título de «Abogado Licenciado». El nombramiento y cese de los miembros de la jurisdicción militar constituye una atribu-

ción constitucional del Presidente de la República, disponiendo el artículo 128.1.c) de la Constitución de 2010 que corresponde al Presidente de la República, en su condición de Jefe del Estado, «Nombrar o destituir a los integrantes de la jurisdicción militar». Las propuestas de nombramiento para los distintos cargos son formuladas por el Secretario de las Fuerzas Armadas.

Cabe señalar que en la Ley 327-98, de la Carrera Judicial, excluye expresamente de la misma a «los jueces de la jurisdicción militar».

La acusación es ejercida por el Fiscal, que es un Oficial del respectivo Ejército/Armada con el título de Abogado Licenciado. En la República Dominicana existe el cargo de Procurador General de las Fuerzas Armadas, que en la actualidad ostenta la General de Brigada Abogada Licenciada D.<sup>a</sup> Ramona C. Díaz Morfa, perteneciente al Ejército, y que es la máxima responsable del ejercicio de la acción pública en nombre del Estado. Respecto a la defensa, los respectivos Consejos de Guerra tienen nombrados de forma permanente Abogados Defensores, que son Oficiales de los Ejércitos con el título de Abogado Licenciado. No obstante, y cuando el justiciable lo solicite, la defensa puede ser civil.

Del análisis de la legislación vigente, no se advierte la existencia de especialidades con respecto a lo militar en el orden penal común o en el contencioso-administrativo. No obstante, en el ámbito penal, debe señalarse que cuando un miembro de las Fuerzas Armadas sea juzgado por un delito común ante la jurisdicción ordinaria, se le puede imponer la separación de la Institución militar como sanción adicional a la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria, y a tal efecto, el Secretario de las Fuerzas Armadas y el Procurador General de la República pueden estudiar el caso y decidir si se separa al condenado del servicio en las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, el artículo 82 del Código Penal de la República Dominicana prevé como agravante cometer un delito común ostentando el sujeto activo del mismo la condición de «miembro de las Fuerzas Armadas».

Respecto al orden contencioso, la Ley 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, excluye de la competencia del Tribunal Superior Administrativo el conocimiento de «los actos de las autoridades militares relacionados con los miembros de los cuerpos correspondientes».



## 41. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL SALVADOR

ALFONSO LÓPEZ FERIA

*Capitán Auditor*

Existe en el país una jurisdicción militar, configurándose dicha jurisdicción como un régimen excepcional respecto a la unidad de justicia. La base normativa de la jurisdicción militar se encuentra en el artículo 216 de la Constitución de la República de El Salvador, decreto número 38, de 16 de diciembre de 1983, en la que se señala textualmente que:

Se establece la jurisdicción militar. Para el juzgamiento de delitos y faltas puramente militares habrá procedimientos y tribunales especiales de conformidad con la Ley. La jurisdicción militar, como régimen excepcional respecto de la unidad de justicia, se reducirá al conocimiento de delitos y faltas de servicio puramente militares, entendiéndose por tales los que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar. Gozan de fuero militar los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por delitos y faltas puramente militares.

El Código de Justicia Militar de 29 de mayo de 1964, Decreto número 562, determina las competencias de la Jurisdicción Militar, aplicando las disposiciones del mismo exclusivamente a los miembros de la Fuerza Armada<sup>265</sup> en servicio activo por delitos y faltas puramente militares<sup>266</sup>.

La competencia de la jurisdicción militar se circunscribe en tiempo de paz al ámbito estrictamente militar conociendo de las conductas tipificadas en el Código de Justicia Militar como delitos y faltas puramente militares, funcionando en tiempo de guerra internacional los tribunales permanentes de tiempo de paz en cuanto fuere posible y lo permitan las necesidades de la guerra internacional, pero con sujeción al procedimiento especial establecido en el Código de Justicia Militar para tiempo de guerra

internacional<sup>267</sup>. La jurisdicción militar extiende su competencia a cualquier clase de delito militar y falta en el supuesto de tropas o unidades que se encuentren en servicio de campaña, ejerciendo la jurisdicción militar en estos casos, el Comandante General de la Fuerza Armada, las Cortes Marciales de Urgencia, los jefes de operaciones en campaña, y los jefes de unidades, buques o aeronaves, cuando operen independientemente o se encuentren incomunicados.

Se confiere también a los órganos judiciales militares la tutela jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, de manera que comprende también la aplicación de las penas disciplinarias impuestas por los distintos escalones de la Fuerza Armada, que, en el caso de los oficiales corresponde al ministro y subsecretario de Defensa, a los jefes de cuerpo, y a los jefes de oficinas militares. Mientras que, tratándose de faltas cometidas por clases e individuos de tropa, corresponde a los comandantes de cuerpo<sup>268</sup>.

La jurisdicción militar para delitos, en tiempo de paz, será ejercida por<sup>269</sup>:

1. Los jueces militares de instrucción;
2. Los jueces de Primera Instancia Militar;
3. Las Cortes Marciales;
4. Las Cámaras de Segunda Instancia;
5. El Comandante General de la Fuerza Armada;
6. La Corte Suprema de Justicia.

En tiempo de guerra internacional funcionarán los tribunales permanentes de tiempo de paz en cuanto fuere posible y lo permitan las necesidades de la guerra internacional, pero con sujeción al procedimiento especial establecido por este Código para tiempo de guerra internacional.

En las unidades que se encuentren en servicio de campaña, la jurisdicción militar se ejerce:

1. Por el Comandante General de la Fuerza Armada;
2. Por las Cortes Marciales de Urgencia;
3. Por los jefes de operaciones en campaña; y
4. Por los jefes de unidades, buques o aeronaves, cuando operen independientemente o se encuentren incomunicados.

La Corte Suprema de Justicia<sup>270</sup> estará compuesta por quince Magistrados que serán elegidos por la Asamblea Legislativa y uno de ellos será el Presidente. Es la máxima instancia de apelación.

Los jueces militares de instrucción<sup>271</sup> tienen competencia para instruir el sumario en las causas seguidas por delitos militares de que corresponda conocer a los jueces de primera instancia militar y a las Cortes Marciales, en su caso. Es designado por la autoridad encargada de disponer, en cada caso la formación del sumario (el Ministerio de Defensa si se trata de delitos cometidos por oficiales, o el jefe de cuerpo respectivo, si se trata de delitos cometidos por personal de tropa, excepto si son delitos de competencia de las Cortes Marciales, en cuyo caso corresponderá al Ministerio de Defensa). El grado o categoría de los Jueces de Instrucción será por lo menos igual a la del procesado, no pudiendo en caso alguno ser menor de sub-teniente o su equivalente. El Ministerio de Defensa nombrará a los oficiales que han de desempeñar las funciones de jueces de instrucción en los casos en que los hechos investigados deban ser conocidos por las Cortes Marciales Extraordinarias.

Los jueces de primera instancia militar<sup>272</sup> conocen todas las causas por delitos militares cuya máxima pena sea de diez años de reclusión. Asimismo son quienes ejecutan las sentencias dictadas por las cortes marciales. Deben ser abogados preferentemente oficiales de la Fuerza Armada y son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta del Consejo Nacional de la Judicatura, a quien el Ministerio de Defensa propone una terna.

Las Cámaras de Segunda Instancia de lo Penal<sup>273</sup> conocen de las resoluciones dictadas en primera instancia por los Jueces de Primera Instancia Militar. Pertenecen al fuero civil.

Las Cortes Marciales Ordinarias<sup>274</sup> estarán integradas por cinco miembros militares, de los cuales tres deberán tener la categoría de jefes y los restantes de oficiales, conforme el art. 44 del Código de Justicia Militar<sup>275</sup>. Son nombrados por el Ministerio de Defensa en la primera Orden General del mes de enero.

Las Cortes Marciales Extraordinarias se formarán para cada causa y estarán integradas por siete miembros, de los cuales cinco serán jefes y dos oficiales, quedando facultado el Ministerio de Defensa para cuando lo creyere necesario o conveniente, designar a un abogado para que forme parte de la Corte Marcial en sustitución de un miembro militar. Cuando la Corte Marcial

Extraordinaria tenga que conocer de alguna causa en la que aparezca como indiciado un general o almirante, debe figurar por lo menos un miembro con ese grado. Sus miembros son sorteados entre los oficiales del correspondiente grado que aparezcan en las listas remitidas por el Ministerio de Defensa.

La Corte Marcial de Urgencia sólo funcionará en tiempo de guerra internacional y estará formada por tres miembros militares propietarios y dos suplentes quienes serán designados por el Jefe de operaciones en campaña o por el Jefe de plaza o unidad sitiada, o por el capitán de buque o aeronave aislados, dentro de los oficiales, clases o soldados que estén a sus órdenes.

El Comandante General de la Fuerza Armada<sup>276</sup> y el Jefe de Operaciones en Campaña, conocerán en última instancia de los recursos interpuestos contra la sentencia dictada por las Cortes Marciales.

El Ministerio Público<sup>277</sup> estará representado en la administración de Justicia Militar por un Fiscal General Militar y por fiscales militares permanentes. El Fiscal General Militar y los Fiscales Militares Permanentes serán nombrados, removidos o sustituidos, por el Fiscal General de la República a propuesta del Ministerio de Defensa. Tanto el Fiscal General Militar como los fiscales militares permanentes deberán ser militares con grado no inferior al de Mayor o su equivalencia, o abogado salvadoreño por nacimiento.

Defensores<sup>278</sup> Los procesados ante los tribunales militares pueden nombrar como defensor o defensores a las mismas personas que conforme la legislación común puedan ejercer la defensoría; pero, además, pueden escoger para que los defiendan a Oficiales de la Fuerza Armada.

Como especialidades en el orden penal común, podemos citar las siguientes:

- El artículo 185 del Código de Justicia Militar, que atribuye en tiempo de guerra internacional, competencia a los tribunales militares para conocer, tanto de los delitos previstos en el Código de Justicia Militar como en el Código Penal Común cometidos por habitantes del territorio ocupado en daño a las Fuerzas Armadas o de las personas pertenecientes o dependientes de ella por estar a su servicio, así como de los delitos comunes por las fuerzas de ocupación en daño de los habitantes del territorio ocupado

— En determinados tipos delictivos, se considera elemento integrante del tipo que agrava la responsabilidad penal, realizar el hecho prevaleciéndose de la condición de militar. Tal es el caso del homicidio agravado del artículo 129 del Código Penal, Decreto Legislativo de 26 de abril de 1997; o el genocidio del artículo 361.

No se ha encontrado ninguna especialidad en el orden contencioso administrativo

#### BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/8A31F9CC5C-1D8E470525779A005708BE/\\$FILE/Justicia\\_Militar\\_LIBRO\\_2010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/8A31F9CC5C-1D8E470525779A005708BE/$FILE/Justicia_Militar_LIBRO_2010.pdf)
- Daniel Soto Muñoz (2011) Influencia del derecho internacional en la Reforma de la Justicia Militar (2011). Revista Política y Estratégica núm. 118.
- <http://www.csj.gob.sv/idioma.html> (página WEB oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).
- <http://www.asamblea.gob.sv/> (Página Web oficial de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador).



## 42. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LOS ESTADOS UNIDOS

JERÓNIMO DOMÍNGUEZ BASCOY

*General Auditor*

En los EEUU existe un sistema de jurisdicción militar cuya base normativa fundamental está constituida por el Código Uniforme de Justicia Militar (CUJM)<sup>279</sup>, aprobado por el Congreso en 1950 en uso de los poderes que se le confieren en la octava sección del artículo uno de la Constitución. Además, en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, el Presidente de los EEUU aprobó mediante la Orden Ejecutiva 12473 (1984) el Manual de Cortes Marciales (MCM), cuya vigente edición es de 2012<sup>280</sup>, que vendría a ser una suerte de guía oficial para la aplicación del CUJM en la que, además de, propiamente, las reglas para la organización y funcionamiento de las cortes marciales, se contienen las reglas relativas a la prueba, los artículos punitivos (guía interpretativa de los tipos penales del CUJM) y las normas de procedimiento a que se ha de sujetar la imposición de sanciones no judiciales.

El conocimiento del sistema de justicia militar estadounidense resulta muy sencillo dada la abundancia de material que existe al respecto. De entre dicho material, merece destacarse la publicación que lleva por título «Practicing Military Justice»<sup>281</sup> del Criminal Law Department del Judge Advocate General's Legal Center and School del U.S. Army.

El sistema de justicia militar de los EEUU se halla actualmente en proceso de revisión.

El grupo designado a tal fin ya ha presentado sus recomendaciones en un informe fechado el 22 de diciembre de 2015<sup>282</sup>.

Tal como se señala en la regla 201 (a) del MCM, la jurisdicción de las cortes marciales es exclusivamente penal o disciplinaria (la distinción radica en los EEUU en la naturaleza criminal común o genuinamente militar de la infracción). Se explica en

dicha regla que las cortes marciales carecen de potestad para resolver reclamaciones de naturaleza civil. Se cita, no obstante, el caso de la corte marcial sumaria prevista en las secciones 4712 (Ejército de Tierra) y 9712 (Fuerza Aérea) del título 10 del Código de los EEUU, que habrá de constituir el Comandante de la unidad con el fin de disponer sobre los efectos personales de un fallecido (similar a las previsiones contenidas en los artículos 519 a 521 de nuestra Ley Procesal Militar), caso para el que no resultan de aplicación las reglas del MCM.

Según se indica en la regla 201 (d) del MCM, las cortes marciales tienen jurisdicción exclusiva sobre las ofensas puramente militares. En general, las cortes marciales tienen potestad para enjuiciar cualquier ofensa contemplada en el CUJM, que, además de los aproximadamente cincuenta tipos que recoge, enuncia en su artículo 134 un tipo genérico en el que se incluyen todas aquellas conductas desordenadas o negligentes, así como las que puedan desacreditar la imagen de las Fuerzas Armadas y, en general, todo delito no castigado con la pena capital. La regla enunciada en el caso *Solorio vs. Estados Unidos* (1987) es que la jurisdicción de las cortes marciales depende exclusivamente del estatus de la persona en cuanto incluida en el ámbito de aplicación del CUJM, sin que en absoluto haya de requerirse adicionalmente una conexión con el servicio de la conducta enjuiciada.

En cuanto a quienes están sujetos a las disposiciones del CUJM, su artículo 2 (a) relaciona a doce categorías de personas, la mayoría de las cuales son o personal militar en servicio activo, o personal de la reserva o retirados que todavía reciben sueldo u otro tipo de beneficios de las Fuerzas Armadas. Se menciona también a los prisioneros de guerra, así como, en tiempo de guerra, a las personas que sirven a o acompañan a las Fuerzas Armadas.

Tal y como sucedía en el sistema de Consejos de Guerra de nuestro CJM de 1945, no existe en los EEUU una organización estable de cortes marciales. Éstas son conformadas «ad hoc» por aquellas autoridades y mandos militares que tienen potestad para hacerlo (son las denominadas «convening authorities»). El nivel de estas autoridades y mandos varía en atención al tipo de corte marcial que en cada caso se trate de formar: sumaria (para juzgar infracciones leves cometidas por personal alistado), especial (para juzgar delitos menores) o general (para juzgar los delitos de mayor gravedad).

Una vez impuesta la condena por una corte marcial especial o general, se pone en marcha en ciertos casos un procedimiento de revisión (por la «convening authority» correspondiente) o de apelación ante la correspondiente Corte de Apelaciones Penales, ante la Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas o, incluso, ante el Tribunal Supremo de los EEUU.

En cuanto a la composición de las cortes marciales, esta es, esquemáticamente, la siguiente:

- General: Está formada por un juez militar y no menos de cinco miembros (o por solo un juez militar, si así lo elige el acusado), que serán no menos de doce miembros en caso de enjuiciarse un delito castigado con la pena capital.
- Especial: Puede estar formada bien por no menos de tres miembros, bien por un juez militar y no menos de tres miembros, bien por solo un juez militar si así lo elige el acusado.
- Sumaria: La compone un único oficial de carrera, que no es preciso que sea jurista.

Todos los miembros de las cortes marciales son designados por la «convening authority» correspondiente entre personal en servicio activo en las Fuerzas Armadas. Pueden formar parte de aquéllas tanto oficiales de carrera («commissioned officers»), como suboficiales («warrant officers»), salvo que el acusado tenga la categoría de oficial, como, incluso, personal alistado siempre que el acusado también lo sea y así lo haya solicitado.

Por lo que respecta al juez militar, éste debe ser un oficial de carrera de las Fuerzas Armadas habilitado para actuar ante un tribunal federal o ante el tribunal supremo de un Estado, que, además, esté acreditado para desempeñar sus funciones como juez militar por el JAG a cuya organización pertenezca.

La designación de los responsables de ejercer la acusación («trial counsel») y la defensa («defense counsel») se regula en el artículo 27 del CUJM. Tanto el fiscal como el defensor designado de oficio son personal militar perteneciente al correspondiente JAG. El acusado puede, no obstante, encomendar su defensa a un letrado civil a sus expensas.

La búsqueda de singularidades militares en el Derecho Penal común de los EEUU es un trabajo bastante laborioso. Existen cla-

ro está. Han de buscarse en el título 18 del Código de los EEUU («Crimes and Criminal Procedure») en el que, por ejemplo, en el capítulo 67 de su parte I se tipifican como delitos determinadas conductas relacionadas con las Fuerzas Armadas (así, el allanamiento de dependencia militar o el ejercicio de la prostitución en las cercanías de establecimientos militares), o en el capítulo 212 de su parte II se regula el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción militar.

Lo más parecido en los EEUU a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa es el sistema de revisión judicial («Judicial Review») de la actividad de las agencias gubernamentales, que regula el capítulo 7 de la parte I del título 5 del Código de los EEUU. Se excluyen expresamente de esa revisión la actividad de las cortes marciales y las comisiones militares, así como la de la autoridad militar ejercida en tiempo de guerra o en territorio ocupado. Salvo estos casos, no existe hoy en los EEUU una inmunidad de los actos administrativos militares frente a la revisión por los tribunales federales.

#### 43. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN GRECIA

CRISTINA AMICH ELÍAS

*Capitán Auditor*

La regulación jurídica del sistema judicial militar está basada en el artículo 96.4 de la Constitución griega<sup>283</sup> y desarrollada en el Código Penal Militar (Ley 2287/1995) y en el Código de los Cuerpos Judiciales de las Fuerzas Armadas griegas (Ley 2304/1995).

La justicia militar griega es independiente del sistema judicial ordinario; Si bien depende administrativamente del Ministerio de Justicia, también es independiente del poder ejecutivo.

1. Tiene jurisdicción *ratione personae*, es decir sobre el personal militar- que lo sea en el momento de comisión del delito- al margen de cuál sea el delito cometido, común o militar. No tiene jurisdicción sobre el personal civil, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo que sean prisioneros de guerra (artículo 96.4 de la Constitución y 193 del CPM).
2. Hay seis tribunales militares del ejército, cuatro tribunales militares navales y cuatro de la Fuerza Aérea, todos ellos de primera instancia. Sus decisiones pueden ser apeladas ante la Corte Suprema Militar de Atenas (Tribunal militar de apelación), formado exclusivamente por miembros del Cuerpo Judicial. La casación es ante el Tribunal Supremo del Estado.
3. Los miembros de los Tribunales militares son en su mayoría miembros del Cuerpo Judicial de las Fuerzas Armadas, con una sólida formación legal, así como militares de armas, del empleo de Capitán en adelante. Concretamente, los Tribunales se estructuran de las dos siguientes formas:
  - a) Cinco jueces: tres miembros del Cuerpo Judicial y dos oficiales de las Fuerzas Armadas, que ejercen la función de jurado.

- b) Tres jueces: Dos miembros del Cuerpo Judicial y un oficial de las FAS.

La independencia de los miembros del Cuerpo Judicial está establecida constitucionalmente<sup>284</sup>. Los miembros de este Cuerpo deben ser ya licenciados, y posteriormente son seleccionados en base a sus conocimientos jurídicos.

Existen Consejos autónomos para decidir sobre la promoción o sobre cualquier alteración de su estatuto. Los jueces y fiscales están sujetos a unas normas disciplinarias contenidas en el Código de los Cuerpos Judiciales de las Fuerzas Armadas griegas, y no a las previsiones disciplinarias del resto de los miembros de las FAS.

El Cuerpo Judicial depende administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, si bien, como hemos señalado, es independiente en sus funciones. Su jefatura es ejercida por el Consejo Supremo Judicial del cuerpo judicial militar. La cúpula de mando de las Fuerzas Armadas no puede intervenir de ninguna forma en los asuntos jurisdiccionales o administrativos relativos al Cuerpo Judicial.

El fiscal es siempre un miembro del Cuerpo Judicial. Hay fiscalías en todos los tribunales militares y en el Tribunal de apelación.

El Secretario judicial es un oficial que ha recibido una formación específica.

Los abogados son civiles.

El fiscal está fuera de la cadena de mando de las FAS y es seleccionado tras superar unas oposiciones (al igual que todos los miembros del Cuerpo). Gozan de independencia personal y funcional. El mando militar tampoco puede interferir con su labor.

El acusado siempre tiene derecho a designar un abogado civil y tiene los mismos derechos que un acusado en el procedimiento penal común.

El Código procesal criminal ordinario es de aplicación en los procedimientos militares, de conformidad con el artículo 213 del Código Penal Mil, si bien dicho CPM contiene ciertas previsiones especiales en relación con los procedimientos militares.

La acción civil puede ser ejercitada tanto ante tribunales militares como ante tribunales civiles.

En el libro Segundo del Código Penal ordinario (1492/1950) se recogen los delitos relacionados con la prestación del servicio militar (202-206).

#### 44. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN GUATEMALA

DOLORES VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

*Capitán Auditor*

En Guatemala existe un sistema de jurisdicción militar. La normativa básica la constituye el Código Militar (Decreto 214-01/08/1878)<sup>285</sup>, la Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala (Decreto Legislativo 72-90) y la Constitución Política de la República de Guatemala<sup>286</sup>.

Se da el particular caso de que el Código Militar que actualmente está en vigencia, es el primer Código Militar que se sancionó en el país<sup>287</sup>. Se adoptó como sistema de administración de justicia militar el inquisitivo, que se adaptaba a la necesidad de esa época por la ausencia de un Estado de derecho y lo rezagado en materia de derechos humanos y garantías individuales de las personas. Este código, lógicamente, es incongruente con un ordenamiento jurídico procesal nacional moderno: conflictos de interés, parcialidad y objetividad son los problemas que se presentan en el proceso penal militar, porque la investigación se lleva a cabo por el mismo órgano que se encuentra vinculado directamente con el juzgamiento, totalmente enmarcado dentro del sistema inquisitivo. Esto en la actualidad choca frontalmente con la Constitución Política de la República de Guatemala, de 31 de agosto de 1985<sup>288</sup>, que entró en vigencia el 14 de enero de 1986. En el artículo 219 de la misma se dispone que «Los tribunales militares conocerán de los delitos o faltas cometidos por los integrantes del Ejército de Guatemala»<sup>289</sup>.

El Código militar guatemalteco de 1878 define en su artículo 1 a la jurisdicción militar como «...la potestad de conocer y sentenciar los asuntos civiles y criminales de que trata el Código y de hacer que se ejecute la sentencia». El artículo 2 indica que:

la jurisdicción en los delitos o faltas esencialmente militares corresponde a los tribunales militares. En los casos de delitos o faltas comunes o conexos cometidos por militares, se aplicará el Código Procesal Penal y serán juzgados por tribunales ordinarios...

El Código Militar de Guatemala, está dividido en dos partes:

- Primera: (parte sustantiva), contiene todas aquellas normas de índole penal militar, utilizadas para el juzgamiento de los integrantes del ejército de Guatemala a la hora de la comisión de un delito militar tipificado en el mismo.
- Segunda: (parte adjetiva), contiene todo lo relativo al procedimiento penal militar a seguir por parte de los órganos jurisdiccionales militares al momento de comisión de un hecho delictivo y basado en un sistema inquisitivo propio de la época. No obstante, Guatemala adoptó un sistema acusatorio mixto de conformidad con el Decreto 51-92, que regula la forma en que ha de desarrollarse el proceso penal y realizar por el mismo el *ius puniendi*.

Esta parte segunda del Decreto 214, Código Militar, fue reformado por el Decreto 41-96, disponiendo el artículo 2 de la segunda parte que:

La jurisdicción en los delitos o faltas estrictamente militares corresponde exclusivamente a los tribunales que esta ley designe. En los casos de delitos o faltas comunes o conexos cometidos por militares, se aplicará el Código Procesal Penal y serán juzgados por los tribunales ordinarios a que se refiere la ley del Organismo Judicial.

Por otra parte, el Código Militar señala asimismo a quiénes se aplica, abarcando a todos aquellos individuos que gozan del llamado fuero de guerra. En este sentido abarca a: los individuos que componen el ejército; los empleados del Ministerio de Defensa Nacional; los auditores, fiscales de plaza y demás dependientes de jefaturas de zona; alumnos y dependientes de la Escuela Politécnica y de sustitutos; persona que con motivo de cualquier ocupación, figure en los presupuestos militares; los que cometieren algún delito relativo al servicio militar que estuvieren prestando. Asimismo, están sujetos a los tribunales militares aunque no gocen de fuero: los que cometen, apoyan o encubren un delito o falta puramente militar; los reos de delitos de traición a la Patria, sedi-

ción, rebelión, tumulto o conspiración contra el orden público; los que inciten, auxilien o encubran la desertión; los reos de robo a asalto en despoblado y los que roben en poblaciones formando cuadrillas de tres o más individuos; robo o hurto de armas, etc, pertenecientes a la hacienda militar; atentado y desacato contra autoridades militares, insultos o cualquier delito o falta contra centinelas y salvaguardias; toda persona, seglar o eclesiástica, que en discursos, sermones o acto público, concite a su auditorio a la rebelión contra las autoridades constituidas.

En varias disposiciones del Código Militar se contempla la posibilidad de que civiles sean juzgados por el fuero militar (artículos 15 a 18), siendo ello contrario al artículo 219 de la Constitución, el cual establece que ningún civil podrá ser juzgado por tribunales militares, por lo que el juzgamiento de personas civiles por tribunales militares es inconstitucional.

Existen los siguientes órganos jurisdiccionales en la organización judicial castrense:

- Jueces militares menores.
- Tribunal militar<sup>290</sup>. Conocen en primera instancia.
- Consejos de Guerra (ordinarios, de oficiales generales, en campaña o en plazas o ciudades sitiadas). Conocen en primera instancia.
- Corte de apelaciones. Conoce en segunda instancia. Se constituye como corte marcial integrada por los mismos magistrados más dos vocales militares y actúa en las sentencias dictadas por las jefaturas de zona en caso de delitos comunes.
- Corte Suprema de Justicia. La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a jurisdicción militar se refiere, conoce en recurso de casación. Se constituye como Corte Marcial, integrada por el mismo presidente y magistrados más dos vocales militares.

La estructura de la justicia militar, dependiente de la Jefatura de Estado Mayor General del Ejército es la siguiente:

- Parte sumarial (se examina la acusación, se decide su relevancia y se le toma declaración al acusado): Jefes de zonas militares<sup>291</sup> y junto al auditor de guerra<sup>292</sup> y los secretarios de guerra<sup>293</sup> conforman el tribunal militar. En los casos de

juzgamiento de tropa o especialistas se sustituye el auditor por el Fiscal Militar.

- Parte Plenaria: Consejos de Guerra: compuestos por un presidente (es el comandante del cuerpo o destacamento del acusado), el Auditor de Guerra y cuatro vocales (son sorteados entre los capitanes del cuerpo). En los casos que se acuse a un oficial en actividad o retirado, el Consejo es integrado por oficiales con un grado mínimo de mayor.

El Fiscal militar es un oficial de carrera o asimilado que conoce de los delitos militares cometidos por especialistas y tropa. Caso de que no exista designado un fiscal militar será el segundo comandante de la región militar, donde está ubicado el tribunal militar. De conformidad con el artículo 296 de la parte segunda del Código Militar, antes de entregar la causa al defensor, el fiscal o juez instructor formulará el pedimento que estime arreglado a justicia. En las causas que se sigan por acusación no es necesario el pedimento del fiscal.

Por otra parte, respecto del defensor, el artículo 295 de la parte segunda del código militar dispone que no es hasta concluida la confesión de reo cuando se nombra defensor o se tendrá por nombrado al que proponga el reo. Si el defensor nombrado fuere oficial y rehusare aceptar el nombramiento pudieran imponérsele penas de no tener un impedimento legítimo.

En primer lugar señalar que el derecho penal militar no es una disciplina plenamente autónoma sino un complemento del derecho penal común. Por ello los principios que informan el derecho penal común rigen igualmente sobre el derecho penal militar. Existen en el Código Penal de Guatemala (Decreto número 17-73) preceptos que agravan las penas en función de que determinados delitos se cometan contra bienes militares o delitos cometidos por civiles que lesionen bienes jurídicos estrictamente castrenses. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del mismo, no existe reincidencia ni habitualidad entre delitos comunes y puramente militares. Se dispone también y respecto al hurto, una agravación del mismo el hecho de se trate de hurto de cosas militares, igual que ocurre con los daños en instalaciones militares. Por otra parte se tipifican conductas cometidas por civiles y que son militares: artículo 365 castiga al que en tiempo de guerra públicamente incitare a la desobediencia de una orden de las autoridades milita-

res o a la violación de los deberes del servicio, o a la deserción. El artículo 366 castiga al que revelare documentos, dibujos, planos o datos relativos a operaciones militares. Por último, el artículo 367 castiga al que sin estar legalmente autorizado, levantara planos de fortalezas, cuarteles, buques o embarcaciones, arsenales, hangares, vía u otras obras militares.

Respecto al orden contencioso-administrativo cabe únicamente señalar que el artículo 21 del Decreto número 119-96 dispone que el contencioso administrativo es improcedente en los asuntos referentes al orden militar o de defensa, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de la República de Guatemala 1986.  
Código Militar. Decreto 214 del Presidente de la República, 1878.  
Ley Organismo Judicial. Decreto número 2-89, 1989.  
Código Procesal Penal, Decreto número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala.  
Revista Política y Estratégica núm. 118 julio-diciembre 2011 (Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos ANEPE)  
[http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_6296.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6296.pdf)  
<http://www.resdal.org/justicia/libro-justicia-militar-final.pdf>  
<http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/2667.pdf>  
<https://gtdocs.blogspot.com.es/2014/06/decreto-214-codigo-militar-de-guatemala.html>  
[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/1721.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/1721.pdf)  
<http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/militar1.html>  
[http://www.guatemala.de/Doks/Militaerreform\\_span.pdf](http://www.guatemala.de/Doks/Militaerreform_span.pdf)



## 45. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN GUINEA ECUATORIAL

JAVIER FRANCO ROMERO

*Capitán Auditor*

En Guinea Ecuatorial existe una jurisdicción militar. Según el artículo 94 de su Constitución «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y del funcionamiento de los juzgados y tribunales. La ley fija el régimen jurídico aplicable a la jurisdicción militar.»

La situación judicial del país es convulsa. El presidente del gobierno disolvió el poder judicial mediante el «Decreto número 36/2015 de fecha 20 de mayo, por el que se dispone la disolución total del Poder Judicial». No obstante, las normas que afectan a las jurisdicciones militares se han mantenido al margen.

Tiene como competencias juzgar todas aquellas conductas recogidas en el Código de justicia militar español de 17 de julio de 1945. Muchas de las normas que componen el ordenamiento jurídico de Guinea Ecuatorial son anteriores a su independencia, y fueron declaradas vigentes por el Decreto núm. 4/80 de 3 de abril de 1980. El Código de Justicia Militar, ni se ha examinado su compatibilidad con la actual Constitución ni ha sufrido modificaciones. La Ley Orgánica del Poder Judicial 10/1984 limita el uso de tribunales militares a asuntos estrictamente relacionados con las fuerzas armadas. De esta manera, la competencia de la Jurisdicción Militar, se determina en materia criminal por razón de la persona responsable, delito y lugar en que se cometa. El catálogo de delitos es más amplio que el actual Código Penal Militar español. Debido a la especial situación política de Guinea Ecuatorial, es importante destacar que la jurisdicción militar conoce de todos aquellos delitos contra la seguridad y la jefatura de estado, por lo que algunos procedimientos con cierta relevancia internacional contra opositores han sido juzgados en dicha jurisdicción.

La organización de la jurisdicción militar guineana es la misma que la que recogía el Código de Justicia militar español de 17 de julio de 1945. Por lo tanto, pueden diferenciarse dos escalones principales:

1. Un primer escalón formado por las Capitanías Generales, generales en jefe de Ejército, jefes de tropa con mando independiente, gobernadores de plazas sitiadas y comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, que forman sus propios Consejos de Guerra.
2. Un segundo escalón denominado Consejo Supremo de Justicia Militar dependiente del Ministerio del Ejército que en la práctica ejerce funciones de Tribunal Supremo.

Es importante señalar que la Ley Orgánica 10/1984 reguladora del Poder Judicial de Guinea Ecuatorial. Fue modificada en 2009 para incluir la revisión por su corte suprema de las decisiones de los tribunales militares. De esta manera, establece en su artículo 37.2 B): «La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia conocerá: De los recursos de casación en materia penal ordinaria y militar». Esta reforma se produjo como consecuencia su primer examen periódico universal, realizado en diciembre de 2009, Guinea Ecuatorial aceptó 111 recomendaciones y rechazó 4, entre ellas, ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte; autorizar el acceso de los relatores especiales de la ONU y otros a las instalaciones militares, y permitir que los partidos políticos y los medios de comunicación desarrollen sus actividades libremente.

El informe de 2013 de amnistía internacional sobre la situación de los derechos humanos en Guinea Ecuatorial declara que no se ha producido hasta la fecha ninguna revisión en la Corte Suprema de resoluciones de los Consejos de Guerra citados.

Los cargos que ejercen la jurisdicción militar en Guinea Ecuatorial son el Juez instructor y los vocales de los Consejos de Guerra y Superior de Justicia Militar. Todos ellos tienen la Condición de militar. Su nombramiento se hará para cada causa por la autoridad militar que ejerza la jurisdicción o quienes den la orden de formación del procedimiento.

En lo relativo a la acusación, El fiscal ejercita la acción pública ante los consejos de guerra. Califica los hechos objeto del procedimiento determinando las responsabilidades exigibles en cada caso y formula la acusación. En el ejercicio de sus funciones depende exclusivamente de la autoridad judicial. Su nombramiento se hará para cada causa por la autoridad militar que ejerza la jurisdicción o quienes den la orden de formación del procedimiento. También ostenta la condición de militar.

En cuanto a la defensa, también son nombrados por la autoridad que ejerza la jurisdicción en cada causa. No se establece nada sobre si debe de ser militar o civil.

Como se ha dicho, en principio la Ley Orgánica del Poder Judicial limita el uso de tribunales militares a asuntos estrictamente relacionados con las fuerzas armadas, pero en la práctica se han utilizado estos tribunales para juzgar a civiles . La jurisdicción militar está mucho más separada de la jurisdicción penal común de lo que ha evolucionado en España, a pesar del común origen. La jurisdicción militar no se vio afectada por la disolución del poder judicial de 2015 y en la práctica funciona independientemente como consagra su norma fundamental. El único nexo que existe en su Constitución o en sus normas orgánicas es el sistema de recursos expuesto en el punto tercero que no ha llegado a tener aplicación práctica.

#### OBSERVACIONES

En el transcurso de este cuestionario, considero demostrativo funcionamiento del sistema judicial guineano este extracto de un informe de Amnistía Internacional para el examen periódico universal de la ONU, de mayo de 2014:

En marzo de 2010, Marcelino Nguema, Santiago Asumu y siete ciudadanos nigerianos fueron declarados culpables de intentar asesinar al presidenteculpables de intentar asesinar al presidente Obiang en un juicio sin garantías celebrado ante el Tribunal de Apelación de Malabo. Los cargos se referían a un presunto atentado cometido contra el palacio presidencial el 17 de febrero de 2009. Los dos ecuatoguineanos fueron absueltos, mientras que los ciudadanos nigerianos fueron declarados culpables y condenados a una pena de 12 años de prisión cada uno. Habían sido arrestados en el mar y fueron declarados culpables sobre la base del presunto parte meteorológico del 17 de febrero de 2009, según el cual el

tiempo era despejado y había buena visibilidad; por tanto, adujeron las autoridades, su presencia en aguas territoriales ecuatoguineanas ese día no estaba justificado y sólo podía responder a su intención de participar en el atentado. Los nueve acusados habían permanecido casi un año reclusos en régimen de incomunicación y sin cargos y habían sido torturados durante ese tiempo. Pese a ser absueltos, Marcelino Nguema y Santiago Asumu continuaron encarcelados. Aunque la ley lo prohíbe, en agosto de 2010 fueron juzgados de nuevo por los mismos cargos, esta vez por un tribunal militar que les impuso una pena de 20 años de prisión, junto con otros cuatro hombres que fueron condenados a muerte (Los ejecutaron en secreto una hora después de dictada la condena, y un día después de que el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios abandonase el país). No se informó del juicio a ninguno de los acusados hasta que llegaron al tribunal, donde se asignó su defensa a dos militares sin formación jurídica. En ambos juicios, el tribunal aceptó como prueba confesiones extraídas bajo tortura.

## 46. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN HONDURAS

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ RUIZ

*Capitán Auditor*

Honduras cuenta con un sistema de administración de la justicia militar de naturaleza mixta, a la par civil y castrense, que regula a través de dos instrumentos legales básicos, cuales son su llamado Código Militar (aprobado por Decreto núm. 76 de 19 de enero de 1906 y reformado por última vez por Decreto núm. 47 de 22 de enero de 1937), código de justicia militar que disciplina tanto los delitos y faltas penales (no disciplinarias) de carácter militar como los procesos penales mediante los que depurar la responsabilidad penal en que incurren sus autores y partícipes, y la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas (Decreto núm. 98 de 1984), que dedica su Título X (arts. 235 y ss.) a regular los tribunales militares. También han de citarse la Constitución de la República de Honduras de 20 de enero de 1982 (aprobada por Decreto núm. 131 y publicada en La Gaceta núm. 23,612) y su Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (Decreto núm. 76 de 19 de enero de 1906).

Es competencia de su sistema de justicia militar el conocimiento de los delitos y faltas de orden militar (que se enumeran en los artículos 98 y ss. del precitado Código Militar) y la administración de justicia en el fuero de guerra. Con tal expresión de «fuero de guerra» entiende el conjunto de normas contenidas en la legislación penal militar hondureña a ser aplicadas por sus tribunales militares a los miembros de las Fuerzas Armadas que, estando de alta y en acto de servicio (es decir, militares que forman parte activa del personal de las Fuerzas Armadas y que se encuentran desempeñándose en labores propias de su función al momento de cometer un acto considerado delictivo), incurran en la comisión de delitos o faltas de naturaleza estrictamente militar, bien entendido que, en caso de conflicto de competencia en

cuanto a si el delito es penal común o penal militar, prevalece el fuero común.

Todos los miembros de las Fuerzas Armadas hondureñas (no así los civiles) están sujetos a la jurisdicción y competencia de sus tribunales militares, si bien dichos tribunales no pueden extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio activo: cuando en un delito o falta militar se halle implicado un civil o un militar de baja (entiéndase retirado), conoce del caso la autoridad jurisdiccional competente del fuero común.

A diferencia de nuestro modelo jurisdiccional, sus tribunales militares no conocen de los procesos de impugnación de las sanciones impuestas por mor de la aplicación de su régimen disciplinario, materia esta que compete a su Jurisdicción contencioso administrativa (Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Decreto núm. 198-87 publicado en La Gaceta núm. 25,416).

De manera esquemática, la estructura del sistema de justicia militar de Honduras está compuesta, en tiempo de paz, de la siguiente manera:

—Jueces de Primera Instancia Militares: conocen en primera instancia de todos los procesos iniciados por crimen o simple delito y, en apelación, de las faltas militares. También les compete resolver las cuestiones de competencia promovidas entre Jueces Instructores de un mismo Departamento. En cada Región Militar funciona un Juzgado de Primera Instancia Militar, que conoce de los casos que se presenten en su jurisdicción.

Los jueces de Primera Instancia Militar son nombrados por el Poder Ejecutivo, deben ser mayores de edad, hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos y tener el empleo por lo menos de teniente coronel, no siendo preciso que posean título de abogado.

—Jueces de Instrucción Militar: conocen en primera instancia de las faltas militares y, a prevención con los Jueces de Primera Instancia Militar, instruyen el sumario de los procesos por crimen o simple delito hasta decretar prisión o sobreseimiento. Son jueces de Instrucción los mayores de plaza, los comandantes locales (de distritos o de sección) en su respectiva jurisdicción y los subcomandantes de las regiones militares en la demarcación de su mando.

- Cortes de Apelaciones de lo Criminal: conocen de los recursos de apelación, consulta o queja ante los procesos que se instruyan por crimen o simple delito y de las cuestiones de competencia que se promuevan entre jueces de Primera Instancia Militar de una misma sección y entre Jueces Instructores de distintos Departamentos o entre Instructores militares y del fuero común.
- Corte Suprema de Justicia: conoce de los recursos de casación ante las causas militares de que conozcan las Cortes de Apelaciones, así como de las cuestiones de competencia que se susciten entre jueces de Primera Instancia Militar y los llamados jueces de Letras (ordinarios).

Estas dos instancias superiores (la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones de la Criminal) son civiles. Las Cortes de Apelaciones se componen de tres magistrados nombrados libremente por la Corte Suprema. Para ser magistrado de las Cortes de Apelaciones se requiere ser mayor de edad, ciudadano en ejercicio de sus derechos y tener título de abogado. La Corte Suprema, por su parte, se compone de quince Magistrados, elegidos por el Congreso Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros de una nómina de candidatos propuesta por una Junta Nominadora. Para ser magistrado de la Corte Suprema se requieren las mismas cualidades prescritas para los magistrados de las Cortes de Apelaciones.

Compete al Supremo Tribunal de Justicia la resolución de cualesquiera cuestiones de competencia que se susciten entre los tribunales militares y las Autoridades del orden administrativo.

En tiempo de guerra, administran la justicia militar:

- Los Consejos de Guerra (que pueden ser Departamentales, de Subalternos o de Oficiales Generales), que conocen en estado de sitio o de guerra de las causas por delitos militares.

Los vocales de los Consejos de Guerra Departamentales (a instalar en la respectiva cabecera departamental) y los del de subalternos (que funcionaría en campaña, cerca de las tropas concentradas) deben ser oficiales superiores; los del Consejo de Oficiales Generales deben ser generales de división o de brigada o, por lo menos, coroneles.

Los vocales de los Consejos de Guerra Departamentales y de Oficiales Generales serán nombrados por el Comandante General de la República y, en su defecto, por los comandantes de división o de las fracciones de tropas destacadas, o por el comandante de una plaza o fortaleza declarada en estado de sitio o de guerra; los vocales de los Consejos de Guerra de Subalternos serán nombrados por el general en jefe del ejército y, en defecto de éste, por el comandante del cuerpo a que pertenezca el encausado.

Cada Consejo de Guerra contará con uno o más jueces instructores, cuyo nombramiento se hará como el de los vocales del respectivo tribunal.

— La Comandancia General de la República, que conoce en revisión de las sentencias pronunciadas por los Consejos de Guerra y de todas las cuestiones de competencia que afecten a la jurisdicción militar.

En los juicios de que conocen los jueces de Primera Instancia Militares y los Consejos de Guerra interviene siempre un fiscal, a quien corresponde promover la acción de la justicia en el ejército para la defensa de los intereses tutelados por las leyes militares, y que será nombrado por la misma autoridad o jefe que nombre a los jueces ante los que ha de ejercer sus funciones.

Los fiscales de los jueces de Primera Instancia deben ser tenientes coroneles, comandantes o capitanes, tener conocimientos de la Legislación militar y gozar de buen concepto. Los fiscales de los Consejos de Guerra deben tener alguno de los empleos de los respectivos vocales, ser instruidos en legislación militar y caracterizarse por su decoro, cualidades y antecedentes personales.

En los procesos militares no se admite la acción privada. En los delitos de violación, estupro y rapto, sólo proceden los tribunales militares en virtud de denuncia de la persona agraviada, de sus padres, marido, abuelos, hermanos o tutores.

En cuanto a la defensa, todo procesado por la jurisdicción militar hondureña tiene derecho de nombrar defensor o de defenderse por sí, pero si no optare por lo uno o por lo otro, se le nombra de oficio. Pueden ser defensores los abogados, los doctores y licenciados en jurisprudencia y, por ministerio de la Ley, los oficiales del ejército.

El cargo de defensor es obligatorio para los militares, excepto para los oficiales generales. Siempre que sea posible, el defensor

militar debe tener el mismo empleo que el encausado, si este fuere oficial. Para los defensores no militares, la aceptación es voluntaria, pero una vez aceptado no pueden renunciar sin motivo suficiente, que será apreciado por el respectivo juez o tribunal.

El nombramiento de defensor debe recaer en persona hábil, que se halle en el lugar de la causa, que esté en el pleno ejercicio de sus derechos como ciudadano, que no se encuentre suspenso en el ejercicio de su profesión y que no ostente cargo público incompatible, de hecho o de derecho, con el de defensor.

Los procesos penales militares vienen extensa y agotadoramente regulados en los artículos 329 y ss. del Código Militar, distinguiendo entre un procedimiento para tiempo de paz (arts. 335 y ss.), con una estructura y contenido muy similares a los de nuestro proceso penal ordinario, una serie de procedimientos especiales (arts. 564 y ss.), que en puridad no dejan de ofrecer otra cosa que especialidades puntuales dentro del procedimiento general y que resultan de aplicación cuando se dirigen contra altos funcionarios del Estado, reos ausentes y en materia de extradición pasiva, y finalmente un procedimiento para la sustanciación de faltas penales (arts. 580 y ss.), de carácter sumarísimo y forma oral.



## 47. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA REPÚBLICA DE IRLANDA

DENNIS-JOHN DEMPSEY JIMÉNEZ

*Capitán Auditor*

El fundamento constitucional para el establecimiento en la República de Irlanda de tribunales militares para el enjuiciamiento de los delitos que presuntamente fueran cometidos por personas sujetas al fuero castrense es el artículo 38.4 de la Constitución de 1937, que dispone:

1. Military tribunals may be established for the trial of offences against military law alleged to have been committed by persons while subject to military law and also to deal with a state of war or armed rebellion.
2. A member of the Defence Forces not on active service shall not be tried by any court-martial or other military tribunal for an offence cognisable by the civil courts unless such offence is within the jurisdiction of any court-martial or other military tribunal under any law for the enforcement of military discipline<sup>294</sup>.

En su apartado 6, el mismo artículo 38 exime a los tribunales militares del cumplimiento de los artículos 34 y 35 de la Constitución y el párrafo 2 del artículo 35 representa la disposición constitucional que garantiza la independencia del poder judicial en Irlanda<sup>295</sup>.

El actual sistema de justicia militar irlandés es el definido por la «Ley de Defensa de 1954 (18/1954)» (Defence Act 1954<sup>296</sup>).

La jurisdicción militar irlandesa sólo tiene competencia en materia penal. En los apartados 4 y 5 de su Sentencia de 17 de junio de 2016 (caso Sheehan vs Director of Military Prosecutions)<sup>297</sup>, la Court of Appeal irlandesa abordaba el tema de la competencia de los tribunales militares diciendo:

3. The main purpose of the courts martial system is to provide a mechanism for the enforcement of military law in the Defence Forces. Military law consists of the system of rules and regulations contained in the Act and regulations, instructions and orders made under the authority of the Act. The main purpose of military law is to regulate the behaviour of military personnel, having regard to the unique requirements and demands of military life, in order to ensure that the required standard of discipline is maintained at all times. Members of the Permanent Defence Force are subject to military law at all times. Chapter II of Part V of the Act of 1954 (as amended) ss. 124 to 169A (inclusive) provides for the various offences against military law for which persons subject to military law may be tried and punished by court martial.
4. These sections include many offences which are not offences under the ordinary criminal laws of the State. In effect this means that persons subject to military law, as well as being subject to the ordinary criminal law of the State, may be tried, convicted and sentenced by court martial for a wide range of what are known as military offences<sup>298</sup>.

El artículo 169.1 de la Defence Act 1954 establece que la Jurisdicción militar es competente para conocer de cualquier hecho tipificado como ilícito en la ley penal ordinaria de la República de Irlanda cuando éste sea cometido por una persona sujeta a la Ley militar irlandesa<sup>299</sup>. La Ley militar irlandesa se aplica al personal a ella sujeto tanto dentro como fuera del Estado y, en consecuencia, los tribunales militares pueden constituirse en cualquier parte del mundo<sup>300</sup>.

Hay tres clases de tribunales militares: «consejo de guerra sumario» (summary court-martial, SCM); «consejo de guerra restringido» (limited court-martial, LCM); y «consejo de guerra general» (general court-martial, GCM)<sup>301</sup>. Todas sus decisiones pueden ser recurridas ante la «Corte de apelación» (The Court of Appeal), que es un órgano jurisdiccional colegiado civil compuesto por un Presidente y nueve Jueces, todos de la Jurisdicción ordinaria<sup>302</sup>.

Los jueces militares (Military Judges) son barristers<sup>303</sup> o solicitors<sup>304</sup> con al menos diez años de ejercicio profesional<sup>305</sup>.

Desde la reforma operada por la Defence (Amendment) Act 2011 (17/2011) pueden ser oficiales de la fuerza de defensa permanente o civiles<sup>306</sup>.

El «consejo de guerra sumario» es un órgano jurisdiccional unipersonal que conoce de las causas por delitos menos graves seguidas a militares de empleo inferior a teniente coronel (o al empleo naval equivalente) y que puede imponer penas de hasta seis meses de prisión<sup>307</sup>.

El «consejo de guerra restringido» es un escabinado integrado por un juez militar y no menos de tres militares de la Fuerza de Defensa permanente. Sólo tienen jurisdicción para conocer de los delitos menos graves seguidos a militares de empleo inferior a brigada<sup>308</sup> (o al empleo naval equivalente) pero pueden imponer penas de hasta dos años de prisión<sup>309</sup>.

El «consejo de guerra general» es un escabinado compuesto por un juez militar y no menos de cinco militares de la Fuerza de Defensa permanente. Puede conocer de cualquier delito competencia de la jurisdicción militar con independencia del rango del procesado e imponer cualquiera de las penas contempladas en la Defence Act 1954<sup>310</sup>.

Tanto en el caso de los «consejos de guerra restringidos» como en el de los «consejos de guerra generales» el veredicto se alcanza por una mayoría de dos tercios<sup>311</sup>.

La supervisión del conjunto del sistema judicial militar corresponde al «Juez Auditor-General» (Judge Advocate-General, JAG) que no puede ser miembro de la Fuerza de Defensa permanente y que es nombrado y cesado discrecionalmente por el Presidente de la República entre los barristers en ejercicio que cuenten con al menos diez años de experiencia profesional<sup>312</sup>. No ejerce competencia judicial alguna. Nombra y controla al administrador de los tribunales militares, responsable de los aspectos administrativos de la jurisdicción<sup>313</sup>. Sus funciones supervisoras son muy amplias y no están legalmente predeterminadas, encomendándosele genéricamente el desarrollo de «las tareas que esporádicamente el Gobierno le pueda asignar»<sup>314</sup>.

El ejercicio efectivo de la jurisdicción descansa en los jueces militares (Military Judges), en el fiscal militar jefe (Director of Military Prosecutions), en los fiscales militares (prosecuting officers) y en el administrador de tribunales militares (Court-Martial Administrator, CMA).

Todos estos puestos pueden ser cubiertos indistintamente por civiles o militares en virtud de la reforma introducida por la Defence (Amendment) Act 2011 (17/2011).

El Presidente de la República podrá nombrar, con el asesoramiento del Gobierno, uno o más oficiales cualificados de la Fuerza de Defensa Permanente o una persona cualificada que no sea un oficial de la Fuerza de Defensa Permanente para ser Juez militar<sup>315</sup>. Como antes se adelantó, para poder ser nombrado Juez militar son necesarios al menos diez años de ejercicio profesional como barrister o solicitor<sup>316</sup>. Si el nombrado proviene de la Fuerza de Defensa permanente, no deberá tener un empleo inferior al de Coronel (o al empleo naval equivalente)<sup>317</sup>. De ser nombrado un civil, será comisionado con el empleo de coronel<sup>318</sup>.

Con el fin de identificar funcionarios y personas que no sean funcionarios, e informar al Gobierno de la idoneidad de esos funcionarios, y de esas personas, para su nombramiento como Juez militar se establecerá un comité compuesto por:

- a) el Jefe de Estado Mayor,
- b) el «Juez Auditor-General», y
- c) un juez del Tribunal Superior (High Court), designado por el Presidente del Tribunal Superior<sup>319</sup>.

Este comité podrá adoptar los procedimientos que considere apropiados para el desempeño de sus funciones bajo esta sección<sup>320</sup>.

El cargo de juez militar es incompatible con cualquier otro cargo o empleo retribuido<sup>321</sup>.

El ministro de Defensa podrá, previa consulta al ministro de Justicia e Igualdad, solicitar al Presidente del Tribunal de Circuito (Circuit Court) que designe temporalmente uno o más de un Juez de Circuito para que desempeñe las funciones de un juez militar en las circunstancias que la propia Defence Act 1954 determina<sup>322</sup>.

Finalmente, la Defence (Amendment) Act 2007 (24/2007) introdujo la figura el juez militar jefe, que es nombrado por el Presidente de la República, con el asesoramiento del Gobierno, de entre los jueces militares<sup>323</sup>. Entre sus funciones está la de designar los jueces llamados a presidir los «consejos de guerra restringidos» y los «consejos de guerra generales»<sup>324</sup>. Puede delegar sus atribuciones en cualquier otro juez militar<sup>325</sup>.

El fiscal militar jefe es nombrado por el Gobierno<sup>326</sup>. El candidato debe ser un oficial cualificado de la Fuerza de Defensa Permanente o un civil cualificado para ocupar el cargo<sup>327</sup>. Como en el caso de los jueces militares, son necesarios al menos diez años de ejercicio profesional como barrister o solicitor<sup>328</sup>. Y, al igual que sucede con los jueces militares, si el nombrado proviene de la Fuerza de Defensa permanente, no deberá tener un empleo inferior al de Coronel (o al empleo naval equivalente)<sup>329</sup>. De ser nombrado un civil, será comisionado con el empleo de coronel<sup>330</sup>.

Para su nombramiento se establecerá un comité sustancialmente análogo al compuesto para la elección del candidato a juez militar<sup>331</sup>.

El fiscal militar jefe puede designar a oficiales de la Fuerza de Defensa Permanente como fiscales (prosecuting officers) siempre que éstos, a la fecha de su nombramiento, sean barristers o solicitors<sup>332</sup>. Ocuparán y cesarán en el cargo de conformidad con los términos de su nombramiento<sup>333</sup>. Cualquiera de los nombrados puede, a menos que el fiscal militar jefe indique lo contrario, ejercer cualquiera de las funciones de éste<sup>334</sup>.

El administrador de los tribunales militares, bajo la supervisión del «Juez Auditor-General»<sup>335</sup>, a quien está obligado a informar periódicamente<sup>336</sup>, dirige y controla los aspectos burocráticos y administrativos de los órganos jurisdiccionales militares<sup>337</sup>. Siguiendo las instrucciones del fiscal militar jefe, convoca las sesiones de los «consejos de guerra restringidos» y de los «consejos de guerra generales», designa a sus integrantes y reparte los asuntos de que deban conocer los «consejos de guerra sumarios»<sup>338</sup>. Sus funciones, que debe ejercer de modo independiente<sup>339</sup>, son delegables ocasionalmente en los términos fijados en su orden de nombramiento<sup>340</sup>.

Es nombrado por el «Juez Auditor-General» de entre los Coroneles (u oficiales de empleo naval equivalente) de la Fuerza de Defensa permanente<sup>341</sup>. Su orden de designación puede establecer las restricciones, reservas, excepciones y condiciones que el «Juez Auditor-General» considere apropiadas, incluyendo los términos y condiciones relativos a la delegación de funciones<sup>342</sup>.

Todos los «consejos de guerra» irlandeses implican siempre a un juez profesional con suficiente independencia institucional<sup>343</sup>, a un abogado defensor (en la mayoría de los casos)<sup>344</sup>, y un acusador que actúa en nombre del fiscal militar jefe<sup>345</sup>.

Acusación. El funcionamiento de la fiscalía militar es análogo al de la Fiscalía ordinaria. La acusación es ejercida por el fiscal militar jefe y, en su nombre y bajo su dirección, por los fiscales militares nombrados por él. Como más arriba se adelantó, el Fiscal militar jefe es un coronel (u oficial naval de empleo equivalente) de la Fuerza de Defensa permanente, bien porque sea militar de carrera o bien porque siendo civil es comisionado como coronel al momento de ser designado para el cargo. Los fiscales militares son todos oficiales de la Fuerza de Defensa permanente.

Defensa. Cualquier persona enjuiciada por un órgano jurisdiccional militar tiene derecho a ser representado por un barrister o un solicitador civiles y, en defecto de los anteriores, por un oficial de la Fuerza de Defensa permanente sujeto a la ley militar (en situación de servicio activo a análoga a servicio activo) <sup>346</sup>.

En ningún caso un procesado por un «consejo de guerra» será castigado con pena privativa de libertad o causará baja —con o sin deshonor— en la Fuerza de Defensa permanente en ejecución de una resolución jurisdiccional militar sin haber recibido asistencia letrada después haber sido declarado culpable y antes de recaer Sentencia<sup>347</sup>.

Las únicas especialidades con respecto a lo militar en el orden penal común —si es que, en puridad, pueden considerarse propiamente como tales— son:

- a) la atribución del enjuiciamiento en primera instancia de todos los delitos cometidos por militares a la jurisdicción militar<sup>348</sup>; y
- b) la atribución de la revisión en apelación de todas las decisiones de los tribunales militares a la «Corte de apelación» (The Court of Appeal), que es un órgano jurisdiccional colegiado civil compuesto por un Presidente y nueve Jueces, todos de la jurisdicción ordinaria<sup>349</sup>.

En el ordenamiento jurídico irlandés no existe el Derecho administrativo, concebido como Droit Administratif, tal y como nosotros lo entendemos.

## 48. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ITALIA

JESÚS MANUEL OJEA MONTERO

*Comandante Auditor*

El artículo 103 de la Constitución italiana atribuye el ejercicio, en tiempo de paz, de la jurisdicción militar a los tribunales militares por delitos militares cometidos por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, debiendo incluirse aquí también al Cuerpo de Carabinieri y a la Guardia di Finanza. La República italiana dispone, de hecho, de dos jurisdicciones militares. Una general para tiempo de paz que se regula en el Codice Penale Militare di Pace (CPMP)<sup>350</sup>; y otra específica para situaciones de conflicto armado que se refleja en el Codice Penale Militare di Guerra (CPMG)<sup>351</sup>. Ambos códigos contienen tanto normas sustantivas como normas procesales. No obstante, la mayor parte de las normas procesales militares para tiempo de paz han quedado tácitamente derogadas por la entrada en vigor del Codice di Procedura Penale que ha unificado todo el procedimiento penal.

La competencia de la jurisdicción militar italiana comprende exclusivamente asuntos de naturaleza penal. En tiempo de paz, la competencia se extiende a todo el personal militar en servicio, incluyendo en su caso al personal que pudiera ser llamado a prestar un servicio militar obligatorio (en la actualidad, las Fuerzas Armadas italianas se componen exclusivamente de personal profesional), a personal en reserva, a capellanes y a personal perteneciente a cuerpos civiles militarizados (artículos 5-7 y 10 CPMP). Igualmente puede aplicarse el Código Penal Militar para tiempo de paz a personal civil que pueda cometer algún tipo concreto de delito militar o que hayan participado en otros delitos militares cometidos por personal militar (artículo 14 CPMP). El Código Penal Militar para tiempo de paz se compone de tres libros y 433 artículos. El primero está dedicado a los delitos militares en general; el segundo a los delitos militares en particular; el tercero al procedimiento penal militar.

En tiempo de conflicto armado el Codice Penale Militare di Guerra se aplicaría a las mismas categorías de personas que el Codice Penale Militare di Pace que se han mencionado más arriba, pero limitado al periodo de tiempo y al territorio afectado por la declaración de guerra (artículos 3 y 4 CPMG) si bien esos límites podrían ser ampliados o extendidos. El Codice Penale Militare di Guerra se compone de 300 artículos y se estructura en cuatro libros. El primero se dedica a la Ley penal militar en tiempo de guerra en general; el segundo a los Delitos y las penas militares en general; el tercero a los Delitos militares en particular; y el cuarto al Procedimiento penal militar en tiempo de guerra.

En la cúspide de la estructura judicial militar italiana se sitúa el Consejo de la Magistratura Militar (Consiglio della Magistratura Militare) que es una institución creada como reflejo en la jurisdicción militar del Consejo Superior de la Magistratura en la jurisdicción común. No tiene funciones propiamente jurisdiccionales, sino que sus competencias versan sobre materias como asignación de vacantes, ascensos, sanciones disciplinarias, modificación de la Planta Judicial Militar y cuantas otras le encomienden las leyes sobre organización y funcionamiento de los servicios relativos a la justicia militar. La composición del Consejo de la Magistratura Militar es la siguiente: lo preside el Presidente de la Corte di Cassazione, el Fiscal militar ante dicha Corte di Cassazione, dos componentes elegidos por los propios magistrados militares y uno propuesto conjuntamente por los presidentes de ambas Cámaras Legislativas entre profesores universitarios de materias jurídicas o entre abogados con más de quince años de ejercicio profesional. Como particularidad, el ministro de Defensa que puede elevar propuestas y observaciones al Consejo y también puede asistir a las reuniones del mismo, no puede participar en las votaciones<sup>352</sup>. En cuanto a la estructura propiamente judicial, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 244/2007, los órganos de la jurisdicción militar se dividen en órganos requirentes y órganos juzgadores. Los órganos requirentes son los siguientes: La Fiscalía General Militar (Procura Generale Militare della Repubblica) ante la Suprema Corte di Cassazione; la Fiscalía General Militar ante la Corte Militare d'Appello; y tres fiscalías militares ante cada uno de los tribunales militares.

Los órganos juzgadores son: la Corte Militare d'Appello, con sede en Roma; tres tribunales militares de carácter territorial y

cuyas sedes se localizan en Roma, Verona y Nápoles; y un Tribunal especial de Vigilancia Penitenciaria (Tribunale Militare di Sorveglianza) con sede también Roma<sup>353</sup>.

Los tres tribunales militares de carácter territorial constituyen los órganos judiciales de primer grado y en los mismos se incluyen e integran las oficinas del Juez de Investigaciones Preliminares (Giudice per le indagini preliminari o GIP) y del Juez de la Audiencia Preliminar (Giudice per l'udienza preliminare o GUP), cuyas funciones y cometidos son idénticos a las mismas figuras dentro de la jurisdicción común, aunque con el ámbito competencial limitado de la jurisdicción militar. En el sistema procedimental italiano no existe la figura del Juez Instructor dotado de una jurisdicción plena en la investigación y esclarecimiento de los delitos de su competencia. En Italia el Giudice per le Indagini Preliminare (tanto el común como el militar) tienen una jurisdicción semiplena ya que sólo pueden investigar aquellos hechos que le son elevados por el Procuratore (Fiscal). El Juez de la Audiencia Preliminar es el encargado de valorar si la prueba acumulada por el Giudice per le indagini Preliminari es suficiente para elevar el procedimiento al juez o tribunal encargado de la celebración de la vista y fallo.

La composición de los tribunales militares es la siguiente: Un magistrado militar presidente, otro magistrado militar con categoría de magistrado de tribunal o magistrado de apelación y con funciones de juez y de un militar de carrera del mismo ejército que el procesado, de empleo no inferior a oficial y designado a suerte entre las listas publicadas oficialmente por el Ministerio de Defensa y también con funciones de juez durante su participación en el tribunal.

La Corte Militare d'Appello es el órgano judicial de segundo grado y resuelve las apelaciones contra resoluciones de los tribunales militares. Está compuesto por su Presidente, dos magistrados militares con categoría de magistrados de apelación y funciones de juez y dos militares de carrera de empleo no inferior a teniente coronel con idénticas características de nombramiento de aquel que forma parte del tribunal militar.

Por último, el Tribunale Militare di Sorveglianza es el competente para vigilar y controlar todas las incidencias derivadas del cumplimiento de las penas impuestas por los tribunales militares<sup>354</sup>.

Los miembros de la jurisdicción militar italiana que tienen la consideración de magistrati militari no son personal militar

propriadamente dicho ni tienen un empleo militar. Solo es personal militar aquel oficial que es designado temporalmente para formar parte de alguno de los tribunales militares pero que no integra la plantilla permanente de dichos órganos.

El acceso a la carrera de magistrato militare tiene una doble vía. La primera que se podría calificar como acceso directo está reservada a magistrados comunes que voluntariamente participan en el concurso reservado para ingresar en la plantilla orgánica de la magistratura militar. La segunda, que podría calificarse como acceso libre, se articula a través de un concurso oposición público abierto a licenciados en Derecho y se limita a aquellas plazas vacantes en la plantilla que no hayan sido cubiertas por magistrados comunes. La carrera profesional en el acceso libre se compone de estadios o etapas sucesivas (desde *uditore giudiziario militare senza funzioni* hasta *Magistrato Militare di Cassazione* idóneo alle funzioni direttive superiori) y los ascensos a cada una de ellas exige una evaluación positiva y favorable por parte del Consejo de la Magistratura Militar.

Los miembros de la Fiscalía militar (*Procura Militare*) son también magistrados militares y no tienen consideración ni empleo militar. La estructura de la Fiscalía militar está jerarquizada y en su vértice se encuentra la *Procura Generale Militare della Repubblica* y de ella dependen tanto La Fiscalía militar ante el Tribunal Militar de Apelaciones (*Corte Militare d'Appello*) como las Fiscalías ante cada uno de los tribunales militares. Su estatuto como órgano independiente está también garantizado por el Consejo de la Magistratura Militar. La defensa en los procedimientos militares es ejercida por *Letrados profesionales* habilitados para ejercer la profesión de abogado.

Como especialidades podría destacarse, en primer lugar, que en la *Suprema Corte di Cassazione*, que constituye el vértice de la estructura judicial italiana tanto común como militar, no existe una sección exclusiva dedicada a la jurisdicción militar y que constituya el estadio superior de la misma. Los asuntos penales militares que son revisados en dicha instancia suprema son resueltos por alguna de las siete secciones penales que integran la *Corte di Cassazione*<sup>355</sup>.

En segundo lugar, también merece destacarse como especialidad el hecho que las sanciones disciplinarias impuestas al personal militar pueden ser objeto de revisión judicial. La misma se articula por medio de un recurso de carácter jurisdiccional a través del correspondiente tribunal administrativo, pero no a través de ningún órgano de la jurisdicción militar.

## 49. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LUXEMBURGO

ALFONSO BARRADA FERREIROS

*Coronel Auditor*

Existe una jurisdicción militar integrada en el ejército compuesta por tribunales militares mixtos (integrados por militares de armas y magistrados civiles).

Juzgan los delitos comprendidos en el Código Penal Militar.

Alto Tribunal Militar (Haute Cour Militaire): compuesto por dos magistrados del Tribunal de Apelación (el más antiguo de los cuales actúa como Presidente), un magistrado de la Audiencia (Tribunal d'Arrondissement) y un oficial (al menos teniente coronel).

Tribunal Militar de Apelación (Cour d'Appel Militaire): compuesto por un magistrado del Tribunal de Apelación (Presidente), un magistrado y un oficial (al menos comandante).

Consejo de Guerra (Conseil de Guerre): Compuesto por un oficial (al menos teniente coronel) como Presidente, un magistrado de la Audiencia y un oficial (al menos capitán).

1. La condición militar (de armas o civil) de los que ejercen la jurisdicción ya se ha explicado. Los nombra el Jefe del Estado (Gran Duque de Luxemburgo), aunque no se ha podido averiguar el sistema de nombramiento.
2. La investigación de los delitos militares y la acusación la ejercen los «auditores militares» (en número de tres), dependientes del Fiscal General del Estado y nombrados por el Jefe del Estado para el cargo de entre los magistrados civiles.
3. Existe un Código Penal Militar y un Código Procesal Militar (textos refundidos de ambas normas aprobados por sendas leyes de 31 de diciembre de 1982).

## OBSERVACIONES

El Ejército de Tierra del Gran Ducado de Luxemburgo (no tienen Fuerza Aérea, ni Armada) es un ejército profesional, mandado por un Coronel, con un Estado Mayor, y formado por 430 soldados, 110 suboficiales, 60 suboficiales músicos, 30 oficiales y 100 civiles.

La ley de 2 de agosto de 1997, de reorganización del ejército, señala en su art. 5 que la justicia militar está integrada (rattaché) en el ejército.

## 50. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN MÉXICO

FERNANDO DE VALENZUELA COSSÍO

*Comandante Auditor*

La jurisdicción militar del ejército y el arma aérea y la de marina se rige por el Código de justicia militar publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de agosto de 1933; este Código ha sido reformado en muchas ocasiones, la última reforma ha sido la publicada en el Diario Oficial de la Federación, (en lo sucesivo DOF) el 31 de agosto de 2016, que suprime los consejos de guerra ordinarios y extraordinarios, para adecuarla a la reforma en materia de derechos humanos de 2011.

La jurisdicción militar, o fuero militar está reconocida en el artículo 13 de la Constitución de México de 1917, que mantiene su redacción original del siglo pasado, el citado artículo dispone que:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Cabe señalar que este artículo ha hecho correr ríos de tinta, ha dado lugar a importantes problemas de orden público por intervención de tribunales militares en casos en los que la víctima del delito era civil y, finalmente ha dado lugar a numerosos recursos de amparo y posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando los casos Radilla Pacheco,

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Radilla VS. Estados Unidos Mexicanos, de fecha 23 de noviembre de 2009<sup>356</sup>, Rosendo Cantú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra VS. Estados Unidos Mexicanos, de fecha 31 de agosto de 2010<sup>357</sup>, Fernández Ortega y otros Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y otros VS. Estados Unidos Mexicanos, de fecha 30 de agosto de 2010<sup>358</sup> y Cabrera García y Montiel Flores, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores VS. Estados Unidos Mexicanos, de fecha 26 de noviembre de 2010<sup>359</sup>, sentencias todas ellas que a la postre han obligado al Estado mexicano a reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar.

La competencia de los tribunales militares mexicanos viene recogida en artículo 57 del Código de Justicia Militar de 1933, en la redacción dado al mismo en la última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 16 de mayo de 2016 en la que se da cumplimiento cumplimiento a los que dispone el artículo 13 de la Constitución en el sentido dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el citado artículo la Jurisdicción Militar conoce de los delitos contra la disciplina militar, que son los especificados en el Libro Segundo del Código de Justicia Militar, con las excepciones previstas en el artículo 337 Bis; que establece que las conductas reguladas en los capítulos III y IV del Título X del Libro II del Código de Justicia Militar que se refieren a delitos de maltrato contra prisioneros y detenidos y delitos de pillaje, devastación merodeo y saqueo contra las personas, precisamente las que han dado lugar a un mayor número de denuncias contra actuación de personal militar ya sea dependiente de la Secretaría de Defensa Nacional (de las que depende el Ejército y la Fuerza Aérea) o la Secretaría de Marina, solo será considerados delitos contra la disciplina militar, y por tanto enjuiciables ante el Fuero Militar si tienen lugar en campaña.

Igualmente la jurisdicción militar conoce de los delitos del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo, en los siguientes supuestos:

- a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.
- b) Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente,

siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar.

- c) Se deroga.
- d) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera.
- e) Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere el artículo 337 bis.

Finalmente, los delitos del orden común o federal que fueren cometidos por militares en tiempo de guerra, territorio declarado en ley marcial, o cualquiera de los supuestos previstos en la Constitución, corresponderán a la jurisdicción militar siempre y cuando el sujeto pasivo no tenga la condición de civil.

En todos los casos, cuando concurren militares y civiles como sujetos activos, solo los primeros podrán ser juzgados por la justicia militar.

Las modificaciones al Código de Justicia Militar se orientan a dar cumplimiento a las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citadas, que subrayaron la incompatibilidad del fuero militar para atender violaciones a los derechos humanos de civiles y ordenó al Estado mexicano reformar dicha legislación (Casos de Rosendo Radilla y Otros; Inés Fernández Ortega y Otros; Valentina Rosendo Cantú y Otra; y, Montiel y Cabrera y Otros). Asimismo, con la reforma se atienden diversas recomendaciones de otros organismos internacionales de derechos humanos, incluyendo el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Hasta las recientes reformas de la Ley de Procedimientos Judiciales Militares y del Código de Justicia Militar en 2016, la regulación de esta materia era extraordinariamente dispersa ya que la encontrábamos tanto en el Código de Justicia Militar de 1933, en la Ley Orgánica de tribunales militares de 1929 ( DOF de 22 de junio de 1929) como en la Ley Orgánica del Ejército y la Fuerza Aérea mexicana de 1986, que establece en su artículo 2 que los órganos del Fuero de Guerra son el Supremo Tribunal Militar, la Procuraduría General de Justicia Militar; y el Cuerpo de Defensores de Oficio, así como en la Ley Orgánica de la Armada de México de 2001 cuyo punto XV de su artículo 2 establece que la Armada participa en los órganos del fuero de guerra.

En la actualidad los órganos judiciales militares, de acuerdo con el artículo 1 del Código de Justicia Militar son los siguientes:

- El Supremo Tribunal Militar está compuesto por un Presidente con el grado de general de brigada, militar de guerra y cuatro magistrados, generales de brigada del servicio de Justicia Militar o Naval y siempre funcionará en pleno.
- Los tribunales militares de juicio oral, compuestos por dos jueces de del servicio de justicia militar o naval y uno de armas.
- Los jueces militares de control, serán del servicio de justicia militar o naval.
- Los jueces de ejecución de sentencia, pertenecerán al igual que en el caso anterior al equivalente en México al cuerpo jurídico militar español.

Respecto a la cuestión de condición civil o militar de quienes desempeñan funciones judiciales debe responderse que inequívocamente todos los que forman parte de los órganos judiciales militares tienen condición militar, ya sean de los respectivos cuerpos jurídicos militares o de las armas, que en México se denominan militares de guerra. Cabe destacar que para pertenecer tanto al Supremo Militar Tribunal, como a los otros tribunales militares los candidatos tendrán que acreditar un tiempo de servicios de siete años en el servicio de justicia militar, que no equivale a un destino en la jurisdicción si no pertenencia al cuerpo auxiliar de los que se nutren todos los servicios jurídicos dependientes de SEDENA o SEMAR y para acceder a los tribunales militares de Control se requerirá la superación de un curso, igualmente son precisos requisitos de empleo. En el caso de los jueces militares, que en España denominaríamos vocales militares han de acreditar haber realizado mando en unidades durante siete años.

El nombramiento depende absolutamente del poder ejecutivo, en concreto de la Secretaria de Defensa Nacional o SEDENA o de la Secretaria de Marina.

La única especialidad es en lo relativo al Supremo Tribunal Militar cabe destacar que el Secretario de la Defensa Nacional nombrará al Presidente y Magistrados del Supremo Tribunal Militar, por acuerdo del Presidente de la República.

En lo relativo a quienes desempeñan funciones de acusación y defensa, debe acudir al Código de Justicia Militar de 1933

que establece en sus artículos 39 y siguientes que las funciones de acusación son desempeñadas por el Ministerio Público, también denominado como Procuraduría de Justicia Militar, formada por personal militar perteneciente al auxiliar o de servicio. El Ministerio Público se compone:

- Del Fiscal General de Justicia Militar, General de Brigada del servicio de justicia militar, jefe de la Institución del Ministerio Público Militar; responsable de la investigación y persecución de los hechos probablemente constitutivos de delito competencia de los tribunales militares.
- De un Fiscal General Adjunto, auxiliar inmediato del Fiscal General, siendo el encargado de acordar el despacho de los asuntos de su competencia y de transmitir las órdenes y directivas al personal de la Fiscalía General, supervisando su cumplimiento.
- De un Fiscal Militar de Investigación del Delito y Control de Procesos, encargado de que se realice en forma adecuada la investigación, procesamiento y sanción de los delitos, para cumplir con el objeto del procedimiento penal.
- De un Fiscal Militar Auxiliar del Fiscal General, encargado de supervisar que se ejerzan adecuadamente las facultades que tiene el Ministerio Público respecto a:
  - a) Las formas de terminación de la investigación, excepto la aplicación de criterios de oportunidad.
  - b) Las determinaciones que tome al concluir la investigación respecto al sobreseimiento, las soluciones alternas y el procedimiento abreviado.
- V. De un Fiscal Militar de Asuntos Constitucionales y Legales, encargado de supervisar que el personal de la Fiscalía General, en cumplimiento de sus atribuciones y facultades, atiendan los asuntos relacionados con los requerimientos judiciales y ministeriales, derechos humanos, atención a víctimas del delito y juicios de amparo, relacionados con las funciones de la Fiscalía General.
- VI. De un Fiscal Militar de Responsabilidades y Visitaduría, encargado de supervisar el desempeño en los aspectos técnicos y administrativos del personal de la Fiscalía General; así como garantizar que la actuación de dichos funcionarios, se realice bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respe-

to a los derechos humanos, realizando las investigaciones cuando se presenten quejas en su contra, instrumentando el procedimiento respectivo, dictando la resolución con la cual se dará cuenta al Fiscal General.

En todo caso de acuerdo con los artículos 41 y 42 del citado CJM para ser Fiscal General de Justicia Militar, se requieren las mismas condiciones que para ser magistrado y su nombramiento será hecho por la Secretaría de la Defensa.

La defensa es llevada a cabo por un militar del servicio de Justicia Militar, pudiendo el indiciado (categoría equivalente en España a investigado) o procesado ante el Fuero de Guerra designar para su defensa a un abogado particular civil.

Conforme al artículo 57 del CJM la Defensoría de Oficio Militar se compondrá:

- De un Defensor General, con jerarquía de General de Brigada del servicio de Justicia Militar o su equivalente en la Armada de México, Jefe de la Defensoría de Oficio Militar.
- De un Defensor General Adjunto, Coronel o Teniente Coronel del servicio de Justicia Militar o su equivalente en la Armada de México.
- De los defensores que deban intervenir en los procedimientos penales iniciados en contra de militares en los fueros militar, común o federal.

Los requisitos para ser Defensor General son idénticos a los precisos para ser magistrado del Supremo Tribunal Militar o Fiscal General de justicia militar.

Lo anteriormente expuesto, demuestra un sinnúmero de especialidades respecto al Orden Jurisdiccional Penal o Contencioso-Administrativo, ya que la Justicia Militar no se encuentra incardinada en el Poder Judicial ordinario de la Federación, integrando el llamado Fuero Militar, sin que la extensión de este cuestionario permita extenderse en las mismas.

## 51. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN NICARAGUA

ÁLVARO L. LÓPEZ GARCÍA

*Capitán Auditor*

La jurisdicción militar en Nicaragua se extiende a los ámbitos penal militar, disciplinario militar y demás materias que en el ámbito castrense determinen el Código Penal Militar<sup>360</sup> y leyes respectivas<sup>361</sup>.

Es competente para:

1. Conocer de los delitos y faltas militares cometidos por los miembros del Ejército<sup>362</sup> de Nicaragua, de conformidad a la calificación que establezca el Código Penal Militar.
2. Imponer sanciones en vía disciplinaria judicial a todos los que intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infrinjan o perturben el orden en el proceso.

Los delitos militares se tipifican en el mencionado Código Penal Militar y solo pueden ser sujeto activo de los mismos los militares permanentes, temporales o asimilados

Organización:

- a) Corte Suprema de Justicia<sup>363</sup>.
- b) Tribunal Militar de Apelación<sup>364</sup>.
- c) Juzgados Militares de Juicio<sup>365</sup>.
- d) Juzgados Militares de Audiencia<sup>366</sup>.

Los miembros de los órganos judiciales militares y de la Fiscalía militar, serán escogidos preferentemente entre los abogados militares del ejército<sup>367</sup>. Sin embargo, por razones de conveniencia, o cuando lo anterior no sea posible por falta de personal calificado, el alto mando del ejército, podrá proponer que ejerzan dichos cargos, oficiales retirados y habilitar para ello a abogados

civiles, a quienes se conferirá la condición de militar asimilado en el grado militar o policial que corresponda al cargo, de conformidad con las leyes y disposiciones vigentes. Los magistrados del Tribunal Militar de Apelación deberán tener grado militar de Oficial Superior<sup>368</sup>. El grado militar de los jueces de juicio deberá ser de Mayor<sup>369</sup> o Superior. Los jueces de los Juzgados Militares de Audiencia deberán tener grado militar de capitán o superior. También ostentan la condición de militar los Secretarios.

En cuanto al sistema de nombramiento: los miembros integrantes del Tribunal Militar de Apelación y los jueces militares, serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia de las listas de personas elegibles que le proporcione el Consejo Militar<sup>370</sup>. Los magistrados y jueces militares sólo podrán cesar en sus cargos por resolución de la Corte Suprema de Justicia por las causas establecidas en la ley<sup>371</sup>.

En cuanto a la acusación corresponde a la Fiscalía militar<sup>372</sup> compuesta de los siguientes órganos: el Fiscal Militar General, el Fiscal Militar del Tribunal Militar de Apelación y los Fiscales Militares de los Juzgados Militares de Audiencia. También ostentan la condición de militares: El Fiscal Militar General (oficial superior), los fiscales militares de los juzgados militares el empleo de Oficial Subalterno o Superior<sup>373</sup>. Todos los fiscales son nombrados por el Comandante en Jefe del Ejército de Nicaragua. También cabe el ejercicio de la acusación particular por la víctima u ofendido.

Por lo que se refiere a la defensa el artículo 91 de la Ley de tribunales militares establece lo siguiente: La defensa de los militares sometidos a procesos penales militares, podrá ser asumida por un abogado nombrado por el interesado, por un defensor público o de oficio, o bien pasantes de derecho nombrados como defensores de oficio, que hayan aprobado al menos el tercer año de la carrera de derecho y que posean los conocimientos jurídicos sobre la materia, ambas circunstancias deberán ser acreditadas por medio de certificaciones que libre la facultad de derecho correspondiente.

Pueden ser defensores los abogados en el ejercicio libre de su profesión, los militares que sean abogados y no se encuentren ligados a la estructura de la jurisdicción militar, los defensores públicos, los egresados y los pasantes de derecho que hayan aprobado las materias penales y procesales<sup>374</sup>.

Hay un supuesto especial: en unidades fuera de territorio nacional y en buque o aeronaves navegando, si fuera preciso instruir procedimiento judicial, se informará al inculpado que, para su

defensa y hasta llegar a territorio nicaragüense, puede designar como defensor a cualquier oficial de la unidad o buque.

En cuanto al procedimiento penal militar se regula por Ley núm. 617 de 18 de abril de 2007, del procedimiento penal militar de la República de Nicaragua. El procedimiento penal común se regula en la Ley núm. 406 por la que se aprueba Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. Como especialidades procedimentales en la jurisdicción penal ordinaria no se observa ninguna salvo que la citación de testigos o expertos militares y policías debe hacerse por conducto del superior jerárquico respectivo, salvo disposición especial de la ley<sup>375</sup>.

En cuanto al orden contencioso-administrativo, la regulación se contiene en la Ley núm. 350 de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en la que no se observa especialidad alguna en relación a lo militar.

#### OBSERVACIONES

1. Las leyes que regulan la jurisdicción militar, por su carácter especial, prevalecerán sobre la ley general.
2. La distribución de la competencia a la jurisdicción militar o a la jurisdicción ordinaria se basa en la materia: «Cuando el delito o falla cometido por los miembros del Ejército no fuere militar será conocido por los tribunales de la jurisdicción ordinaria». Los conflictos de jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar los resolverá la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
3. Ejercen funciones de investigación la Fiscalía militar y la Policía militar, órgano especializado en materia de auxilio judicial, de prevención e investigación de delitos y faltas penales militares.
4. En cuanto al lugar de cumplimiento y tratamiento del acusado sometido a prisión preventiva, el criterio es similar al nuestro: Los militares contra quienes se haya dictado prisión preventiva cumplirán ésta en la Unidad Penitenciaria Militar del Ejército de Nicaragua o en los Centros Penitenciarios del Sistema Penitenciario Nacional más cercano a la sede del tribunal; pero en lugares absolutamente separados de los que ocupan quienes hayan sido condenados. En defecto de lo anterior, por imposibilidad material, podrán habilitarse los calabozos de la unidad militar.

En la Unidad Penitenciaria Militar se cumplirán las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos y faltas militares de hasta tres años, así como las impuestas por la jurisdicción ordinaria por delitos o faltas comunes a penas menores de tres años que no lleven consigo el licenciamiento por incompatibilidad en el servicio del ejército.

## 52. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN PAÍSES BAJOS

ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ

*Capitán Auditor*

Existe una jurisdicción militar en Holanda, concretamente, una Sección Militar en la Corte de Distrito de Arnhem. Dicha Sección está compuesta de dos jueces civiles y un militar, preferiblemente del Ejército del investigado penalmente.

Tiene competencia sobre materia penal militar y revisión de sanciones disciplinarias.

La Sección Militar o Cámara Militar resuelve en primera instancia y luego hay casación ante la Corte Suprema, compuesta solo por civiles.

El juez Militar es perteneciente al Ejército del investigado, tiene que poseer el empleo de coronel o capitán de navío, ser licenciado en derecho y poseer las aptitudes de la ley del poder judicial holandesa. No se requiere su pertenencia a un cuerpo similar al Cuerpo Jurídico Militar. El fiscal es civil, no hay una fiscalía militar. El nombramiento del juez militar se hace por el Ministerio de Justicia de acuerdo con el de Defensa.

La acusación es el fiscal y es civil. La defensa solo puede ser a cargo de personas debidamente colegiadas o registradas como abogados/asesores.

Las peculiaridades en materia penal militar son si los hechos son cometidos en zonas de ultramar de soberanía holandesa.



### 53. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN PARAGUAY

JUAN IGNACIO NAVARRO TORRECILLA

*Capitán Auditor*

Existe una jurisdicción militar en Paraguay, así, el primer Código Penal Militar de Paraguay data de 1887, el cual sufrió su primera modificación en 1980 y se mantiene vigente en la actualidad, Ley núm. 843, Código Penal Militar.

Las principales competencias de la jurisdicción militar en Paraguay son:

- En tiempo de paz el enjuiciamiento de los delitos y faltas de carácter militar que afecten a las Fuerzas Armadas de la Nación o a la seguridad nacional; b) los delitos y faltas que afecten el derecho y los intereses de las Fuerzas Armadas de la Nación o a la Seguridad Nacional, cometidos por militares en actividad o empleados militares o del servicio privado pero afectados a instituciones militares; c) los delitos y faltas cometidos por los militares asimilados.
- En tiempo de guerra la jurisdicción militar es extensiva en el sentido de que pueden ser enjuiciados los que sin tener asimilación militar, sean empleados y/o operarios, por los delitos y faltas cometidos en los establecimientos y/o dependencias de instituciones militarizadas; los prisioneros de guerra; las personas que acompañan a las fuerzas, por los delitos y faltas cometidos dentro del teatro de operaciones; y los civiles que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieren cualquiera de los delitos previstos y penados en el Código Penal Militar o cualquier hecho que contravengan los Bandos de los comandantes respectivos.

La jurisdicción militar en tiempo de paz, es ejercida por los siguientes órganos judiciales:

- La Suprema Corte de Justicia Militar tiene entre otras funciones, proponer al Poder Ejecutivo el nombramiento o remoción de los jueces de primera instancia, jueces de instrucción, fiscal general, agentes fiscales, defensores de pobres, secretarios y demás funcionarios de la justicia militar, decidir los conflictos de competencia, y ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todas las funciones de la justicia militar.
- Los jueces de primera instancia, conocen y sentencian como jueces del Plenario en todos los procesos militares que les remitan los jueces de instrucción una vez concluido el sumario. Actúan como jueces de apelación, en los incidentes promovidos ante los jueces de instrucción.
- Los jueces de instrucción con la misión de instruir los sumarios por delitos y faltas militares hasta la conclusión de la investigación sumarial.
- El Ministerio Público
- El Defensor de los pobres que asiste únicamente al personal de tropa de las Fuerzas Armadas de la Nación si estos lo desean.

En tiempo de guerra, el comandante en jefe del teatro de operaciones, sea dentro o fuera de la República, constituirá los tribunales necesarios y nombrará jueces de primera instancia, de instrucción, fiscales y defensores.

De acuerdo con la Ley núm. 840, Orgánica de los Tribunales Militares, en su artículo 40, para desempeñar los cargos en la justicia militar, se requiere ser oficial de justicia militar, salvo los miembros titulares de la Suprema Corte de Justicia Militar, que podrán ser también oficiales generales o superiores de otras armas o servicios. No obstante lo anterior, los oficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación están obligados a ejercer funciones judiciales en los tribunales militares en caso necesario, (tiempo de guerra).

En cuanto a su modo de nombramiento, señalar que:

- La Suprema Corte de Justicia Militar, la forman tres oficiales generales o superiores nombrados por el Poder Ejecutivo, previo acuerdo del Honorable Senado.
- Los jueces de primera instancia, son designados por el Poder Ejecutivo, previo acuerdo de la Suprema Corte de Justicia Militar, debiendo recaer el nombramiento en

oficiales superiores con el grado de teniente coronel de justicia militar y tendrán como Secretario a Oficiales Subalternos de justicia militar.

- Los jueces de instrucción, son nombrados por el Poder Ejecutivo, previo acuerdo de la Suprema Corte de Justicia Militar debiendo recaer el nombramiento en oficiales superiores con el grado de mayor de justicia militar y tendrán como secretario un oficial subalterno de justicia militar.
- El Ministerio Público será ejercido por el Fiscal General y por los Agentes Fiscales nombrados por el Poder Ejecutivo previo acuerdo de la Suprema Corte de justicia militar, debiendo recaer el nombramiento en Oficiales Superiores. Para ser Fiscal General es requerido el grado de coronel de justicia militar y para los agentes fiscales el grado de mayor de justicia militar.

La acusación de los procesados corresponde al Ministerio Público Fiscal, según establece el art. 40 de la Ley núm. 844/80, Código de Procedimiento Penal Militar en Tiempo de Paz y de Guerra, al que también le incumbe cooperar para el éxito de las investigaciones, formulando las indicaciones que juzgue útiles y necesarias, y requerir las medidas procedentes para asegurar a la persona o personas delincuentes. Sus integrantes como se ha indicado en el apartado anterior son militares.

Los abogados y procuradores del Foro Civil asumen la defensa del procesado, si bien es relevante señalar que en ningún caso el personal de la magistratura militar podrá asumir la defensa de un militar juzgado ante la justicia militar.

No se observan especialidades en el orden penal o contencioso administrativo de lo militar.

#### OBSERVACIONES

Conviene reseñar el clima de tensión y crispación social que se ha vivido hasta fechas muy recientes en Paraguay con la aplicación de la jurisdicción militar, en este sentido los medios de comunicación reseñan numerosas actuaciones de protesta de familiares de presos militares encarcelados en establecimientos penitenciarios castrenses, informando de la voluntad de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denunciar al Estado paraguayo por la prisión ilegal —según ellos— de los uniformados.

El principal motivo es la no publicación de las leyes militares a las que hemos ido haciendo referencia con anterioridad, todas ellas dictadas el 19 de diciembre de 1980, pero no publicadas hasta el mes pasado.

La situación se convirtió en un conflicto entre los poderes del estado paraguayo, ya que el Ejecutivo y los jefes militares rechazaron la propuesta del Congreso Nacional y manifestaron que no necesitaban alzar las referidas leyes militares en la Gaceta de la Presidencia de la República manifestando que las citadas normativas fueron publicadas a nivel interno en una revista militar y que ya no es necesario divulgarlas en la mencionada instancia. Sin embargo, el Senado hizo caso omiso y creó su propia gaceta legislativa para publicar las citadas leyes el 24 de octubre del presente año, treinta y seis años después de su firma, dando lugar a numerosos procedimientos de habeas corpus, teniendo noticia del rechazo del primero de ellos por el Juez de Garantías (civil), al señalar que tanto las personas juzgadas como los hechos denunciados vienen regulados en normativa especial, militar, siendo la magistratura militar la competente para anular o revocar una sentencia de dicho orden.

## 54. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN PERÚ

JOSEFINA Quevedo GONZÁLEZ

*Capitán Auditor*

Denominada Fuero Militar Policial. Se trata de una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial, prevista en la Constitución Política del Perú de 1993 en el Capítulo VIII dedicado al Poder Judicial donde después de proclamar los Principios de Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, establece el artículo 139.1 «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.»

El Fuero Militar Policial por su naturaleza y finalidad se relaciona con el Sistema de Defensa Nacional dentro de la independencia y autonomía que le reconoce la Constitución y sus respectivas leyes. Se regula fundamentalmente en:

- Constitución Política del Perú (arts. 138 a 141, 165 a 171 y 173).
- Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. (Ley núm. 29182, del 11 de enero de 2008 modificada mediante Decreto Legislativo núm. 1096 del 1.º de septiembre de 2010 y Ley núm. 29955 del 06 de diciembre de 2012).
- Reglamento de la Ley núm. 29182 «Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial»
- Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo núm. 1094 del 1 de septiembre de 2010) que regula en 514 artículos el régimen penal, procesal, penitenciario y el disciplinario militar policial para los internos en el Establecimiento penitenciario.
- Reglamento de Línea de Carrera y de Progresión del Magistrado en el Fuero Militar Policial (Acuerdo del Consejo Ejecutivo del FMP de fecha 21 agosto 2013 Resol. Adm. núm. 058-2013-FMP/CE/SG del 13SET2013).

Tiene competencia para conocer «los delitos de función» previstos en el Código Penal Militar Policial, en los que incurra el personal militar y policial en situación de actividad.

El delito de función militar policial es el delito cometido únicamente por un militar o un policía en situación de actividad, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de él y que atenta contra bienes jurídicos vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional o que afectan la seguridad interna y externa y soberanía del Estado.

Sostiene el artículo 173° de la Constitución Política del Perú-Competencia del Fuero Privativo Militar:

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

El Fuero Militar policial tiene la siguiente estructura orgánica:

- a) El Tribunal Supremo Militar Policial tiene competencia y jurisdicción en el ámbito nacional es el máximo órgano jurisdiccional, de gobierno y de administración del Fuero Militar Policial. Su sede está en la ciudad de Lima. Está conformado por diez (10) Vocales Supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, con grado militar o policial de Oficial General, Almirante, o su equivalente, en situación de actividad. Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales puede constituir, a propuesta de su Presidente, salas integradas por cinco (5) Vocales, de acuerdo a la naturaleza procesal de los asuntos sometidos a su consideración. Se compone de tres salas: Sala Suprema Revisora , Sala Suprema de Guerra y Vocalía Suprema
- b) Los Tribunales Superiores Militares Policiales: son órganos jurisdiccionales de segunda instancia en su respectivo

ámbito territorial. Existen en los ámbitos territoriales que se determinen por Acuerdo del Pleno de dicho Tribunal Supremo, actualmente son cinco: Del Norte, del centro, del Sur, Del Sur oriente y del Oriente. Se componen de una o varias Salas Especializadas conformada por tres (3) vocales superiores con grado militar o policial de Coronel o capitán de navío, en situación de actividad.

- c) Juzgados Militares Policiales, en los ámbitos territoriales que se determinen por Acuerdo del Pleno de dicho Tribunal Supremo. Cada Juzgado tiene un Juez titular, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente, en situación de actividad.

Todos los operadores del Fuero Militar Policial, vocales, jueces o fiscales de todos los niveles, así como los relatores, secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del cuerpo jurídico militar policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial. Los magistrados que administran justicia penal militar policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva. (art. 5 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial).

Los vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena, previa evaluación, concurso de méritos y mediante ternas, entre los oficiales en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Excepcionalmente, cuando se requiera completar el número de miembros de dicho Tribunal Supremo o de alguna de sus Salas, podrán ser nombrados oficiales en retiro del Cuerpo Jurídico Militar Policial por el período requerido.

Los vocales superiores, fiscales superiores, jueces y fiscales del Fuero Militar Policial son designados por el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial previo concurso de méritos y evaluación, a propuesta de la Junta de Selección.

La acción penal militar policial es pública y su ejercicio corresponde al Fiscal Militar Policial. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito, de los mandos militares o policiales o de cualquier persona, natural o jurídica.

La estructura de los órganos fiscales del Fuero Militar Policial es:

- a) Fiscales supremos militares policiales, quienes actúan ante las Salas del Tribunal Supremo Militar Policial.
- b) Fiscales superiores militares policiales, quienes actúan ante los tribunales superiores militares policiales. Y,
- c) Fiscales militares policiales, quienes actúan ante los juzgados militares policiales.

Los fiscales del Fuero Militar Policial, en sus distintos niveles, son oficiales en situación de actividad, con grado militar o policial equivalente al de los vocales o jueces, del respectivo órgano jurisdiccional. Proceden del Cuerpo Jurídico Militar Policial. La investigación corre a cargo del Fiscal, los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal.

No existe acusación particular como tal pero el «agraviado» para el ejercicio de sus derechos, podrá designar a un abogado de su confianza y ser informado de la tramitación del procedimiento pudiendo incluso recurrir la resolución que se adopte.

Respecto a la Defensa, todo procesado en el Fuero Militar Policial debe contar con un abogado de parte o de oficio para su defensa. Los abogados de oficio proceden del Cuerpo Jurídico Militar Policial y ejercen la defensa de los procesados sin abogado de parte, en todas las instancias jurisdiccionales. Son designados por el Tribunal Supremo Militar Policial.

La Corte Suprema de Justicia de la República, conoce de las sentencias del Fuero Militar Policial, en casación, cuando se imponga pena de muerte, conforme a los artículos 141 y 173 de la Constitución Política; asimismo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre el Fuero Militar Policial y el Fuero Común, conforme a ley;

#### OBSERVACIONES

<http://www.fmp.gob.pe/que-es-el-fuero-militar-policial/>

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-1042.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

## 55. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN POLONIA

MARIO LANZ RAGGIO

*Comandante Auditor*

El artículo 175 de la Constitución de la República de Polonia, de 2 de abril de 1997<sup>376</sup>, contempla la existencia de una jurisdicción militar, que se encuentra plenamente integrada en el Poder Judicial. En dicho artículo se prevé igualmente la posibilidad de creación de tribunales extraordinarios y de aplicación de procesos sumarios en caso de guerra. Los gastos de la jurisdicción militar corren a cargo del Ministerio de la Defensa Nacional. El artículo 183 de la Constitución prevé que el Tribunal Supremo supervisará el funcionamiento de los órganos de la jurisdicción civil y de la militar.

Existe una ley procesal común de 6 de junio de 1997<sup>377</sup> en la que se establecen disposiciones específicas para el ámbito de la jurisdicción militar. De igual forma, rige en Polonia un único Código Penal<sup>378</sup>, también de 6 de junio de 1997, en el que se incluye una sección correspondiente a los delitos específicamente militares, que está integrada por los siguientes capítulos:

- Capítulo XXXIII. Artículos 317 a 337. Previsiones Generales.
- Capítulo XXXIX. Artículos 338 a 342. Delitos contra la prestación del servicio militar.
- Capítulo XL. Artículos 343 a 349. Delitos contra la disciplina.
- Capítulo XLI. Artículos 350 a 353. Delitos contra los deberes de la conducta con los subordinados.
- Capítulo XLII. Artículos 354 a 355. Delitos contra las normas que rigen el empleo de armas y equipamiento militar.
- Capítulo XLIII. Artículos 356 a 357. Delitos contra las obligaciones del servicio.

— Capítulo XLIV. Artículos 358 a 363. Delitos militares contra la propiedad.

Por otro lado, en la sección relativa a los delitos comunes se encuentra un capítulo especial (Capítulo XVI. Artículos 117 a 124) que tipifica los delitos contra la paz y la humanidad, así como los crímenes de guerra.

El artículo 647.1 de la ley procesal determina que la jurisdicción militar se extiende a los siguientes supuestos:

- a) Delitos cometidos por los militares en servicio activo en los siguientes casos:
  - Delitos tipificados en los Capítulos XXXIX a XLIV del Código Penal, que se corresponden con los delitos específicamente militares.
  - Cualquier otro delito cometido contra una autoridad militar o contra otro militar.
  - Delitos cometidos durante el servicio o con ocasión del mismo, dentro de las instalaciones militares o áreas en que las Unidades se encuentren estacionadas, o relacionados con el incumplimiento de las obligaciones del servicio militar, siempre que el ofendido sea otro militar.
- b) Delitos cometidos por los empleados civiles de las Fuerzas Armadas, siempre que se trate de alguno de los comprendidos en los artículos 356 a 363 del Código Penal (delitos contra las obligaciones del servicio y contra la propiedad).
- c) Delitos cometidos por militares pertenecientes a las Fuerzas Armadas de otro país o personal civil a su servicio, siempre que se cometan con ocasión del cumplimiento de sus deberes oficiales, y salvo que algún Tratado Internacional disponga lo contrario.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 652 y siguientes de la ley procesal y la Ley de Organización de los tribunales militares, de 21 de agosto de 1997, la jurisdicción militar está compuesta por tres tipos de órganos jurisdiccionales:

- a) Los «Tribunales de Guarnición». Existen dieciséis tribunales de este tipo con jurisdicción territorial. Dichos tribunales son competentes para el enjuiciamiento de delitos

cometidos por militares de empleo inferior a Mayor (comandante). Ejercen funciones de control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en instrucción, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 73 de la Ley Procesal (artículos 663 y siguientes) dentro de su ámbito territorial, salvo en el caso de la detención, que está reservada a los Tribunales Regionales o de Distrito.

- b) Los Tribunales Regionales o de Distrito. Existen tres tribunales de este tipo con jurisdicción igualmente territorial. Resultan competentes para el enjuiciamiento de delitos cometidos por militares de los empleos igual o superior a Mayor (comandante), de los cometidos por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, y de los cometidos por militares y civiles al servicio de las Fuerzas Armadas de otro país. Ejercen funciones de control jurisdiccional de las decisiones adoptadas por las autoridades militares en los procedimientos preparatorios de su ámbito territorial y conoce siempre de las apelaciones contra las medidas de detención acordadas en dicho ámbito.
- c) Conocen igualmente de las apelaciones contra las sentencias y otras decisiones judiciales previstas en la Ley dictadas por los Tribunales de Guarnición de su ámbito territorial.
- d) La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Es la cúspide de la organización judicial militar y actúa como Tribunal de casación, en todos los casos, y de apelación contra las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales regionales.

El Consejo Nacional de la Judicatura, que se regula en el artículo 187 de la Constitución y en la Ley de 12 de mayo de 2011, es el órgano encargado de velar por la independencia de los jueces y magistrados. Uno de los 20 miembros de dicho Consejo pertenece a la jurisdicción militar y es elegido para el cargo por la denominada «Asamblea General de los jueces militares».

En las Fuerzas Armadas Polacas no existe un Cuerpo Jurídico Militar específico, sino que las funciones jurisdiccionales y de asesoramiento jurídico son desempeñadas por militares licenciados en derecho que se especializan en el área legal. Parece ser que una vez que alcanzan esa especialización no pueden regresar a sus funciones anteriores como oficiales de línea, pero sí tienen

movilidad dentro del sistema legal militar, pudiendo acceder a destinos de asesoramiento jurídico, fiscalía o jurisdiccionales.

Los jueces militares gozan de las mismas garantías de independencia que los civiles en el desarrollo de sus cometidos jurisdiccionales. Son nombrados y cesados por orden conjunta de los Ministros de Justicia y de Defensa Nacional y cuentan con un órgano de gobierno denominado «Asamblea General de los Jueces Militares». Existe un sistema disciplinario específico para ellos con las garantías propias de los jueces civiles.

Cada tribunal militar cuenta, como personal fijo, con un Presidente y un Vicepresidente, un número indeterminado de vocales jueces, a los que se añaden jueces legos para las vistas, que no pueden ser de empleo inferior al acusado. La composición de la Sala para las vistas es la de un presidente jurídico y dos jueces legos, salvo que el delito esté castigado con más de 25 años de prisión, en cuyo caso serán dos jueces profesionales y tres legos.

La acusación la ejerce la Fiscalía Militar, que está compuesta por oficiales con formación jurídica y también por civiles. Además de sostener la acusación la acusación, tienen encomendada la función de llevar a dirigir las investigaciones criminales, así como iniciar e instruir las diligencias de instrucción (diligencias penales prejudiciales).

La Fiscalía Militar depende directamente del Fiscal General del Estado, a quien corresponde la competencia para nombramiento y cese de los Fiscales Militares, previa propuesta del Ministerio de Defensa. Existe un Fiscal Jefe de la Procuraduría Militar del que depende el resto de los fiscales.

Por lo que respecta a su distribución territorial, ésta se ajusta a la de los órganos de la jurisdicción militar, existiendo una oficina de la Fiscalía en cada tribunal militar, al mando de un fiscal jefe que actúa asistido de un número indeterminado de fiscales.

En el sistema judicial militar polaco se acepta plenamente la participación en el proceso de la acusación particular.

La defensa de los encausados en los procedimientos militares es ejercida siempre por abogados civiles, quienes actúan en los mismos términos y con los mismos requisitos que en la jurisdicción ordinaria.

En el orden procesal existe una serie de especialidades que se centran en la necesidad de obtener permiso del Jefe de la Unidad para la práctica de registros en el interior de ésta. De igual

firma, la detención del personal militar y las diversas notificaciones deben de ser llevadas a efecto a través de la autoridad militar correspondiente.

Se debe destacar, además, como especialidad, que la tropa de reemplazo y la que esté en periodo de formación para militar profesional está exento del pago de costas procesales ordinarias y de casación.

Respecto a las especialidades del orden contencioso administrativo, no se ha podido identificar ninguna, salvo el hecho de que la representación en juicio de la Administración en dicho orden corresponde a los propios asesores jurídicos del Ministerio de Defensa.



## 56. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN REINO UNIDO

PEDRO MARÍA PINTO Y SANCRISTÓVAL

*Comandante Auditor*

Existe una jurisdicción militar, si bien crecientemente asimilada en su orgánica y funcionamiento a la jurisdicción penal ordinaria. En efecto, el régimen tradicional en el Ejército y la Marina, desde 1661 y 1666 respectivamente, era el ejercicio de la potestad jurisdiccional por el mando militar, auxiliado por Consejos de Guerra (Court Martials) designados ad hoc por aquél, sistema luego trasladado al Ejército del Aire.

Con ocasión de varias conocidas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por estimar que este sistema no cumplía con las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y después de una reforma parcial de las tres jurisdicciones en los años 90, el Parlamento aprobó una Ley, la Armed Forces Act de 2006, que con modificaciones de menor calado continúa vigente. Esta Ley es la que crea en el Reino Unido una jurisdicción militar única para los tres ejércitos, basada en órganos que conservan el nombre inglés de Court Martial, a pesar de su profunda modificación, que llega al extremo de que tanto los magistrados como los secretarios judiciales son funcionarios civiles, de manera que la vinculación de los cuerpos jurídicos con la jurisdicción militar se limita a proporcionar el personal de la Fiscalía Militar, como más abajo detallaré.

La jurisdicción militar define su competencia por razón de las personas sujetas a ella y por razón de los hechos enjuiciados.

En cuanto a lo primero, están sometidos a la jurisdicción militar:

- a) Los miembros de las fuerzas regulares de los ejércitos de Tierra, Mar y Aire, en todo tiempo y lugar.
- b) Los miembros de las Fuerzas de Reserva y el Ejército Territorial, como regla general (sujeta a matices), sólo cuando están activados.

- b) Los miembros de las fuerzas de los territorios británicos de Ultramar, cuando están prestando servicio o entrenándose con fuerzas británicas.
- b) Los militares extranjeros, en determinadas circunstancias (principalmente, a bordo de buques o aeronaves británicos o bajo custodia militar británica), están sometidos a la jurisdicción militar pero no ejercen ninguna potestad.
- b) Los militares de países de la Commonwealth prestando servicio en el Reino Unido están sometidos a la jurisdicción militar y pueden ejercer la potestad que corresponda, en condición asimilada a la de los británicos.
- b) Civiles sujetos a las Leyes penales y disciplinarias militares. El personal civil está sujeto solo en relación con ciertos delitos definidos en la Sección 42 de la Ley y con determinadas infracciones disciplinarias específicamente previstas en la Ley. Esto es aplicable a:
  - i) Civiles a bordo de buques o aeronaves militares británicos,
  - ii) Civiles detenidos o en alguna otra forma de custodia por fuerzas británicas,
  - iii) Ciertos funcionarios al servicio de las Fuerzas Armadas británicas en determinadas circunstancias,
  - iv) Miembros de organizaciones civiles o militares especificadas,
  - v) Personas que residen con el personal militar o lo acompañan, en zonas geográficas predeterminadas.

Con la excepción señalada para el personal civil, la Jurisdicción Militar es competente para el conocimiento de todos los ilícitos militares, esto es (Sección 50 de la Ley):

- a) Faltas disciplinarias, tipificadas en las Secciones 1 a 41 de la Ley.
- b) Delitos militares tipificados en la Sección 42, que tienen su correspondencia con delitos previstos en las Leyes penales comunes.
- c) Delitos tipificados en diversas secciones como puramente militares, es decir, sin correspondencia con delitos ordinarios.
- d) Delitos tipificados en otras leyes militares.

De la existencia de los delitos a los que se refiere el apartado b) resulta la posibilidad, en absoluto infrecuente, de que haya concurrencia de jurisdicciones, porque se trata de delitos comunes que, al ser aparentemente cometidos por militares, pueden ser, en principio, enjuiciados por la jurisdicción militar o por la Penal ordinaria.

No existe un criterio legal definido sobre la atribución de competencia, que es deslindada caso, al modo propio del Derecho anglosajón. De hecho, la Ley de 2006 expresamente suprimió la antigua limitación de las jurisdicciones militares para el conocimiento de esos delitos comunes si habían sido aparentemente cometidos en territorio del Reino Unido, mostrando con claridad que en lugar de una linde definida prefiere dar contornos difusos a la competencia de la jurisdicción militar, que en los casos concurrenciales se ejerce, o no, atendiendo a criterios de oportunidad. Sí se establecen, en la Sección 63, reglas interdictorias del doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, con prioridad de los procedimientos penales sobre los disciplinarios y, dentro de los penales, del militar sobre el común.

Son órganos de la jurisdicción militar:

1. Órganos de instancia

I. Los Tribunales Militares de Instancia (Court Martials).

Se regulan en las Secciones 154 y ss. de la Ley. Están constituidos por un Magistrado (Judge Advocate) y un Secretario (Court Administration Officer). Para la celebración de los juicios, el Tribunal lo constituyen el Magistrado y un jurado formado por tres o cinco (o, excepcionalmente, hasta siete) oficiales o suboficiales —en función de la entidad del ilícito que se esté juzgando y del empleo del acusado—, insaculados por el Secretario.

II. El Juzgado Militar para el enjuiciamiento de paisanos (Service Civilian Court), regulado por la Sección 277 de la Ley. Es órgano unipersonal, constituido por un Juez (Judge Advocate) y sólo fuera del territorio británico. El paisano afectado puede pedir ser juzgado por un Tribunal Militar.

III. El Jefe de la Unidad (Commanding Officer). Ejerce la potestad jurisdiccional y disciplinaria en la llamada Audiencia Sumaria (Summary Hearing) con las siguientes limitaciones:

- a) Esta potestad solo se ejerce sobre personal militar.
- b) En relación con ilícitos de menor entidad, taxativamente enunciados en las Secciones 53 y 54 de la Ley.
- c) Y con un catálogo tasado, en la Sección 132, de las sanciones que puede imponer.

El acusado tiene siempre derecho a pedir ser juzgado por un tribunal militar (sin que ello suponga agravación de las sanciones que puedan imponérsele) y, si es sancionado por el Comandante, a impugnar su resolución ante el Tribunal de Apelaciones Sumarias.

1. Órganos de apelación.

- a) La Sección 272 de la Ley crea el Tribunal Militar de Apelación (Court Martial Appeal Court), competente para los recursos contra resoluciones de los Tribunales de Instancia.
  - b) Tribunal de Apelaciones Sumarias (Summary Appeal Court), creado por el Capítulo 2 de la Ley para la revisión de las resoluciones dictadas por los Jefes de Unidad.
  - c) El Tribunal Militar de Instancia actúa también como Tribunal de apelaciones revisando las resoluciones del Juzgado Militar para el enjuiciamiento de paisanos.
2. El Tribunal Supremo. De reciente creación, el Tribunal Supremo conoce también, de acuerdo con la Sección 274 de la Ley, de los recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal Militar de Apelación, de conformidad con la Sección 39 de la Ley reguladora de los recursos en la Jurisdicción Militar —Court-Martial (Appeals) Act 1968—, que prevé criterios muy rígidos de admisión.
3. Existe una organización administrativa —el Military Court Service—, que presta todos los apoyos materiales al sistema. Está integrada en el Ministerio de Defensa con autonomía funcional, garantizada por el nombramiento como Secretario Judicial de su Director.

La condición militar del Jefe de la Unidad es obvia. Para la determinación de lo que ha de entenderse a efectos jurisdiccionales por Jefe de Unidad, la Sección 360 de la Ley remite a Reglamentos del Consejo de Defensa, lo que se concreta en:

1. Tres reglamentos de tierra, mar y aire que detallan las estructuras de mando a efectos disciplinarios en cada uno de los ejércitos y la Marina. Esquemáticamente, la potestad se atribuye a los Comandantes de buque o ala, y a los Jefes de unidades de entidad batallón o regimiento.
2. El Reglamento conjunto de 2009 sobre el significado de «Jefe de Unidad» define que por lo general, el Comandante de la Unidad lo es a todos los efectos, pero fija reglas para diferentes casos en que no es posible que un Jefe ejerza esta potestad, bien porque el destino esté vacante, bien porque concurra una causa de abstención en relación con un subordinado o asunto concretos, bien porque no se dé la necesaria diferencia de dos empleos con respecto al acusado. En todos estos supuestos, el Reglamento detalla quién ha de ser el Jefe de Unidad a efectos disciplinarios y fija el deber de comunicarlo a todo el personal afectado.

Lo que determina el carácter permanente de los órganos de la Jurisdicción Militar es la existencia de los Jueces o Magistrados que presiden o constituyen cada órgano jurisdiccional. Existe un Magistrado General (Judge Advocate General), del que depende un Segundo Magistrado General (Vice-Judge Advocate General) y seis Magistrados (Judge Advocates).

Ninguno de ellos tiene condición militar (aunque no es infrecuente que posean experiencia militar previa) y su designación es idéntica a la de los cargos de la Jurisdicción ordinaria.

Cada asunto que haya de ser juzgado por un tribunal militar es asignado por el Magistrado General a uno de los magistrados (Sección 155 (6) de la Ley), que con el Jurado constituyen el tribunal militar.

Los jurados. Estos, que responden al criterio del juicio por los pares, tienen condición correlativa a la de los acusados, es decir, militar en la generalidad de los casos.

Los secretarios. Son, de acuerdo con la Sección 363 de la Ley, nombrados por el Consejo de Defensa. Son funcionarios civiles.

La acusación y defensa es formulada por un fiscal (Prosecutor) integrado en la Fiscalía Militar (Service Prosecuting Authority). Esta es una organización independiente de la cadena de mando militar, que actúa bajo la supervisión del Fiscal General (Attorney General).

El Fiscal Militar Jefe (Director of Service Prosecutions) ha de reunir ciertos requisitos de aptitud enunciados en la Sección 364 de la Ley, pero puede ser indistintamente militar o paisano. Actualmente es paisano y su Segundo, General de Brigada.

La Fiscalía está servida (Sección 365 de la Ley) por oficiales de los tres cuerpos jurídicos militar, naval y del aire. Esa era la redacción originaria de la Sección 365, que fue modificada en 2011 sustituyendo las palabras «oficiales» por «personas», con la nada oculta intención de permitir que puedan ejercer paisanos como fiscales militares.

En cuanto a la defensa del acusado, es igualmente posible que sea ejercida por un oficial de los cuerpos jurídicos, o bien por abogado, de conformidad con el apartado 39 de las normas delegadas sobre tribunales militares de 2009.

En las fuentes consultadas no he localizado ninguna especialidad atinente a la condición militar de las partes, ni en las normas procesales penales ni en las que regulan la revisión judicial de decisiones administrativas.

#### OBSERVACIONES

De conformidad con lo ordenado, para esta investigación he manejado fuentes abiertas accesibles en internet, entre otras:

- a) Para la aproximación histórica y el panorama general: <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/military-jurisdiction/>
- a) Para la organización jurisdiccional: <https://www.gov.uk/guidance/the-military-court-service>
- a) Para la organización administrativa de apoyo: <https://www.gov.uk/guidance/the-military-court-service>
- a) Para la organización de la Fiscalía: <http://spa.independent.gov.uk/index.htm>
- a) El texto de la Ley de las Fuerzas Armadas de 2006 está disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/52/contents>
- a) La Legislación delegada sobre tribunales militares -Armed Forces (Court Martial) Rules 2009-, pueden consultarse en: <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2009/9780111479216/contents>

La traducción de normas, organizaciones y cargos propios de la Jurisdicción británica es libre. He tratado, al hacerla, de reflejar sus caracteres esenciales de acuerdo con los esquemas legales españoles, para hacer comprensible su naturaleza jurídica, pero huyendo deliberadamente de traslaciones miméticas al ordenamiento constitucional o a la organización de la jurisdicción militar española actualmente vigente.



## 57. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN RUMANIA

JOSÉ MUÑOZ PÉREZ

*Capitán Auditor*

Existe una jurisdicción militar rumana. De amplia tradición en el país, la primera referencia a una jurisdicción militar rumana data de 1890, con el Código Militar. En la actualidad no existe un código específico, la última normativa exclusiva fue la Ley 54/1993. Tras las reformas operadas la legislación Militar quedó subsumida dentro de la civil.

En la actualidad, la legislación Militar rumana exige una construcción teórica en base a dos grandes leyes, que junto con el Código Penal (Legea 286/2009) determinan el marco legislativo castrense:

- Legea 303/2004 privind statutul judecatorilor și procurorilor (ley del estatuto jurídico de jueces y fiscales).
- Legea 304/2004 privind organizarea judiciara (ley de organización judicial).

La jurisdicción militar rumana, integrada por los tribunales militares y la Fiscalía, se rigen por los mismos principios que la autoridad judicial de ámbito civil. Para el adecuado tratamiento de su competencia, seguiremos o tomaremos como partida su organización.

- Tribunales militares de primera instancia: Como tribunales de primera instancia, conocen principalmente de las infracciones penales cometidas contra el orden y la disciplina militar, infracciones cometidas en zonas de operaciones y otras infracciones cometidas en relación con las obligaciones del cargo por militares de empleo hasta coronel.
- Tribunal militar territorial de Bucarest: como tribunal de primera instancia, principalmente conoce de las infraccio-

nes siguientes, cometidos en relación con las obligaciones del cargo por oficiales de empleo hasta coronel:

- Delitos contra la vida, la integridad física, y la salud.
- Delitos contra la libertad personal.
- Delitos contra la libertad sexual.
- Delitos contra la propiedad
- Delitos contra la administración de justicia.
- Delitos relacionados con el tráfico y consumo de drogas.
- Delitos económicos.

Como tribunal de casación, conoce de los recursos contra las sentencias de los tribunales militares de primera instancia por infracciones perseguibles a instancia de parte, así como de los recursos contra las resoluciones penales dictadas por un tribunal militar en materia de medidas cautelares, de libertad provisional o medidas precautorias: contra las resoluciones penales dictadas por un tribunal militar en materia de ejecución de resoluciones penales o de reinserción, así como en otros casos expresamente previstos por la ley.

El Tribunal Militar Territorial resuelve también los conflictos de competencia entre los tribunales militares territoriales.

- Tribunal militar de apelación de Bucarest: Conoce en primera instancia de:
  - Las infracciones contra la seguridad del Estado y contra la Paz y la Humanidad cometidas por Militares.
  - Infracciones penales de los jueces de los tribunales militares de primera instancia, y de los tribunales militares territoriales, así como de los Fiscales militares adscritos a dichos tribunales.

Como Tribunal de apelación, las apelaciones contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los tribunales militares territoriales.

Como tribunal de Casación, los recursos contra las resoluciones penales dictadas por un tribunal militar de primera instancia, excepto aquellas atribuidas a la competencia del tribunal militar Territorial, así como en otros casos expresamente previstos por la legislación.

No tiene consideración militar, pero finalmente, debemos aludir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Casación

y Justicia, que va a conocer como tribunal de casación de los recursos de casación contra las resoluciones dictadas en los asuntos penales de los que conocen en primera instancia o en apelación el Tribunal Militar de Apelación.

En primera instancia conoce de las infracciones penales de los mariscales, almirantes, generales y cuestores.

La jurisdicción militar se articula en torno a la figura de las cortes o tribunales militares y a las oficinas del Fiscal. Los tribunales militares están compuestos por los jueces militares y unidades auxiliares especializadas (oficina de registro, secretaría, archivo, oficina de información y relaciones públicas y biblioteca).

Los tribunales militares y las oficinas del Fiscal dispondrán además de un departamento para documentación reservada.

Para la seguridad de sus instalaciones, el Ministro de Defensa Nacional los dotará de unidades de policía militar que quedará subordinada jerárquicamente a estos.

En cuanto a su organización esquemática, nos encontramos con (Anexo II ley 302/2004):

- Tribunales militares de Primera Instancia establecidos en Bucarest, Cluj-Napona, Iași y Timișoara
- Tribunal militar de primera instancia de Bucarest: ubicado en la ciudad de Bucarest.
- A él se circunscriben: Argeș, Calarași, Giurgiu, Ialomita, Ilfoi, Olt, Teleorman, Valcea, Ciudad de Bucarest, Constanta, Tulcea, Braila, Buzau, Dambovita, Prahova.
- Tribunal militar de primera instancia de Cluj Napona: Ubicado en la Ciudad de Cluj Napona
- A él se circunscriben: Brașov, Covasna, Sibio, Alba, Bistrita-Nasaud, Cluj, Sala, Harghita, Mures, Bihor, Maramureș, Satu-Mare.
- Tribunal militar de primera instancia de Iași: ubicado en la ciudad de Iasi

A él se circunscriben: Bașau, Neamt, Suceava, Vrancea, Botoșani, Galati, Vaslui

- Tribunal militar de primera instancia de Timișoara: Ubicado en la ciudad de Timișoara.
- El tribunal Militar Territorial de Bucarest
- La Corte Militar de Apelación de Bucarest

— Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Casación y Justicia.

Los jueces y fiscales militares son militares oficiales en activo, que tras haber adquirido la condición de militar y aprobar el correspondiente examen de competencia son nombrados por el Presidente, a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura.

En base a lo anteriormente dicho, vamos a detenernos en dos momentos:

1. La adquisición de la condición de militar oficial en activo, que se conseguirá tras reunir las condiciones físicas y de capacidad que el Cuadro de Mando del Ministerio de Defensa determine. Será también este órgano quien determine la correlación Rango-Puesto a cubrir dentro de cada Tribunal.
2. La adquisición de la condición de Juez o Fiscal. Según la ley 303/2004 la admisión de jueces y fiscales a la «Magistratura» tendrá lugar a través del correspondiente examen basado en aptitudes, competencias profesionales y buena reputación. Este examen, deberá de realizarse bajo los principios de transparencia e igualdad. Una vez aprobado el correspondiente examen se celebrará un curso en el Instituto Nacional de la Magistratura. Los candidatos tendrán durante su duración la condición de Auditores de Justicia.

Tras superar el correspondiente curso (habrá de superarse un examen) serán nombrados jueces o fiscales, según su elección.

Tanto la formación inicial como la formación continua serán proporcionadas por el Instituto Nacional de la Magistratura, siempre bajo supervisión del Consejo Superior de la Magistratura.

La acusación será ejercida por los Fiscales Militares, que tendrán la condición de militar, en la misma base y bajo las mismas premisas que los jueces militares.

La ley 304/2004 establece en su artículo 98 que existirá y realizará su función conexas a cada Juzgado Militar una Oficina Fiscal.

Así su circunscripción queda de la siguiente forma (Anexo II de la Ley 304/2004).

— Oficina Adjunta al Tribunal Militar de Primera Instancia de Bucarest: ubicada en la ciudad de Bucarest

- A él se circunscriben Argeç, Calaraçi, Giurgiu, Ialomita, Ilfoy, Olt, Teleorman, Valcea, Ciudad de Bucarest, Constata, Tulcea, Braila, Buzau, Dambovita, Prahova.
- Oficina Adjunta Tribunal Militar de Primera Instancia de Cluj Napona: Ubicado en la Ciudad de Cluj Napona
- A él se circunscriben: Braçov, Covasna, Sibio, Alba, Bistrita-Nasaud, Cluj, Sala, Harghita, Mures, Bihor, Maramureç, Satu-Mare.
- Oficina Adjunta al Tribunal Militar de Primera Instancia de Iaçi: ubicado en la ciuda de Iasi.

A él se circunscriben: Baçau, Neamt, Suceava, Vrancea, Botoçani, Galati, Vaslui

- Oficina Adjunta al Tribunal Militar de Primera Instancia de Timiçoara: Ubicado en la ciudad de Timiçoara. A él se circunscriben Dolj, Gorj, Hunedoara, Mehedinti, Arad, Caraç-Severin, Timiç.

Con distrito general la oficina adjunta al Tribunal Territorial de Budapest y al Tribunal de Apelación de Budapest.

Los fiscales deberán tener al menos el mismo rango o empleo que el imputado. En caso de que tengan el mismo rango deberán ser asistidos en sus funciones por otro Fiscal de categoría apropiada nombrado por la persona encargada de la oficina del lugar donde el caso este registrado.

En relación a la defensa, estos serán civiles, pues no existe la figura del abogado militar.

El ejercicio de la abogacía está organizado como una profesión liberal, de acuerdo con la Legea 51/1995 privind organizarea si exercitarea profesiei de avocat (Ley de organización y ejercicio de la abogacía).

Tal y como se viene exponiendo, no existe regulación separada de la jurisdicción militar, quedando está comprendida en las normas civiles.

## ORDEN PENAL

En el orden penal, el Código Penal Rumano actual (LEGEA 286/2009) regula en sus artículos 413 a 438 los delitos cometidos por los militares.

Esta regulación queda por tanto subsumida dentro de la regulación general, no teniendo mayor especialidad que la tipicidad de los delitos.

#### ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Rumanía se lleva a cabo a través de las salas especializadas de los órganos judiciales, ya que no existen tribunales especializados en la materia.

En lo que se refieren a la interacción entre ambos órdenes, militar y contencioso administrativo, el sistema normativo excluye del procedimiento contencioso administrativo la materia militar, así lo establece de forma más específica la ley 544/2004 de procedimiento contencioso administrativo (Legea 544/2004 privind contenciosul administrativ).

#### REFERENCIAS

The role of the military courts punishing the crimes committed by military personnel , Alexandru Stoian (2016)

The Romania's response concerning the questionnaire on military justice Crimes committed by the Military in accordance with the new Criminal Code (Part I and II) Ionela Cecilia Çulea ( Revista Academiei Fortelo Terrestre, 2014)

Legea 303/2004 privind statutul judecatorilor si procurorilor

Legea 304/2004 privind organizarea judiciara

#### ENLACES:

<http://e-justice.europa.eu>

58. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR  
EN LA FEDERACIÓN RUSA

ANTONIO RAFAEL MATA ALONSO-LASHERAS  
*Capitán Auditor*

Es preciso matizar que de acuerdo con las Leyes Constitucionales de tribunales militares de la F.R. de 23 de junio de 1999 (LCTM) —por la que éstos dejan de estar integrados en las FAS— y de Tribunales con Jurisdicción Común en la F.R. de 2011, art. 1.4, los tribunales militares se definen como de jurisdicción común.

En realidad, la diferencia con nuestro sistema estriba en que en el lenguaje jurídico ruso, no se emplea la palabra jurisdicción en el sentido de orden jurisdiccional, por lo que se habla exclusivamente de tribunales (penales, civiles, militares etc.)

Extremadamente amplias, por no decir aglutinantes. Muy en particular respecto a los tribunales militares creados, que no desplegados, en el extranjero, que asumen todas las competencias de cualesquiera órdenes jurisdiccionales rusos, sobre todo ciudadano ruso (e incluso extranjero) en el respectivo Estado, salvo lo dispuesto por tratados internacionales. Estos Tribunales son cuatro: Tribunal Militar de Guarnición (GVS) 109 en Dushanbé —Tayiquistán, e.g. página web <https://109gvs-svd.sudrf.ru>—; 26 GVS en Bayconur —Kazajistán—; 40 GVS en Priezorsq – Kazajistán—; 5 GVS en Yereván —Armenia—; 80 GVS en Tiraspol —Moldavia—.

Los tribunales militares, en tiempos de paz, ejercen las siguientes competencias, en defensa de los derechos, libertades e intereses legítimos de la Federación Rusa, de sus ciudadanos, personas jurídicas, entidades territoriales u locales u organismos públicos —art. 7 LCTM—:

- a) En el orden disciplinario y contenciosos-disciplinario, imponen las sanciones de arresto por falta grave y conocen de los posteriores recursos,

- b) En el orden contencioso-administrativo conocen de todos los recursos y asuntos relativos a reclamaciones y sanciones contra militares (y asimilados en lo sucesivo) por las infracciones administrativas (comunes) por éstos cometidas, así como de las solicitudes y recursos interpuestos por militares contra actos administrativos provenientes de mandos y órganos de la Administración militar.

En el caso de la Sala de Asuntos de los Militares —en lo sucesivo de lo Militar— del Tribunal Supremo (TS), conoce de recursos contra disposiciones (actos normativos) y actos administrativos dictados por el Presidente de la F.R., el Gobierno de la Federación, el Ministro de Defensa y otros ministros, cuando afecten a derechos, libertades e intereses de militares.

- a) En el orden civil, conocen de las solicitudes y recursos interpuestos por militares frente a actos y decisiones del mando y órganos de la Administración militar en materia civil.
- a) En el orden penal, conocen de todos los delitos cometidos por militares (del Código Penal común, ya que no existe el militar) y de aquellos delitos cometidos por paisanos y extranjeros, cuya competencia les venga atribuida por la Ley de Enjuiciamiento criminal —en especial los relativos a revelación de secretos—.

Cuando en la comisión delictiva participen varias personas, siendo una de ellas militar, conocen siempre y en todo caso los Tribunales militares.

En el Tribunal Supremo existe la Sala de lo Militar, que conoce de lo ya señalado en primera instancia y de los recursos de apelación y casación frente a resoluciones de órganos inferiores.

De los recursos de queja contra la Sala de lo Militar, conoce el Presidium —semejante pero distinto del Pleno— del propio TS.

Por debajo del TS en cada Región Militar existe un Tribunal Militar Regional (OVS) para asuntos del Ejército de Tierra (que incluye a la Aviación ) o Tribunal Militar de Flota (FVS) para asuntos de la Marina, que conocen en primera instancia y en apelación. La LCTM todavía no ha sido adaptada a la nueva transformación de las FAS, que ha creado cuatro Regiones Militares y

una Flota (la del Norte) como mandos conjuntos, desapareciendo el resto de regiones militares e integrándose las restantes Flotas en las respectivas nuevas regiones militares.

En el suelo de la escala se encuentran los tribunales militares de Guarnición (GVS).

Todos los órganos conocen, según la relevancia de los asuntos, en salas, pleno o con un único magistrado. El número de magistrados que componen cada Tribunal, se determina por la Ley de Presupuestos de la Federación para cada ejercicio.

Todos los magistrados tienen condición civil, son independientes etc. y son nombrados de acuerdo con las disposiciones generales para los Magistrados de los restantes órdenes. Deben obtener la capacitación para ejercer la judicatura como los demás, a través de la Comisión Estatal de Examinación Judicial. La única particularidad reside en que los militares con capacitación judicial reconocida, tienen preferencia para ser nombrados Magistrados en tribunales militares. Se convierten en independientes e inamovibles —parecido a nuestro cuerpo—. Y ya no es preciso que pertenezcan al cuerpo militar de justicia, al que antes de 1999 pertenecían todos los miembros de los tribunales militares.

El Presidente de la Sala de lo Militar, que es a la vez vicepresidente del TS, es nombrado por el Consejo de la Federación, equiparable a nuestro Senado, a propuesta del Presidente de la F.R., actualmente Vladimir Vladimirovich. Mismo procedimiento para el Vicepresidente de la Sala. Los Magistrados de la Sala de lo Militar son nombrados por el Presidente de la F.R. a propuesta del Presidente del TS.

La Defensa la ejercen letrados civiles en las mismas condiciones que en los otros órdenes jurisdiccionales.

La acusación la ejercen miembros de las Fiscalías Militares, dependientes de la Fiscalía Militar Principal (GVP), integrada en la Fiscalía General de la Federación, uno de cuyos Vicepresidentes es el Jefe de aquella. Actualmente un Teniente General de Justicia. Los Fiscales Militares pertenecen al Cuerpo militar de Justicia. Son militares a todos los efectos y su graduación es la militar, con el añadido *de Justicia-Iustitsii*—.

Se forman actualmente en la Facultad Jurídico-Militar de la Universidad Militar, que contempla las especialidades de juriconsulto, que capacita para Asesoría Jurídica, y de Fiscalía-Instrucción, que capacita para Fiscalía y Jefatura de Unidades Instructoras.

Las leyes procesales y materiales que aplican los tribunales militares son las comunes y generales. Como normas específicas sólo nos encontramos con la citada LCTM y la Ley Federal de 1 de diciembre de 2006, Sobre la jurisdicción relativa a las faltas graves de los militares.

En esencia, la sola diferencia real con otros órdenes jurisdiccionales, radica en que los tribunales militares carecen de personalidad jurídica plena, lo que implica que estén exentos de tributar por los inmuebles que ocupan, entre otras cosas. No obstante, el TS ha presentado en junio de este año una proposición de ley, para lo que está legitimado, al objeto de equipararlos al resto de órganos judiciales, por lo que de aprobarse, tendrán personalidad jurídica plena y propia, y pagarán IBI, IVA etc.

#### OBSERVACIONES

Como institución característica del sistema ruso ex illo tempore, cabe destacar la de la figura de los Instructores. Quien haya leído «Archipiélago Gulag», se habrá sorprendido por su crueldad (aunque se dividían el trabajo entre el joven instructor, a cargo de las palizas, y el antiguo, que consolaba al justiciable, convertido en víctima propiciatoria). Por otro lado, quien haya leído y degustado *Crimen y castigo*, se habrá sorprendido no menos, por la apertura de miras y progresismo del instructor del caso de Raskolnikov, en una época en que en el resto de Europa la rudeza en la investigación criminal era moneda común. Y nótese que no se trata de licencia literaria, sino de fiel reflejo de la realidad, por más denostado que haya sido habitualmente el sistema legal ruso pre-soviético, ya por ignorancia, ya por temor o malevolencia.

Los instructores son figuras intermedias entre fiscales y policías, con ciertas semejanzas con nuestra policía judicial y nuestros instructores de expedientes disciplinarios.

Los cargos inferiores se preparan como cadetes de la Academia de Instrucción y tienen condición militar.

Los superiores, en la citada Facultad de la Universidad Militar, como fiscales e instructores. Están integrados en un organismo independiente, tanto del Ministerio de Justicia, como de la Fiscalía General o del Ministerio de Defensa; el Comité de Instrucción de la F.R., a cuyo frente se encuentra un General de Justicia. Todos los mandos pertenecen a dicho cuerpo.

Les compete la investigación prejudicial de todos los delitos, es decir, no sólo de los cometidos por militares; lo que les equipara a nuestra policía judicial. En el ámbito militar, sus funciones son más amplias, aunque distintas de las de la policía militar.

ALGUNOS ENLACES DE INTERÉS

Tribunal Supremo <http://www.supcourt.ru/>  
Fiscalía General <http://www.genproc.gov.ru/>  
Fiscalía Militar <http://gvp.gov.ru/>  
Comité de Instrucción <http://sledcom.ru/>



## 59. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN SUIZA

PEDRO DEL ROSAL GARCÍA

*Capitán Auditor*

En tiempo de paz, conoce de la comisión de las ofensas criminales contenidas en el Código Penal Militar, y se proyecta sobre toda persona que se halle prestando el servicio militar obligatorio y a los profesionales. Del mismo modo, sobre la Guardia de Fronteras y los miembros de los servicios nacionales de seguridad. En tiempo de guerra o de grave amenaza, el ámbito subjetivo se expande incluyendo a aquellos sectores que hayan sido militarizados, y se integran en la jurisdicción militar toda una serie tipos nuevos relacionados con la seguridad y la eficacia del servicio, al tiempo que se elevan las penas con carácter generalizado.

Ocho «tribunales militares» de primera instancia sobre los que se instituye una segunda instancia denominada «Corte Militar de Apelación», en número de tres. Culmina la jurisdicción militar la «Corte Suprema Militar», que se sitúa a la par de la Corte Suprema Federal.

Su condición es militar. A la cabeza de la jurisdicción militar suiza se sitúa el Fiscal/Abogado General de las Fuerzas Armadas, responsable de su organización y funcionamiento. Le corresponde asimismo crear las condiciones para que la independencia de los órganos judiciales y fiscales sea inquebrantable. Como máxima autoridad fiscal, es su obligación promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Ostentan la secretaría con carácter regular oficiales especialistas, mientras que los magistrados/jueces Instructores, de empleo comandantes, capitanes u oficiales especialistas, además de practicar las primeras diligencias de averiguación, asesoran a los oficiales de la Fuerza en materia de ley penal militar. Los fiscales impulsan la acción de la justicia desde sus empleos de teniente coronel, comandante u oficial especialista, y gozan de la potestad

de pronunciar medidas disciplinarias si la ofensa resultara ser administrativa y no penal. Los presidentes de las Cortes son coroneles o teniente coroneles. El panel de jueces de los tribunales militares está compuesto por cinco jueces: El Presidente, un oficial de justicia militar, dos oficiales y dos suboficiales o miembros de la tropa elegidos por el Concejo Federal o la Asamblea Federal por un lapso de 4 años.

La asistencia de letrado es potestativa durante la investigación preliminar y obligatoria durante el procedimiento principal. Aun cuando el acusado puede solicitar abogado que lo represente, ordinariamente el acusado acepta el agente defensor oficial que propone la Corte. Este sujeto no forma parte del sistema de tribunales militares y puede ser escogido entre cualesquiera abogados autorizados para ejercer en Suiza. Los fiscales, como ya se mencionó, con los empleos de comandante a teniente coronel, dependen del Fiscal General de las Fuerzas Armadas.

Los delitos comunes cometidos por los sometidos a fuero militar serán conocidos por la jurisdicción ordinaria.

#### OBSERVACIONES

Se contempla la iniciación del procedimiento penal por los Comandantes de la Fuerza. El Abogado General de las Fuerzas Armadas se reserva el impulso de la acción penal cuando el individuo se hallare fuera de servicio o hubiera perpetrado una violación presunta de las leyes internacionales.

Resalta la existencia de procedimiento sumario para los asuntos menores en los que no hay controversia sobre los hechos, y en el que el juez, mediante motivación sucinta, impone una pena menor sin necesidad de recurrir al procedimiento principal.

Tal y como acontece en nuestro ordenamiento, disponen de un «procedimiento preliminar» para identificar la naturaleza del delito y la identidad del culpable.

En cuanto a la competencia territorial, será competente el Tribunal del lugar en esté apostada la Unidad de pertenencia del investigado, con independencia del lugar de comisión.

Referencias: Oberauditorat / Militärjustiz

<http://www.oa.admin.ch/en/organisation/die-organisation-der-militaerjustiz.html>

## 60. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN TURQUÍA

FERNANDO GONZÁLEZ ALONSO

*Capitán Auditor*

El artículo 145 de la Constitución turca de 1982<sup>379</sup>, en su redacción dada tras la reforma de 12 de septiembre de 2010, establece que:

La justicia militar será ejercida por tribunales militares y tribunales disciplinarios militares. Estos tribunales tendrán jurisdicción para juzgar los delitos militares cometidos por personal militar y los delitos cometidos por personal militar contra personal militar o relacionados con los servicios y obligaciones militares. En los supuestos de crímenes contra la seguridad del Estado, el orden constitucional y su funcionamiento deberán ser oídos previamente los tribunales civiles en todo caso.

Las personas no militares no serán juzgadas por tribunales militares, excepto durante el estado de guerra.

Los delitos y personas sometidos a la jurisdicción de los tribunales militares en estado de guerra, la constitución de los tribunales militares y, cuando sea necesario, el nombramiento de jueces y fiscales de los tribunales civiles para tribunales militares serán regulado por ley.

Según el último párrafo del artículo 145 de la Constitución:

La configuración de los órganos judiciales militares, su funcionamiento, las cuestiones relativas al estatuto de los jueces militares, las relaciones entre los jueces militares que actúen como fiscales y los mandos militares bajo los que sirven, serán regulados por la ley de conformidad con los principios de independencia de los tribunales y la garantía de inamovilidad de los jueces.

Tribunales disciplinarios:

Sólo ejercen funciones disciplinarias. Se crean a nivel de mando superior a Regimiento y están compuestos por tres miembros

y un «oficial disciplinario», el cual suele pertenecer al cuerpo de jueces militares, pero si no es posible su nombramiento el mando designará un oficial. Este «oficial disciplinario» actúa como una especie de fiscal en nombre del mando<sup>380</sup>. Los tres miembros del tribunal son militares cuyo rango dependerá del empleo del imputado.

Como órganos jurisdiccionales propiamente dichos han de citarse:

a) Tribunales militares:

El artículo 1 de la Ley de Organización y Procedimiento de los Tribunales Militares<sup>381</sup>, modificado el 25 de julio de 2016, señala que «los tribunales militares ejercen su jurisdicción en nombre de la nación turca, se crean por el Ministerio de Defensa Nacional oído el Estado Mayor atendiendo a la estructura organizativa y situación geográfica de las tropas y la carga de trabajo y se disuelven de la misma manera».

En 2008 existían 32 Tribunales Militares en Turquía. Estos tribunales no tienen competencia en materia disciplinaria ni conocen de recursos contra sanciones de esta naturaleza<sup>382</sup>.

b) Alto Tribunal Militar de Apelación<sup>383</sup>:

El artículo 156 de la Constitución<sup>384</sup> señala que:

El Alto Tribunal Militar de Apelación es la última instancia para la revisión de las resoluciones y sentencias de los tribunales militares. También será la primera y última instancia para conocer de supuestos específicos relativos a personal militar señalados por la ley.

Como Tribunal Supremo conocerá de las apelaciones frente a decisiones de los tribunales militares, resuelve los conflictos de competencia entre tribunales militares y autoriza a otros tribunales militares en caso de que un hecho cometido en el extranjero deba ser perseguido por un tribunal militar turco, decide sobre el apartamiento de jueces y la cesión del procedimiento. Como Tribunal de primera instancia conoce de los supuestos penales sometidos a la jurisdicción militar referidos al Presidente, el Fiscal, presidentes de sala y miembros del Alto Tribunal Militar de Apelación y del Alto Tribunal Militar Administrativo. Tiene, además, otras atribuciones por ejemplo en la designación de cargos del

Tribunal Constitucional o del Departamento Penal del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales<sup>385</sup>.

a) *Tribunales militares*

Los tribunales militares estaban compuestos por al menos tres miembros, de los cuales dos eran oficiales del Cuerpo de jueces militares (los textos consultados en ocasiones emplean la expresión «jueces militares» como tales y otras como el cuerpo militar al que éstos y los fiscales pertenecen) y el otro un oficial superior designado por el Mando<sup>386</sup>. Tras la reforma operada en la Ley de Organización y Procedimiento de los tribunales militares<sup>387</sup> en junio de 2010, su artículo 2 establece que «los tribunales militares estarán compuestos por tres jueces militares salvo que se disponga otra cosa en la propia Ley. El más antiguo de ellos será el presidente del mismo».

El acceso al cuerpo de jueces militares puede llevarse a cabo por varias vías, requiriendo en todo caso graduación universitaria y la superación de un examen, tras lo cual realizan un periodo de entrenamiento en el Ministerio de Defensa durante un año y si no se contaba con experiencia militar, además, un periodo de formación militar en unidades de tres a seis meses<sup>388</sup>.

La designación de los jueces militares la realiza el Presidente de la República previo acuerdo del Ministro de Defensa Nacional y el Primer Ministro, con la limitación de que no pueden ser destinados a otro puesto en cuatro años salvo disolución del tribunal<sup>389</sup>.

Gozan de determinadas garantías, si bien están sometidos a inspección y responsabilidad disciplinaria, aunque de manera distinta al resto de militares, a través de un Departamento de Inspección de la Jurisdicción Militar dependiente del Ministerio de Defensa Nacional y con el Ministro de Defensa Nacional como única autoridad sancionadora<sup>390</sup>.

b) *Alto Tribunal Militar de Apelación*

Conforme al artículo 156 de la Constitución<sup>391</sup> «Los miembros del Alto Tribunal Militar de Apelación serán designados por el Presidente de la República entre un conjunto de tres candidatos nominados para cada vacante que se produzca por parte de la Asamblea General del Alto Tribunal Militar de Apelación elegidos entre jueces militares de la primera categoría<sup>392</sup>, mediante votación secreta y por mayoría absoluta del total de los miembros».

El empleo de los miembros de este tribunal será como mínimo de teniente coronel. El Presidente, el Fiscal Jefe, el Vicepresidente y los presidentes de sala del Alto Tribunal Militar de Apelación serán designados entre sus miembros a propuesta conjunta del Jefe de Estado Mayor, el Ministro de Defensa Nacional y el Primer Ministro con la aprobación del Presidente de la República.

Los fiscales, excepto el Fiscal Jefe, no son designados entre sus miembros. El Jefe de la Oficina del Fiscal es nombrado por el Ministro de Defensa Nacional de entre tres candidatos propuestos por el Fiscal jefe entre jueces militares de primera categoría con empleo de coronel. Los fiscales son nombrados entre tres candidatos propuestos por el Fiscal jefe según lo dispuesto en la Ley de jueces militares.

Los jueces ponentes (parece tratarse de una especie de letrados) son elegidos de entre jueces militares y civiles. Los jueces militares deben haber servido como jueces militares un mínimo de cinco años y serán nombrados de acuerdo con la Ley de Jueces Militares. Los jueces ponentes civiles son designados por decisión del Consejo Superior de Jueces y Fiscales (órgano de gobierno de jueces y fiscales).

Además existe personal civil y militar auxiliar para la realización de tareas administrativas y de apoyo<sup>393</sup>.

Los fiscales militares son las principales autoridades de la investigación. Las fiscalías se establecen bajo los organigramas de las unidades y en ellas habrá al menos dos fiscales militares que pertenecen al cuerpo de jueces militares. La Constitución les reconoce el derecho a actuar independientemente, si bien tienen una fuerte relación con el mando militar correspondiente.

Los acusados tienen derecho a la defensa por abogado, que si es solicitado por el acusado será designado por el Colegio de abogados local. En el caso de militares de reemplazo será costeadado por el Estado si no puede hacerlo el acusado.

Las víctimas o sus sucesores también pueden ejercitar sus derechos.

Las sentencias pueden ser recurridas por el fiscal, el acusado, la víctima y el mando<sup>394</sup>.

Se excluye de control jurisdiccional determinadas actuaciones administrativas militares<sup>395</sup>.

Además, existe el Alto Tribunal Militar Administrativo, que puede considerarse un órgano jurisdiccional militar atendida

su composición, que se determina, junto a sus funciones, en el artículo 157 de la Constitución<sup>396</sup>.

No cabe ningún recurso ordinario contra sus resoluciones, solamente que puedan ser revisadas por la propia Sala.

#### OBSERVACIONES

1. Los textos legales turcos, a excepción de su Constitución (en versión inglesa), únicamente son accesibles en turco. Ello, unido a las sucesivas modificaciones normativas derivadas del cambio de modelo político en Turquía y de acontecimientos como el intento de golpe de Estado de 15 de julio de 2016, dificulta el manejo de fuentes actualizadas.
2. Ha de destacarse el relevante papel de las Fuerzas Armadas turcas en la vida política y social del país. No solo por su importancia numérica (segunda de la OTAN en número de efectivos tras EE.UU.) y la importancia estratégica del país, sino por el papel que se les atribuyó desde la fundación de la República como garantes de los principios republicanos frente a los posibles enemigos internos y el de velar por la seguridad de un país con una situación geográfica delicada<sup>397</sup>.
3. Las llamadas de atención sobre el déficit en el respeto a los Derechos Humanos en Turquía son reiterados por parte de diversos observadores:

Así el Consejo de Europa, en su informe anual (2016) sobre Turquía<sup>398</sup> hace mención, en lo que aquí interesa, a la falta de control parlamentario, judicial y administrativo sobre las Fuerzas Armadas, introduciéndose cambios bajo el estado de emergencia que no han sido supervisados por el Parlamento (p.14); en el sistema disciplinario militar, la homosexualidad todavía se define como un «desorden psicosexual» y en la regulación médica de los militares como una enfermedad.

El informe sobre Derechos Humanos en Turquía 2015 elaborado por el Departamento de Estado de Estados Unidos<sup>399</sup>, recoge la información de algunas ONG referida a la existencia de severas novatadas, abusos físicos y torturas sobre soldados de reemplazo que en ocasiones derivaron en suicidio. El propio Estado Mayor turco declara 47 suicidios entre el personal militar. También se cuestiona la independencia judicial y la separación entre jueces y fiscales.



## 61. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN URUGUAY

ESTEBAN JOSÉ HERNANDO ZAMANILLO

*Comandante Auditor*

El origen de la jurisdicción militar en los países de América Latina, en general, y para Uruguay, en particular, se retrotrae a la época colonial en la que fueron dadas las «Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos» en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768, bajo el reinado de Carlos III; estas normas «especificaban las obligaciones del militar según su grado, haciendo especial atención al honor y a la disciplina del soldado y fijando el régimen jurídico de la esfera castrense». Salvo en Brasil, quizás por ser colonia portuguesa, la norma estuvo en vigor, junto con distintos bandos y normas específicas que las complementaban, hasta la aparición de las primeras normas de tipo nacional.

En Uruguay, tras la independencia, surgieron las primeras leyes militares, poco antes de la denominada Jura de la Primera Constitución Nacional de 1930; así, la Ley para la Organización del Ejército Permanente del Estado y la Ley Orgánica sobre la Milicia Nacional, que contenía aspectos organizativos del Ejército; el primer Código Militar del Uruguay se aprobó en 1884 con vigencia hasta la promulgación del actual en 1943.

Hemos de destacar las siguientes normas vigentes que afectan a la cuestión:

- a) La Constitución de la República de 8 de diciembre de 1996.
- b) El Decreto Ley núm. 10.326, Códigos Militares de 28 de enero de 1943, que aprueba el Código Penal Militar, el Código de Organización de los Tribunales Militares y el Código de Procedimiento Penal Militar.

- c) La Ley núm. 10.808, Orgánica de la Marina de 8 de noviembre de 1946.
- d) La Ley núm. 14.068 de Seguridad del Estado y el Orden Interno de 12 de julio de 1972.
- e) El Decreto Ley núm. 14.157, Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de 5 de marzo de 1974.
- f) El Decreto Ley 14.747, Ley Orgánica de la Fuerza Aérea Uruguaya de 30 de diciembre de 1977.
- g) El Decreto núm. 55, Reglamento de los Tribunales de Honor de las Fuerzas Armadas de 8 de febrero de 1985.
- h) El Decreto Ley núm. 15.688, Ley Orgánica del Ejército Nacional de 17 de enero de 1985.
- i) El Decreto núm. 55, Reglamento General de Disciplina para el Personal Militar de la Fuerza Aérea de 8 de febrero de 1994.
- j) El Decreto núm. 180, Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional de 17 de mayo de 2001.
- k) El Decreto núm. 305, Reglamento General del Servicio núm. 21 del Ejército Nacional de 29 de julio de 2003.

En primer término, la Constitución de la República uruguaya de 1996 indica que:

La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria.

Luego, el Decreto Ley 10.326 de códigos militares de 1943, en su artículo 4 señala que:

Están sometidos a la jurisdicción militar los militares y los equiparados que incurran en un delito militar. Quedan igualmente sometidos a la misma jurisdicción, las personas extrañas al Ejército y la Marina que intervinieran, como coautores o como cómplices, de un delito militar, cometido por militares.

Según el Decreto Ley 14.157, en su artículo 76, por equiparados se entiende a los funcionarios civiles contratados por el Ministerio de Defensa o las Fuerzas Armadas los cuales ostentan grado militar, se rigen por el estatuto militar y no por el estatuto

general del funcionario público y «están sometidos a la jurisdicción militar disciplinaria mientras dure su equiparación».

La Ley 14.068 de 12 de julio de 1972 incorporó al Código Penal Militar el delito de lesa nación, acciones relativas a la insurgencia política, que pueden ser cometidas tanto por militares como por civiles y cuyo enjuiciamiento corresponde a los Tribunales Militares.

Los miembros de las Fuerzas Armadas uruguayas están sometidos a dos tipos de responsabilidad por la comisión de hechos ilícitos, con independencia de su sujeción a las normas jurídicas penales que se aplican a toda la población; la primera es la responsabilidad penal militar; la segunda, la responsabilidad disciplinaria militar.

La responsabilidad penal militar se regula en la Constitución Nacional y por el Decreto Ley núm. 10.326 de 1943, y sus sucesivas modificaciones, que incluye los denominados Códigos Militares, el Código Penal Militar (art. 1 a 65), el Código de Organización de los Tribunales Militares (art. 66 a 129) y el Código de Procedimiento Penal Militar (art. 130 a 514).

El artículo 7 del Código Penal Militar establece la complementariedad de las disposiciones de los Libros I y II del Código Penal Ordinario; de esta forma, salvo limitadas excepciones, rigen para la jurisdicción militar los principios generales del derecho penal común.

Cierto es que en ninguna de las normas citadas se definen los bienes jurídicos que debe tutelar la jurisdicción militar; resulta, quizás, aproximado, la consideración de los tribunales militares como «órganos de disciplina administrativa» (artículo 12 del Código Penal Militar). También debemos tener en cuenta la tipificación de los delitos militares en los artículos 37 a 60 del referido texto penal.

Constituyen delito militar los actos referidos en el Código Penal Militar, las leyes militares, los bandos militares en tiempo de guerra<sup>400</sup> y los Reglamentos del Ejército y la Marina, que se sancionan con una pena (art. 1 Código Penal Militar).

Sucintamente, se tipifican los siguientes delitos:

- a) Delitos contra la Seguridad del Estado: conspiración (de 10 meses de prisión a 3 años de penitenciaría; art. 44) y espionaje (de 2 a 8 años de penitenciaría; art. 54).

- b) Delitos contra la Seguridad Interna: rebelión (de 4 a 24 meses de prisión y de 24 meses de prisión a 13 años de penitenciaría; art. 43) y motín (de 14 a 9 años de prisión; art. 40).
- c) Delitos contra el deber militar: desertión (prisión de 3 a 18 meses; art. 48 a 50), insubordinación (de 8 meses a 5 años de penitenciaría; art. 39) y desobediencia (de 4 meses de prisión a 4 años de penitenciaría; art. 37).

Las penas que se pueden imponer son de tipo principal (art. 18 y 21 Código Penal Militar) y accesorio (art. 19 y 22), que se sufren con la pena principal y tienen igual duración (art. 23); las primeras son la de penitenciaría de 2 a 30 años, prisión de 3 meses a 2 años, inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos de 2 a 10 años, la pérdida del estado militar, como separación absoluta del Ejército y la Marina complementada con la posibilidad de obtener el reingreso (art. 24); las penas accesorias son, en el caso de la penitenciaría, la inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos, derechos políticos, profesiones académicas, comerciales o industriales; en el caso de la prisión, la suspensión de cargos, oficios públicos, profesiones académicas, comerciales o industriales.

La responsabilidad disciplinaria, por su parte, tiene su raíz en el artículo 2 del Código Penal Militar que establece que los delitos militares:

...atendida su gravedad, se dividen en delitos y faltas. De la configuración y de la penalidad de las faltas se ocupan los reglamentos del Ejército y de la Marina, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 20, 27, 61 y 62 de este código<sup>401</sup>.

Las faltas pueden ser cometidas únicamente por funcionarios que ostenten «estado militar», o lo que es lo mismo, militares en actividad, reincorporados o hasta cuatro años después de haber pasado a retiro así como «civiles equiparados»; la mayoría de las normas disciplinarias se aplican tanto en servicio como fuera de él (art. 51); también se sujetan a disciplina los ciudadanos movilizadas militarmente de acuerdo a los procedimientos definidos por la normativa vigente.

La disciplina es la relación entre el derecho de mandar y el deber de obedecer, base del orden constructivo, que da a la Fuer-

za Aérea la cohesión imprescindible para el cumplimiento eficaz de su misión; tiene como piedras angulares la razón del fin y la justicia del procedimiento; armoniza las voluntades con un fin común solidario, siendo por esa circunstancia la cualidad fundamental del Instituto Armado; imprime a la voluntad de todos, la voluntad del que manda; se evidencia por la subordinación grado a grado, por el respeto y la obediencia debida sin dilaciones a la orden del superior y por la voluntad tenaz y abnegada de alcanzar la finalidad ordenado (art. 7 del Reglamento de Disciplina Aérea).

Afectan a la disciplina los siguientes ilícitos: desobediencia, irrespetuosidad, insubordinación, motín, demanda colectiva, proposición, conspiración y actos preparatorios, rebelión, conspiración, proposición y actos preparatorios, disposiciones comunes a los delitos de desobediencia, irrespetuosidad, motín y sublevación (art. 37 a 45 del Código Penal Militar).

Son penas disciplinarias, para soldados y marineros, el apercibimiento, recargo del servicio mecánico y arresto; para Clases, el apercibimiento, arresto, suspensión de cargo o destino, privación de cargo o destino y privación de grado; y para oficiales, el apercibimiento, el arresto, la suspensión de cargo o destino y privación de cargo o destino (art. 20).

El apercibimiento consiste en la reprobación verbal o escrita del acto delictuoso privadamente o en público, en este caso, sin conocimiento de inferiores; el recargo de servicio mecánico es la imposición de otros trabajos suplementarios de igual naturaleza, entre 1 a 30 días; el arresto, simple o riguroso, no podrá exceder de dos meses; la suspensión del cargo es la interdicción temporal de las funciones inherentes al mismo, entra 30 y 90 días; la prohibición de grado consiste en despojar al sujeto de la jerarquía que tiene en el Ejército y la Marina; la privación del cargo o destino es la separación definitiva del mismo; las penas disciplinarias, en cualquier caso, cesan ante la obligación de combatir (art. 27 y 28).

Además y, al margen de lo expuesto, existe una responsabilidad frente a los Tribunales de honor; el artículo 20 del Decreto Ley 14.157 especifica la existencia de este tipo de jurisdicción; ya las Leyes Orgánicas del Ejército (art. 205 a 215), Armada (art. 154 a 156) y Fuerza Aérea (art. 22 a 24) incluyen disposiciones al respecto.

La regulación de los Tribunales de honor se realiza en el Reglamento General de los Tribunales de honor, aprobado por

Decreto 55/985 de 8 de febrero de 1985 y sucesivas modificaciones; su competencia es la de juzgar desde el punto de vista moral el comportamiento de los oficiales militares en situación de actividad o retiro, ya sea por cuestiones planteadas por ellos mismos, civiles o por otros militares.

Así, existen Tribunales de Honor Eventuales que dependen de la Junta de Comandantes en Jefe y juzgan los incidentes entre oficiales de distintas fuerzas, así como Tribunales de Honor integrados en cada fuerza; son órganos colegiados, con un mínimo de tres miembros, integrados por militares en actividad o retiro; hay caos que son electos por el cuerpo de oficiales, entre otros designados por el Ministerio de Defensa o por las autoridades de las fuerzas; no es necesario que sean abogados, ni se obliga a que cuente con asesoramiento letrado.

La investigación consiste fundamentalmente en analizar las declaraciones de los implicados en los hechos; los fallos favorables o no, que deben de ser previamente convalidados por el Poder Ejecutivo, se anotan en la Hoja de Servicios para su consideración en la evaluación.

Son conductas moralmente sancionables: los actos y negligencias de la conducta de los Oficiales que se presumen afecten al honor, el decoro, la moral o el prestigio del cuerpo de Oficiales o de algunos miembros en particular (art. 62 A Decreto de 1985), presentarse en público de uniforme, con mujeres conocidas como prostitutas, o hacerlo de civil en lugares públicos habitualmente concurridos por personas honestas (art. 63 P), hacer propaganda, los Oficiales en retiro, en forma que pudiera afectar a la disciplina entre los militares en actividad, unidades o reparticiones militares (art. 63 W), participar en reuniones, actos, organizaciones o cualquier actividad pública o privada dirigidas por personas u organismos de reconocida tendencia antidemocrática o antinacional (art. 63 Z).

Respecto a las penas, algunas extremadamente severas, el art. 108 explicita la de amonestación por falta leve, amonestación por falta grave, descalificación por falta gravísima y descalificación por condena de Tribunales Ordinarios; algunas pueden conllevar penas de pase a retiro obligatorio, a situación de reforma<sup>402</sup>, pérdida del estado militar y/o pase a situación de no disponible, tiempo no computable para cálculo de haberes jubilatorios, recortes de hasta un 50% en los haberes salariales o jubilatorios.

La organización estructural del sistema de Justicia militar, con una doble dependencia orgánica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, se establece en el Código de Organización de los Tribunales Militares, Decreto Ley núm. 10.326 de 1943.

Son órganos que dependen del Ministerio de Defensa Nacional, a excepción de la Suprema Corte de Justicia.

- a) La Suprema Corte de Justicia, con doble función, en cuestiones civiles ordinarias o relativas a la justicia militar.
- b) El Supremo Tribunal Militar, como órgano de segunda instancia.
- c) Los juzgados militares de primera instancia.
- d) Los juzgados militares de instrucción, con funciones de instrucción de presumarios y sumarios, con posibilidad de archivar o clausurar si los hechos no son constitutivos de delito.
- e) Los jueces sumariantes, distribuidos por partidos judiciales o repartición; se encargan de resguardar la prueba cuando el Juez de Instrucción lo solicita, para lo que reciben la correspondiente autorización de éste para la realización de las primeras investigaciones, hasta que se persone en el lugar de los hechos.
- f) Los fiscales militares.
- g) Los defensores de los acusados.

El proceso o juicio militar en Uruguay se caracteriza por ser eminentemente escrito, con especificaciones contenidas en el Decreto Ley núm. 10.326 de Códigos Militares, en sus Capítulos XXX, XXXI, XXXIV y XXXV.

En caso del sistema de recursos:

1. Recurso de reposición, de carácter no devolutivo, contra autos interlocutorios y mero interlocutorios a efecto.
2. Recurso de apelación o alzada, de índole devolutivo, ante el Tribunal superior, contra las resoluciones injustas.
3. Recurso de queja, también devolutivo, por denegación de apelación.
4. Recurso de queja directa por retardo de justicia.
5. Recurso de nulidad, contra resoluciones pronunciadas con violación u omisión de las formas sustanciales prescritas.
6. Recurso extraordinario de creación y revisión, que corresponderá contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Es competente de su conocimiento la Suprema Corte de Justicia, que en este caso se integra por dos Oficiales Superiores que designará el Presidente de la República con la venia del Senado o de la Comisión Permanente en su caso.

En relación a la condición y sistema de nombramiento del personal que integra la jurisdicción militar:

Siguiendo el mismo esquema de distribución antes referido:

- a) La Suprema Corte de Justicia, en el desempeño de funciones relativas a la justicia militar, se compone por sus cinco jueces naturales a los que se le adiciona dos *conjueces militares*, nombrados por el Presidente con la venia del Senado, por un tiempo de 4 años; el requisito para su nombramiento es el de ser oficiales generales de las Fuerzas Armadas.
- b) El Supremo Tribunal Militar se compone por cuatro Oficiales Superiores (dos del ejército, uno de la Armada y otra de la Fuerza Aérea) y un oficial superior o civil, con, al menos cuatro años de ejercicio en la abogacía (actualmente es civil) con la consideración de Coronel; el cargo de los miembros militares es de cinco años; y el del civil, seis. Se designan por el Poder Ejecutivo con venia del Senado; son reelegibles.
- c) Los Juzgados Militares de Primera Instancia tiene como titulares a tenientes coroneles o equivalente, con título de abogado, coroneles o capitanes de navío sin título de abogado; son designados por el Poder Ejecutivo por tiempo de cinco años, reelegibles.
- d) Los Juzgados Militares de Instrucción. En un número de dos, está a cargo de oficiales con grado de capitán de corbeta o mayor con título de abogado o bien teniente coronel, o equivalente, sin ese título. Su cargo es por cinco años, reelegibles.
- e) Los jueces sumariantes son oficiales de cualquier grado, designados por el Comandante de su unidad.

La acusación en la justicia militar uruguaya es ejercida por los fiscales militares, oficiales con empleo de teniente coronel o

equivalente; son nombrados por el Poder Ejecutivo por un periodo de cinco años, con posibilidad de reelección.

El cargo de Defensor del acusado/s será desempeñado por un Oficial en actividad o retiro o un abogado civil. En la actualidad hay dos defensores de oficio, ambos abogados civiles con consideración de oficial del subescalafón de justicia militar; se nombran por el Poder Ejecutivo.

No existe ninguna especialidad o referencia del ámbito militar en el orden penal común o en el contencioso administrativo o equivalente.

Recordar que la Constitución expresaba que «los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria»; la complementariedad, vía artículo 7 del Código Penal Militar, de las disposiciones de los Libros I y II del Código Penal Ordinario, con especial referencia a la aplicación para la jurisdicción militar los principios generales del derecho penal común; y la curiosa definición de los tribunales militares como «órganos de disciplina administrativa».

#### OBSERVACIONES

Parece interesante añadir que la justicia militar en Uruguay, al igual que en todos los países latinoamericanos, está en un proceso de eterna reforma, tanto en los aspectos de organización como de los textos normativos, si bien los pasos dados no han sido ágiles, por lo que en la actualidad nos encontramos en un periodo de estancamiento.

Temas en torno a la propia idiosincrasia de la jurisdicción militar, tales como la autonomía de los organismos jurisdiccionales militares del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Defensa del que en la actualidad dependen, presupuestaria y administrativamente, para considerar este orden jurisdiccional como especializado dentro del Poder Judicial, lo que redundaría en la independencia e imparcialidad de sus miembros en una pulcra separación de los Poderes del Estado; se ha considerado por ciertos sectores críticos como grave que no se exija a alguno de los jueces militares ser abogados o escribanos, como ocurre en la jurisdicción ordinaria o que sean designados por los Mandos de las Unidades Militares en la que ocurren los hechos que se investigarán; de igual modo

se ha propugnado revisar el sistema disciplinario y el de los Tribunales de Honor, su distinción de aspectos administrativos y mejor encuadramiento en lo jurisdiccional, mayor claridad de procedimientos y el establecimiento de unas garantías de revisión jurisdiccional en ambos casos; y también se han discutido otros temas como la definición del delito militar.

En el pasado no han existido en Uruguay proyectos de reformas referentes a la justicia militar; el 15 de marzo de 2011, desde la Presidencia, se remitió al Poder Legislativo un Proyecto de Ley que modificaría el Código Penal Militar, el Código de Organización de los Tribunales Penales y el del Proceso Penal Militar, en el que se incluye el traslado de los organismos de Justicia Militar a la órbita del Poder Judicial.

Sin embargo, en agosto de 2011 se produjo un hecho que, transitoriamente, iba a trastocar la reforma acometida de la jurisdicción militar; unos militares uruguayos atacaron sexualmente a un joven haitiano con gran trascendencia e indignación social, lo que hizo que la Justicia Militar actuase con celeridad y energía ante la pasividad de la Justicia Común, mejorando su consideración.

El 16 de noviembre de 2015, nuevamente, el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento un Proyecto de Ley, actualmente en tramitación, que propugna la desaparición del orden jurisdiccional castrense que quedaría encuadrada en el Poder Judicial.

Presupone la supresión del Supremo Tribunal Militar y todos sus órganos dependientes, estableciéndose que la función jurisdiccional militar estará a cargo de la Suprema Corte de Justicia, creándose dos juzgados letrados en lo penal militar que dependerían de esta y dos defensorías de oficio en lo penal militar, subordinados a la Fiscalía General de la Nación; los jueces serán designados por la Suprema Corte de Justicia y serán los encargados de instruir los sumarios y celebrar las vistas o plenarios en los casos de comisión de delitos militares.

El Proyecto de Código Penal Militar determina los delitos de naturaleza militar que solo podrán ser cometidos por militares en actividad, no procediendo la extradición en estos casos; se van a tipificar acciones que se cometerían en cualquier lugar del mundo y no se va a considerar como eximente o atenuante el obrar en virtud de obediencia a órdenes contrarias a la Constitución, a las leyes o que constituyan delito.

Van a ser delitos militares la tentativa contra la soberanía nacional, el espionaje, la rebelión, el motín, el desarrollo de actos de conspiración, así como las hostilidades contra países extranjeros, actos de provocación a países extranjeros o que afecten a la soberanía del mismo y la violación de su territorio; también lo son, la evasión del servicio, la insubordinación, la indisciplina, las omisiones en el servicio o actos de rigores innecesarios contra los subordinados.



## 62. NOTA SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN VENEZUELA

ADOLFO LUQUE REGUEIRO

*Comandante Auditor*

El artículo 261 de su vigente Constitución dispone:

La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

Según dispone el Código Orgánico de Justicia Militar (Gaceta Oficial núm. 5263 de fecha 17 de septiembre de 1998) la jurisdicción militar venezolana tiene competencia para el enjuiciamiento de los delitos militares. No obstante este ámbito competencial se ve ampliado como consecuencia de dos importantes excepciones que disponen que:

- a) Será competente también para enjuiciar los delitos comunes cometidos por militares en unidades, cuarteles, guarniciones, institutos educativos, establecimientos militares o en instalaciones de entes descentralizados de las Fuerzas Armadas, en funciones militares, en actos de servicio, en comisiones o con ocasión de ellas.
- b) Del mismo modo será competente para conocer de cualquier delito o falta cometido en establecimientos o dependencias militares por los empleados y operarios sin asimilación militar que presten sus servicios en dichos establecimientos o dependencias militares.

Destacar que en el ordenamiento jurídico venezolano no está previsto el control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias.

En esta jurisdicción militar hay que distinguir entre:

- a) Los órganos judiciales militares.
- b) Los denominados «funcionarios de justicia militar».
- c) La Fiscalía militar.
- d) Los auditores de guerra.
- e) Los defensores.

Dentro de los órganos judiciales militares, el Artículo 27 Código Orgánico de Justicia Militar dispone que son Tribunales Militares:

1. La Corte Suprema de Justicia.
2. La Corte Marcial.
3. Los Consejos de Guerra Permanentes.
4. Los Consejos de Guerra accidentales.
5. Los jueces militares de Primera Instancia Permanentes.
6. Los jueces accidentales de instrucción.

Pese a que el referido Código Orgánico de Justicia Militar permanece en vigor esta organización judicial ha sido modificada mediante la Resolución 2004-2009 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial núm. 38.021 de 18 de agosto de 2004) que ha creado el denominado «Circuito Judicial Penal Militar», especificándose en su Artículo 1 que estará bajo la dirección del Magistrado Presidente de la Corte Marcial de la República Bolivariana de Venezuela, y que dependerá funcionalmente de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, y administrativamente del Ministerio de la Defensa.

El artículo 20 de la referida Resolución 2004-2009 dispone que la Organización Jurisdiccional del Circuito Judicial Penal Militar estará estructurada de la siguiente manera:

- a) La Corte Marcial que ejercerá funciones de Corte de Apelaciones y Tribunal Constitucional.
- b) Diecisiete (17) Tribunales Militares de Control.
- c) Cinco (05) Tribunales Militares de Juicio.
- d) Cinco (05) Tribunales Militares de Ejecución de Sentencia.

Recientemente, mediante Resolución 2014-0020 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial núm. 40.604, de 19 de febrero de 2105), se ha ampliado el número de órganos jurisdiccionales, creando cinco (5) nuevos tribunales militares de Control, dos nuevos (2) tribunales militares de juicio y otros dos (2) tribunales militares de ejecución de Sentencia, quedando actualmente por tanto integrada del siguiente modo:

- a) Una (1) Corte Marcial que ejercerá funciones de Corte de Apelaciones y Tribunal Constitucional.
- b) Veintidós (22) Tribunales Militares de Control.
- c) Siete (07) Tribunales Militares de Juicio.
- d) Siete (07) Tribunales Militares de Ejecución de Sentencia.

Según el artículo 8 de la Resolución núm. 017082 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa de la República Bolivariana de Venezuela, por la que se acuerda el Reglamento Interno del Circuito Judicial Penal Militar, los jueces militares que integran el Circuito Judicial Penal Militar, serán nombrados y juramentados por el Tribunal Supremo de Justicia.

En relación a su nombramiento el Artículo 9 de la citada Resolución núm. 017082 establece que el Ministro del Poder Popular para la Defensa presentará al Tribunal Supremo de Justicia, al iniciarse cada periodo presidencial, la lista de oficiales abogados. De esta lista el Tribunal Supremo seleccionará a los magistrados, jueces principales y suplentes. De los magistrados principales el más antiguo será el Presidente de la Corte Marcial.

Y por su parte el artículo 10 clarifica que los cargos de magistrado de la Corte Marcial, Juez de Primera Instancia, secretario judicial y alguacil, serán ejercidos por personal militar profesional en servicio activo.

Además, y junto a la Fiscalía Militar y los auditores (de los que hablaremos más adelante) no debe dejar de mencionarse la existencia de los denominados funcionarios de justicia militar, que tienen verdaderas competencias en relación a la instrucción de los procesos militares. Estos funcionarios son los siguientes:

1. El Presidente de la República.
2. El Ministro de la Defensa.
3. El Comandante en Jefe del Ejército o de la Armada en campaña.

4. Los comandantes de las jurisdicciones militares o navales establecidas por la Ley.
5. Los demás funcionarios señalados en el Código Orgánico de Justicia Militar y las leyes militares.

Así por ejemplo, el Presidente de la República según dispone el artículo 54 del Código Orgánico de Justicia Militar, tiene competencia para:

- Ordenar, por medio del Ministro de la Defensa el enjuiciamiento de los oficiales generales y de los oficiales almirantes.
- Ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación.
- Ordenar el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa.
- Conceder indultos.
- Conmutar las penas establecidas por sentencia ejecutoriada por otra menor de las que este Código señala.

Fiscalía militar. El artículo 70 del Código Orgánico de Justicia Militar establece que en la jurisdicción penal militar el Ministerio Público será ejercido por el Fiscal General Militar y demás fiscales militares, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal y en el Reglamento del Ministerio Público Militar. Permanecerán en el ejercicio de sus funciones por todo el período constitucional.

Los Fiscales Militares y sus respectivos suplentes serán nombrados por el Presidente de la República, durarán un año en sus funciones, pudiendo ser reelegidos y deberán ser oficiales en servicio activo (artículo 71 del Código Orgánico de Justicia Militar).

Destacar que los fiscales militares no tienen que tener estudios de Derecho, y así el artículo 77 del Código Orgánico de Justicia Militar dispone que cuando el fiscal no sea abogado, podrá pedir al Tribunal que solicite ante la autoridad militar inmediata, el nombramiento de un asesor.

Audidores de guerra permanentes. El artículo 81 del Código Orgánico de Justicia Militar señala que el Servicio de la Auditoría de las Fuerzas Armadas consta de un Auditor General, de un Audi-

tor auxiliar y de un Auditor en cada uno de los Consejos de Guerra Permanentes y de los Juzgados de Primera Instancia permanentes, cuando el Relator de aquéllos o el Juez de éstos no sea abogado, y de los demás Auditores requeridos por las leyes y reglamentos militares.

El Auditor General y los demás auditores, serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, deberán ser abogados venezolanos por nacimiento y tendrán la asimilación que les señalen las leyes militares (artículo 82 del Código Orgánico de Justicia Militar).

Según el Artículo 86 del Código Orgánico de Justicia Militar corresponde a los Auditores de los Consejos de Guerra permanentes:

- a) Vigilar la tramitación de los juicios y asesorar al Tribunal en todo lo que a ellos se refiera.
- b) Revisar todos los sumarios antes de que el juez respectivo los declare terminados, señalando los vicios o defectos sustanciales que observaren para que sean debidamente subsanados, con indicación de lo que al efecto debiere hacerse. Esta revisión corresponderá al Relator cuando por ser éste abogado no hubiere Auditor en el Consejo de Guerra.
- c) Emitir dictamen escrito para sentencia.
- d) Cumplir las demás obligaciones que les impongan este Código y las leyes y reglamentos militares.

Los defensores. Según estipula el Código Orgánico de Justicia Militar en su artículo 104 para ser defensor en un juicio militar se requiere, ser militar en servicio activo o retirado, abogado en ejercicio y no estar enemistado con el reo.

El artículo 106 del Código Orgánico de Justicia Militar dispone que el nombramiento de defensor es de la libre elección del reo, pero si éste no hiciere el nombramiento de defensor o los que hubiere nombrado hasta dos, no aceptaren el cargo, lo hará de oficio el Tribunal. Y el artículo 107 establece que la defensa es acto del servicio para los militares y obligatorio, en consecuencia.

La acusación es ejercida por la Fiscalía militar, que como ha quedado expuesto en todo caso tienen la condición de militar.

Además existe una acusación popular «limitada», y así el artículo 177 del Código Orgánico de Justicia Militar prevé que todo venezolano puede constituirse acusador contra cualquiera per-

sona por los delitos de traición a la Patria o espionaje; así como también por delitos comunes cometidos por militares, sometidos a la jurisdicción militar, si las leyes penales ordinarias lo permiten, en estos últimos casos.

Por su parte la defensa es ejercida por militares (en servicio activo o retiro) que a su vez sean abogados en ejercicio.

Como quedó indicado al principio la jurisdicción militar venezolana no tiene competencias en el ámbito contencioso disciplinario. Solo existe la posibilidad del recurso en vía disciplinaria (reclamos). Sobre este régimen de recursos el Reglamento de Castigos Disciplinarios en los artículos dispone entre otras cuestiones lo siguiente:

- El derecho de reclamo en materia de castigos se concede a los militares para que tengan un recurso legal contra las medidas disciplinarias que crean sinceramente inmerecidas o irregulares (artículo 182).
- El inferior que se crea con derecho a formular un reclamo, no podrá ejercitarlo sino después de cumplido el correspondiente castigo (artículo 184).
- El reclamo no podrá interponerse inmediatamente después de cumplido el castigo, sino veinticuatro (24) horas después como mínimo. Durante este tiempo, el que se considere agraviado debe meditar y aún consultar a sus superiores y compañeros. Tampoco podrá ejercitarse el derecho de reclamo después de pasados ocho (8) días de cumplido el castigo (artículo 188).
- Todo reclamo debe ser individual, y para hacerlo, hay que solicitar por conducto regular la respectiva audiencia del superior inmediato del que haya impuesto el castigo (artículo 185).
- El derecho de reclamo puede ser elevado hasta el Ministro de Guerra y Marina y el Presidente de la República, siempre por conducto regular (artículo 186).
- La resolución de los reclamos debe hacerse en términos concisos y claros, de modo que no se presente a diferentes interpretaciones. Dicha resolución debe notificarse lo más pronto posible a cada uno de los interesados (artículo 192).
- Los fallos pronunciados en los reclamos de oficiales y tropa, serán escritos en los respectivos libros de castigos (artículo 193).

En cuanto al ámbito penal militar este difiere completamente del penal «común», de este modo:

- Presenta una organización jurisdiccional diferente, en la que además de las particularidades que han quedado apuntadas, debe destacarse que la jurisdicción militar no se encuentra representada en el Tribunal Supremo. Así el Artículo 262 de la Constitución establece que el Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica.
- Disponen de unas leyes procesales y penales específicas contenidas básicamente en el Código Orgánico de Justicia Militar. No obstante el artículo 550 de la «procesal penal común» prevé la aplicación supletoria de la ley procesal penal disponiendo que en las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, desde su entrada en vigencia, serán supletorias del Código Orgánico de Justicia Militar, en los casos no previstos por él y en cuanto sean aplicables.

#### OBSERVACIONES

Después de revisar exhaustivamente las webs oficiales del Poder Judicial <http://www.tsj.gob.ve/> y de la Jurisdicción Militar venezolana <http://www.cjpm.mil.ve/> no he conseguido llegar a entender la organización y la competencia de cada uno de los órganos judiciales militares venezolanos, pues además de no coincidir en muchos casos la terminología empleada en las citadas webs, no resulta comprensible que existan 22 Tribunales de Control, que se supone que son órganos jurisdiccionales superiores respecto a los 7 de tribunales de «Juicio» y 7 tribunales de «Ejecución».

También resulta difícil de comprender que la organización judicial militar establecida en su Ley Orgánica haya sido modificada completamente por una Resolución de la denominada «Sala Plena» del Tribunal Supremo, que como se indicó creó el denominado «Circuito Judicial Penal Militar».



## ESTUDIOS HISTÓRICOS



## 63. LA JURISDICCIÓN MILITAR DE LOS BORBONES

JOSÉ LUIS HERRERO GARCÍA

*Teniente Coronel Auditor*

El acceso al trono del rey Felipe V, tras la muerte sin descendencia de Carlos II, último rey de la dinastía de los Habsburgo que iba a regir en España, no supuso la desaparición del antiguo Consejo Supremo de Guerra y de sus atribuciones consultivas y jurisdiccionales en materia castrense, si bien éste órgano, que en los textos aparece nominado como Consejo de Guerra (introduciendo con ello la innegable confusión con los Consejos de Guerra de carácter exclusivamente jurisdiccional a los que luego nos habremos de referir), sufre variaciones en su composición o planta, a través primero del Real Decreto de 23 de abril de 1714 y sucesivamente, después, por los Reales Decretos de 23 de agosto 1715 y de 20 de enero de 1717. Consejo que sufrió nuevas alteraciones en sus cometidos y su composición por los Decretos de 16 de febrero y de 7 de mayo de 1724 en el breve lapso temporal que supuso el reinado de Luis I.

El primer monarca de la dinastía borbónica española, desde el inicio de su reinado, comenzó a transformar y modernizar sus ejércitos, tomando como inicial referencia al ejército francés, lo que le permitiría afrontar la guerra de sucesión española, que se prolongó desde 1701 hasta la firma del Tratado de Utrecht de 1713, y en la que tuvo que enfrentarse a las potencias que conformaron la Gran Alianza. Transformación que fue acompañada de una pléyade de disposiciones normativas de distinto rango y virtualidad y sobre diversos aspectos de la milicia, conformando ordenaciones de carácter general, frente al sistema de ordenanzas particulares hasta aquel momento existentes.

Tal ordenación general tuvo su primer exponente en la Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, que llaman «de Flandes»,

publicada en Bruselas, en las que se concedía a los regimientos los Consejos de Guerra, y trata de «la subordinación y disciplina de las tropas, su Fuero, desertores, revistas, castigo para plazas supuestas, asientos de los soldados, duelos, desafíos y casamientos de oficiales y soldados», tomando como modelo las ordenanzas francesas de Luis XIV del año 1667. Ordenanza, a partir de la cual se contemplan dos sistemas jurisdiccionales castrenses:

Uno de carácter ordinario y con hondas raíces históricas, que lo conformaban dos órganos diferentes: Por una parte, los Juzgados de Guerra, constituidos por el capitán general de la provincia (provincias con Audiencia) que era quien ejercía jurisdicción, acompañado de su auditor, que, en principio, conocían en primera instancia de todas las causas criminales y civiles seguidas contra personas aforadas sin fuero especial. Y, por otra parte, los superintendentes de la justicia militar (auditor general del ejército), a quienes se les encargaba el conocimiento por crimen militar como civil, en acción puramente personal, seguidos contra oficiales.

Y un nuevo sistema jurisdiccional, con clara raigambre gala, los Consejos de Guerra. Órganos que surgen, según la propia Ordenanza expone, con la intención de contener a las tropas en una exacta obediencia y disciplina, algo que se consigue con una pronta justicia ejercida por sus propios mandos para que puedan responder de ello. Consejos de Guerra que habrían de constituirse en «todos los tercios y regimientos de nuestras tropas, así de infantería y caballería, como de dragones y de cualesquiera Nación Española, Italiana, Walona y otras que pudiere ser, para juzgar los crímenes y delitos militares ...».

Los Consejos de Guerra tenían encomendada la labor de conocer y decidir sobre los crímenes o delitos militares cometidos por «los soldados de infantería, caballería y dragones, los sargentos de infantería, brigadieres de caballería y dragones».

Arrestado o puesto en prisión el soldado o suboficial por tal crimen o delito, el suboficial mayor o ayudante del regimiento o tercio (cargo que ejercía un capitán que tenía encomendada la función de jefe administrativo e instructor, alcanzando a partir del año 1763 la consideración de tercer jefe de regimiento) era el encargado de dar aviso al maestro de campo, Coronel o Comandante de Regimiento, presentar el «Memorial» sobre el arresto o prisión a la más alta autoridad militar del lugar dónde

se encontrare el regimiento o tercio (gobernador o comandante de la plaza de guerra; general del ejército o que manda el campo donde esté el regimiento si está en campaña; general por la caballería y dragones, el maestre de campo general por la Infantería, si se encontrare allí o, en último caso, al coronel o comandante del regimiento o tercio) pidiéndole permiso «para hacer información contra él, hacerle interrogar, y ponerle en el Consejo de Guerra» y, por último, efectuar la instrucción de la causa y ejercer la acusación.

Terminada la instrucción el suboficial mayor o ayudante del regimiento o tercio tenía que dar cuenta al coronel o comandante del regimiento o tercio y pedir al gobernador o comandante de la Plaza o, en campaña, al general del ejército o quien mande el campo, la convocatoria del Consejo de Guerra que se había de celebrar en la casa y bajo la presidencia del general de caballería si el reo fuere de «caballo o dragón» o del maestro de campo si lo fuere de infantería (salvo que no estuviere o se conviniere que ésta correspondiera al comandante del regimiento o tercio), con la presencia del coronel y teniente coronel del Regimiento y de todos los capitanes del regimiento en que se encontrare destinado el criminal. En caso de que el número de capitanes fuese insuficiente (para condenar a muerte la Ordenanza señalaba que el «número para juzgar a muerte habrá de ser a lo menos de siete») se había de llamar a los tenientes y subtenientes y, si aun así no fueren suficientes, el Gobernador de la Plaza debía solicitarlos de la plaza más cercana.

El juicio se celebraba sin que el reo estuviere presente, siendo exclusivamente trasladado a presencia del Consejo para ser interrogado, estableciéndose un pormenorizado y formalizado sistema de votación de los fallos.

El suboficial mayor o ayudante del Regimiento, se encargaba por último de redactar el fallo, según el formalismo recogido en la Ordenanza, y de ir, acompañado del Escribano, a la prisión a comunicar lo sentenciado al reo, así como de dar cuenta al General de lo que el Consejo de Guerra hubiera ordenado.

Recogiendo, a partir de la Ordenanza 39, toda una prolija serie de obligaciones a cumplir y los castigos que su incumplimiento conllevaba.

Posteriormente hubieron de ser aprobadas diversas disposiciones interpretativas y aclaratorias respecto a los Consejos de

Guerra, destacando las Reales Adiciones de 5 de octubre de 1707 relativa a los Consejos de Guerra contra desertores, la de 14 de junio de 1716, 15 de febrero de 1718 y, por último, la 11 de octubre de 1723, de interés por cuanto se refiere al nombramiento de defensor al reo en el interrogatorio que venía obligado a realizar el suboficial mayor o ayudante del regimiento durante la instrucción.

El cuerpo de artillería mantuvo su fuero especial, según disponía el Real Decreto de 3 de mayo de 1705 y la Real Ordenanza de 2 de mayo de 1710, otorgándose también fuero especial por Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718 al cuerpo de ingenieros militares, de creación en aquella época. Previéndose en tales ordenaciones la figura de los Consejos de Guerra.

No obstante, se hacía responsables a los intendentes del ejemplar castigo por los actos contra la hacienda real, sin que «pueda, ni deba poner el menor estorbo, ni embarazo tribunal, ni ministro alguno, con ningún pretexto de jurisdicción», estipulaba el art. 9 de la Ordenanza, de 4 de julio de 1718, para el establecimiento e instrucción de Intendentes y para tesorero general, pagadores y contadores de los ejércitos y provincias.

En el Título X del Libro II de la Ordenanza 12 de julio de 1728 se recogía todo lo concerniente a los Consejos de Guerra, reproduciendo lo que habían dispuesto las anteriores ordenanzas de 1701, pero introduciendo los siguientes aspectos de interés:

La posibilidad de que, además de Consejos de Guerra propios de Regimiento o Tercio, se puedan convocar los denominados Consejos de Guerra de Guarnición, que la Ordenanza justifica:

Habiéndole reconocido que no es conveniente a la quietud de las Plazas y su más reservada pronta justicia que los soldados que en ellas cometieren algún delito sean juzgados por el Consejo particular de su Regimiento donde el interés de la vida del criminal puede supeditar la razón su mandamos, que de aquí adelante y en los casos que el Gobernador juzgare convenir, haga juntar Consejo de Guerra, compuesto de trece o quince capitanes (más o menos, siempre número impar) de todos los Regimientos que hubiere en la Guarnición de modo, que nunca baje de siete los jueces que hubieren de votar.

Si se reconociere en el reo «falta de explicación o turbación que le impidiere deducir su defensa» se confería al propio Con-

sejo y en la misma celebración de éste la facultad de nombrar para su defensa a un oficial del regimiento que no lo fuese de la misma Compañía. Figura de defensor o procurador del reo que sería objeto de regulación por Orden de 5 de diciembre de 1728.

La posible suspensión de la sentencia por parte del capitán general o del comandante general cuando hallare injusta la sentencia, pero sin posibilidad de indultar o conmutar la pena, dedicándose a ello posteriormente la Orden de 29 de octubre de 1754.

Y, por último, la posible celebración de los Consejos de Guerra cuando el reo estuviere en paradero desconocido tras ser citado para comparecer por edictos y pregones públicos.

Doble sistema jurisdiccional castrense que recogerá también, con mayor claridad el Tratado V de las «Ordenanzas de S.M. para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval» adoptadas el 13 de octubre de 1748 por el rey Fernando VI y que fueron redactadas por encargo del Marques de la Ensenada por el entonces capitán de navío D. Juan de Aguirre y Oquendo, primer Mayor General de la Armada.

Así, en el Título II del Tratado V se reglamentaba que todos los individuos al servicio de la Armada, de cualquier cuerpo, clase, empleo, de guerra, ministerio o mar, los empleados en las diferentes ocupaciones necesarias a la construcción, aparejo y manejo de los bajeles, la gente de mar y obreros de todos los géneros matriculados en la «extensión de mis dominios para servicio de ellos» gozaban de fuero especial, sustanciándose todas las causas civiles y criminales, con algunas excepciones (recogidas estas en los arts. 2 a 5), ante sus jefes de guerra o ministros, señalando expresamente en el art. 23, para evitar dudas, quiénes pertenecen a la jurisdicción militar. Jurisdicción militar que se ejercía por el capitán general, teniente general, jefe de la escuadra, capitán de navío o fragata u otro oficial de guerra de marina que por su grado estuviere mandando todo el Cuerpo de la Armada o parte de él en mar o en tierra (art. 20) y que se había de sustanciar por ellos o por sus subdelegados, con el parecer de los auditores de Guerra de Marina o, cuando no los hubiere, de otros asesores de letras (art. 25 del Título II, art. 3 del Título III y art. 1 del Título V) quedando a las partes que se sintieren agraviadas de sus sentencias recurso ante el Supremo Consejo de Guerra. Esto último matizado respecto a las sentencias referidas a los Oficiales, en las que tal recurso sólo se contemplaba respecto a las sentencias por

cuestiones civiles, en tanto que las sentencias penales quedaban suspendidas, pasando éstas, junto con el proceso y el parecer del auditor, al monarca quien tenía respecto a tales la última palabra (art. 2 del Título V).

Ordenanza en la que se reservaba el conocimiento de los concretos delitos reseñados en ellas a los consejos de guerra:

Las Juntas o Consejos de Guerra en los Departamentos o en las Escuadras previstos en el Título III del Tratado V de la Ordenanza por los delitos militares o comunes exclusivamente previstos en el Título IV de dicho Tratado que hubieren sido cometidos por los Sargentos, Tambores, Cabos y Soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados, Artilleros, Marineros y Grumetes al servicio en los navíos de la Armada. El proceso y la sentencia pasaban al Comandante General que era el encargado de expedir el Decreto de ejecución, pero, para ello, se exigía el preceptivo informe del Auditor, quien podía establecer reparo al procedimiento o la sentencia si ésta la considerase absolutamente injusta. En este último supuesto, el Comandante General estaba obligado a remitir los autos y el parecer del Auditor al Consejo Supremo de Guerra a los efectos de que éste dictaminase.

Y los consejos de guerra contra oficiales (Título V) para el conocimiento de los crímenes militares y las faltas en que los Oficiales incurrieren contra el servicio:

en atención a que para no faltar a la Justicia en causas de esta naturaleza, que tanto pueden variar por las circunstancias, es indispensable fiar su examen a sujetos de la misma profesión que con conocimiento puedan hacerse cargo de todas las que merecen tomarse en consideración, para que no se yerre en juicio.

Tales consejos, con carácter general, eran presididos por el Comandante General del Departamento o el Oficial General que lo sustituyere y compuesto de oficiales (generales, capitanes de navío o de fragata), no siendo menos de siete ni más de trece. Encargándose de las funciones instructoras y de acusación el mayor general, ayudante u oficial de órdenes (cargos que regulaba el Título III del tratado I). Permitiendo la constitución de consejos de guerra en escuadras mandadas por oficial general si hubiese capitanes suficientes para conformarlos (art. 25 del Título V del Tratado V).

Es esta última Ordenanza la que influye decisivamente, en esta materia, en la Ordenanza que más predicamento castrense han

tenido en nuestra historia, las Ordenanzas de S.M. el Rey Carlos III para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos, que fueron promulgadas el 22 de octubre de 1768, en San Lorenzo la Real, tras una larga elaboración que conoció la constitución de dos juntas, la última de las cuales fue presidida por el Conde de Aranda don Pedro Pablo Abarca de Bolea.

La materia de Justicia está acogida en el Título VIII, que comienza con un Título I en el que se establecía a quiénes se aplica el fuero militar, abarcando éste, en principio, a los militares en activo y a los retirados con despacho del Rey para gozarlo, pero extendiéndose también a sus mujeres e hijos y, cuando estos murieren, a sus viudas e hijas y a los huérfanos varones hasta los siete años.

En el Título II se recogían los «Casos y delitos en que no vale el fuero militar», en el Título III los «Casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella» y en el Título X los «Crímenes militares y comunes y penas que a ellos corresponden».

Para que las tropas (Sargento, Cabo, Cadete o Soldado) se contengan en aquella exacta obediencia y disciplina militar que conviniere al decoro y estimación de su destino para todos los crímenes no exceptuados en que no vale el fuero militar se mantienen los Consejos de Guerra ordinarios, regulados en el Título V, con las características que se han venido acopiando de las ordenaciones anteriores (la figura de instructor y fiscal ejercido por la misma persona, plazos de instrucción muy breves, posibilidad de careo del reo con los testigos durante la instrucción, la existencia de un oficial defensor, etc.) previéndose la posibilidad de constituir Consejo de Guerra por delito no previsto y penado en la ordenanza, imponiéndose la pena contemplada en las leyes generales pero, precisándose para su ejecución pasar el proceso al capitán general que, con el dictamen del auditor, lo había de remitir al Supremo Consejo de Guerra.

Respecto a los oficiales de todas clases (a excepción de los Cuerpos privilegiados con jueces particulares), subsiste la competencia de los capitanes generales de las provincias, con el parecer del auditor o asesor de guerra para conocer de los delitos comunes que no tengan conexión con el servicio. Competencia jurisdiccional que también asumen respecto a los oficiales con empleo inferior a teniente coronel los gobernadores o comandantes de las

plazas o distritos con persona legal que les sirva de asesor (Título IV). Pero, se mantiene, a su vez, la conformación de los Consejos o Juntas de guerra de oficiales generales para el enjuiciamiento de los crímenes militares y faltas graves en que incurrieren tales oficiales contra el servicio, con asistencia obligada del auditor de guerra como asesor del consejo para «iluminar» al presidente o a cualquiera de los jueces (Título VI) recogién dose en el Título VII cuáles son los delitos cuyo conocimiento concreto compete a los consejos de guerra de oficiales generales.

El Título VIII estaba dedicado al auditor general de un ejército en campaña y de los de provincias y , por último, el Título IX regulaba las formalidades que se habían de observarse en la aplicación de la pena de degradación de un Oficial delincuente.

Al año siguiente, en 1769 se dita una Real Orden por la que las Ordenanzas del ejército se deben observar en la Armada «en lo que sea compatible con las suyas», aprobándose, en época del rey Carlos IV, en 1793, «las Ordenanzas Generales de la Marina Naval sobre la gobernación militar y marinera de la Armada en general y uso de sus fuerzas en la mar», redactadas por el General Jefe de la Escuadra José de Mazarredo, auxiliado por el Conde de San Cristóbal, Asesor General de Marina José de Arias Paternina, su ayudante el capitán de fragata Antonio Escaño y el oficial de contaduría Antonio Ruiz. Y, en 1802, estas Ordenanzas Generales de Marina son revisadas y actualizadas por la «Real Ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S. M.» (obra de Domingo de Grandallana, Secretario de Estado y de Despacho General de Marina, y una Junta de Generales entre los que se contó con Lángara, Aristizábal, Gravina y Gil) y que dedica su Título XXXII a los Juicios criminales de guerra, el Título XXXIII a las penas extensivas a oficiales de guerra, el Título XXXIV a las penas por delitos comunes a tropa y marinería embarcada, el Título XXXV a las penas a la tropa por delitos que le son particulares y, por último, el Título XXXVI a las penas a la marinería por delitos que le son especiales.

La Guerra de la Independencia y los vaivenes absolutistas y liberales sufridos durante el reinado de Fernando VII, las Regencia de María Cristina y Espartero y el reinado de Isabel II, tuvieron una doble repercusión en la justicia militar. De un parte, el mantenimiento de un alto órgano con jurisdicción militar y, de otro, la paulatina circunscripción de la justicia militar a los delitos que se consideraron estrictamente castrenses.

Con relación al mantenimiento del alto órgano jurisdiccional militar, indudablemente hay que referirse a la subsistencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina y, en concreto, a su Sala de Justicia, si bien dicho Consejo fue variando de denominación en algunas ocasiones y desdoblándose en dos Consejos en otras, pero siempre acumulando competencias atinentes a la justicia penal militar, relativas éstas a las consultas, las revisiones, las apelaciones, los recursos de nulidad, la determinación competencial y el indulto o indemnidad.

Durante los primeros tiempos de la Guerra de la Independencia, el Consejo actuó de forma interina, sin embargo en el Decreto de 10 de octubre de 1811 de José I, relativo «a las causas y personas que deben estar sujetas a la jurisdicción militar y dar uniformidad a los tribunales», no aparece mención alguna a dicho Consejo.

Por Decreto de 1 de junio de 1812 se estableció el Tribunal Especial de Guerra y Marina para que conociese de todas las causas y negocios contenciosos de fuero militar que hasta aquí había conocido el extinguido Consejo reunido de Guerra y Marina, acordándose, al poco tiempo la creación separada de un Tribunal o Consejo de Marina, con la denominación de Almirantazgo, a través del Real Decreto de 25 de julio de 1814, fijándose la composición de las correspondientes Salas de Gobierno y Justicia del Consejo Supremo de Guerra y del Consejo de Marina o Almirantazgo, por sendos Reales Decretos de 18 de agosto de 2014.

Entre 1834 (Real Decreto núm. 3 de 24 de marzo de 1834) y 1869 fue denominado como el «Tribunal Supremo de Guerra y Marina», concretándose sus atribuciones por Decreto publicado el 5 de agosto de 1835 y cambiando su estructura en diversas ocasiones. Por Decreto de 16 de abril de 1869, se estableció el Consejo Supremo de Guerra, fijándose también su organización y atribuciones, que fueron revisadas por Decreto de 24 de julio de 1875. Años en los que paralelamente existió un Consejo Supremo de la Armada. Consejos que se refunden en el Consejo Supremo de Guerra y Marina por Real Decreto de 13 de febrero de 1878.

Respecto a la contención del ámbito competencial de la justicia penal militar a los delitos propiamente castrenses, tal paulatina restricción vino de la mano de la unificación de fueros recogida en el art. 248 de la Constitución de Cádiz de 1812 —reiterada ésta en los respectivos arts. 4 de las Constituciones de 1837 y 1845 y

en el párrafo 4.º del art 91 de la Constitución de 1869—, si bien manteniendo el art. 250 de la Constitución de 1812 «que los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere».

Unificación de fueros y reducción de la justicia militar al conocimiento de los delitos estrictamente militares que tuvo sus primeros reflejos en la regulación contenida en el Capítulo VII de la Ley Constitutiva del Ejército (Decreto núm. 39 de 9 de junio de 1821), en el Título II de la Ley Orgánica de la Armada (Decreto núm. 41 de 27 de diciembre de 1821) y en el Capítulo VI del Decreto orgánico de la Milicia Nacional Activa de 18 de noviembre de 1821.

Proceso que finalizó su singladura, en esta etapa histórica, con la regulación contenida en el Título II del Decreto, conocido como de Unificación de Fueros, del Ministerio de Gracia y Justicia, de 6 de diciembre de 1868, aplicable a la Armada por Decreto del Ministro de Marina de 30 de enero de 1869 y extendido a las provincias de ultramar, por Decreto del Ministerio de Ultramar de 1 de febrero de 1869. Teniendo en cuenta para ello, lo que señalaban algunos párrafos de sus exposiciones de motivos:

...pero el ejemplo de las demás naciones y la experiencia que demuestra los inconvenientes que traería consigo tan inmoderada extensión cuando se trata de materia criminal, de delitos cometidos por aquellos que tienen las armas en la mano, y por cuya razón es menester, o castigar más severamente o con la mayor urgencia, para que venga la reparación justa que contenga a todos en el límite de sus deberes, hacen necesaria una excepción con respecto a los militares y marinos en activo servicio, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tienen mayor gravedad (...) Por motivos análogos deben exceptuarse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria los delitos de seducción de tropa, espionaje, desertión y todos los demás exclusivamente militares que, consistiendo en actos que no pueden apreciarse sin un cabal conocimiento de la organización y disciplina castrenses, requieren también trámites sumarísimos y castigos diferentes de los establecidos por la legislación común...

Unidad de fuero general del Ejército que conllevó a su vez la desaparición de fueros internos especiales, como el tenían los cuerpos de artillería e ingenieros militares a través de Decreto del Ministro de la Guerra de 16 de abril de 1869.

## 64. LA CODIFICACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA JUSTICIA MILITAR

CARLOS VALDÉS DÍAZ

*Coronel Auditor*

El denominado proceso codificador, desarrollado a lo largo de todo el siglo XIX, tiene su origen en la noción de unidad de fuero consagrada, como principio, en la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, que en su artículo 248 estipulaba que: «En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un sólo fuero para toda clase de persona»; si bien, por lo que respecta a los militares, el artículo 250 del propio Texto Constitucional disponía que: «Los militares gozarán de fuero particular en los términos que previene la Ordenanza o en adelante previniere».

Dicho principio de unidad de fuero se plasmó, por otra parte, en la Ley Constitutiva del Ejército de 17 de abril de 1821 cuyo artículo 120 abolió el fuero militar en todas aquellas causas criminales «que se formen para la averiguación y castigo de los delitos comunes», reduciendo el fuero castrense a las «causas criminales que versen sobre delito militares», que solo pueden ser cometidos por militares en actos de «servicio de armas, en campaña o en marcha por asuntos del servicio» (art. 122). Análogos preceptos fueron recogidos por la Ley Orgánica de la Armada de 27 de diciembre de 1821.

Las posteriores Constituciones de 1837 y de 1869 (con exclusión de la de 1845, por la sola razón de no considerar esta materia propia de ser incluida en un texto constitucional) también recogieron este principio de unidad de fuero.

Concretamente, la Constitución revolucionaria de 1869, en su artículo 91, establecía que: «A los tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales», añadiendo que: En ellos no se establecerán más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». El precepto transcrito venía precedido por

el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868 que suprimió fueros especiales, como los de Hacienda y de Comercio, y redujo considerablemente los fueros de la Iglesia y el de Guerra y Marina.

Así en el Preámbulo del mencionado Decreto-Ley de Unificación de Fueros, y por lo que respecta a la jurisdicción militar, se dice:

Que entre los negocios de los que hoy conoce esta jurisdicción, hay algunos que por su naturaleza son propios de la jurisdicción ordinaria, y si los militares y marinos gozan en ellos de fuero, es sólo por privilegio y consideración a sus personas,

consignándose más adelante que:

Por esto, todos los aforados de Guerra y Marina, excepto aquellos que estén en servicio activo, quedarán sujetos en los negocios comunes, civiles y criminales, a la Jurisdicción ordinaria; y la militar sólo será competente para conocer de los delitos meramente militares, y de los comunes y faltas que se expresan cuando sean cometidos por individuos del Ejército y de la Marina que se hallen en servicio activo.

En definitiva, con la unificación de fueros operada por el meritado Decreto-Ley de 1868 se amplía el ámbito competencial de la jurisdicción ordinaria y, como contrapartida, se restringe el de la jurisdicción militar, en los términos señalados en el Preámbulo.

Durante los efímeros periodos del reinado de D. Amadeo de Saboya y de la Primera República no se producen modificaciones legislativas reseñables en la materia que nos ocupa.

Sin embargo, con la Restauración borbónica hemos de anotar un doble fenómeno de distinto signo: por un lado, una vuelta atrás —respecto de la situación creada por el Decreto de Unificación de Fueros— al ampliarse nuevamente y de forma notoria el ámbito de la Jurisdicción militar por medio del Real Decreto de 19 de julio de 1875 que atribuyó a los Consejos de Guerra el conocimiento de todas las causas penales seguidas a militares aunque los delitos fueran de naturaleza común; por otro, un decisivo impulso del proceso de codificación penal y procesal militar cuyos principales hitos se concretarán en el Código Penal del Ejército, aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884, en el Código Penal de la Marina de Guerra, aprobado por Real Decreto de 19 de agosto de 1888, y en el Código de Justicia

Militar, aprobado por Real Decreto de 27 de noviembre de 1890, a los que nos referiremos seguidamente, pero no sin antes dejar constancia de que el punto de partida de ese impulso codificador, en definitiva, de la obra codificadora, lo fue la Ley de Bases de 15 de junio de 1882, que promulgada por el Rey Don Alfonso XII, autorizó al Gobierno para que, con sujeción a las bases contenidas en ella, y oyendo a la Comisión de Codificación militar, procediese a redactar y publicar, tanto las normas sustantivas, cristalizadas en los Códigos Penales para el Ejército y la Armada antes citados —en concreto, el Código Penal del Ejército, aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884, y el Código Penal de la Marina de Guerra, aprobado por Real Decreto de 19 de agosto de 1888—, como las de carácter orgánico y procesal, que las complementaron, plasmadas, por lo que respecta al Ejército, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra, de 10 de marzo de 1884, así como en la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de septiembre de 1886, y por lo que respecta a la Marina de Guerra, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de diciembre de 1894, así como la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, de igual fecha.

La peripecia sucesiva del movimiento codificador, a partir del bloque normativo reseñado, corre distinta suerte. Así, en el ejército se impone pronto, debido a la mala acogida de las normas promulgadas, una tendencia unificadora e integradora en un solo texto o cuerpo legal de las tres leyes penales y orgánico-procedimentales que culminaría en su refundición, operada por la Ley de 25 de junio de 1890, y en el Código de Justicia Militar aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre del mismo año. En la Armada, sin embargo, no cuajó ese afán compendiador, manteniéndose la sustantividad de cada una de sus normas propias y privativas.

Es de significar, llegados a este punto, que estos textos normativos básicos, tanto los del Ejército, como los de la Armada —que sufrieron diversas vicisitudes en cuanto a su vigencia con el advenimiento de la Segunda República y durante el curso de la Guerra Civil, como veremos más adelante— fueron, definitiva y formalmente, derogados por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 —definitivamente porque, languidecientes y sustancialmente modificados por la legalidad republicana, recobraron pleno vigor con la legalidad franquista; y formalmente porque el nuevo Código de Justicia Militar de 1945 no fue más que una

refundición del Código de Justicia Militar de 1890— que regía también la jurisdicción del aire, creada por Ley de 1 de septiembre de 1939-, del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894 y de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina del mismo año.

Antes de entrar en el examen de las disposiciones legales que precedieron al Código de Justicia Militar de 1945, en particular las promulgadas durante el periodo de la Segunda República y la Guerra Civil, conviene detenerse en el examen del bloque normativo que, a nuestro juicio, constituye el núcleo del proceso codificador de la Jurisdicción militar durante el siglo XIX, integrado: por un lado, por el Código de Justicia Militar de 1890, resultante, como ya se ha dicho, de la refundición del anterior Código Penal Militar de 1884, de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra, de 10 de marzo de 1884, y de la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de septiembre de 1886; por otro, por el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y por las normas adjetivas vigentes en la Armada, complementarias del reseñado Código Penal, esto es, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, ambas de 10 de diciembre de 1894. Todas estas normas fueron derogadas, como ya se ha dicho, por el Código de Justicia Militar de 1945, con la única excepción del capítulo III del título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, relativo a los expedientes por hallazgos y salvamentos en el mar.

El Código Penal Militar vademécum de 1890, en el Tratado Primero, bajo la rúbrica de «Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares», comprendía en ciento setenta artículos, distribuidos en diez títulos, normas relativas a la Competencia de la Jurisdicción de Guerra (Título Primero); al ejercicio de la misma (Título Segundo); a las atribuciones judiciales de la Autoridades que ejercen jurisdicción (Título Tercero); a la organización y atribuciones de los Consejos de Guerra (Título Cuarto); a la organización y atribuciones del Consejo de Guerra y Marina (Título V); a las reglas que determinan la competencia de los Tribunales de Guerra (Título Sexto); a los jueces instructores, fiscales, secretarios de causas y defensores (Título VII); a las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones (Título VIII); a la Jurisdicción de Guerra en las Plazas de África (Título IX); y a la Jurisdicción Disciplinaria (Título X).

En cuanto a la competencia de la jurisdicción de guerra, el Título Primero, además de contener unas Disposiciones Generales sobre la materia, regulaba aspectos tales como: la competencia en materia criminal, en materia civil, la competencia administrativa de guerra con relación a los tribunales de justicia, los casos en los que los militares quedaban sujetos a otras jurisdicciones, de la preferencia entre las diversas jurisdicciones y de las cuestiones de competencia.

La competencia penal se atribuía a la jurisdicción militar en virtud de tres criterios: por razón del delito, por razón de la persona y por razón del lugar. Dicha competencia, juzgada exorbitante por una parte de la doctrina, se vio incluso ampliada por la denominada Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 para la represión de los delitos contra la Patria y el Ejército, completada con otras disposiciones legales que confirmaron y ampliaron esa tendencia expansiva de la jurisdicción militar, como los Reales Decretos de 18 de septiembre de 1923 y 17 de marzo de 1926, contra el separatismo, y el Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, que atribuía a la entonces Jurisdicción de Guerra los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos de lesa majestad.

En cuanto a la orgánica, el Código de 1890, atribuía el ejercicio de la jurisdicción de guerra a distintas autoridades y tribunales, a saber: a los capitanes generales de distrito; a los generales en jefe de ejército; a los generales y jefes comandantes de tropa con mando independiente; a los gobernadores de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas y comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva; al consejo de guerra ordinario; al consejo de guerra de oficiales generales; y al consejo supremo de guerra y marina. En capítulos separados se regulaban las facultades de cada una de las Autoridades que tenía atribuido el ejercicio de jurisdicción, así como las de los consejos de guerra ordinario, distinguiendo entre los de plaza y los de cuerpo, las de los consejos de guerra de oficiales generales, y, finalmente, las del Consejo Supremo de Guerra y Marina, que «ejercerá la suprema jurisdicción en el Ejército y la Armada» y que «en cuanto a su organización y atribuciones es común a las jurisdicciones de Guerra y Marina».

En la Armada, los aspectos competenciales y orgánicos se contenían en la Ley de Organización y Atribuciones de los tribunales de Marina, de 10 de diciembre de 1894, que, en siete Títulos, vino

prácticamente a reproducir, con algunas peculiaridades propias de la Armada, el mismo contenido que el ya expuesto Tratado Primero del Código de Justicia Militar de 1890.

Así, se regulaba la competencia de la jurisdicción de Marina en materia criminal, que se atribuía en función de los tres mismos criterios de por razón de la persona, por razón del delito y por razón del lugar; en materia civil; los casos en que los marinos quedan sujetos a otras jurisdicciones; la preferencia entre jurisdicciones concurrentes; y las cuestiones de competencia.

En cuanto a la orgánica, el ejercicio de la jurisdicción en la Marina se atribuía: al Consejo de Disciplina; al Consejo de guerra ordinario; al Consejo de Guerra de Oficiales Generales; a los Comandantes Generales de Escuadra o de Apostadero; a los Capitanes Generales de Departamento Marítimo; a la autoridad jurisdiccional de Marina en Madrid; y al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

Es de significar, por otra parte, que, tanto en el Ejército como en la Marina, el ejercicio de la jurisdicción militar requería el concurso del personal del cuerpo jurídico militar y de la Armada, respectivamente, en concreto de los auditores, a quienes correspondía:

emitir juicio en todos los casos de interpretación o aplicación de las leyes, e intervenir, proponiendo la resolución que corresponda, en cuantos procedimientos judiciales se instruyan e incidencias de los mismos se susciten ante la Autoridad Jurisdiccional de quien dependan.

Retomando el decurso histórico, el advenimiento de la Segunda República supuso un cambio radical de escenario, reduciéndose sensiblemente el ámbito competencial de la jurisdicción militar. En efecto, el artículo 95 de la Constitución de 1931 estableció que:

La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la Ley de Orden Público.

En desarrollo del precepto constitucional transcrito, y en congruencia con el mismo, se dictan una serie de disposiciones legales, de gran relevancia y trascendencia, como el Decreto de 15 de abril de 1931, que deroga la Ley de Jurisdicciones de 1906, y el

Decreto de 11 de mayo de 1931, en el que se declara que la jurisdicción de los tribunales militares y de Marina quedará reducida «a los hechos o delitos esencialmente militares de que aquélla conoce por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de la ejecución», dejando, asimismo, sin efecto los preceptos «que, en las leyes penales especiales hayan ido sometiendo a la jurisdicción castrense hechos de que anteriormente venía conociendo la ordinaria».

En lo que a la orgánica se refiere, y con la finalidad de apuntalar la unidad de jurisdicción, se disuelve el Consejo Supremo de Guerra y Marina, creándose la Sala de Justicia Militar, en el Tribunal Supremo, integrada por magistrados procedentes de la carrera judicial y de los cuerpos jurídicos de tierra y mar.

Finalmente, por Ley de 17 de julio de 1935 se reorganiza la justicia militar:

de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución de la República, sobre la base del vigente Código de Justicia Militar, con las modificaciones introducidas en él por los Decretos, elevados a Leyes, de 11 de mayo y 2 de junio de 1931.

Es de significar, en este punto, que el Código de Justicia Militar de 1890, permaneció vigente durante todo el periodo republicano —al no ser derogado de forma expresa por norma alguna—, si bien es lo cierto que sufrió importantes y fundamentales modificaciones para adecuarlo al texto constitucional.

En el transcurso de la Guerra Civil (1936-1939) los dos bandos contendientes, republicano y franquista, promulgaron sendas legislaciones de excepción. Así, en el denominado Bando Nacional (franquista) habría que hacer referencia al Bando militar que declaraba el estado de guerra, dado en Burgos el 28 de julio de 1936, firmado por el General Miguel Cabanellas, presidente de la Junta de Defensa Nacional que ampliaba considerablemente la competencia de la jurisdicción militar. También es de reseñar la Ley de 9 de febrero de 1939 de responsabilidades políticas que, en su parte orgánica, establecía unos tribunales y unos juzgados de instrucción provinciales de carácter judicial-político-militar dada su heterogénea composición al formar parte de los mismos magistrados, militares y miembros de la F.E.T y de las J.O.N.S.

Por su parte, el Gobierno de la Segunda República dictó el Decreto de 23 de agosto de 1936 por el que se crea un tribunal

especial, con sede en Madrid, que conocía de los delitos de rebelión, sedición y los cometidos contra la seguridad del Estado, ampliándose posteriormente, por Decreto de 6 de octubre de 1936, a los delitos de traición y espionaje. Asimismo, por Decreto de 25 de agosto de 1936 se creaban tribunales especiales en todo el territorio nacional, con sede en las capitales de provincia. Culmina esta legislación de excepción en el bando republicano con el decreto de 14 de enero de 1937 de creación de los denominados tribunales populares militares.

Finalizada la Guerra Civil, y como último hito de esta sucinta exposición histórica que venimos realizando sobre el proceso de codificación de la justicia militar, fundamentalmente en sus aspectos competenciales y orgánicos, y que abarca todo el siglo XIX y prácticamente el primer tercio del siglo XX, reseñaremos la Ley de 5 de septiembre de 1939, por la que se creó el Consejo Supremo de Justicia Militar, y en cuyo artículo 3 se restableció la legalidad —en materia penal, orgánica y procesal militar— anterior a la Segunda República, recobrando pleno vigor el Código de Justicia Militar de 1890, ordenándose, al propio tiempo, en el artículo 5, el nombramiento de una

Comisión que en el más breve plazo posible, estudie y redacte un proyecto de nuevo Código de Justicia Militar que unifique y regule el ejercicio de la justicia en las tres jurisdicciones de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire,

poniendo así en marcha un nuevo movimiento codificador, de cuyas resultas vería la luz el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

## 65. LA JURISDICCIÓN MILITAR DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1936)

JOAQUIN GIL HONDUVILLA

*Teniente Coronel Auditor*

Justo antes de instaurarse la Segunda República, el 14 de abril de 1931, la jurisdicción militar se encontraba en una de los momentos de mayor expansión. Simplemente recordar que desde la aprobación de la mal llamada «Ley de Jurisdicciones»<sup>405</sup>, el 23 de marzo de 1906, la jurisdicción castrense no sólo conocía los delitos militares integrados en el Código de Justicia Militar de 1890, sino que extendía su competencia a todos aquellos delitos que hacían referencia a la Patria y el Ejército (delitos de ultrajes a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación y las injurias y ofensas al Ejército o a la Armada), encontrándose afectadas por esta agresión las libertades de expresión, prensa y reunión. Por esta razón una de las primeras medidas tomadas por el nuevo gobierno fue la abolición de esta norma.

El Decreto fue aprobado el 17 de abril, tres días después del cambio de régimen. En su preámbulo esta norma señalaba:

La ley de 23 de marzo de 1906, denominada de Jurisdicciones, ha subsistido, no obstante su notorio carácter circunstancial, durante más de un cuarto de siglo, sin lograr ser aceptada por la conciencia jurídica ni acomodarse al organismo legal, en el que ha permanecido como cuerpo extraño y perturbado,

posteriormente el decreto intentaba calmar las posibles ansiedades castrenses al indicar:

Tampoco la institución armada necesita de circunstancial parapeo, en relación con la ciudadanía consciente y libre, ya que, por fortuna, en la compenetración de aquella con el pueblo, ésta recuerda con gratitud y piedad la sangre vertida generosamente por los militares como ofrenda de su sensibilidad republicana, y

a la vez, la fuerza pública celebra que, impuesto el régimen por la voluntad nacional, que acata y comparte el admirable ejemplo de civismo, la haya liberado por esta definitiva vez, de irrumpir, desviándola de su genuino cometido, en el campo de las contiendas políticas.

Este preámbulo manifestaba bien a las claras cuales iban a ser los criterios del nuevo régimen hacia la jurisdicción militar: la pervivencia de la misma, pero a su vez su reducción, intentando extraer de sus competencias los delitos de contenido político. No se tardó por el nuevo ejecutivo en tratar esta reforma. Por Decreto de 11 de mayo de 1931, hecho ley el 18 de agosto siguiente, se declaró que la jurisdicción militar quedaría reducida a los delitos esencialmente militares, por razón de la materia, desapareciendo, como indicaba su art. 1, cualquier competencia fundada en el lugar del hecho o en la calidad de las personas responsables. El art. 3 derogaba tanto la ley de 8 de enero de 1877 como otros preceptos por los que se había ido recortando la jurisdicción ordinaria mediante «sustracciones» de materias de las que anteriormente era competente.

También por este Decreto (artículo 4) perdían los capitanes generales su condición de autoridad judicial, correspondiendo a las auditorías respectivas la designación de jueces, el sostenimiento de las competencias, el control de los turnos para la composición de los Consejos y la interposición de los correspondientes recursos de casación y apelación. Por último, por el artículo 5 quedaba suprimido el Consejo Supremo de Guerra y Marina, pasando sus atribuciones a la Sala de Justicia Militar que se creó en el Tribunal Supremo.

De este modo la jurisdicción militar pasaba a integrarse en el ámbito jurisdiccional como una sección más, perdiendo su condición de excepcionalidad, e integrándose en un «único» poder judicial, al salir del ámbito puramente militar en el que vivía hasta esos momentos. Si hasta 1931 se podía entender que, al margen de la estructura jurisdiccional ordinaria, compuesta por los diferentes órdenes, civil, penal, administrativo, cuyo vértice institucional y órgano de interpretación y armonización era el Tribunal Supremo, existía una jurisdicción militar independiente, cuyo órgano de interpretación de doctrina e instancia última era el Consejo Supremo de Guerra y Marina, siendo los capitanes

generales y mandos territoriales, los depositarios de la autoridad jurisdiccional; ellos administraban justicia, nombraban a los componentes de los Consejos de Guerra y aprobaban las sentencias. La reforma republicana, por Decreto-ley de 11 de mayo de 1931, pretendió y consiguió integrar a esta independiente jurisdicción dentro de una estructura única, al disolver el Consejo Supremo y crear una Sala de los Militar en el Tribunal Supremo.

La intención del nuevo gobierno era encauzar la Jurisdicción Militar dentro del estricto marco jurídico, con un único vértice jerárquico en el Tribunal Supremo, privándola de ese grado de independencia que consistía en no estar integrada en la estructura orgánica del poder judicial. Otra significativa modificación se produjo en las atribuciones del cuerpo jurídico en «la nueva jurisdicción». Esta reforma se aprobó por Decreto de 2 de junio de 1931, por el que se sustrajeron a las autoridades militares el ejercicio de la jurisdicción castrense, pasando ésta a los auditores de las regiones, distritos y ejército quienes conocían de los delitos comprendidos en los bandos de guerra.

Este cambio de estructura jurisdiccional exigió un complejo conjunto de normas. Así, por Decreto-ley de 2 de junio de 1931, al que posteriormente se dio naturaleza de Ley por otra de 16 de septiembre del mismo año, se contemplaba una serie de disposiciones (funciones judiciales de los auditores, procedimientos a seguir en las causas que se seguían en los tribunales disueltos, normas para la tramitación de los procedimientos por delitos comprendidos en los bandos de la autoridad militar, de 3 de julio de 1931 se introdujeron una serie importante de innovaciones procesales, facultades disciplinarias de los auditores...) que venían a facilitar la integración de la jurisdicción militar dentro del seno de las jurisdicciones ordinarias. El 17 de julio de 1931 por una Orden, se dictaban otro conjunto de normas complementarias al Decreto-ley de 11 de mayo por el que la Sala de Justicia Militar quedaba sometida a la vida disciplinaria propia del Tribunal Supremo. Estas mismas modificaciones se vieron reflejadas en la jurisdicción de la Marina, por el Decreto-ley de 9 de junio, que recibirá el carácter de Ley por la de 26 de agosto de 1931, el cual será ratificado nuevamente por Ley de 14 de octubre, de ese mismo año.

Todo este entramado de modificaciones tendrán su reflejo en la Constitución de 9 de abril de 1931, en el que su artículo 95

señalaba que la Administración de Justicia comprendía todas las jurisdicciones existentes, y en el que se indicaba que «la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados», impidiendo el párrafo tercero de este artículo el fuero por razón de las personas ni de los lugares, con la única excepción del «caso del estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público», aboliéndose así mismo los tribunales de honor.

Tras la entrada en vigor de la Constitución continuaron produciéndose cambios normativos que, de alguna manera, afectaban a la jurisdicción militar. Así, el 27 de agosto de 1932 se aprobaba una ley, que modificaba el artículo 7.7 del Código de Justicia Militar (delitos de atentados, desacatos, injurias y calumnias contra las autoridades y corporaciones o colectividades del ejército, en la que se exigía para su conocimiento por esta jurisdicción el que hubieran sido vertidos en actos públicos o por imprenta); el 30 de enero de 1935, por otra ley se modifica nuevamente el Código de justicia militar, al corregir aspectos de la Ley de 3 de julio de 1931, y que sólo puede ser comprendida en razón de los vaivenes políticos de aquellos días. Por esta norma se anulaban el régimen de recursos establecido en el comienzo de la República, y que no era otra cosa que amoldarse a lo establecido en esta materia a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por Ley de 17 de julio de 1935 se restablece la potestad jurisdiccional de la autoridad militar, abrogada por el Decreto-ley de 11 de mayo de 1931, e integraba en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo a militares de las armas. Desde esa nueva ley la Sala no sólo estaría constituida por magistrados de la carrera judicial, y procedentes del cuerpo jurídico, sino también por generales de división o dos vicealmirantes. Más que escabinos, se trataba de jurados especiales, informantes sobre los hechos, que aportaban a las deliberaciones de los juzgadores técnicos las consideraciones (más pragmáticas que formalistas) derivadas de su experiencia militar<sup>406</sup>.

Como el resto de reformas emprendidas, la reforma jurisdiccional tuvo sus detractores, aunque en realidad pocas voces se oyeron que clamaran por la vuelta a un régimen de plena independencia jurisdiccional y por devolver la competencia de juzgar de las autoridades militares. En este sentido, hay que indicar que en los cinco años en los que estuvo vigente la jurisdicción militar

ésta desarrolló sus funciones, sin estridencia, integrada dentro de la estructura única reservada para este poder en el nuevo régimen, aun cuando su labor fuera muy notoria visto las continuas situaciones de anormalidad vividas durante aquel periodo de la historia de España. Simplemente recordar que se abrieron procedimientos penales militares por hechos tan sonoros como la sublevación de Sanjurjo del 10 de agosto de 1932, por los hechos de Casas Viejas de enero de 1933 o por la revolución de octubre de 1934. Todas ellas causas con una muy importante repercusión mediática.

Con este bosquejo de la realidad jurídica anterior a 1936 podemos apreciar como de la jurisdicción militar en la España no fue discutida durante la Segunda República, como pasó en la Alemania de la República de Weimar, sino reconocida e integrada dentro del Poder Judicial.

Otra cuestión que no podemos olvidar es el de la extensión «republicana» de esta jurisdicción más allá de sus «fronteras naturales». Sobre esta cuestión es esencial citar la Ley de Orden público de 1933, y en especial su artículo 48. Expresa este artículo que la declaración del estado de guerra queda encomendada a la Autoridad Civil, pero recoge mecanismos habilitadores de una judicialización militar del orden público republicano. Señala dicho precepto que si:

La autoridad civil, una vez empleado todos los medios de que en circunstancia ordinaria dispone, y en su caso, los que para las extraordinarias le otorga la misma ley (los que hacen referencia a los estados de prevención y alarma) no pudiera por sí sola, ni auxiliada por la judicial y por la militar, dominar en breve término la agitación, ni restablecer el orden, lo prevendrá en un bando que publicará con la mayor solemnidad posible, y al mismo tiempo se pondrá urgentemente en relación con la Autoridad Judicial ordinaria, la militar, y el auditor de la jurisdicción, y dispondrá la inmediata declaración del estado de guerra, procediendo seguidamente la Autoridad militar a la adopción de las medidas que reclame la paz pública. De ello se dará directa cuenta al Gobierno y a las autoridades superiores jerárquicas respectivamente.

Este precepto no es otra cosa que proceso de decantación de la militarización del orden público republicano que se inicia desde 1931. Con el mismo se instaura la constitución de una Junta de estado de guerra compuesta por cuatro autoridades, dos civiles,

pero otras dos militares. Por otro lado, este encumbramiento del auditor militar, lo que viene a significar es una ratificación normativa de la importancia de la jurisdicción militar para la persecución y represión de los delitos, más allá de los que podríamos considerar estrictamente castrenses.

Para terminar señalar que los cambios jurisdiccionales republicanos afectaron a los miembros del cuerpo especializado al que le correspondía aplicar estas normas, los miembros del cuerpo jurídico del Ejército y de la Armada. En los años en los que estuvo vigente la Segunda República asistiremos primero a su desmilitarización, artículo 9 de la Ley de 12 de septiembre de 1932, de reclutamiento y ascenso de la oficialidad del ejército, en el que se señalaba que el personal de estos cuerpos «no tendrán consideración ni categoría militar alguna, se reclutará por oposición entre licenciados en Derecho que reúnan las condiciones reglamentarias y practiquen seis meses en su servicio peculiar», para posteriormente regresar a la condición militar del cuerpo, tras la aprobación de la Ley de 17 de julio de 1935, sobre la base de la

peculiaridad de la justicia militar requiere y demanda un conocimiento íntimo de la vida y funcionamiento del Ejército y una participación en su espíritu que sólo puede lograrse en una convivencia plena y permanente, material y espiritual, con quienes lo integran.

66. LA JURISDICCIÓN MILITAR DURANTE  
LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA. BANDO SUBLEVADO (1936-1939)

JOAQUIN GIL HONDUVILLA

*Teniente Coronel Auditor*

El gran problema de la jurisdicción militar, después del fracasado intento de deponer al gobierno de la Nación por las armas en julio de 1936, se planteó con la quiebra de la nación en dos zonas bajo dominio de cada uno de los bandos que se enfrentarían en la guerra civil subsiguiente. Cada bando con un ejército y con necesidades a la hora de ajustar disciplinaria y penalmente a sus fuerzas combativas y a los enemigos detenidos en cada una de sus zonas.

El resultado de la sublevación iniciada el 17 de julio determinó que gran parte del territorio nacional quedara en poder de la República, así como la capital de España, donde radicaban los tres poderes, al encontrarse allí localizados el Gobierno, el Parlamento y el Tribunal Supremo. Así, los sublevados quedaron sin Estado y sin estructura mínima que se le pareciera, gobernando un extenso territorio, con los problemas añadidos de encontrarse en tiempo de guerra. Por esta razón, los generales con fuerzas militares a su mando se convirtieron en verdaderos gestores, independientes los unos de los otros. La primera decisión que intentó solucionar este problema fue la constitución de la Junta de Defensa Nacional, órgano de administración que no impedía la independencia que cada general tenía en su territorio.

En lo judicial, el principal problema que van a tener los militares rebeldes en estos primeros momentos fue la imposibilidad de emplear la estructura jurisdiccional existente, toda vez que, contando con suficiente personal para poder constituir juzgados y tribunales, el vértice de esta pirámide, el órgano que permitía fijar criterios de interpretación unitarios de la norma, el Tribunal Supremo, había quedado bajo el control de los defensores de la Segunda República. Esto significaba que debían partir de cero para poder construir un nuevo «edificio jurisdiccional».

Ante esta situación de ausencia de una estructura jurisdiccional propia, los sublevados actuaron desde un principio con «espontaneidad», sin esperar la más mínima articulación normativa que permitiera un cierto grado de coherencia, y ante la imperiosa necesidad de mostrar a la sociedad que en las zonas por ellos controladas la administración de justicia funcionaba, procedieron a aplicar en lo referente a las normas militares, la jurisdicción militar que ellos conocían, la vigente en aquellos días, con algunas «correcciones» del tiempo de la monarquía de Alfonso XIII. Es decir, aplicaron el Código de Justicia Militar vigente a 18 de julio de 1936 (Código de 1890 reformado), pero devolviendo la capacidad jurisdiccional a los mandos militares que había dejado de tenerla con las reformas de la República. No podía ser de otra forma, si querían implantar un mecanismo jurisdiccional y dar la impresión de que «el Estado» funcionaba, al otro lado del Estado.

Todos los procedimientos abiertos y sin concluir a 17-18 de julio de 1936 por las distintas Auditorias de Guerra en las zonas ocupadas por los sublevados continuaron su tramitación, aun cuando las competencias jurisdiccionales no estuvieran todavía definidas en las zonas bajo su autoridad y aun cuando no se supiera realmente cual sería la autoridad que las ejerciese.

Este sistema provisional de impartir justicia por los generales de manera independiente, demostró desde un principio graves problemas, el principal de los cuales fue la ausencia de un órgano que permitiera fijar criterios de interpretación unitaria de la norma, o lo que es lo mismo, la carencia de un tribunal que sustituyera a la Sala de lo Militar del Supremo, en poder republicano. Cada general en su zona de influencia marcó pautas de justicias diferentes que convirtieron en anárquica aquella justicia provisional. Este periodo puede ser denominado de «Justicia de los generales», toda vez que cada uno, como verdaderos señores de la guerra, actuó y condicionó tanto la instrucción de los procedimientos como las resoluciones tomadas por los consejos de guerra.

Todo el sistema cambiará cuando por fin los sublevados comiencen a articular su nueva estructura estatal. La colocación de la primera piedra de un nuevo sistema judicial militar, diferente del existente durante la República y que superara al que provisionalmente se había establecido, se produce el 25 de agosto de 1936, cuando por la Junta de Defensa Nacional, por el Decreto

núm. 64, se devuelve la jurisdicción castrense a los mandos militares, al indicar esta norma:

... Por los Excelentísimos Señores Generales de los ejércitos de operaciones se ejercerá la jurisdicción de guerra en la forma y con todas las atribuciones que previenen los artículos 10 y 28 del Código de Justicia Militar,

pues aun siendo la plasmación de lo realmente existente en esos momentos, la justicia emanada de los mandos militares y no por jueces y tribunales, retrotrayendo la norma militar a momentos anteriores a la reforma aprobada por la República en 1931, es un primer esfuerzo de romper con las estructuras jurídicas heredadas del Gobierno contra el que se lucha, y aun cuando se legitima la justicia de los Generales, es cierto que conforma un engranaje jurídico nuevo.

Posteriormente, por Decreto de 31 de agosto de 1936, se dispuso que todas las causas correspondientes a las jurisdicciones de Guerra y Marina se instruyeran por los trámites del juicio sumarísimo que establecían el Código de Justicia Militar y la Ley de Enjuiciamiento de la Marina de Guerra. No obstante esta remisión, en este decreto se introducía algunas modificaciones importantes como fueron la posibilidad de declarar procedimientos sumarísimos sin que el reo fuera sorprendido in fraganti o que cuando la pena a imponer al delito que se le imputaba fuera la de muerte. Otra novedad era la posibilidad de convertir un sumarísimo en procedimiento ordinario, facultad que se atribuía a la autoridad militar, previo informe de su auditor.

El siguiente gran paso a la hora de crear una nueva justicia militar fue dado con posterioridad al Decreto núm. 138 de la Junta de Defensa Nacional, de 29 de septiembre de 1936, por el que se nombraba Jefe de Gobierno del Estado Español al general Franco, Decreto esencial para poder comprender los cambios que se van a producir en el territorio ocupado por los sublevados, y que permitirá sin duda armonizar lo que hasta este momento ha sido una aplicación personalista y dispar del Derecho. Gracias a esta nueva realidad política fue posible aprobar el Decreto núm. 42, del Gobierno del Estado, de 24 de octubre de 1936, por el que se va a crear el Alto Tribunal de Justicia Militar, que devuelve a la jurisdicción militar a la situación anterior a la reforma de 1931, al atribuir al alto tribunal unas facultades parecidas a las que confe-

ría el Art. 92 del Código de Justicia Militar, originario de 1890, a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Este Tribunal fue el encargado de dar un criterio de interpretación unitario a las resoluciones judiciales alzadas hasta la creación, el 5 de septiembre de 1939, del nuevo Consejo Supremo de Justicia Militar.

Este Alto Tribunal de Justicia Militar estaba integrado por un presidente y cuatro vocales. El presidente debería ser un militar con empleo de teniente general o general de división, mientras que los vocales eran dos oficiales generales del Ejército, uno de Marina de Guerra y un vocal auditor del Cuerpo Jurídico Militar o de la Armada, según la jurisdicción de la que procedieran los autos, actuando de secretario relator un teniente auditor de primera.

El último paso para la conformación de la nueva jurisdicción fue una novedad ante la tradición que se iba marcando en todas las normas aprobadas hasta ese momento. Si tanto en el periodo monárquico como en el republicano los tribunales se constituían ad hoc, sin que hubiera una plantilla de oficiales destinados en esos órganos y para esas funciones, pudiendo desarrollar la misión de administrar justicia cualquier militar con mando en tropa, a través de una insaculación o por designación directa de la autoridad militar, conforme fuera el consejo de guerra que se celebrara, por decreto de 11 de noviembre de 1936 se creaban ocho consejos de guerra permanentes. Como curiosidad hay que señalar que el decreto localizaba estos tribunales en Madrid, toda vez que en aquellos días se daba por segura la caída de la capital de España en manos sublevadas y la muy probable huida del gobierno republicano fuera de nuestras fronteras. La realidad histórica fue otra, por lo que estos tribunales no pudieron establecerse en la plaza para la que fueron creados.

Como señala Baldovín Ruiz

los consejos de guerra permanentes eran una anomalía respecto a lo dispuesto en el código, que el presidente, los vocales y asesor eran nombrados para cada uno, seguramente así se dispuso para que los oficiales no tuvieran que moverse de sus destinos y nombrar a retirados o inválidos<sup>407</sup>.

Estos tribunales estaban compuestos por un presidente de categoría de jefe de Ejército o de la Armada, tres vocales oficiales y un asesor jurídico, con voz y voto, perteneciente al Cuerpo Ju-

rídico Militar o de la Armada, y en su defecto por un funcionario de las carreras Judicial o Fiscal. Por otra parte, la representación del ministerio fiscal la podían desarrollar miembros de las carreras citadas, un licenciado o doctor en derecho o un jefe u oficial designado por la autoridad militar, desempeñando las defensas siempre un militar.

Otra norma que puede citarse en el proceso de formación de la nueva jurisdicción militar es el decreto de 11 de noviembre de 1936, por los que se restablecían los tribunales de honor en el Ejército y en la Marina de Guerra, tribunales que habían sido suprimidos por el artículo 95 de la Constitución de 9 de abril de 1931. El contenido de este decreto supone una derogación impropia de un precepto constitucional «aun en vigor»<sup>408</sup>, por un procedimiento no reglado y por el empleo de una norma de rango inferior a las establecidas para este tipo de reformas. En este sentido hay que señalar que hasta la aprobación de la primera de las Leyes Fundamentales, en 1938, no se puede comenzar a entender como derogadas las disposiciones de la constitución republicana, siendo, por tanto, la derogación del artículo 95 una de las primeras muestras de desafección legal del bando sublevado a los preceptos constitucionales vigentes hasta esos momentos, más allá de la propia actuación de las fuerzas sublevadas contra el gobierno de la Nación.

Todavía en 1937 se seguían dictando normas que de una manera o de otra afectaba a la estructura jurisdiccional alzada. Así, por Decreto ley de 5 de junio de 1937 se acordaba que el personal perteneciente a las armas, cuerpos y servicios del ejército y de la Armada, procedentes de zona republicana debía presentarse a la autoridad militar en un plazo de veinticuatro horas, con la obligación de formalizar una declaración jurada, en la que expresara los servicios que había desempeñado, y en el que debería consignar no sólo sus vicisitudes al otro lado de la frontera, sino el nombre de militares que pudieran avalar su conducta.

Ante el contenido de estos hechos, la autoridad militar procedía a designar un juez instructor a fin de que depusiesen los testigos que hubiera solicitado el declarante y ante el que se deberían aportar cuantos medios de pruebas considerara pertinentes. La tramitación de estos procedimientos rápidos, que tenían que estar concluidos en un plazo no superior a quince días, obligó al Alto Tribunal a dictar una norma de aplicación, de 11 de agosto

de 1937, que determinaba que en cada ejército se constituiría un consejo de guerra especial de oficiales generales permanente, al que se sometería a todo militar que, tras haber pasado de bando, no quedara claro que fueran afectos al movimiento militar, o al menos, no hostiles al mismo.

Estos consejos de guerra estaban integrados por un presidente y seis vocales, dos generales del Ejército, dos de la Armada, un auditor del cuerpo jurídico militar y otro de la Armada.

El estudio de los sumarios abiertos durante aquel periodo permite deducir que la justicia militar sublevada no interrumpió en ningún momento su maquinaria, comenzando inmediatamente a instruir procedimientos. La actividad desarrollada, se dirigió realmente sobre todos los sujetos que en el momento de la sublevación podrían haber infringido, según los alzados, el Código de Justicia Militar. La justicia dirigió sus actuaciones, desde el 18 de julio de 1936, contra los militares «desobedientes», que no quisieron sumarse a la sublevación, todos los resistentes armados a la fuerza alzada y las autoridades que ordenaron esta resistencia. A la par, desde la modificación del delito de rebelión, su campo de competencia se amplió convirtiéndose en el único y verdadero órgano de represión contra todo opositor. El cobijo legal para esta extensión del sujeto, fueron los propios bandos de guerra, dictados en los primeros días de la sublevación, en los que se establecía que pasaban a la jurisdicción militar los delitos de sedición y rebelión del Código Penal común, y el bando unificador, dictado por el 28 de agosto, por la Junta de Defensa Nacional, que armonizaba el contenido de todos los bandos de guerra, y que ratificaba este tránsito jurisdiccional.

67. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 17 DE JULIO DE 1945.  
BREVE APUNTE

JOSÉ MARÍA SEOANE GONZÁLEZ

*Coronel Auditor*

1. INTRODUCCIÓN

En julio de 1945, se aprobaba un nuevo Código de Justicia Militar, fruto de la refundición de toda la legislación judicial castrense anterior a 1931, y que, en materia de competencia, siguió las líneas directrices básicas del anterior Código militar de 1890.

Este Código, aprobado el 17 de julio de 1945, por lo que a su estructura se refiere, está compuesto por una Exposición de Motivos y tres Tratados, divididos, respectivamente, en títulos, capítulos, secciones y artículos, alcanzando éstos un número total de 1072, recibiendo el postrero de ellos la denominación de Disposición Final.

Conserva, pues, la distribución en tres libros o tratados (que tenía el Código de Justicia Militar de 1890, al que deroga) que dedica, sucesivamente, a

- La jurisdicción y competencia de los tribunales militares,
- A las leyes penales y
- A los procedimientos militares.

La jugosa<sup>409</sup>. Exposición de Motivos expresa claramente —a diferencia de algunos de los preámbulos al uso (en la actualidad)— la finalidad perseguida con la codificación que a través del texto legislativo se pretende y lleva a cabo, amén de dar cumplida cuenta de aquellas características más relevantes del cuerpo legal al que precede.

Así se manifiesta, desde su inicio, en la Exposición de motivos del Código, donde se manifiesta expresamente que:

La diversidad e incluso dispersión de normas reguladoras de la Jurisdicción de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire con sus leyes penales y procesales independientes, no tiene razón de subsistir, porque al integrar todas aquellas la militar sobre una base común e iguales exigencias de jerarquía, disciplina y consiguiente fuero amparador de los principios vitales a que responde, uno debe ser también el Estatuto de esa Jurisdicción, sin perjuicio de respetar dentro del mismo las especialidades que lo requieran. De ahí la necesidad de un solo Cuerpo legal en la materia<sup>410</sup>.

## 2. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES

El tratado primero se refiere en su primer Título a la competencia de la jurisdicción militar de los ejércitos de tierra, mar y aire, afirmando que se ejercerá en nombre del Estado y por los Tribunales y Autoridades que «la presente» Ley establece.

Es de singular importancia destacar, atendidas las fechas en que el presente trabajo se efectúa, que dicha competencia se determina —según el artículo 5 del texto legislativo— por razón no únicamente del delito cometido —como sucede en el Código en vigor actualmente u ocurría en el Código Penal Militar de 1985 que lo derogó, sino también por razón del lugar donde éste hubiera acaecido y por razón de la persona responsable criminalmente del mismo.

El segundo y tercer criterio referidos, esenciales para delimitar la amplia competencia de intervención penal de quienes aplicaron el Código de Justicia Militar de 1945, son absolutamente extraños a la legislación penal militar española en vigor desde el año 1985 («strictu sensu» desde el año 1986, dado el amplio período de «vacatio legis» —seis meses— desde su publicación en Boletín oficial) hasta nuestros días. Aquellos configuraron una extensión de sus campo subjetivo y objetivo de aplicación de tales dimensiones que han llevado a algunos de los estudiosos de la evolución histórica de la jurisdicción castrense a afirmar que «tan extensiva acabó siendo la competencia de la justicia militar que no puede afirmarse que ésta fuese especial sino, muy al contrario, más ordinaria de lo que debiera».

Como resultaba obligado, la ley se encargó de pormenorizar cuáles eran aquellos delitos que justificaban la entrada en juego de la jurisdicción castrense, recogidos en su artículo 6.º, a lo largo de doce párrafos numerados —que contenían cada uno de

ellos más de una figura delictiva distinta—, bajo el entendimiento de que merecían tal consideración, comenzando, en concreto, por el delito de incendio y terminando, en el último apartado del precepto, con una «cláusula genérica de cierre» del siguiente tenor: «Por los demás delitos comprendidos en este Código y los que las Leyes especiales atribuyen a la jurisdicción militar».

Y no se estaba solamente ante delitos de los llamados «de propia mano» sino que podían ser cometidos por cualquier persona. Sin que se estime oportuno enumerar aquí la relación pormenorizada de los delitos recogidos en el precepto citado, sí merece, en cambio, destacar que en el párrafo octavo de dicho artículo 6.º se incluían «los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los Bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades. Y puede ser de interés efectuar algún breve comentario al respecto.

En palabras de Rodríguez Devesa<sup>411</sup> «los bandos militares constituyen un caso especial de las leyes delegadas, estando la delegación prevista de antemano en las hipótesis que señala la Ley de Orden Público de 1959, en su artículo 39, y en los artículos 181 y concordantes del reiterado Código de Justicia Militar de 1945». Los bandos militares —a criterio de este Autor— no crean delitos comunes sino militares, pues el artículo 181 dice que no son sólo delitos militares los previstos en el Código de Justicia Militar, sino los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes.

El artículo 7 del CJM señala cuáles son las faltas de las que conoce la jurisdicción militar, igualmente en apartados numerados (aquí cuatro), donde no falta tampoco la genérica cláusula «por las faltas comprendidas en este Código y las que se le atribuyan por leyes especiales», ni «las incluidas en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a las Leyes» y donde se contemplan también, en su apartado 2.º, «las faltas comunes cometidas por militares, salvo que no afecten al buen régimen de los ejércitos o al decoro de sus clases».

El Título II de este primer Tratado regula el ejercicio de la jurisdicción militar que atribuye, en su capítulo único (artículos 46 a 50), a las siguientes autoridades y tribunales:

- El Consejo Supremo de Justicia Militar
- Las autoridades judiciales y
- Los consejos de guerra.

Pero añade, en su artículo 47, que también la ejercen, bien que con carácter extraordinario, los gobernadores o comandantes militares de lugares, unidades o fuerzas aisladas de la autoridad judicial.

Y otorga al Gobierno, en el siguiente 48, la facultad, en la actualidad impensable a ojos del principio constitucional del juez predeterminado por la ley, de poder atribuir jurisdicción, oyendo al Consejo Supremo de Justicia Militar, a otras autoridades militares.

La precedente regulación hace patente la que es característica intrínseca del sistema judicial previsto en el CJM, el principio conocido como el de «la jurisdicción unida al mando» del que es manifestación destacada su artículo 40, donde se afirma que son autoridades judiciales:

1. Los capitanes generales de las regiones, los generales en jefe de ejército y los generales y jefes de tropa, con mando independiente, a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción.
2. Los capitanes y comandantes generales de departamento, comandantes generales de escuadra y el almirante jefe de la jurisdicción central de Marina.
3. El general jefe de la jurisdicción del aire.

Los límites de la reiterada y precedentemente indicada «competencia de las Autoridades que ejercen las funciones judiciales militares», es decir de sus atribuciones, y por lo que hace al ámbito subjetivo del sujeto pasivo (entendido como destinatario o receptor de sus decisiones judiciales), vienen marcados por otro elemento cuya mención es indispensable, incluso en una ligera exposición del tema como la presente. Se trata del carácter territorial o no de la jurisdicción que a tales mandos militares se otorga. Pues quienes sí ostentan la calificada de territorial —capitanes y comandantes generales de región, los de departamento, el almirante jefe de la jurisdicción central de marina y el general jefe de la jurisdicción aérea— la ejercen en el territorio (espacio y fuerzas) que respectivamente tengan asignados. Y, en cambio, los que carecen de ella —los generales en jefe de ejército, generales y jefes de tropas con mando independiente respecto y los comandantes generales de escuadra— lo hacen exclusivamente respecto

de las de las fuerzas de su mando, los primeros, y, respecto de «sus tropas» y de las personas embarcadas en buques subordinados a su insignia, los segundos.

En cuanto a su extensión, en la vertiente adjetiva de las actuaciones judiciales —es decir, desde el punto de vista procedimental u orgánico— les corresponde a unas y otras: ordenar la formación de procedimientos judiciales e inspeccionarlos, pudiendo decretar, en su caso, la nulidad de actuaciones; decretar los sobreseimientos (y la reapertura de los sobreseídos provisionalmente, si hay méritos para ello); disponer la reunión de los consejos de guerra y el nombramiento de sus componentes (si legalmente les corresponde); aprobar las sentencias de los consejos de guerra (no en todos los casos; se excepciona, como ejemplo, el supuesto en que se imponga la pena capital); llevarlas a ejecución, una vez firmes; aprobar el licenciamiento de penados y las declaraciones de rebeldía e intervenir en las remisiones y libertades condicionales de acuerdo con lo dispuesto en las leyes. Asimismo resolver los expedientes judiciales y los procedimientos previos. De otro lado les compete nombrar a los jueces instructores y secretarios para las causas que ordene instruir, confirmar o modificar (si se hubieren designado en las causas que otras autoridades o jefes hubieren prevenido u ordenado) y nombrar los fiscales o defensores en caso de que proceda.

### 3. LAS LEYES PENALES

El Tratado II, dedicado a las leyes penales, recoge en los 8 primeros títulos (y éstos en sus correspondientes capítulos y artículos), lo que académicamente ha constituido durante mucho tiempo la parte general del Derecho Penal, denominación que conserva en ciertos planes de estudios de las universidades españolas y en buena parte de los textos académicos al uso.

En sus primeros preceptos se recogen principios clásicos en el Derecho penal, como el de legalidad, al afirmar el artículo 182 del Código en cuestión que «Son delitos y faltas las acciones y omisiones penadas en este Código», bien que seguido de una aseveración que refleja las circunstancias políticas e históricas del momento en que se produce, al añadir, en el segundo párrafo del precepto, que «Lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes». Sobre esta

específica fuente del derecho castrense, y aun siendo cierto que el texto legislativo determinaba qué autoridades y cuáles no («a sensu contrario») disponían de esa capacidad calificable, sin duda alguna, de «creadora de delitos», dándose, de ese modo, un modo de control sobre tamaña facultad normativa, esta exorbitante potestad, en comparanza con el ordenamiento jurídico actual enfrenta claramente la visión (quizás mejor regulación) que la Constitución española de 1978 impuso a través de su artículo 25.1 al establecer éste que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Este principio de reserva legal —indiscutido, con carácter general, en el derecho penal de los considerados países occidentales avanzados— choca de manera frontal con la figura del bando militar como generador de infracciones penales delictivas.

Tras unas disposiciones generales, se ocupa, en su Título II, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, incluyendo las eximentes, las atenuantes, las agravantes, aquellas otras que atenúan o agravan la responsabilidad, según, los casos, su apreciación y los casos especiales de agravación de los delitos comunes; en el Título III de las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas, en el Título IV de la responsabilidad civil, en el Título V de las penas, en el Título VI de la extensión de la responsabilidad criminal, en el Título VII sobre delitos cometidos en nombre y al amparo de una representación social o en beneficio de esa misma entidad, para centrarse, a partir del Título VIII, en la tipificación y penalización de los delitos contra la seguridad de la Patria (con dicha numeración en el encabezamiento), los delitos contra la seguridad del Estado (Título XIX), los delitos contra la disciplina militar (Título X), delitos contra el honor militar (Título XI), delitos contra los fines y medios de acción del ejército (Título XII), delitos contra los intereses del ejército (Título XIII)<sup>412</sup>, ocupándose en el Título XIV de la reincidencia de las faltas y, por último, en el XV, de las faltas y correcciones.

Respecto del mencionado Título V denominado «De las penas» conviene hacer la siguiente observación:

Como pone de manifiesto Antonio Millán Garrido<sup>413</sup> en el estudio que al pie de página se referencia, el Código de Justicia Militar (de 1945) no ofrece, como tampoco lo hace el Código Penal (el Común, vigente en España en el año 1985) un concepto de pena.

Se limita a señalar, en su artículo 207, que «sólo» se reputan penas las impuestas por «los tribunales en virtud de procedimiento judicial», añadiendo que «Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se consideraran penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley».

Cabe mencionar, antes de centrarse en el comentario sobre las penas que sigue, que el primer párrafo del susodicho artículo 207, expresa una de las vertientes, la de la garantía jurisdiccional<sup>414</sup> del conocido principio de legalidad formal que rige en el derecho penal.

Dicha garantía determina la obligación de que toda pena ha de ser impuesta por un tribunal con capacidad para ello y, además, siguiendo el procedimiento determinado en las leyes. Y, como se ve, la redacción dada al citado artículo 207, se expresa aquélla en términos muy parecidos a la que ofrece el vigente Código Penal común español, de 1995, que, en su artículo 3.1, donde se señala que «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».

El artículo 209 utiliza una clasificación que resultaría extraña a la realidad penal española actual y es la de diferenciarlas en militares y comunes. La razón de la diferencia, con carácter general, estriba en que las primeras se imponían a resultados de la comisión de los delitos de propia mano, es decir, aquellos que sólo podían ser cometidos por quienes ostentaran la condición de militar, mientras que las segundas son las previstas para aquellos delitos cuyo sujeto activo podía ser cualquier persona, así como para los supuestos de los delitos militares propios de fraude y contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo.

Ambas están contempladas y definidas en el Código de Justicia Militar. Por orden de gravedad éste las relaciona iniciando con la muerte y siguiendo con las de reclusión militar, pérdida de empleo, prisión militar desde tres años y un día, y separación del servicio para terminar con la de prisión militar hasta tres años. Las comunes son las de muerte, reclusión, prisión desde tres años y un día, prisión hasta tres años e inhabilitación, la pérdida o comiso de los efectos del delito.

Como penas accesorias militares se recogen la degradación militar, la suspensión y la deposición de empleo, el servicio disciplinario, la expulsión de filas militares con pérdida de todos los

derechos adquiridos en ellas. Y como accesorias de las comunes comprendidas en esta ley «la inhabilitación (en los casos que la Ley lo determina) y la de suspensión de cargo público, profesión u y derecho de sufragio.»

Por su especial importancia se pone aquí de relieve que la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, estableció en su artículo 24 que sólo podía imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra por la comisión de los delitos de tal Cuerpo legal que así la contemplaban, fiel transposición de lo dispuesto en el artículo 15 «in fine» de la Constitución española de 1978.

#### 4. PROCEDIMIENTOS MILITARES

Según la clasificación inicial de los tratados que componen el propio CJM de 1945 y elegida para la presente exposición —traslizando fielmente la que aquél ofrece— es turno de referirse a los procedimientos militares, a los que dedica el Tratado III.

Sin afán de hacer una enumeración detallada de los capítulos y artículos que lo integran, me centraré inicialmente en su Título VI, sobre los procedimientos previos, obviando un posible análisis sobre el siguiente Título VII, dedicado a la prevención y formación de las causas.

En cuanto al primero de ellos, el procedimiento previo, el legislador de la época se enfrenta al eterno problema de cómo se ha de proceder, una vez obtenidos y delimitados en cierta o buena medida, los hechos de apariencia infractora (con mayor o menor grado de verosimilitud, tanto en cuanto a su ocurrencia como en cuanto a su apariencia delictiva) y arbitra un modo de hacerlo que recalará más adelante en la Ley Procesal Militar de 1989 bajo la figura de la diligencias previas (sirviéndose incluso de idéntica denominación<sup>415</sup>), concebidas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta grave. Porque en estos casos, desde luego, sigue diciendo el legislador, se incoará causa o expediente judicial, según corresponda.

El Código ofrece, así cabe entenderlo, un camino sensato y equilibrado que permite evitar las ominosas consecuencias que puede acarrear la precipitación a la hora de acudir a los procesos penales tipo, en los que la labor de la justicia —sin perjuicio

del otorgamiento al aparente infractor de los derechos que su defensa lleva implícitos— se muestra con una mayor rotundidad en sus trámites procesales, como, por ejemplo, en la adopción de medidas cautelares personales restrictivas como la detención o prisión preventiva que, en cambio, no cabe adoptar mientras lo actuado se efectúe en el ámbito del procedimiento previo<sup>416</sup>, o del mismo modo que al implicado no se le tiene aún como inculcado o presunto responsable de los hechos investigados (ni tampoco a ningún otro de los sujetos que aparecen en las actuaciones). Igual sucede, por último, respecto de la imposibilidad de adopción de medidas sobre sus bienes.

Por el contrario, y respondiendo, si se me permite, a la lógica del Derecho procesal, tan pronto como de las actuaciones practicadas en el Procedimiento previo —dice el artículo 519 del Código de Justicia Militar— resultasen indicios racionales que permitan suponer la existencia de un delito o falta grave, el Instructor elevará desde luego lo actuado a causa o expediente. Y añade, «dando cuenta al autoridad que lo nombró y a la autoridad judicial correspondiente, es decir de la que dependa».

La tramitación posterior discurre por los cauces lógicos en la evolución de los trámites de unas actuaciones en trámite en el ámbito procesal.

Si los hechos no revisten características de delito o falta grave, el Instructor lo terminará cuando lo estime completo enviándolo al Auditor, quien podrá devolvérselo para ampliación de algún extremo relevante o elevarlo a la autoridad judicial con su dictamen para la procedente resolución. Ésta acordará la terminación de lo actuado sin declaración de responsabilidad y archivo de lo actuado<sup>417</sup>.

O bien su elevación a causa o expediente, designando un nuevo Instructor para continuar su tramitación o manteniendo al que la ha llevado adelante hasta entonces.

Por su singularidad se considera obligatorio hacer una referencia más detallada a la fase procesal denominada de Plenario por el CJM. Y ello sobre todo porque dicha fase del procedimiento penal militar fue eliminada del ordenamiento jurídico español mediante la derogación del Tratado III<sup>418</sup> (que daba cabida a su regulación, en su Título XIII, y era el único Tratado aún vigente entonces del CJM de 17 de julio de 1945) por la nueva y actualmente vigente, aunque modificada sucesiva y parcialmente en

varias ocasiones, Ley Procesal Militar de 1989, en su única Disposición Derogatoria, del siguiente tenor:

Quedan derogados: El Decreto de 11 de julio de 1934, sobre detención de militares, el Tratado tercero del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica.

Esta fase procesal requería un estudio previo del Sumario por parte del Auditor tras recibirla del juez instructor que había entendido, al elevarla a dicha autoridad —junto con las piezas de responsabilidad civil y prisión, en su caso, que se habían practicado todas las labores o diligencias realizables para la comprobación del delito y la averiguación de los presuntos responsables, tras hacer un resumen detallado de todas las actuaciones y sin emitir su parecer sobre la decisión que pueda adaptarse.

Así dice el Preámbulo de la Ley adjetiva derogadora, Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar en su párrafo quinto: «El procedimiento ordinario ha tomado sus normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptándolas a las peculiaridades que exige la jurisdicción militar, con lo que ha resultado un procedimiento más breve que el anterior, suprimiendo la anterior fase de prueba en plenario, abreviando plazos, limitando los recursos, aunque dejando siempre la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior, mediante los recursos de apelación y casación y el de revisión y desechando el recurso de reforma, aunque se regulan los de queja y súplica.

A pesar de la levedad de esta exposición resulta inaceptable no detenerse en aquella institución procesal más conocida u oída por la generalidad de los españoles (al menos los pertenecientes a las generaciones cuya edad se encuentra por encima de los 45 años) —y ciertos curiosos ciudadanos extranjeros, fuera aparte de los especialistas en derecho militar a los que su conocimiento se les supone— que es el Consejo de Guerra.

Enmarcada su regulación en el título XIV del Título que ahora me ocupa, ha sido el cauce procesal ordinario —y el más frecuentemente utilizado— para la administración de la justicia en el ámbito castrense español hasta la publicación de la vigente Ley Procesal 2/1989, de 4 de abril.

Por lo que a su constitución se refiere, la designación de sus componentes se efectuaba por la autoridad judicial o militar que co-

rrespondiera, previa petición a ésta de la orden para su celebración, que formulaba el Instructor de la causa, comunicándole simultáneamente el nombre del designado como vocal ponente y el de los generales, almirantes, jefes y oficiales que podían ser incompatibles para formar parte del mismo por haber intervenido ya en la causa o resultar de ésta el motivo. La orden que se publicaba en la general de la plaza, debía contener el nombre, condición, empleo y destino, en su caso, del procesado, si fuere militar; el delito perseguido, sitio, día y hora de celebración del Consejo y la relación de los designados para formarlo, del fiscal y el defensor, con expresión de sus nombres, empleo y destino. En la misma orden se invitaba a los jefes y oficiales francos de servicio para su asistencia al acto.

Recibida la orden por el instructor la notificaba al fiscal, y al defensor y procesado o procesados a efectos de posible incompatibilidad de los componentes del consejo de guerra.

Todos sus componentes habían de acudir a la celebración del acto de la vista con uniforme reglamentario y sable. La asistencia al juicio tenía la consideración de acto de servicio preferente. Tal calificación la conserva en la actualidad no sólo la asistencia a la vista del juicio oral de los procedimientos judiciales militares vigentes, sino la participación de los militares, en cualquier concepto, en la administración de la justicia militar o en los procesos militares<sup>419</sup>.

También los procesados quienes, de ser militares, lo hacían sin armas y si estaban presos, convenientemente custodiados.

Ocupados sus asientos por quienes debían componer el Consejo, el Presidente lo declaraba constituido y manifestaba el objeto del mismo.

Entre otras funciones al Presidente del Consejo correspondía dirigir el acto de la vista, suspenderlo, si fuera el caso, y mantener el orden en el lugar en que se celebraba.

Los consejos de guerra eran públicos, salvo que por razones de moralidad, disciplina u orden el Presidente acordase que se verificase «a puerta cerrada». También cuando se trataba de delitos de espionaje.

La vista empezaba mediante «el apuntamiento» breve de los autos que leía el Instructor. Después se recibía declaración sin juramento al procesado.

El Código de Justicia Militar a continuación, en su artículo 767 y siguientes (hasta el 806) va tratando desde cuestiones meno-

res, relativas a la disposición de los vocales en la sala de justicia, a otras que regulan el orden y modo de práctica de las pruebas durante la vista, su desarrollo posterior, la reunión del Consejo para deliberar y dictar sentencia —siendo la regla que se realizaran tales actuaciones judiciales de modo ininterrumpido y dentro del mismo día, salvo que la complejidad de la causa requiriera obrar de otro modo—, para terminar con las diligencias posteriores al Consejo de Guerra.

Por la patente diferencia entre el sistema procesal de la jurisdicción unida al mando —que domina toda la regulación contenida en el antedicho Código— y la normativa procesal (y penal) militar hoy existente se hace a continuación mención de los siguientes extremos:

- Las sentencias dictadas por los consejos de guerra no eran firmes, precisaban de la posterior aprobación de la autoridad judicial competente, que, como se ha mencionado al inicio de este trabajo, era un militar perteneciente a uno de los tres ejércitos a quien el Código se refiere en su artículo 40<sup>420</sup>, ya transcrito al inicio del presente texto.
- Tal circunstancia, por exigencia legal, debía expresarse en la notificación de la sentencia dictada por aquél. Dice el artículo 797, párrafo primero: «La sentencia... se notificará, dentro de las 24 horas... al procesado, fiscal y defensor, haciendo constar que no es firme hasta que no reciba la aprobación de la autoridad judicial.»
- La aprobación de la sentencia del Consejo de Guerra por parte de la autoridad judicial requería que se otorgase por ésta previo dictamen de su auditor (general o coronel del cuerpo jurídico perteneciente al mismo ejército que aquella y destinado a sus órdenes en su auditoría de guerra). Caso, escasamente frecuente, de que el Auditor se mostrase contrario a la aprobación de la sentencia en cuestión se elevaban las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar, radicado en Madrid, para su resolución.

El artículo 50 recoge así la singular institución jurídica del «DESISTIMIENTO» al establecer que «Las autoridades judiciales resolverán los asuntos de justicia, previo dictamen de su Auditor. Si no estuvieran conformes con el mismo, razonarán su disentimiento y elevarán los autos al Consejo Supremo de Justicia Militar para la

resolución que corresponda.» Precepto éste de extraordinaria valía para los Cuerpos Jurídicos militares de los diferentes Ejércitos y, a sus resultas, para el fortalecimiento de la aplicación de la justicia en la esfera castrense donde el Mando carecía ordinariamente de los conocimientos jurídicos que resultan inevitablemente precisos para desempeñar tal labor.

— No existía otro recurso frente a la sentencia firme que el recurso de revisión, siendo sus exclusivos motivos de interposición<sup>421</sup> los siguientes:

1. Cuando hubieran sido condenadas dos o más personas por un delito que no podría haber cometido una de más que una sola
2. Condenado alguien como autor, cómplice o encubridor, de la muerte de una persona cuya existencia se acredita posteriormente a la fecha de la sentencia condenatoria.
3. Cuando hubiera sido condenada una persona en sentencia cuyo fundamento fuera testimonio o documento declarado posteriormente falso por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo alcanzada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia judicial firme dictada en causa seguida al efecto.
4. Cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por juez o tribunal que posteriormente fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo.
5. Cuando sobre los mismos hechos hubieren sido dictadas dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o diferentes Jurisdicciones.
6. Cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes para evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas.

## 5. EPÍLOGO

El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 fue reformado en varias ocasiones siendo de especial relevancia la modifi-

cación producida por la Ley de 21 de julio de 1949 y la modificación efectuada por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar.

Y la desaparición del Ordenamiento Jurídico español vino de la mano de:

- Por lo que hace al Tratado Segundo «Leyes penales militares», por la Ley Orgánica núm. 13/1985, de 9 de diciembre, aprobatoria del Código Penal Militar<sup>422</sup>, cuya Disposición Derogatoria expresaba: «Queda derogado el Tratado II «Leyes Penales» del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la jurisdicción militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito.
- Por lo que hace al Tratado Primero, relativo a «Organización y atribuciones de los tribunales militares».
- Y por lo que se refiere al Tratado tercero, Procedimientos militares, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar.

68. LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR DESPUES  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: LA LEY ORGÁNICA 9/1980

JOSÉ OLIVEROS ROSSELLÓ

*Coronel Auditor*

El consenso por solapamiento, que fue el común denominador de la «transición española», afectó profundamente a la institución militar, a los conceptos de defensa nacional y de organización militar y, como no podía ser de otra forma, a la jurisdicción militar.

Las razones de esa modificación institucional fueron bastante obvias. Se fraguaron durante la preparación del texto constitucional, que una vez aprobado en referéndum, se convirtió en un imperativo legal. La ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, en su artículo 40, con cinco apartados, establecía los criterios generales que debían considerarse en la reforma de la jurisdicción militar, fijándose un plazo de tres meses en su disposición final, para que el Gobierno publicara un calendario de presentación de proyectos a las Cortes Generales.

La Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar fue la concreción de esa disposición final. Pero la reforma de la jurisdicción militar no solo estuvo iluminada por la reforma de la institución militar.

Previamente a la Constitución, fueron los Pactos de la Moncloa, en sus «Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política» de 27 de octubre de 1977 los que exigieron una reforma urgente y parcial de la Legislación Penal y Procesal para adaptarla a la «nueva realidad democrática». En el punto VII se acordaba «la reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:

- 1.º por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

- 2.º por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.
- 3.º por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar.
- 4.º sometimiento a los tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.
- 5.º fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar», (cfr. «los Pactos de la Moncloa», Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, págs. 85 y ss.).

Los diferentes anteproyectos que culminaron en la Ley Orgánica 9/1980 comenzaron con el elaborado por el Consejo Supremo de Justicia Militar en los primeros meses de 1978, con un segundo proyecto de ley del Ministerio de Defensa, que se remitió al Congreso de los Diputados en noviembre de 1978, y un tercer proyecto remitido por el Gobierno, que surgió tras las elecciones, que culminó con la Ley Orgánica en cuestión. El primer anteproyecto del Consejo Supremo de Justicia Militar planteó una profunda y extensa modificación del Código de Justicia Militar, con la propuesta de reforma de más de 400 artículos, introduciendo aspectos no exigidos por los Pactos de la Moncloa y que fue sometido a consulta de las autoridades judiciales de los tres ejércitos y que sirvió de base para que el Ministerio de Defensa elaborara un segundo Anteproyecto. El Ministerio de Defensa lo estimó excesivo y elaboró su propio anteproyecto, más reducido de 150 artículos, respetando la redacción que dio el Consejo Supremo de Justicia Militar, que sirvió de base para remitir un Proyecto de Ley, que fue remitido por el Gobierno a las Cortes el 15 de Diciembre de 1978 (2). Supuso una tímida y parcial reforma, que destacaban la autonomía y la especialización de la Jurisdicción Militar. Se proponía introducir un recurso de Casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, contra las Sentencias en primera instancia del Consejo Supremo de Justicia Militar. En diciembre de 1978 se promulga la Constitución, se disuelven las Cortes y se convocan nuevas elecciones, por lo que caduca el proyecto de ley indicado.

El Gobierno surgido tras las elecciones, tuvo en cuenta la referencia constitucional a la jurisdicción militar, en el art. 117 dentro de la regulación del Poder Judicial del Estado, el estado de opinión pública referente a la jurisdicción militar, por amplia repercusión en medios de difusión, y el procesamiento de la directora de cine Pilar Miró por la película «El crimen de Cuenca» por la jurisdicción militar y que determinaron un tercer proyecto de Ley que abordó la reforma de la jurisdicción militar. Además de la adaptación a la Constitución, la insuficiencia de las reformas proyectadas anteriormente y teniendo en cuenta la regulación de la misma en los países de nuestro entorno, se decidió abordar una reforma provisional y transitoria, estableciéndose, un plazo que se concretó en la Disposición Final Primera y Segunda, de un año para elaborar un proyecto articulado de código o códigos «referentes a la justicia militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la jurisdicción militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación». El plazo se reducía a seis meses para la remisión de un proyecto de ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario de los ejércitos.

En cumplimiento de esas disposiciones de la Ley Orgánica 9/1980, que entraron en vigor el 7 de noviembre de 1980, se publicó la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1980 por la que se constituía la Comisión para Estudio y Reforma de la Justicia Militar, en el seno del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Es decir, la reforma de 1980 no fue más que una transición hacia las más profundas y sustanciales reformas de la Justicia Militar que se concretaron en años posteriores con un nuevo Código Penal Militar, Ley Orgánica Procesal Militar, Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y una nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas.

Esa provisionalidad de la reforma de 1980 estaba motivada por la necesidad «de no romper bruscamente con el orden constituido ni de dismantelar instituciones de profundo arraigo en el ámbito de la jurisdicción Castrense» (en expresión de Juan

Gómez Calero), pues se debía evitar un salto al vacío ante la imposible incardinación en la Constitución del Consejo Supremo de Justicia Militar o la atribución a los capitanes generales (en concurso con su Auditor) de facultades jurisdiccionales.

La reforma de 1980 mantuvo esa estructura, pero añadiendo un Recurso de Casación ante la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, conforme los motivos y trámites regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y contra las sentencias de los Consejos de Guerra, con limitaciones (artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 9/1980). Era el primer entronque entre la justicia militar y la ordinaria, que se profundizó con las reformas posteriores y con la creación de la Sala V en el Tribunal Supremo. Esa primera conexión pretendió dar tintes de constitucionalidad a la reforma de esa Ley Orgánica de 1980. Las limitaciones iniciales de ese recurso de casación, exigiendo que la condena del recurrente fuera privativa de libertad superior a tres años, del art. 13 de la Ley Orgánica 9/1980, fueron declaradas inconstitucionales en 1982 y 1985 (STC 22/82 de 12 de mayo, STC 27/1985, de 26 de febrero, STC 33/1985, de 7 de marzo, entre otras), convirtiéndose en un recurso de casación ordinario, según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se evidenció la transitoriedad e insuficiencia de la reforma, la necesidad de una modificación de más calado y lo complejo, desde el punto de vista constitucional, de mantener al mando militar como autoridad judicial. Fue el primer paso para organizar una jurisdicción militar integrada en el poder judicial del Estado, separada del poder ejecutivo, sin intervención del mando militar. Hasta la fecha actual hemos podido observar diferentes modificaciones legales en ese sentido, pero esa referencia de la Ley Orgánica 9/1980 al recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, estimo que fue el primer precedente y punto de inflexión que determinó las reformas posteriores que constituyen la columna vertebral de la actual Jurisdicción Militar.

También la «constante preocupación competencial» (en expresión de Antonio Millán Garrido) supuso que durante la tramitación parlamentaria se pasara de los once artículos de Derecho Penal material del Proyecto de Ley presentado, se pasara a treinta. La limitación constitucional del «ámbito estrictamente castrense», está trasladada a la Ley Orgánica 6/1980, ya referida, a la Ley

Orgánica de Poder Judicial 6/198 de 1 de julio, a la Ley Orgánica 4/1981 de Estados de Alarma Excepción y Sitio, y se concretó en la Ley Orgánica 9/1980, modificando los artículos 2, 6, 7, 9, 13, 16, 21, 48 y especialmente el artículo 194, donde se regulaba la competencia por razón del delito, por razón del lugar, por razón de la persona y añadiendo un concepto jurídico indeterminado, novedoso y problemático cual fue «que afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas» en ocasiones refiriéndose a los Ejércitos o a sus clases. Esa expresión se constituyó en el eje vertebrador de la competencia de la jurisdicción militar que se pretendía reducir, abandonando el sistema del Código de Justicia Militar de incriminación independiente de los delitos militares, por la militarización de los delitos comunes, en el nuevo artículo 6, 7, 9, 16 y 194 del Código de Justicia Militar.

Tampoco fue pacífico el mantenimiento del Real Decreto Ley núm. 48/1978, de 21 de diciembre, en el que se sustituía la pena de muerte, para tiempos de paz, por la de treinta años de reclusión, tanto en el Código de Justicia Militar como en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, manteniéndose la pena de muerte para «tiempos de guerra», sin que la reforma de 1980 concretara la interpretación auténtica del contenido de la expresión «tiempos de guerra».

Como características resumidas de la reforma de 1980 de la jurisdicción militar podemos significar, además de las referidas las siguientes:

- Creación de los Juzgados togados militares de instrucción (artículo 12 de la Ley Orgánica 9/1980). Aunque su denominación no es uniforme, abreviadamente se denomina «juez togado», asignándose entre sus funciones proceder de oficio en aquellos casos de delitos competencia de la jurisdicción militar, conocimiento y resolución de las infracciones de naturaleza común con pena no superior a seis meses de prisión, siendo los encartados tropa y marinería, manteniéndose las diligencias preparatorias para los procedimientos instruidos por uso y circulación de vehículos a motor, por lo que se integraban los antiguos Juzgados Militares del Automóvil en los Juzgados Togados Militares de Instrucción, pudiendo también condenar por faltas en los términos de la letra c) del art. 12.

Es decir, tenía encomendada la instrucción y también el fallo en determinados asuntos.

- Su designación estaba prevista en el art. 136-2 del Código de Justicia Militar «en forma reglamentaria y previa conformidad del Ministro de Defensa» lo que ya planteaba problemas respecto de la consideración de la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial y el estatuto personal de los que ejercen funciones jurisdiccionales. Ya se preveía que estuvieran asistidos de uno o varios Secretarios Relatores y auxiliados por el personal del mismo destino. Se mantenían también los jueces permanentes, del art. 152, los jueces eventuales, del art. 137, del «Juez Instructor Jurídico», del art. 141 y el «juez especial» del art. 143, lo que planteaba evidentes problemas y disfunciones. Los antiguos Juzgados Militares del Automóvil sirvieron como base de estos nuevos órganos, que se constituyeron como la primera línea de la jurisdicción militar. En reformas posteriores se fueron suprimiendo los Juzgados Permanentes, Eventuales y Especiales, excluyendo a los militares de armas de esas funciones jurisdiccionales, atribuyéndoselas a miembros de los, entonces, tres cuerpos jurídicos militares.
- Supresión de la figura del fiscal militar y cuyas funciones se atribuyen al nuevo fiscal jurídico militar (art. 9 de la Ley Orgánica 9/1980). Su estructura, organización y funciones se regulan en los nuevos arts. 87, 123 y 127 del Código de Justicia Militar. Esa modificación de la Ley Orgánica constituyó el germen de la fiscalía jurídico militar, tal y como la concebimos hoy en día, es decir, dependiente de la Fiscalía General del Estado, siguiendo los criterios constitucionales de unidad y dependencia jerárquica y excluyendo a los militares no jurídicos del ejercicio de la función de representación del Ministerio Público y de la acusación pública. En las reformas posteriores se mantuvo un recurso de casación especial, con legitimación especial, respecto determinados mandos militares superiores, como residuo de esa intervención histórica del mando militar en la acusación en el proceso penal militar. Legitimación especial que fue extraída de la legislación procesal militar.
- Articulación de la defensa letrada y del defensor militar en los procedimientos judiciales militares. (arts. 154 a

165 del CJM). Se pretendió dar cobertura constitucional con esta reforma a la exigencia de asistencia letrada. Fue un camino también transitorio, donde cohabitaban para el ejercicio del derecho de defensas, tanto abogados en ejercicio como oficiales de las armas, cuerpos o institutos de los ejércitos, pudiendo ser asistidos por ambas clases de defensa los detenidos, procesados o acusados. Las reformas posteriores, que suprimieron la figura del Defensor militar, demostraron la transitoriedad y espíritu de consenso de esta reforma de 1980, que, como se ha indicado no pretendía realizar un salto al vacío ni romper radicalmente las «viejas estructuras».

- La reforma de 1980 incluye, además, una multitud de singularidades tanto de índole sustantivo penal como procesal. Es el caso de la minoría de edad, de la fuerza irresistible, donde se llegó a admitir la fuerza de origen interno o moral como una posibilidad dentro de ese concepto, aspectos hoy ya olvidados, o la regulación de la obediencia debida con una nueva concepción de esa eximente más adecuada a la dogmática penal del momento.
- Respecto de la pena de muerte, se optó por su mantenimiento, al amparo del art. 15 de la Constitución, que la reservó para tiempos de guerra, sin que la Ley Orgánica describiera, concretara o precisara el concepto de tiempo de guerra.
- Respecto de las penas, se regula la pérdida de empleo, suprimiendo la degradación militar pública y solemne y la separación del servicio, dejando a salvo los derechos pasivos, regulando los efectos especiales de las penas de la Ley Penal Común. Se incluyó la posibilidad de suspensión de condena por delitos militares «a los penados que no pertenezcan a los ejércitos o estén agregados a ellos» (art. 245).
- Respecto de los delitos de la parte especial, la reforma de 1980 clarifica, con interpretaciones auténticas muchos conceptos, distingue la traición militar de la traición común, se sustituye la expresión «bandera de la Patria» por «bandera de España», en el delito de alzamiento, se añade el ordenamiento constitucional como objeto de protección, se circunscriben las cuestiones referidas a las armas de guerra, a la sedición militar o al delito de insulto a fuerza armada,

en el que se suprimió la referencia a los miembros de la Guardia Civil, que históricamente estaban equiparados a los miembros de las Fuerzas Armadas. También se modifican los delitos de ultraje a la Nación, a la bandera nacional o estandartes o al himno nacional. También a las ofensas a emblemas o insignias militares o las injurias a los Ejércitos. Se añaden delitos patrimoniales, agrupando los del Código de Justicia Militar, como el fraude militar o la defraudación de suministros. Especialmente importante es la referencia a la Guardia Civil, cuyo carácter militar se ha mantenido históricamente y hasta la fecha, y al que hacía especial referencia la Ley Orgánica 6/1980 reguladora de los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, pues en sus artículos 38 y 39, con su doble dependencia en tiempo de paz del Ministerio de Interior y de Defensa, dependiendo de este último en tiempo de guerra o durante el estado de sitio. Se indica que una Ley Orgánica regulará las funciones relativas al orden y la seguridad pública y que el Reglamento Orgánico del Cuerpo de la Guardia Civil regulará la organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina. Ninguna duda había entonces respecto del sometimiento de la Guardia Civil a las normas penales y procesales militares.

- Incipiente separación entre el Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario, con una modificación del Título XV del Tratado Segundo del Código de Justicia Militar, pero confundiéndose aun infracciones disciplinarias y otras típicamente penales como el quebrantamiento de condena, la desertión o el abuso de autoridad. La Disposición Final Segunda, como ya se ha explicado al inicio de este trabajo, estableció un plazo de seis meses para que el Gobierno presentara un proyecto de ley con «los principios fundamentales del régimen disciplinario de los ejércitos». Fue el germen de la separación entre el derecho disciplinario y el penal, que se formalizó en las leyes orgánicas posteriores.

BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán Núñez, A. y Egido Trillo-Figueroa, B. (1982), «Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar». *Ejercito*, núm. 513.
- Blay Villasante, F. (1981), «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar. Incluido en el dossier Reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.
- Bravo Navarro, M. (1981), «Reforma de la justicia militar. Incluido en el dossier Reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.
- Fernández Segado, F. (1982), «La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional». *Revista de Derecho Público*, núm. 88. Madrid.
- Fernández Segado, F. (1991), «La jurisdicción militar en su perspectiva histórica». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, Tomo I. Madrid.
- González-Deleito y Domingo, N. (1979), «La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España». *REDM*, núm. 38. Madrid.
- Gómez Calero, J. (1983), «La figura del juez togado en la jurisdicción militar». *REDM*, núm. 51.
- Millán Garrido, A. (1982), «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar». *Revista Española de Derecho Militar*.
- Millán Garrido, A. (2010), *Justicia militar*. Editorial Ariel, Derecho. 8.<sup>a</sup> Edición. Madrid.
- Pascual Sarría, F. L. «Bosquejo histórico del derecho penal militar español desde la antigüedad a nuestros días». *Revista de Historia Militar*, núms. 80 y 81.
- Rojas Caro, J. (1983), «¿Pueden los Tribunales ordinarios imponer las penas accesoria del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?» *Revista de Derecho Público*, Madrid.
- Valenciano Almoyna, J. (1978), «En torno a un nuevo Código de Justicia Militar». *Revista Española de Derecho Militar*.
- Valenciano Almoyna, J. (1980), *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid.
- Valenciano Almoyna, J. (1981), «La Ley de Reforma del código de Justicia Militar, Aspectos más importantes». Incluido en el dossier *Reforma del Código de Justicia Militar*. *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 481. Madrid.



## NOTAS



1. El propio José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, autor del anteproyecto del CPM 2015, en su artículo *El Anteproyecto (2013) de Ley Orgánica de Código Penal Militar*, publicado en la Revista Española de Derecho Militar núm. 100, pág. 98, ed. Ministerio de Defensa, Madrid 2014, resumía de la siguiente forma la nueva regulación de los delitos militares:

Delitos militares tipificados en el Código Penal Militar

Tipificación completa y señalamiento de una pena en el Código Penal Militar (por ejemplo, delito de desertión).

–Remisión al tipo del Código Penal y establecimiento de una pena en el Código Penal Militar (por ejemplo, delito de atentados contra los medios y recursos de la seguridad o defensa nacionales).

–Remisión completa (tipo y pena) al Código Penal (por ejemplo, delitos contra la Administración de la Justicia Militar).

–Remisión integral al Código Penal de familias delictivas completas, cuando se cumplen determinadas condiciones según el artículo 9 apartado 2 del Anteproyecto (por ejemplo, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado).

2. Millán Garrido, A.: *Pasado, presente y futuro de la legislación penal militar española [Antecedentes y breve análisis del proyecto de nuevo Código Penal Militar]*, texto del discurso leído por el autor en la solemne recepción como Académico de número de la Real Academia de San Dionisio, de Ciencias, Artes y Letras, el día 21 de octubre de 2014, publicado en la Revista Española de Derecho Militar núm. 102, pg. 310, ed. Ministerio de Defensa, Madrid 2015.

3. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): *¿Cuál es la definición de conflicto armado según el Derecho Internacional Humanitario?*, Documento de Opinión, marzo de 2008. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

4. Dictamen del Comité de Derechos Humanos. 69º período de sesiones 10-28 de julio de 2000. Comunicación Núm. 701/1996. Caso Cesáreo Gómez Vázquez contra España.

5. SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Coll vs España; de 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios vs España; de 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández vs España; y de 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez vs España.

6. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, fue ratificado por España por instrumento de 13 de abril de 1977, publicado en el BOE el 30/04/1977 y entró en vigor el 27 de julio de 1977. España también ratificó su Protocolo facultativo por instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985 (BOE 2 de abril de 1985).

7. El Protocolo 7 del CEDH, de fecha 22 de noviembre de 1984, entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988 y para España el 1 de diciembre de 2009. Aprobado y ratificado en España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

8. La STC núm. 223/2002, de 25 de noviembre, en su FJ 3 contiene el siguiente aserto: «este Tribunal viene manteniendo, a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal por razón de la existencia en él del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción, sin que pueda encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos».

Vid. asimismo SSTC 116/2006, de 24 de abril y 194/2015, de 21 de septiembre.

9. STC Pleno núm. 88/2013, de 11 de abril, STC 116/2006, de 24 de abril, y STC 42/1982, de 5 de Julio.

10. SSTC 81/1989, de 8 de mayo, y STC 116/2006, de 24 de abril (FJ5).

11. El mismo informe del CGPJ de 5 de octubre de 2005 añade, sobre el particular que tratamos, el siguiente aserto: «No obstante, se ha observado que la única excepción a esta regla general procede del art. 14.5 del PIDCP, norma de derecho interno español (art. 96.1 de la CE) que a la vez ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas (art.10.2 CE), conforme al cual toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, este derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena por un Tribunal superior no tiene como correlato necesario la implantación de un recurso de apelación que abra la segunda instancia».

12. Vid. STC núm.55/20015 (FJ 4), de 16 de marzo.

13. Importantes matizaciones que permiten adaptar el recurso a las exigencias constitucionales (STC 167/2002) derivadas del principio de inmediación, que afecta en especial a los recursos de las acusaciones en las que se solicita la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria.

14. LECrim art. 790 (...) 2. El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de

las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación (...).

15. Sentencias del TEDH de 26.05.1988, Caso Ekbatani *vs* Suecia; de 29.11.1991, caso Helmer *vs* Suecia; de 27.06.2000, Caso Constantinescu *vs* Rumanía, entre otras.

16. Jaén Vallejo, M. «Recursos contra sentencias penales». En la web Elderecho.com. Tribuna penal 2016, quien sobre el particular cita a su vez a Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015, pág. 537.

17. Bacigalupo Zapater (2006) «La reforma del sistema de recursos en el proceso penal», en Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez». (Madrid) Dickinson pp 597-609; y «Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada doble instancia). Actualidad Penal Núm. 12, del 18 al 24 de marzo del 2002. Citas éstas extraídas de la excelente obra realizada por Fernández Pérez, J.A. en *Sistema de recurso, doble instancia y proceso penal militar*. Estudios de Derecho Militar. Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa. Madrid 2009, pág. 110.

18. Hoy obsoleto, al haber desaparecido las faltas comunes del Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

19. Seguido de otros en igual sentido contra España, como los de fechas 7 de agosto de 2003 (caso Sineiro Fernández; Comunicación núm. 1007/2001); 30 de julio de 2003 (Caso Joseph Semey; Comunicación núm. 986/2001); 1 de noviembre de 2004 (caso Alba Cabriada; Comunicación núm. 1101/2002); 25 de mayo de 2005 (caso Martínez Fernández, Comunicación 1104/2002), y 22 de julio de 2005 (caso Bernardino Gomariz Valera; Comunicación núm. 1095/2002).

20. Así, en el caso Cesáreo Vázquez contra España, en el punto 11.1, el Comité indica en sus conclusiones (punto 11.1) que «la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto». Parece dar la impresión de que a través del recurso de casación «no existe posibilidad» de revisión más que a los aspectos formales o legales de la sentencia.

21. Tal es el caso de las decisiones que se reseñan a continuación.

–Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005, Parra Corral c. España, § 4.3) en la que se señala que «la alegación referente al párrafo 5 del artículo 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas, no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena».

–Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4) interpreta que «del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual».

–Decisión de 25 de julio de 2005 (Comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5), sostuvo que «del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que «la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo», sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque «hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés».

–Decisión de 28 de octubre de 2005 (Comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) concluyó que «del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél», por lo que considera que la queja «no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad» y la declara inadmisibile».

–Decisión de 25 de marzo de 2013 (Comunicación núm. 1943/2010, Henri Parot c. España). En ella, el reclamante planteaba que «no existe una segunda instancia con competencia de revisar o impugnar los hechos considerados probados en la sentencia de la Audiencia Nacional, bajo los principios de objetividad, igualdad entre las partes y neutralidad, capaz de analizar la proporcionalidad y equidad de la pena aplicable. Por tanto, el ordenamiento jurídico del Estado parte no observa el derecho reconocido en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto». Sin embargo el Comité observa que «en su sentencia de 2 de noviembre de 2007, el Tribunal Supremo examinó extensamente el fallo condenatorio y la sentencia impuesta por la Audiencia Nacional, y concluyó que existía prueba suficiente para confirmar la apreciación de los hechos realizada en primera instancia; que las pruebas presentadas eran válidas y no se había afectado el derecho a la defensa del autor; y que la imposición de la condena por el delito de pertenencia a banda armada había sido adecuadamente aplicada». El comité expresó que «ha examinado los materiales presentados por las partes, incluida la sentencia del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación presentado por el autor». Y como consecuencia de todo ello, «el Comité considera que dichos materiales no muestran que el proceso penal seguido contra el autor adoleciese de tales defectos. Se inadmite la reclamación.

–Decisión de 21 de julio de 2014 (Comunicación núm. 2037/2011, MRR c. España). Inadmite la comunicación porque en la sentencia de ca-

sación, «El Tribunal Supremo no limitó su examen a los aspectos formales de la sentencia de la Audiencia Provincial. Por el contrario, evaluó todas las pruebas presentadas durante las actuaciones, que permitieron a la Audiencia Provincial llegar a la conclusión de que el autor era culpable del delito de fraude».

22. STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Kombrach vs Francia*), citado entre otras por las SSTC 70/2002, de 3 de abril y 80/2003, de 28 de abril.

23. La STC 70/2002, de 3 de abril; aparece citada como punto de referencia por otras muchas, como es el caso de las SSTC 80/2003, de 28 de abril, 105/2003, de 2 de junio, y 116/2006, de 24 de abril.

24. STC 116/2006, de 24 de abril. Ésta STC recuerda también que «el Comité (de Derechos Humanos de la ONU) ha precisado [...] que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló (Decisión de 28 de marzo de 1995, Comunicación núm. 536-1993, *Perera c. Australia*)».

25. Por su interés reproducimos a continuación en parte el FJ 1.º de la STS 2.ª 1487/2004, que dice así: «Aun cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero), lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente. Por su parte, esta Sala consideró la cuestión en el Pleno no jurisdiccional de 13-9-00 en el que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Y, tras el Pleno de 28-9-01, en ATS de 14-12-01, la Sala precisó que «los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional), han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo sobre el que se articula la valoración de la prueba. La vía de la presunción de inocencia, ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba.

El análisis racional de la prueba es una exigencia del propio valor de la justicia; la irracionalidad y el abandono de la lógica vulneran el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal en una sociedad democrática». El atento examen de la realidad revela que en la práctica judicial los Tribunales de Apelación siguen técnicas de análisis de las sentencias sometidas a su consideración, cada vez más semejantes a las utilizadas por el Tribunal a cuyo cargo está la Casación, y, a la vez, que la revisión que éste realiza se aproxima progresivamente a la de aquéllos, a través no sólo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser considerada inculpativas o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia».

26. Jaén Vallejo, M. *Recursos contra sentencias penales*, elderecho.com/tribuna/penal. 2016

27. Gimeno Sendra, V. «Derecho Procesal Penal». Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Pág. 176

28. El art. 57.2 de la L.O.P.J establece que «la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, diputados y senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas, y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía».

Por su parte el art. 23.2 de la L.O.C.O.J.M establece que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conocerá «de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean competencia de la Jurisdicción Militar, contra Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central».

29. En el caso de las acciones penales contra Diputados y Senadores, explica el Tribunal Constitucional en su STC 22/1997, de 11 de febrero, y 64/2001, de 17 de marzo, que «la finalidad del aforamiento de Diputados y Senadores reside en proteger la propia independencia y sosiego del órgano legislativo y jurisdiccional, frente a potenciales pretensiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo político o institucional que ejerce. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento».

Por lo que respecta a los miembros del Gobierno, esta figura fue justificada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1997 como una necesidad para proteger a los miembros del Gobierno frente a actuaciones que menoscaben sus funciones, a través del uso abusivo de querrelas que confundan la responsabilidad política y la penal.

30. Vid. Caso Terrón c. España. Comunicación núm.1073/2002 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

31. Caso Pascual Estevill c. España. Comunicación núm. 1004/2001, de 25 de marzo de 2003. Luis Pascual Estevill fue vocal del Consejo General del Poder Judicial, condenado en su condición de magistrado por un delito de prevaricación en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal a la pena de seis años de suspensión del ejercicio de la magistratura.

Por su interés, insertamos a continuación la argumentación del Comité de Derechos Humanos de la ONU: «El sistema legal del Estado Parte habría proporcionado el derecho de apelación si el autor hubiera sido juzgado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sin embargo, fue el propio autor quien insistió en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta que el autor es un ex juez de gran experiencia, el Comité considera que, insistiendo en ser juzgado en única instancia por el Tribunal Supremo, ha renunciado a su derecho de apelar. El Comité considera que en las circunstancias del caso, la alegación del autor constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo Facultativo».

32. Caso Capellades c. España. Comunicación núm. 1211/2003, de 8 de agosto de 2006.

33. Tal y como recuerda Ortiz Urculo, J.C. en su *Ponencia: El derecho a la doble instancia penal*. Cursos de Fiscales Especialistas (consultarse en la Web: [fiscal.es](http://fiscal.es)) «el Proyecto de reforma aprobado por el Gobierno en diciembre de 2005, al modificar otra vez la LOPJ, insiste en el planteamiento del anterior legislador y crea dentro de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo las Secciones de primera instancia y de apelación, atribuyendo la instrucción de estas causas a un magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57, 1, 4.º y 2 LOPJ) y lo mismo hace para la Sala de lo (Civil y) Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (Art. 73.3. a y b, y 4) que conocerá de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reserven al conocimiento de los TSJ, y de la instrucción y fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, añadiendo el art. 77 de la LOPJ según el Proyecto 2005 una Sala formada por el Presidente del TSJ, los Presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y el más 11 moderno de cada una de ellas para conocer de las apelaciones contra sentencias dictadas en primera instancia, en procesos penales, por la Sala de lo (Civil y) Penal del TSJ.»

34. Sobre esta propuesta de reforma véase: Matamoros Martínez, Rafael Eduardo. «Líneas básicas para una reforma de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y organización de la jurisdicción militaR (LOCOJM)». Jornadas de Fiscales Especialistas 2016. Edición digital en WEB: [fiscal.es](http://fiscal.es)

35. Las diligencias de investigación, tramitadas de forma contradictoria por el Fiscal jurídico militar —previa, en su caso, la práctica de unas diligen-

cias preliminares de comprobación antes de dictar el decreto de apertura— y que concluirían ordinariamente con la presentación por el fiscal de un escrito de acusación, dentro de un plazo máximo legalmente establecido. La querrela, de formularse, se presentaría ante el fiscal.

36. El juez togado tendría encomendada la función de autorizar las medidas limitativas o privativas de los derechos fundamentales y facultades para acordar, a instancia del fiscal o las partes, el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa, aceptar el desistimiento del querellante y dictar sentencia de conformidad inmediata. De no producirse la conformidad, se abriría una fase intermedia, de preparación del juicio oral, a cargo del Juez Togado Militar Territorial, al que correspondería resolver sobre la práctica o no de diligencias de comprobación suplementarias solicitadas por las demás partes y recabar de éstas los escritos de acusación y de defensa. Recibidos todos ellos, acordaría la apertura del juicio oral y los remitiría, con la causa, a la Sala de Enjuiciamiento del TMC.

37. La propuesta de reorganización integral de la Jurisdicción Militar el Tribunal Militar Central estaría constituido por las siguientes cuatro Salas, con la competencia y composición que se indica a continuación:

—*Sala de Justicia* (también llamada de Enjuiciamiento en otras propuestas).

Competencia: En materia penal conoce de los procedimientos penales por delito cuya competencia se atribuya a la jurisdicción militar, así como de los conexos según las reglas generales (además de otras competencias que no incluimos por no ser objeto de este estudio)

Composición:

a) Para la celebración de la vista oral y dictar sentencia se compondrá por dos vocales togados (generales auditores) y un vocal militar (general de brigada o contraalmirante procedente del Ejército, Armada o Guardia Civil al que pertenezca el acusado o más caracterizado de los acusados si fueren varios).

b) Para la tramitación del juicio oral (apertura del juicio oral, admisión de prueba) la Sala será unipersonal y se constituirá con un vocal togado (general auditor).

—*Sala de Apelación*.

Competencia. Para conocer

a) del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del propio Tribunal.

b) de los recursos de apelación establecidos por la ley contra las demás resoluciones de la Sala de Enjuiciamiento del propio Tribunal y de los Juzgados Togados Militares Centrales.

Composición. La sala estará formada:

a) por el auditor presidente (general consejero togado), un vocal togado (general auditor) y un vocal militar (general de brigada o almirante de los Ejércitos o Guardia Civil) para conocer de los recursos contra las sentencias.

b) Por el auditor presidente o un vocal togado para la resolución de los recursos contra autos recurribles.

—*Sala de lo Contencioso-Disciplinario*, en cuya composición y funciones no entramos por exceder del objeto de este estudio.

—*Sala Gobierno* (ibídem).

38. Los recursos de apelación se registrarán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de la LECrim, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.

39. Considero la crítica excesiva, al menos en lo que respecta al Ministerio de Defensa. No se puede afirmar tan a la ligera que no existen controles a priori, cuando se dispone de un Cuerpo militar dedicado precisamente a esa labor, como es el Cuerpo Militar de Intervención, cuya integridad nadie discute. Y de la seriedad y profesionalidad del Tribunal de Cuentas, en cuanto al control a posteriori, nadie tiene la menor duda.

40. Anexo 9, relativo a España, del Informe de la Comisión Europea relativo a la lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014.

41. Es de destacar que, en el año 2015, el porcentaje del 4,5% del PIB superaba incluso la previsión de déficit público comprometida con Bruselas, que estaba fijada en el 4,2%.

42. En el ámbito disciplinario es de destacar que, conforme al artículo 8, apartado 16, de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), se considera falta muy grave, cuando no constituya delito, «la infracción o aplicación indebida de las normas que regulan los procedimientos de contratación administrativa, cometidas intencionadamente o por negligencia grave en cualquier clase de contrato que afecte a la Administración militar, siempre que se cause un perjuicio al interés público o daños a los particulares». Como se afirma en el Manual básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, «la inclusión de este precepto es otra de las novedades de la LORDFAS, con la finalidad preventiva de evitar, en la medida de lo posible, escándalos de corrupción en el ámbito de la contratación administrativa, que ya de por sí causan alarma social cuando se producen en el ámbito civil, y se vuelven especialmente llamativos, cuando afectan a las FAS, por el plus de ejemplaridad exigible a los que forman parte de ellas, atentando gravemente contra su imagen y prestigio, además de contra el interés público» (DELFORNO MARTÍNEZ, Miguel Ángel, «Las faltas muy graves», en VV.AA., *Manual básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, Madrid, 2016, pág. 218).

43. Entre los delitos que se se pueden cometer en este ámbito podemos citar, entre otros, prevaricación (artículo 404 y ss. del CP), cohecho (artículo 419 y ss. del CP), tráfico de influencias (artículo 428 y ss. del CP), malversación de caudales públicos (artículo 432 y ss. del CP), fraude (artículo 436 y ss. del CP) o negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (artículo 439 y ss. del CP).

44. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación.

45. Este informe no será necesario cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe.

46. Lesmes Zabalegi, Santiago, y Álvarez de Eulate Bada, Leire, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable*, Bilbao, 2014, pág. 5.

47. Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

48. Estos criterios han de someterse al principio de transparencia o de publicidad. Sobre tal condición se ha pronunciado el TJUE. Entre otras, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (Comisión c. República Francesa, asunto C. 225/98), el TJUE estableció que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el paro se tiene que mencionar expresamente en el anuncio de licitación. En la Sentencia de 17 septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, asunto C-513/99) aclaró las posibilidades de integrar aspectos sociales —en aquel caso ambientales— en los contratos públicos, señalando que «cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa (...) puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación» (Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias de 17 de diciembre de 2015).

49. Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

50. Publicado por Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento.

51. Lesmes Zabalegi, Santiago, y Álvarez de Eulate Bada, Leire, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable*, ob. cit., pág. 15.

52. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquéllas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encuentren en la situación mencionada.

53. Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

54. Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

55. Y cita a modo de ejemplo: «Experiencia específica en materia de gestión de una guardería, por ejemplo, o de servicios de formación para desempleados de larga duración».

56. Lesmes Zabalegi, Santiago, y Álvarez de Eulate Bada, Leire, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable*, ob. cit., pág. 24.

57. «1. La carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos en los que se contemple más de un único criterio de

adjudicación incluirá entre dichos criterios la adecuación de los productos y servicios ofertados a su utilización por personas discapacitadas siempre que dicha adecuación sea superior a la exigida con carácter obligatorio en la legislación aplicable, en el pliego de prescripciones técnicas o en, en su caso, en el proyecto de obra aprobado.

2. En el caso de que las prestaciones objeto del contrato tengan como beneficiarias o usuarias a categorías de población especialmente desfavorecidas, se incluirán como criterio de adjudicación las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de dichas categorías de población.

3. La integración de la perspectiva de género en la oferta presentada se valorará como criterio de adjudicación cuando, habida cuenta de la naturaleza y características de la prestación de la que se trate, dicha integración suponga que se incrementan las ventajas comparativas que la oferta contiene para la mejor satisfacción del objeto del contrato en lo referido a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, siempre y cuando los aspectos a valorar no se encuentren exigidos en el pliego de prescripciones técnicas como características obligatorias de la prestación. En este sentido, se podrán valorar aspectos tales como el desglose por sexos de los resultados y conclusiones de estudios y estadísticas, el desglose y contenido de las acciones previstas en la oferta presentada dirigidas a promover la igualdad de mujeres y hombres, la atención a las peculiaridades sociales, psicológicas o fisiológicas de las mujeres en la configuración de un servicio o de las características técnicas de un bien y otros criterios objetivos análogos debidamente especificados en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

58. «La adecuación de los productos y servicios ofertados a su utilización por personas con discapacidad, siempre que dicha adecuación sea superior a la exigida con carácter obligatorio en la legislación aplicable, en el pliego de prescripciones técnicas, o en su caso, en el proyecto de obra aprobado, se valorará como criterio de adjudicación en los contratos en los que se contemple más de un único criterio de adjudicación. En el caso de que las prestaciones objeto del contrato tengan como beneficiarias o usuarias a categorías de población especialmente desfavorecidas, se incluirá como criterio de adjudicación las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de dichas categorías de población. La integración de la perspectiva de género en la oferta presentada se valorará como criterio de adjudicación cuando, habida cuenta de la naturaleza y características de la prestación de la que se trate, dicha integración suponga que se incrementan las ventajas comparativas que la oferta contiene para la mejor satisfacción del objeto del contrato en lo referido a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, siempre y cuando los aspectos a valorar no se encuentren exigidos en el pliego de prescripciones técnicas como características obligatorias de la prestación».

59. Llamadas en el Proyecto de LCSP, con mayor propiedad, «encargos a medios propios personificados».

60. El artículo 4.1.n) del TRLCSP establece que «Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: [...] n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».

61. «1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico».

62. «Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a ésta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado

respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato».

63. Se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

64. Para calcular el 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de éste, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

El cumplimiento efectivo de este requisito deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas.

65. El art. 58 de la Constitución Federal suiza señala que el Ejército se organiza conforme al sistema de milicias.

66. También establece el mismo artículo 96.2º que estos tribunales se sitúan bajo la competencia del Ministro Federal de Justicia. Los jueces titulares de estos tribunales deben tener la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura.

67. Por ejemplo en los delitos contra la Defensa Nacional, en la Sección 109 y ss. del Código.

68. *Wehrstrafgestz*, de 24 de mayo de 1974.

69. Probablemente el caso del Coronel Klein ha influido en esta nueva estructuración para la investigación de delitos cometidos fuera del territorio de la República alemana. Inicialmente el referido Oficial, destinado en la operación ISAF en Kunduz (Afganistán) fue investigado por el bombardeo de dos camiones cisterna, y que causó la muerte de varias decenas de personas, la mayoría civiles.

70. Se encuentran definidas en la *Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*, también conocida como *Soldatengesetz*.

71. *Wehrdisziplinarordnung*, de 16 de agosto de 2001.

72. La multa será deducida de las retribuciones mensuales del militar.

73. La sanción disciplinaria de arresto sólo se puede imponer en casos en que las medidas educativas u otras medidas disciplinarias no han tenido efecto, o en caso de que el mantenimiento del orden militar así lo exija.

74. También corresponde al Ministro Federal de Defensa determinar las concretas autoridades que deben detentar las competencias disciplinarias que se han señalado.

75. El art. 32.2º incluso permite que estas funciones de esclarecimiento de los hechos puedan ser atribuidas a un Suboficial.

76. Si la infracción disciplinaria fuera constitutivo de delito, el superior con competencia disciplinaria deberá comunicarlo al Fiscal competente, pudiendo suspender la tramitación del procedimiento sancionador hasta la conclusión del proceso penal.

77. En aquellos supuesto en que la sanción de arresto fuera impuesta en buque militar, fuera de las aguas territoriales de la República Federal de Alemania, sin que fuese posible la intervención inmediata de un Juez, exige la ley que tan pronto como el buque arribe a puerto nacional se entregarán los archivos a un Juez sin dilación alguna, que resolverá la adecuación o no de la medida impuesta con el ordenamiento jurídico.

78. El artículo 54 de la ley establece un sistema de compensación para el caso de revocación de la medida disciplinaria recurrida.

79. La ley distingue entre medidas disciplinarias judiciales contra soldados regulares y voluntarios, contra soldados retirados y antiguos soldados equiparados a los retirados, y contra miembros de la reserva.

80. Incluso, en caso de alejamiento físico entre las Unidades y el Tribunal del Servicio Militar del que dependen, cabe crear Divisiones fuera de la sede del Tribunal.

81. Por regla general la audiencia no es pública, si bien está permitida la asistencia a la misma tanto de los superiores disciplinarios como los representantes del expedienteado.

82. Contiene la ley especialidad llamativa para el caso en que el objeto del procedimiento sea el incumplimiento de obligaciones por parte del personal médico, especialidad que afecta a los miembros del tribunal.

83. El art. 471 (2) del Código Procesal Penal denomina a este Tribunal (Alto Tribunal Metropolitano de Apelación de Budapest) como órgano de segunda instancia, permitiendo al Juez penal del mismo actuar también en casos no específicamente militares, o como dice el propio Código «... no tramitados conforme al proceso penal militar.»

84. El artículo 127 del Código Penal incluye la aplicación de las conductas del Capítulo XII (Previsiones relativas al personal militar) no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas húngaras, sino también a la Policía, a la Guardia del Parlamento e incluso a civiles miembros de los servicios de seguridad nacional, entre otros.

85. Sólo debe presentar un informe anual al Parlamento.

86. Art. 29 de la Constitución húngara.

87. A partir del 1 de enero de 2012 los Fiscales militares asumen responsabilidades, junto a las que compete en relación con causas penales militares, la supervisión de investigaciones que quedan fuera del específico campo penal militar.

88. Curiosamente también es el Fiscal militar quien debe llevar a cabo la investigación si se trata de delito cometido, dentro de Hungría, por miembro de Fuerzas Armadas aliadas, o en un barco de bandera húngara o en aeronave fuera de Hungría, si el asunto es competencia de las autoridades judiciales húngaras.

89. Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de Francia n°2014-04 du 30 abril 2014, disponible en [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/JUSD1408989C.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1408989C.pdf)

90. En la decisión n° 2014-450 de 27 febrero de 2015, el Consejo Constitucional francés ha acordado la conformidad con la Constitución de la sanción disciplinaria de arresto. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-450-qpc/decision-n-2014-450-qpc-du-27-fevrier-2015.143363.html>.

91. Se trata de la única sanción que se puede imponer de forma verbal y que no da lugar a su anotación en la documentación militar del sancionado.

92. Se prevé como sanción para las faltas graves, y para las faltas muy graves, si bien en este último caso queda reservada su imposición al Ministro de Defensa.

93. [http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/40407\\_CPM.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/40407_CPM.pdf)

94. [http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/95805\\_CPMG.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/95805_CPMG.pdf)

95. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Pagine/default.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Pagine/default.aspx)

96. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Pagine/Organigramma.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Pagine/Organigramma.aspx)

97. [http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio\\_generic\\_content.page?search=organigramma&searchresults=true&contentId=GEN3608&pageCode=area\\_penale](http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio_generic_content.page?search=organigramma&searchresults=true&contentId=GEN3608&pageCode=area_penale)

98. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Legislazione/OrdinamentoGiudiziarioMilitare/PartePrima/Modifiche/Pagine/Tribunalimilitarigiud.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Legislazione/OrdinamentoGiudiziarioMilitare/PartePrima/Modifiche/Pagine/Tribunalimilitarigiud.aspx)

99. Conforme al art. 4 de la Constitución Federal de Suiza, las lenguas nacionales son el alemán, el francés, el italiano y el romance, pero conforme al art. 70 sólo las tres primeras son lenguas oficiales, mientras que el romance será oficial para las relaciones de la Confederación con quienes hablen tal idioma, muy minoritario en el país.

100. Conforme al art. 2 del Código Procesal Penal Militar los oficiales de la administración de justicia deben haber servido como oficiales de tropa y, como regla general, ostentar al menos el empleo de alférez.

101. El art. 2 del Código Procesal Penal Militar permite a los oficiales que posean un título oficial en derecho o sean titulares de licencia cantonal de abogado, la posibilidad de incorporarse a la justicia militar. Los suboficiales y personal de tropa que cumplan los mismos requisitos pueden acceder a la justicia militar en el Cuerpo de Secretarios Judiciales.

102. No puedo, porque hacerlo sería injusto, dejar de mencionar la investigación acerca del sistema de Jurisdicción Militar en Canadá que llevó a cabo mi compañera la Capitán Auditor Doña María García Díaz-Tendero, cuya lectura me ha facilitado redactar estas líneas.

103. Resulta difícil ponerse en situación para entender esto. Los españoles contemporáneos estamos acostumbrados a los discursos sobre la inevitabilidad, e incluso la justicia, de nuestra decadencia. Por eso resulta tanto más sobrecogedor que un nicaragüense, Félix Rubén García Sarmiento, más conocido como Rubén Darío, publicase en 1905 -es decir apenas seis años después del Desastre- su poema «Al rey Oscar» (en *Cantos de vida y esperanza*) en el que figuran los siguiente versos:

«¡Mientras el mundo aliente, mientras la esfera gire,  
mientras la onda cordial aliente un ensueño,  
mientras haya una viva pasión, un noble empeño,  
un buscado imposible, una imposible hazaña,  
una América oculta que hallar, vivirá España!»

104. Fernández-Flores, José Luis «Un auditor de guerra del siglo XVI. Baltasar de Ayala», *Ejército, revista de las armas y servicios*, marzo 1982, año XLIII, núm. 506, págs. 65-66. Como anticipo de lo que más adelante diremos sobre otros miembros de los tercios, no hay constancia de que Ayala, hijo de español y flamenca, que nació en Amberes, estudió en Lovaina, y murió en Alost, pisara suelo español en toda su vida.

105. Moreno Casado, J. «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXI, Madrid, 1961, págs. 431-458, Querol y Durán, Fernando de, *Principios de Derecho Militar Español*, Tomo 1, Madrid, 1948, págs. 34-35.

106. También era italiano (genovés) Ambrosio Spinola –Ambrogio Spinola Doria-, inmortalizado en *La rendición de Breda* de Velázquez. Francisco de Melo, Capitán general de los tercios en la batalla de Rocroi, por su parte, era portugués.

107. Con matices. Según la Ordenanza 17, «De las sentencias dadas por el Auditor general no se pueda apelar por ante ninguno, porque (como avemos dicho) en las cosas de justicia representa nuestra persona, pero si alguno se tuviere por agraviado de su sentencia representandosenos el agravio por vía de duplicacion, se le proveera justicia.»

108. En todo caso no debía ser, el de la multinacionalidad, un problema del todo resuelto, como demuestran las ordenanzas 15 y 16: 15 «Jurisdicción de los coroneles alemanes y como se entiende. Item por quanto los coroneles de la nación alemana pretenden tener jurisdicción civil y criminal

privativamente y absoluta, assi sobre los soldados y oficiales y otras qualesquier personas de sus regimientos y compañías, sobre vivanderos, carniceros, mozos y otras personas de su servicio, de lo qual nacen muchas desordenes y faltas en la administración de la justicia, ordenamos y mandamos que estando los dichos regimientos o las mas compañías dellas juntas con la del coronel en algún presidio o andando en campana, tengan toda jurisdicción dichos coroneles, bien que en los casos de crimen y delito podrá el Auditor y Prevoste general en el campo mandar prender los delinquentes, assi oficiales como soldados de dicha nación y asistir a su examen e informaciones y los entregaran con ellas a sus dichos coroneles y oficiales de justicia, pare que según sus órdenes y estatutos conozcan de dichas causas y administren justicia, so pena de suspensión o privación de sus cargos a los ministros de dicha nación, que en esto se hallaren floxos o negligentes, y que, en tal caso, el Prevoste general del exercito pueda tornar a prender las personas de los dichos delinquentes, para que de parte del Capitán general sean castigados por sus delitos conforme a justicia, pero estando una o dos compañías apartadas de su coronel en algún presidio donde aya Govemador del, estaran a su orden e jurisdicción, como en el artículo precedente se dize. Y de las causas rue tocaren a vivanderos, carniceros y otras personas del servicio y seguro de dichos regimientos alemanes, conocerán e juzgaran indistintamente assí al Auditor general como otros qualesquiera Auditores e juezes militares, ante los quales les será puesto pleito, assí en lo civil como en lo criminal.»

«16. Otra excepción en la jurisdicción de los alemanes -Otro sí mandamos y ordenamos que en causas civiles, siendo el actor bourgez o soldado de otra nación, que pusiere demanda o accion personal contra un alemán, a falta de cumplimiento de justicia en sus regimientos, podrán dichos actores contra los que fueren de dicha nación alemana tomar su recurso al Maestre de campo general y Auditor general del exercito, por ante quien dichos reos seran obligados a parecer y responder de su justicia y obedecer a sus decretos y sentencias, so pena arbitraria.»

109. Es característico del acomplejado e ignorante adanismo español el encogerse de hombros, o recibir con una sonrisita escéptica, cualquier tentativa de explicar que algunas figuras recientemente conocidas por algunos, como el Provost Marshal (ojo, con una sola ele, fíjense en el cartel que hay sobre la cuadra donde se encuentra preso Rhett Butler en la película *Lo que el viento se llevó*, de 1939), no son ni un invento de la OTAN, ni de nuestros queridos y leales aliados. Tampoco de los españoles. Preboste (provost, prévôt) deriva de *praepositus*, literalmente «encargado» de mantener la disciplina, y ni de lejos es un concepto nuevo.

110. Debe relacionarse, en cualquier caso, con la Ordenanza 34 de la Primera Ordenanza «Dese luego cuenta a los Auditores de los presos y no se suelten sin orden suya o de los Maestres de campo: -Y para que de aquí adelante naide se adjudique o atribuya jurisdicción alguna sobre los soldados por su particular interesse, pasión o capricho, sin que aya bastante razón o causa legitima para ello, ordenamos y mandamos que de qualesquier soldados o otras personas que los capitanes, sargentos mayores o otros oficiales mandaren prender, sean obligados los capitanes de campana, barracheles o prevostes y

sus oficiales a dar luego noticia dello a los Auditores, para que con toda brevedad conozcan e juzguen de las causas, ora sean graves ora leves, y que no les suelten sin intervención y orden de los Maestros de campo o Auditores.»

111. La Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias es la compilación de la legislación promulgada por los reyes de España para sus posesiones en América y Filipinas, lo que se conocía en conjunto como Indias. Su ejecución se atribuye a Antonio de León Pinelo y Juan de Solórzano Pereira, y fue aprobada por Carlos II de España (1665-1700) mediante una pragmática, firmada en Madrid el 18 de mayo de 1680. Aún con las limitaciones técnicas de la época, se trata de un verdadero monumento jurídico, interesantísimo por muchos conceptos —incluido el de anticipar en siglos conceptos propios de los Derechos Humanos— que, si hubiera sido elaborado por otros, como la Carta Magna, estaríamos estudiando a todas horas. Su contenido completo se puede encontrar en <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html>

112. Izquierdo Navarrete, José, «El espíritu de la General» en la obra Izquierdo Navarrete, José, Ortiz de Zárate y Ortiz de Zárate, José Ramón y Aparicio Cámara, Ángel, *La Academia General Militar Crisol de la oficialidad española*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2011, págs. 20-34.

113. Sobre esta Academia resulta de interés la obra de VV.AA. Coord. por Muñoz Corbalán, Juan Miguel, *La Academia de Matemáticas de Barcelona El legado de los Ingenieros militares*, Secretaría General Técnica del Ministro de Defensa, Novatesa, Barcelona, 2004.

114. Gómez Ruiz, Manuel y Alonso Juanola, Vicente, *El Ejército y los Borbones, Organización, Uniformidad, Divisas, Armamento*, T I (1700-1766), Servicio de Histórico Militar, Madrid, 1989, págs. 361-362.

115. Sobre esta materia resulta de sumo interés el trabajo de Contreras Gay, José, «El servicio Militar en España durante el Siglo XVII», *Chronica nova: Revista de Historia Moderna*, Universidad de Granada, núm. 21 (1993-1994), Universidad de Granada, Granada, 1994, págs. 99-122.

116. Sobre los cambios relativos al armamento y a su empleo táctico respecto a la etapa histórica anterior y la situación de nuestro país en relación al resto de las entonces potencias de su entorno, resulta de interés el trabajo de Rodríguez Hernández, Antonio José, «¿Evolución o innovación? Los cambios técnico-tácticos en el armamento del ejército español durante el relevo dinástico: nuevas consideraciones», *Cuadernos de historia moderna*, Vol. 41 núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 273-294.

117. En las Reales Ordenanzas de Carlos III se establecía diversos delitos contra los patronos: delitos contra la disciplina ( art 68: El pedir u obligar a sus patronos a suministrar otra cosa que lo prevenido en la Ordenanza —cama, luz, agua, vinagre, sal y asiento en la lumbre— y el maltratar de palabra u obra a sus patronos, familia o cualquier otra persona de uno u otro sexo); delito de desórdenes cometidos en las marchas (art 73: derramar o destruir las provisiones domésticas de sus patronos).

118. Art. 9 del Real Decreto de 20 de abril de 1718, para establecer cuarteles en España, Islas y presidios, correspondientes al alojamiento de la

Infantería, Caballería y dragones, en la obra portugués, Joseph Antonio, en la *Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones, y aditamentos*, dispuesta en diez tomos, con separación de Clases, Imprenta de Antonio Marín, Madrid, 1764, T II pág. 389.

119. Borreguero beltrán, Cristina, «Represión e integración de prófugos y desertores en la España del Siglo XVIII», en *Millars Espai I Història Revista de Historia*, Universidad de Jaume I, Castellón de la Plana. 2003, págs. 119-130.

120. Era uno de los Consejos que, junto a los otros existentes «ratione materiae» (el de Estado, el de Hacienda, el de Ordenes y el de la Inquisición) y los Consejos territoriales (el de Castilla, el de Aragón, el de Navarra, el de Italia y el de Flandes) que el Rey Felipe V había recibido del monarca que le precedió.

121. Portugués, Joseph Antonio, op. cit., T II pág. 518.

122. Ibídem T. II págs. 10-18.

123. Ibídem T. II págs. 78 -95.

Los motivos alegados para estas dos normas de nueva planta del Consejo de Guerra era que los vasallos y quienes tienen dependencia en él, no experimenten ni padezcan, en el despacho de sus dependencias, el atraso y dilación que, por falta de Ministros, han padecido estos últimos meses y no sólo en perjuicio de ellos sino del servicio del Rey.

En el primer Decreto, el Consejo aparece presidido por el Rey y con dieciséis miembros (ministros) de los que seis eran militares (elegidos por el Rey entre los capitanes generales de los ejércitos), seis ministros togados (elegidos por el Rey, el Decano entre los presidentes de los demás Consejos y, los restantes cinco entre los consejeros de los demás tribunales con preferencia los que hubieren servido en las Intendencias, así de los ejércitos como de las provincias), un fiscal, dos abogados generales y un secretario en Jefe.

En el segundo, la planta del Consejo se amplía al conocimiento al «*esencialísimo punto de la Marina*» pero, sin embargo, queda reducido el número de los Ministros a seis militares (cuatro capitanes generales de los ejércitos y dos capitanes generales de la Armada del Mar), cuatro ministros togados, un fiscal y un secretario, dividiéndose en dos partes o secciones, una de Gobierno y otra de Justicia.

124. Ibídem T. II págs. 196-201.

125. Ibidem. T. II págs. 621- 625.

126. Domínguez nafría, Juan Carlos, *El Real y Supremo Consejo de Guerra (Siglos XVI-XVIII)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001, pág. 215 y ss.

127. Portugués, Joseph Antonio, op. cit., T I págs. 238 a 275.

128. La división de España en Capitanías Generales se produce en 1705 siendo éstas Andalucía, Aragón, Burgos, Canarias, Castilla la Vieja, Cataluña, Extremadura, Galicia, Costa de Granada, Guipúzcoa, Mallorca, Navarra y Valencia, hasta que, en 1714, se creó la Capitanía General de Castilla la Nueva a partir de la Comisaría General de la Gente de Guerra de Madrid.

129. La figura del Auditor General, según señala gómez ruiz, Manuel y alonso juanola, Vicente, op. cit, págs. 421-422, existía ya desde los tiem-

pos de los Reyes Católicos, pero ésta fue potenciada con la Ordenanza de Flandes de 13 de mayo de 1587 de Alejandro de Farnesio, en cuyo art 1º se establecía «El oficio de Auditor General es muy preeminente y de mucha importancia, porque es la persona sobre quien el Capitán General descarga todos los negocios y casos de Justicia que él propio habría de juzgar y determinar...». Ordenanza en que se recogían las atribuciones y consideración del Auditor General y de los Auditores particulares (Ordenanza disponible en portugués, Joseph Antonio op. cit T I pág. 21 y ss.), que quedaron confirmadas por la Ordenanza de Felipe V de 18 de Diciembre de 1701.

130. «...en cuanto a los Oficiales acusados en el mimo Consejo de Guerra, podrán elegir para que los defienda, el Oficial que eligieren, que ha de ser de su propio carácter».

131. Los Tercios de Infantería eran la forma de organización tradicional en la España de los Austrias y, conforme a las Ordenanzas de Felipe IV de 28 de junio de 1632 —vigentes al iniciar su reinado Felipe V—, los mandos principales del Tercio eran el Maestre de Campo (Jefe del Tercio, designado por el Rey entre quienes hubiesen servido ocho años como Capitanes de Infantería o seis años como Capitanes de Infantería si tenían sangre noble y ocho años totales de servicio) y el Sargento Mayor (designado por el General en Jefe entre los Capitanes más antiguos, y cuya función consistía en vigilar a los soldados para impedir los desmanes de éstos contra la población civil así como la administración y el abastecimiento), según se señala en la op. cit., pág. 58. Pero la Real Ordenanza de 28 de septiembre 1704 «Sobre la Fuerza de los Regimientos de Infantería, Caballería y Dragones...» generaliza el Regimiento como forma de organización, unificándose con el sistema francés, lo que facilita el combate conjunto la Guerra de Sucesión.

132. Exigencia de juramento al reo que se mantiene a lo largo de todas las Ordenanzas durante el siglo XVIII pero que la legislación progresista proscibiría. El art 291 de la Constitución de 1812 habría de determinar que La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio. El Secretario de Despacho de Guerra, el 19 de enero de 1840, al comunicar la conformidad de una sentencia de un Consejo de Guerra de oficiales generales contra un Subteniente, celebrado en Barcelona el 13 de diciembre de 1838, advierte al Auditor que cuide en lo sucesivo de que no se exija juramento a los acusados en causas criminales como se ha hecho en la presente (Colección de Leyes, reales decretos, ordenes, reglamentos, circulares y resoluciones generales expedidas por el Ministerio de la Guerra, Imprenta Cruz González, Madrid, 1841, p 6).

133. Portugués, Joseph Antonio, op. cit. T II págs. 156 y ss.

134. *Ibidem* T. II págs. 360 y ss.

135. *Ibidem* T. II págs. 614 y ss.

136. Hay que recordar que los textos normativos en los que se da produce la abolición de la tortura en España son el art. 133 del Estatuto de Bayona, de 8 de julio de 1808: «*El tormento queda abolido: todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito*».

El Decreto LXI de Abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas afflictivas, aprobado por unanimidad, durante las sesiones de las Cortes de Cádiz, y firmado por Diego Muñoz Torrero (presidente), Juan Polo y Catalina y Miguel Antonio de Zumalacárregui (secretarios) el 22 de abril de 1811, en el que se expresa lo siguiente «Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta conformidad y unanimidad de todos los votos, declaran por abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica de afligir y molestar a los reos, por los que ilegal y abusivamente llamaban apremios; prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualesquiera que fuese su denominación y uso, sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios bajo responsabilidad y la pena por el mismo hecho de mandarlo de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas, leyes, órdenes y disposiciones que se hayan dado y publicado en contrario».

Y, por fin, el art. 303 de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, cuyo texto rezaba así: «*No se usará nunca del tormento ni de los apremios*».

137. *Ibíd.* T. II pág. 621.

138. *Ibíd.* T. III pág. 392.

139. Fuero militar que suponía, no sólo la sujeción a una justicia militar para el conocimiento de la mayor parte de los procesos judiciales ya fueren sobre asuntos militares o civiles, separada de la jurisdicción ordinaria, sino también el disfrute de toda una serie de exenciones y privilegios, y que tenía un matiz especial en cuanto a su extensión, puesto que, en principio, se aplicaba a cualquier individuo que formase parte de la milicia, sin distinción social alguna, con lo que se distanciaba así de la concepción del fuero como patrimonio nobiliario o de grupos privilegiados y esos privilegios y exenciones formaba parte de la remuneración compensatoria por la prestación del servicio, según Andújar Castillo, Francisco, «El fuero militar en el siglo XVIII: Un estatuto de privilegio», *Chronica Nova: Revista de historia moderna*, Universidad de Granada, núm. 23, 1996, pág. 13.

140. Portugués, Joseph Antonio, *op. cit.* T. II págs. 78 y ss.

141. Asentistas, vivanderos, proveedores, etc., cuyas ilegalidades en el ejercicio de los suministros a los ejércitos eran constitutivos de delito militar y enjuiciables por Consejo de Guerra, cual se disponía en el ya mencionado Real Decreto de 23 de abril de 1714, luego en el art 11 del T X del Libro IV de la Ordenanza de 1728 y, después, en los arts. 86 y 87 del T X del Tratado VIII de las Ordenanzas de Carlos III.

142. Portugués, Joseph Antonio, *op. cit.*, T. II págs. 154-156.

143. Fuero especial establecido, entre otras, por la Real Cédula de 3 de noviembre de 1586 «Para que solo la jurisdicción de Artillería, y el Consejo de Guerra conozcan de las Causas de los dependientes de ella» en la que se establecía que «que en todos los excesos que cometieren los Oficiales, è gente de Artilleria, que estuvieren el mi sueldo, pueda conocer el dicho mi Capitan General, ò su Teniente en el dicho Oficio, hasta hacer informacion,

è prender, si fuere necesario, è remitir la Causa al mi Consejo de Guerra, pará que alli se vea, è provea conforme a Justicia» (Ibídem T. VI pág. 7); por la Real Cédula de 18 de octubre de 1593, «Sobre gente de Artillería que no sea presa por deudas ni hecha execucion en sus personas» (Ibídem T. VI pág. 8); por la Real Cédula de 13 de Junio de 1630, «Para que a la gente de Artillería fe guarde fu Fuero en todo genero de Cauzas, excepto en los caros de Demandas de bienes raices, Mayorazgos, y particiones de herencias» (Ibídem T. VI pág. 15) y la Real Cédula de 18. de Junio de 1650, repitiendo la observancia de lo mandado en las antecedentes, y declarando que la Jurisdicción de Artillería es distinta, y separada de las demás jurisdicciones (Ibídem T. VI pág. 21).

144. Ibídem T VI pág. 59 y ss, Ordenanza en cuyo art. 35 reconoce también, para los miembros de dicha Arma, la creación de los Consejos de Guerra: «El Comandante de la Artilleria de cada Provincia, Exército, conecerá de las Causas de todos los que sirvieren en ella debaxo de su mando, cormo lo hacian los Tenientes Generales de la Artilleria del pie antiguo, y oy se practica, y de todo dará parte a mi Capitan General de la Artilleria de España ,formando para ello los Consejos de Guerra necesarios, como va dicho», señalándose en la Real Consulta del Consejo de Guerra de 13 de enero de 1713 que «...se mantenga lo deliberado ultimamente por la Ordenanza del año de 1710 conociendo (segun se previene en ella) los Subalternos del Capitan General de la Artillería, de las Causas ce ella, y de sus individuos que le tocare ,y deba conocer, sentenciandolas con parecer de Asesor, de que dará parte al Capitan General de la Artillería; pero las apelaciones que se interpusieren, han de venir al Consejo de Guerra.»

145. Ibídem T. VI pág. 304.

146. Ibídem T. VI págs. 186-187.

147. Ibídem T. V págs. 3 y ss.

148. Ibídem T. V págs. 104 y ss.

149. Ibídem T. V pág. 218

150. Ibídem T. V págs. 227 y ss.

151. Ibídem T. V págs. 244 y ss.

152. Ibídem T. VII págs. 18y ss.

153. Ibídem T. VII págs. 25 y ss.

154. Ibídem T. VII págs. 82 y ss.

155. Ibídem T.VII págs. 84 y ss.

156. Ibídem T. IX págs. 1 y ss.

157. Causa de desafuero que se reitera posteriormente, entre otras, por Real Orden de 27 de abril de 1729 (Ibídem T III pág. 363 y ss.) y Real Orden de 3 de febrero de 1748 (Ibídem T. III pág. 436).

158. Ibídem T. X págs. 3 y ss.

159. Ibídem T. III, págs. 129 y ss.

160. Máxima autoridad territorial que ejercía su jurisdicción con su Auditor de Guerra, tal como testimonia el formulario arreglado por el Supremo Consejo de Guerra y aprobado por Felipe V en 1737 para el título de nombramiento a expedir a los Auditores de Guerra: «...para que como tal Auditor conozcais, substancieis , y determineis conforme a Derecho,

y Ordenanzas todas las causas civiles, y criminales, que en la jurisdiccion Militar de ... estuvieren pendientes, y en adelante ocurran, tanto de oficio, como de parte, con todas sus incidencias, y lo anexo, y dependiente a ellas, otorgando las apelaciones a mi Consejo de Guerra, y no para otro Tribunal alguno en los casos y cosas que por Derecho se previenen, atendiendo los Autos, Despachos, Determinaciones definitivas, y Sentencias a vuestro nombre; pero con tal de que hayais precisamente de dar puntual noticia al Capitan General, ò Comandante General del referido Exercito, y...de los asuntos en que empezareis à proceder , sin que esto embarace la pronta providencia que se necessite, y que lo mismo practiqueis al tiempo de las Sentencias difinitivas, y antes de pronunciarlas, ni executarlas, expresando en ellas estar comunicadas con el Capitan General, o Comandante General, el qual solo en los casos graves en que considere podrán resultar perjudiciales consequencias à mi Real servicio, ò a la Casa publica en el distrito de su jurisdiccion, podrá mandaros suspender vuestros procedimientos, y deteminaciones, dando inmediatamente cuenta de todo a mi Consejo de Guerra, con expresion de los motivos, y fundamentos de su deliberacion, y vos sin réplica la obedecereis...».

161. Portugues, Joseph Antonio, op. cit., T III pág. 365.

162. Ibídem T. III pág. 360.

163. Ibídem T. III pág. 543.

164. Continuando vigentes durante mucho tiempo en el Mediterráneo las Ordenanzas navales de Aragón según señalara Corrales Elizondo, Agustín, «las ordenanzas de la Armada», XXIII Jornadas de Historia Marítima, *Cuadernos monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval*, núm 38, Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, 2001, pág. 85

165. Por Real Cédula de 14 de marzo de 1737 el rey Felipe V se reinstauraba en España la institución del Almirantazgo de Marina en la persona de su hijo el infante don Felipe, a quien le atribuía funciones jurisdiccionales «...sobre la Gente empleada en las expresadas fuerzas marítimas, toda la jurisdiccion civil, y criminal alta, baja, mero y mixto ymperio, que yo tengo, y podía ejercer...».

166. Portugués, Joseph Antonio, op. cit. T. V págs. 412 y ss.

167. A pesar de lo que se establece en el art. 13 del Título XXX de la misma Ordenanza «*Si los Soldados incurrieren en el delito de amancebamiento, o en el de embriagase, se les castigará por la primera vez con prisión; y por la segunda con echarlos del Regimiento fin licencia*».

168. Si bien, en principio, los Soldado de Infantería, Caballería y Dragones eran puestos en Consejo de Guerra cuando andaban vendiendo tabacos, aguardientes y otros géneros que deberían contribuir a la Real Hacienda, los ocultasen o pusieren en segunda mano, la Real Orden de 27 de abril de 1729 derogó el fuero militar de tales defraudadores a la Real Hacienda (Portugués, Joseph Antonio, op. cit., T. III págs. 363 y ss.).

169. Ibídem T. VI pág. 304.

170. Ibídem T. VI pág. 736.

171. Ibídem T. VI pág. 739 a 745. Resolución adoptada por el Rey, que éste aplicó en el caso particular de un delito de homicidio que se resolvió por Real Orden de 26 de agosto de 1758 (Ibídem T. VI págs. 749-750).

172. Ordenanzas de S.M. para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval, Imprenta de D. Juan de Zuñiga, 1748.

173. Ordenanzas de S.M. el Rey Carlos III para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos, Imprenta Real, Cádiz, 1810.

174. A la composición de las Juntas se refiere expresamente Pascual SARRÍA, Francisco Luís, «Bosquejo histórico del Derecho Penal Militar español desde la antigüedad a nuestros días», *Revista de Historia Militar*, núm. 80, 1996 págs. 49-72 y núm. 81, 1996, págs. 61-82

175. Lorenzo Jimenez, José Vicente, «El fuero militar y el ámbito competencial de la jurisdicción militar a finales del Antiguo Régimen», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 101, Escuela Militar de Estudios Jurídicos-Ministerio de Defensa, Madrid, 2014, págs. 184-185.

176. De Bacardí, Alejandro, *Nuevo Colon-Tratado de Derecho Militar de España y sus Indias*, Imprenta Narciso Ramírez, Barcelona, 1857 T. I págs. 2-37.

177. La falsificación y el depósito o el uso de moneda falsa con conocimiento de su falsedad suponían la pérdida de fuero (art. 2 del T. II y art. 81 del T. XVIII y, ambos del tratado VIII).

178. De este tipo de delitos conocía la jurisdicción militar, si bien ésta había de inhibirse en caso de que estuviere ya conociendo el Ministro encargado de las rentas reales (art 20 del T II del Tratado VI de las Ordenanzas de Carlos III). En época de Fernando VI se aprobó el Real Decreto de 19 de noviembre de 1748, sobre castigo de defraudadores de Rentas, en el que se encargaba de tal labor a los Directores de Rentas a los que debían dar cuenta de las defraudaciones y contrabandos los Corregidores, Superintendentes o Subdelegados, castigando tales infracciones con pena de presidio cerrado en África a excepción de los casos en los que concurren circunstancias agravantes en los que se ordenaba imponer mayor castigo. (Portugués, Joseph Antonio, T X op. cit., págs. 193 y ss.).

179. Se establecía, en algunas ocasiones, el sorteo como sistema para determinar quién o quiénes de los posibles delincuentes tenían que ser castigados con la pena de muerte. Así, se establecía el diezmo (la pena de muerte de uno de cada diez) para los delitos de sedición en la modalidad de levantamiento de grito tumultuario sobre cualquier asunto (art. 29 del T X del Tratado VIII) o uno de cada cinco para los desertores que hubieren de ser condenados a pena capital en un mismo Regimiento (art. 105 del T X del Tratado VIII) o uno de cada cinco de aquellos que se separaron de su fila, compañía o puesto sin licencia (art. 3 de la Adición de 5 de diciembre de 1809).

180. Vid. anterior nota 25.

181. Figuras de los Virreyes o Capitanes Generales de Provincia que se regulaban en el T. I del Tratado VI.

182. Los Gobernadores o Comandantes de las plazas aparecían regulados en el T. II del Tratado VI.

183. El Servicio en Campaña y la preeminencia del Capitán General del Ejército en campaña se contemplaba en el Tratado VII.

184. Gómez Ruiz, Manuel y Alonso Juanola, Vicente, op. cit. pág. 422.

185. Colón de Larrategui, Félix, *Juzgados militares de España y sus Indias*, Tomo II, Imprenta Real, Madrid, 1817, pág. 14.

186. Domínguez Nafría, op. cit., pág. 252.

187. Colón de Larrategui, op. cit., pág. 257.

188. Ordenanzas Generales de la Marina Naval, Imprenta de la viuda de D. Joaquín de Ibarra, 1793. También Ordenanzas Generales de la Marina Naval, Imprenta Real, Madrid, 1793.

189. Real Ordenanza naval para los bajeles de S.M, Imprenta Real, Madrid, 1802.

190. Domínguez Nafría, Juan Carlos, «Perfiles institucionales del almirantazgo en España», Jornadas de Historia Marítima, XXVII, *Cuadernos Monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval*, núm. 42, Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, 2003, págs. 53-54.

191. Gaceta de Madrid núm. 106 de 29 de agosto de 1815

192. Suplemento de la Gaceta de Madrid de 25 de marzo de 1834.

193. Gaceta de Madrid núm. 218 de 5 de agosto de 1835.

194. Gaceta de Madrid núm. 40 de 9 de febrero de 1869.

195. Gaceta de Madrid núm. 107 de 17 de abril de 1869

196. Gaceta de Madrid núm. 207 de 26 de julio de 1875

197. En cuyo articulado ya se abría el camino a la codificación. El art. 258 de la Constitución gaditana establecía «*El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*»

198. Gaceta de Madrid núm. 342 de 7 de diciembre de 1868

199. Gaceta de Madrid núm. 49 de 18 de febrero de 1869

200. Gaceta de Madrid núm. 49 de 18 de febrero de 1869

201. Gaceta de Madrid núm. 107 de 17 de abril de 1869

202. Gaceta de Madrid núm. 202 de 21 de julio de 1875

203. En esta última, de 2 de abril de 1783, se establecía que serían juzgados por un Consejo de guerra de oficiales, presidido de uno de graduación que elegirá el Capitán o Comandante General de la provincia aquellos bandidos, salteadores o contrabandistas que hiciesen resistencia a las tropas que los Capitanes o Comandantes Generales hubiesen empleado, con jefes destinados expresamente a perseguirlos, siendo castigados con pena de muerte los que hiciesen fuego o utilizaran contra tales tropas arma blanca y con pena de diez años de presidio a los que no hiciesen fuego o uso de armas blancas. Sentencias que serían ejecutivas de forma inmediata sin otros requisitos. Ahora bien se mantenía la competencia de la jurisdicción ordinaria respecto a las resistencias efectuadas sobre las tropas cuando éstas, pese a apoyar la persecución de tales delincuentes, no hubiese sido expresamente nombradas por tales Autoridades militares provinciales.

204. Gaceta de Madrid núm. 106 de 29 de agosto de 1815.

205. Núñez Florencio, Rafael: *Militarismo y antimilitarismo en España (1888-1906)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1990, pág. 361.

206. Madariaga, Salvador de: *España, Ensayo de historia contemporánea*, Buenos Aires, 1974.

207. Lerroux, Alejandro: *De la lucha*, Barcelona, pág. 110 y 156.
208. Unamuno, Miguel de: *Ensayos*, ed. Aguilar, Madrid, 1958, tomo I, pág. 745.
209. Sarría, Pascual: «El cuerpo jurídico militar español: Antecedentes y evolución.» En *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 72, Tomo I, Madrid, 1998, págs. 94-95.
210. González-Deleito y Domingo, Nicolás: «Justicia Militar en la España Nacional: la Jurisdicción Militar en el periodo 1918-1936», en el colectivo *Justicia en Guerra*, Salamanca, 1990, pág. 393.
211. Espinosa Maestre, Francisco: *La Guerra Civil en Huelva*, ed. Diputación de Huelva, Huelva, 1996, pág. 351.
212. Juliá, Santos: *Victimas de la Guerra Civil*, ed. Temas de hoy, Madrid, 1999, pág. 73.
213. Archivo del Tribunal Militar territorial Segundo. Sección Sevilla. Causa 151/1936, folio 2 vuelto.
214. Baldovin Ruiz, Eladio: «El Código de Justicia Militar durante la Guerra Civil 1936-39» en *Revista de Historia Militar* núm. 113, Servicios de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, pág. 42.
215. Los mecanismos de reformas constitucionales establecidos en esta norma se encuentran en el artículo 125, y exigía la tramitación de una ley y el voto de dos terceras partes de los diputados.
216. Así sucedió en Menorca. El 26 de julio de 1936 llegaron en un hidroavión, procedentes de la Base Naval de Cartagena, el fiscal y teniente coronel del Cuerpo Jurídico de la Armada Fernando de Querol, y el comandante del mismo cuerpo Pelegrín de Benito, comandante auditor en funciones. Su misión era la de incoar causa contra los oficiales de la Armada acusados del delito de rebelión militar Archivo Intermedio Militar de Baleares SUM 21/1936 y SUM 23/1936. De igual modo sucedió en Málaga con los juicios militares allí celebrados bajo el control del Auditor de Guerra de la Tercera División Orgánica ATMTS. SM. Folio 108 del SUM 93/1936.
217. Nadal, Antonio, *Guerra Civil en Málaga*, ed. Arguval, Málaga, 1984, pág. 166.
218. V.V.A.A., *Victimas de la Guerra Civil*, ed. Temas de hoy, Madrid, 1999, pág. 161.
219. González Quintana, Antonio, «Justicia militar en la España Republicana durante la Guerra Civil Española (1936-1939)», en *Justicia en Guerra, jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil Española*, (Salamanca, 26-28 de noviembre de 1987), ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1990.
220. González Quintana, Antonio, «Justicia militar en la España Republicana durante la Guerra Civil Española (1936-1939)», en *Justicia en guerra, jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil española*, (Salamanca, 26-28 de noviembre de 1987), ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pág. 186.
221. Aprobado mediante Decreto XXIII de 23 de junio de 1898.
222. «Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía

necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva».

223. En el Capítulo Segundo del Título I de esta Ley General de la Policía, se encuentran los principios fundamentales que deben regir las actuaciones policíacas como funcionarios públicos, con sometimiento a las jerarquías y disciplina con las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca.

224. Aprobado por Decreto ejecutivo núm. 23880 del 6 de diciembre de 1994.

225. Aprobado por la Ley núm. 4573 del 30 de Abril de 1970.

226. Ley núm. 7333 Orgánica del Poder Judicial de 5 de mayo de 1993.

227. Sistema dictatorial de dominación y opresión que se apoya en una estructura política, militar, económica y social de Nicaragua.

228. Organización de los Estados Americanos creada el 30 de abril de 1948.

229. Ley de la Proclamación de la Paz como Derecho Humano y de Costa Rica como país neutral «La neutralidad de la República frente a conflictos que afecten a otros estados será perpetua, activa y no armada»

230. Decreto sobre la organización, funcionamiento y jurisdicción del poder judicial en estado de emergencia o de amenaza inminente para la unidad o independencia de Croacia, de 1991.

231. Art. 310 «La República de Panamá no tendrá ejército. Todos los panameños están obligados a tomar las armas para defender la independencia nacional y la integridad territorial del Estado.

Para la conservación del orden público, la protección de la vida, honra y bienes de quienes se encuentren bajo jurisdicción del Estado y para la prevención de hechos delictivos, la Ley organizará los servicios de policía necesarios, con mandos y escalafón separados.

Ante amenaza de agresión externa podrán organizarse temporalmente, en virtud de la ley, servicios especiales de policía para la protección de las fronteras y espacios jurisdiccionales de la República. El Presidente de la República es el jefe de todos los servicios establecidos en el presente Título; y éstos, como agentes de la autoridad, estarán subordinados al poder civil; por tanto, acatarán las órdenes que emitan las autoridades nacionales, provinciales o municipales en el ejercicio de sus funciones legales».

232. Véase: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

233. La previsión constitucional se desarrolla en la Ley Orgánica 1/2009, por la que se aprueba las Bases de la organización de las Fuerzas Armadas y la Ley 31/2009 de Defensa Nacional.

234. Se aprobó como Ley en virtud del artículo 161 de la Constitución en Asamblea de 18 de septiembre de 2003 y con entrada en vigor el 14 de septiembre de 2004.

235. Este Código, en virtud del artículo 2, ha derogado expresamente el Código de Justicia Militar aprobado por Decreto-Ley de 9 de abril de 1977 y

las modificaciones posteriores llevadas a cabo por los Decretos-leyes de 5 de agosto de 1977, de 31 de mayo de 1980, de 12 y 14 de mayo de 1981, de 13 y 30 de julio de 1981, y, finalmente, de 22 y 28 de abril de 1982. De manera tácita, también quedan derogadas todas las disposiciones que sean contrarias al nuevo código o a la legislación de desarrollo. Igualmente derogó algunos preceptos del Código Penal y la Ley 20/95, de 13 de julio.

236. El estado de sitio viene recogido en el artículo 19 de la Constitución y el concepto de estado de guerra sólo viene mencionado en el párrafo quinto de este artículo al disponer que:

La declaración del estado de sitio o del estado de excepción está debidamente fundamentada y contiene la especificación de los derechos, libertades y garantías cuyo ejercicio queda en suspenso, no pudiendo el estado así declarado tener una duración superior a los quince días, o a la duración fijada por ley cuando sea a consecuencia de declaración de guerra, sin perjuicio de eventuales renovaciones y con salvaguardia de los mismos límites.

237. Respecto al papel de los Tratados Internacionales en el ordenamiento portugués, véase los artículos 7 y 8 de la Constitución.

238. Desde la perspectiva de la aplicación temporal de la norma, el párrafo cuarto dispone que una vez que cesa el estado de guerra los tribunales militares mencionados continuarán con los procedimientos hasta la resolución final de los mismos.

239. La presidencia, según el párrafo cuarto de este artículo 130, la ejercerá el juez más antiguo. Además, los auditores de guerra serán los ponentes de las causas y serán nombrados por el Consejo Superior de la Magistratura.

240. <http://www.emgfa.pt/pt/organizacao/legislacao>

241. Aprobado por Decreto Ley 90/2015, de 29 de mayo. Véase <http://www.emgfa.pt/documents/cqw3zjnhvg4s.pdf>

242. Aprobado por Decreto Ley 265/1993, de 31 de julio, con las modificaciones operadas por los Decretos Leyes 298/1994, de 24 de noviembre; 297/1998, de 28 de septiembre; 188/1999, de 2 de junio; 504/1999, de 20 de noviembre; 15/2002, de 29 de enero; 119/2004, de 21 de mayo; 159/2005, de 20 de septiembre y, la más reciente, 216/2006, de 30 de octubre.

243. Aprobado por Ley 21/1985, de 30 de julio. Véase [http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ii-leis-sobre/estatuto-dos/estatuto-dos-magistrados\\_1](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ii-leis-sobre/estatuto-dos/estatuto-dos-magistrados_1)

244. Aprobado por la Ley 52/2008, de 28 de agosto. Véase <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/noticias4411/lei-n-52-2008-de-28-de/>

245. En este vínculo se encuentra los actuales jueces militares del Tribunal Supremo de Justicia. <http://www.stj.pt/index.php/stj/estrutura/juizesmilitares>

246. Las competencias de la Policía Judicial vienen definidas en el artículo 8 del Código de Justicia Militar por el que se modifica el artículo 5 del Decreto Ley 200/2001, de 13 de julio. En esencia, la Policía Militar se encarga de la investigación de los delitos militares y, excepcionalmente,

para la investigación de los delitos cometidos en el interior de las unidades, establecimientos u órganos militares.

247. <https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>

248. <http://www.emgfa.pt/pt/organizacao/legislacao>

249. Se ha examinado a tal efecto la Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, Administrative Appeals Tribunal Act 1975, High Court of Australia Act 1979, Federal Circuit Court of Australia Act 1999, Federal Court of Australia Act 1976.

250. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00811>

251. <http://www.defence.gov.au/mjs/mjs.asp>

252. Finalmente, otros aspectos en relación al Código de 1904 se trataron a través de una serie de disposiciones como fueron:

1910: abolición del fuero militar.

1936: Creación del cargo de Auditores de Guerra.

1938: Creación de Juzgados y Consejos de Guerra dentro del Tribunal Permanente.

1938: Aplicación de un procedimiento de única instancia para jefes y oficiales por delitos contra la seguridad de la patria, el orden constituido y la seguridad del Ejército.

253. En dicho Decreto se aprueba y promulga como Leyes de la república los siguientes códigos:

— Ley de Organización judicial Militar, en sus dos secciones y 123 artículos.

— Código Penal Militar, en sus 3 libros y 225 artículos.

— Código de Procedimiento Penal Militar, en sus 9 títulos y 263 artículos.

254. Los tribunales militares existen para el mantenimiento de la disciplina dentro de la entidad castrense, constituyendo el argumento esencial para la resistencia de los mismos, ya que a falta de ella, no existiría subordinación ni seguridad.

La justicia militar, es el instrumento que asegura a las FF.AA. el cumplimiento de las funciones de defensa y seguridad de Estado en forma idónea y eficaz, considerando que si existiesen condiciones contrarias, se aplica las sanciones punitivas de los delitos de omisión, lo que garantiza al Estado contar con una entidad disciplinada y eficiente para cumplir a cabalidad las tareas asignadas.

255. Artículo 30 de la Ley número 1405.

256. Artículo 24 de la Ley de organización judicial militar.

257. Designado por el Comandante en jefe por un período de tres años.

258. El cuerpo jurídico militar está integrado por oficiales abogados del escalafón de armas y de servicios de las Fuerzas Armadas de la Nación; en sus funciones están sometidos a los códigos militares.

259. [http://www.forces.gc.ca/assets/FORCES\\_Internet/docs/en/jag/manual-mil-jus-summary-trial-level.pdf](http://www.forces.gc.ca/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/manual-mil-jus-summary-trial-level.pdf)

260. Código de justicia militar de Chile: <https://www.leychile.cl/N?i=18914&f=2016-07-05&p=>.

261. Código aeronáutico: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30287&idParte=8639277&idVersion...05](http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30287&idParte=8639277&idVersion...05)

262. Decreto sobre reclutamiento y movilización: [www.leychile.cl%2F-Navegar%3FidNorma%3D6876&usg=AFQjCNECq\\_z5O1uUZ\\_yRG5in-h8r-Zi9nRQ](http://www.leychile.cl%2F-Navegar%3FidNorma%3D6876&usg=AFQjCNECq_z5O1uUZ_yRG5in-h8r-Zi9nRQ)

263. Ley sobre movilización: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30323>

264. [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021613](http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021613)

265. Según el artículo 28 del Código de Justicia Militar de 29 de mayo de 1964, Decreto número 562, bajo la expresión «Fuerza Armada» se comprenderá: el Ejército, la Fuerza Aérea, la Marina Nacional; la Guardia Nacional, la Policía Nacional y la Policía de Hacienda. Por su parte, la Ley Orgánica de la Fuerza Armada de El Salvador, Decreto Número 353, de 30 de julio de 1998, en su artículo 5 declara que el cuadro permanente de la Fuerza Armada está constituido por los militares profesionales reconocidos por la Ley de la Carrera Militar quienes son responsables en sus correspondientes niveles de conducción, de la organización, planificación, dirección, preparación, coordinación, control y empleo de las respectivas unidades.

266. Según el artículo 1 del Código de Justicia Militar de 29 de mayo de 1964, Decreto número 562: «*Las disposiciones de este Código se aplicarán exclusivamente a los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por los delitos y faltas puramente militares*». El libro II de dicho Texto (artículos 54 y ss) lleva por rúbrica «de los delitos y las penas», recogiendo los siguientes tipos delictivos: delitos contra la personalidad internacional del Estado; delitos contra el derecho de gente, de devastación, de saqueo y de sabotaje delitos contra la personalidad interna del Estado y contra la seguridad de la Fuerza Armada Nacional; delitos contra centinela, salvaguardias, Fuerza Armada, Bandera, Escudo e Himno Nacional: delitos contra la disciplina militar; delitos contra el honor militar; delitos contra el servicio militar; delitos contra la Administración y los intereses de la Fuerza Armada; delitos de los prisioneros de guerra internacional. En cuanto a las faltas, el Libro III, bajo la rúbrica de las faltas, artículos 164 y ss., establece una clasificación de las mismas en el Capítulo I, señalando que constituye falta toda infracción de los deberes militares expresamente sancionados en este Código y en general, toda infracción que, a juicio del superior, menoscabe la disciplina o dañe el servicio y que no se halle comprendida entre las que el Código castiga como delito. Las faltas asumen mayor gravedad cuando son reiteradas, cuando son colectivas, cuando se cometen en presencia de superiores o subalternos y cuanto mayor sea la jerarquía del que la cometa. Por otra parte, recoge una clasificación de faltas comunes a todos los militares y otras exclusivamente particulares de los oficiales.

267. El artículo 178 del Código de Justicia Militar señala que: Los tribunales militares no podrán aplicar otras disposiciones que las de este Código y las del Código Penal común, en su caso; y en tiempo de guerra internacional, además, las disposiciones de carácter penal contenidas en los bandos de guerra internacional.

268. Artículos 186 y 187 del Código de Justicia Militar.

269. Artículo 183 del Código de Justicia Militar.

270. Ley Orgánica Judicial, Decreto Legislativo de 20 de junio de 1984.

271. Artículos 189 y ss. del Código de Justicia Militar.

272. Artículos 199 y ss. del Código de Justicia Militar.

273. Artículo 191 del Código de Justicia Militar.

274. Artículos 204 y ss. del Código de Justicia Militar. El artículo 192 señala que: La Corte Marcial Ordinaria tendrá competencia para conocer en primera instancia, de los delitos militares sancionados en este Código con una pena superior a diez años de reclusión, que fueren cometidos por Oficiales comprendidos en los numerales 2. y 3 del art.

275. El artículo 44 del Código de Justicia Militar señala que la denominación de oficiales comprende a los militares con grado desde sub-teniente, o su equivalente, hasta general o almirante inclusive, clasificados en las siguientes categorías: 1. Generales y almirantes que comprende a los Oficiales con estos grados; 2. Jefes, que comprende a los Militares con grados de mayor hasta coronel; y 3. Oficiales que comprende a los militares con grados desde sub-teniente hasta capitán.

276. Según el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada de El Salvador, Decreto número 353, la Comandancia General de la Fuerza Armada es ejercida por el Presidente de la República.

277. Artículo 215 y ss. del Código de Justicia Militar.

278. Artículos 227 y ss. del Código de Justicia Militar

279. <http://www.ucmj.us/>

280. [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/MCM-2012.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/MCM-2012.pdf)

281. [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Practicing-Military-Justice\\_Jan-2013.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Practicing-Military-Justice_Jan-2013.pdf)

282. [http://www.dod.gov/dodgc/images/report\\_part1.pdf](http://www.dod.gov/dodgc/images/report_part1.pdf)

283. Artículo 96.4: Leyes especiales regulan: a) todo lo que se refiere a los Tribunales militares de tierra, de mar y de aire, ante los que no puede llevarse a los particulares.

284. Artículo 96.5: Los Tribunales previstos en la letra a) del apartado anterior son constituidos con mayoría de miembros del cuerpo judicial de las fuerzas armadas, que gozan de las garantías de independencia funcional y personal previstas en el apartado 1 del artículo 87 de la presente Constitución.

285. Dicho Decreto ha sido modificado por el Decreto 279 de 22 de junio 1882, Decreto 316 de 10 de febrero de 1885, Decreto 757 de 22 de junio de 1920, Decreto 1240 de 26 de abril de 1923, Decreto 944 de 12 de julio de 1927, Decreto 1765 de 28 de marzo de 1932, Decreto 187 de y Decreto 41-96 de 12 de junio de 1996.

286. El Código Penal común aprobado por Decreto 17-73 dispone en el artículo IV de las Disposiciones Generales que «*lo previsto en este Código no afecta a materias comprendidas en leyes Constitucionales o en Fueros Especiales*»

287. Este Código tuvo su génesis en una Comisión de trabajo especializada conformada por Decreto presidencial que se encargó de redactar la norma. El trabajo de esta Comisión, el actual Código Militar, fue finalmente aprobado por el entonces Presidente de la República, General de División J. Rufino Barrios el 1 de agosto de 1878, entrando en vigencia el 15 de septiembre del mismo año.

288. Reformada por Acuerdo Legislativo núm. 18-93, de 17 de noviembre de 1992.

289. Las contradicciones del Código Militar de 1878 con los principios constitucionales y legales son las siguientes: en el Código Militar se establecen penas por analogía; se viola el principio de independencia judicial por la conformación de los Tribunales por parte de oficiales del Ejército; se vulnera el principio de inocencia y el derecho de defensa ( no se nombra defensor al imputado hasta que la causa se eleva a plenaria y conoce los cargos); en varias disposiciones del código se contempla la posibilidad de que civiles sean juzgados por el fuero militar.

290. Los tribunales militares aparecían en el artículo 58 inciso f) de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89, y se les reconocía el ejercicio de la jurisdicción. No obstante el artículo 2 del Decreto 41-96 derogó dicho inciso por lo que los tribunales militares fueron excluidos de la estructura del Organismo judicial, quedando únicamente reconocidos por la Constitución Política de la República en el artículo 219. Por lo tanto no existe independencia judicial por parte de los tribunales militares por cuanto dependen únicamente del Ministerio de Defensa Nacional y por lo tanto, del organismo ejecutivo, contraviniendo con ello el artículo 203 y 219 constitucional.

291. Comandante jurisdiccional de la Región Militar donde se encuentra ubicado el Tribunal Militar, se instituyen como jueces de instrucción. Este Comandante de la Zona quien es el que preside el Tribunal Militar, es juez y parte ya que está encargado del control de la investigación que practica el auditor de Guerra que es su asesor y al mismo tiempo está a cargo de la función de juzgar dentro del proceso penal.

292. Oficial superior, ya sea de carrera o asimilado (abogado o notario) como asesor jurídico y con las mismas cualidades que un juez de primera instancia ordinario para instruir el proceso por la comisión de los delitos militares por parte de los oficiales del Ejército de Guatemala.

293. con las mismas funciones que un secretario de juzgado ordinario, será el jefe administrativo del tribunal Militar siendo éste oficial del Ejército de Guatemala encargado de la Dirección de Personal del Comando Militar.

294. Puede traducirse libremente como:

1. Podrán establecerse Tribunales militares para juzgar delitos contra la ley militar, presuntamente cometidos por personas sujetas a ese fuero y también para juzgar las infracciones cometidas durante un estado de guerra o de rebelión armada.

2. Los miembros de las Fuerzas Armadas que no se hallen en servicio activo no podrán ser juzgados por un consejo de guerra u otro tribunal militar por delitos cuya competencia corresponda a los Tribunales ordinarios, a menos que dicho delito esté atribuido a la competencia de un consejo de guerra o de otro tribunal militar en virtud de alguna ley sobre el mantenimiento de la disciplina militar.

El texto original en inglés de la Constitución de Irlanda está disponible en <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/>.

295. El artículo 35.2 de la Constitución irlandesa reza *All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Cons-*

*titution and the law*, frase que libremente traducida vendría a decir «Todos los jueces serán independientes en el ejercicio de sus funciones judiciales y sujetos únicamente a esta Constitución y a la ley».

296. El texto original de la *Defence Act* 1954, actualizada a 1 de junio de 2016, está disponible en: [http://www.lawreform.ie/\\_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/EN\\_ACT\\_1954\\_0018.PDF](http://www.lawreform.ie/_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/EN_ACT_1954_0018.PDF)

297. El texto original en inglés de esta Sentencia está disponible en <https://cases.legal/en/act-uk2-272303.html>

298. Puede traducirse libremente como:

1. El principal objetivo del sistema de tribunales militares es proporcionar un mecanismo para la aplicación del derecho militar en las Fuerzas de Defensa. El derecho militar es el sistema normativo integrado por la Ley (de Defensa) y los reglamentos, instrucciones y órdenes dictadas al amparo de ésta. La finalidad primordial del derecho militar es regular el comportamiento del personal militar, teniendo en cuenta las singulares necesidades y exigencias de la vida militar, con el fin de garantizar que el nivel de disciplina requerido se mantiene en todo momento. Los miembros de la Fuerza de Defensa Permanente están sujetos a la ley militar en todo momento. El capítulo II de la parte V de la Ley de 1954 (enmendada), párrafos 124 a 169A (ambos inclusive) contempla los diversos delitos contra la ley militar por los que las personas sujetas a la Jurisdicción militar pueden ser juzgados y castigados por un tribunal militar.

2. Estas secciones incluyen muchos delitos que no están tipificados como tales en las leyes penales ordinarias del Estado. En la práctica esto significa que las personas sujetas a la Jurisdicción militar, además de estar sometidos a la ley penal ordinaria del Estado, pueden ser juzgados, condenados y sentenciados por un tribunal militar por una amplia gama de lo que se conoce como delitos militares.

299. *Defence Act* 1954, 169. (1) Subject to the provisions of this Act, every person who, while he is subject to military law, commits any of the offences referred to in this section shall be deemed to be guilty of an offence against military law and, if charged under this section with any such offence (in this Act referred to as a civil offence) shall be liable to be tried by court-martial.

300. *Defence Act* 1954, 122. Any person subject to military law who commits any offence against military law may be tried and punished for such offence at any place within or without the State.

301. *Defence Act* 1954, 186. There shall be three classes of courts-martial, namely, general courts-martial, limited courts-martial and the summary court-martial.

302. *Court of Appeal Act* 2014 (18/2014).

303. Los barristers se encargan del trabajo jurídico como expertos en áreas legales especializadas y pueden comparecer ante todos los juzgados, y especialmente ante los Tribunales de mayor jerarquía gracias a los rights of audience (los solicitors no). Ejercen en solitario y se organizan en chambers (cámaras). Cada cámara puede especializarse en distintas áreas. Para colaborar con los solicitors, las chambers emplean a clerks (secretarios)

que sirven de nexo entre ellos y distribuyen el trabajo que reciben de los primeros. Estos profesionales no tienen una relación contractual directa con el cliente (no tratan con él), ya que siempre trabajan a través de la petición de los solicitors. Responden colectivamente ante el Bar Council (Consejo de Colegiación, literalmente). Otro nombre con el que se puede hacer referencia a los barristers es counsel. Texto tomado de la página web <http://www.traduccion-jurada-oficial.com/blog/diferencia-entre-solicitor-y-barrister-abogado-procurador-attorney/>. Página web consultada el 27 de noviembre de 2016.

304. Los solicitors son profesionales del Derecho que inicialmente se encargan del trabajo legal fuera de los juzgados, asesorando a los clientes, redactando contratos, participando en transacciones, preparando testamentos o divorcios. Tienen capacidad de representación de su cliente. Pueden comparecer ante el juez pero solo en los Tribunales inferiores. Desarrollan sus labores asociándose o individualmente, y pueden trabajar para empresas o autoridades. Texto tomado de la página web <http://www.traduccion-jurada-oficial.com/blog/diferencia-entre-solicitor-y-barrister-abogado-procurador-attorney/>.

305. Defence Act 1954, 184 J. (2) An officer, or a person other than an officer of the Permanent Defence Force, who is a practising barrister or a practising solicitor of not less than 10 years standing shall be qualified for appointment as a military judge.

306. Idem.

307. Defence Act 1954, 192. (1B) A summary court-martial shall not have jurisdiction (a) to try any person who is for the time being an officer holding the army rank of lieutenant colonel or the equivalent naval rank or higher commissioned rank, (b) to try any person for a relevant offence, (c) to award to any person any sentence greater than imprisonment for a term of six months, or (d) in the case of an appeal under section 178E, to award any punishment greater than that awardable on summary disposal of the matter under section 177C or 178C, as appropriate.

308. Battalion Quarter-Master Sergeant (NATO OR-8).

309. Defence Act 1954, 192. (2) A limited court-martial shall not have jurisdiction (a) to try any person for any offence against military law committed by the person while subject to military law as an officer, (b) to try any person who is for the time being an officer or a man of the army rank of battalion quarter-master sergeant or the equivalent naval rank or of any higher non-commissioned rank, (c) to try any person for a relevant offence, or (d) to award to any person any sentence greater than imprisonment for a term of two years.

310. Defence Act 1954, 192. (1) Subject to and in accordance with the provisions of this Act, a general court-martial, limited court-martial or summary court-martial shall, in addition to any other powers conferred on it by this Act, have jurisdiction to try and punish any person for an offence against military law committed by the person while subject to military law as an officer or as a man.

311. Defence Act 1954, 198. (1) Subject to the provisions of this section, in the case of a general court-martial or limited court-martial, a finding of

guilty on any charge shall be decided by a majority of at least two-thirds of the members of the court-martial board, after the military judge has summed up the law and the evidence.

312. Defence Act 1954, 15. (2) The Judge Advocate-General shall be a practising barrister-at-law of at least ten years' standing, but shall not be a member of the Defence Forces, and shall be appointed by, and hold office during the pleasure of, the President.

313. Defence Act, 1954. 184A. (1) An officer of the Permanent Defence Force not below the army rank of colonel or the equivalent naval rank may by warrant of the Judge Advocate-General be appointed as the Court-Martial Administrator.

314. Defence Act 1954, 15. (3) The Judge Advocate-General shall be charged with the performance of such duties as the Government may from time to time assign to him.

315. Defence Act 1954, 184J. (1) The President may appoint, on the advice of the Government, one, or more than one, qualified officer of the Permanent Defence Force, or a qualified person other than an officer of the Permanent Defence Force, to be a military judge.

316. Defence Act 1954, 184J. (2) An officer, or a person other than an officer of the Permanent Defence Force, who is a practising barrister or a practising solicitor of not less than 10 years standing shall be qualified for appointment as a military judge.

317. Defence Act 1954, 184J (4) The military judge, or where there is more than one military judge, the Chief Military Judge, shall not be below the army rank of colonel or the equivalent naval rank.

318. Defence Act 1954, 184J (5) Where a qualified person, referred to in subsection (1), is to be appointed under subsection (1) to be a military judge that person shall, for the purposes of subsection (4), be nominated for appointment as a commissioned officer under section 42 at the rank specified in subsection (4).

319. Defence Act 1954, 184K. (1) For the purpose of identifying officers, and persons other than officers, and informing the Government of the suitability of those officers, and such persons, for appointment to judicial office, there shall be established a committee consisting of (a) the Chief of Staff, (b) the Judge Advocate-General, and (c) a Judge of the High Court, nominated by the President of the High Court.

320. Defence Act 1954, 184K. (2) The committee may adopt such procedures as it considers appropriate to carry out its functions under this section.

321. Defence Act 1954, 184L. (3) (3) A military judge shall not hold any other office or employment in respect of which remuneration is payable.

322. Defence Act 1954, 184LA. (1) The Minister may, having consulted with the Minister for Justice and Equality, request the President of the Circuit Court to temporarily designate, under section 11A of the Act of 1947, one, or more than one, Circuit Judge to perform the functions of a military judge in all or any of the following circumstances: (a) where there is a vacancy for the position of military judge and no person has been appointed,

under section 184J(1), as military judge; (b) where a military judge, appointed under section 184J(1), is ill, absent or otherwise unable to carry out his or her functions; (c) where a military judge appointed under section 184J cannot properly deal with any matter before him or her by reason of the fact that he or she has a personal interest in the matter or personal knowledge of the facts or the parties as might prejudice the hearing and determination of the matter; (d) without prejudice to paragraphs (a) to (c), any other circumstance in respect of which the Minister is satisfied that such temporary designation is necessary or appropriate.

323. Defence Act 1954, 184N. (1) The President may appoint, on the advice of the Government, a military judge to be the Chief Military Judge.

324. Defence Act 1954, 184N. (2) The Chief Military Judge shall have such functions as are prescribed including assignment of military judges to preside at courts-martial and to perform other judicial duties under this Act.

325. Defence Act 1954, 184N. (3) The Chief Military Judge may delegate any of the Chief Military Judge's functions to a military judge.

326. Defence Act 1954, 184C. (1) Subject to this Chapter, the Government shall appoint an officer of the Permanent Defence Force, or a qualified person other than an officer of the Permanent Defence Force, to be the Director of Military Prosecutions (in this Act referred to as the 'Director').

327. *Idem.*

328. Defence Act 1954, 184C. (2) Subject to this Chapter, an officer, or a person other than an officer of the Permanent Defence Force,] who is a practising barrister or practising solicitor of not less than 10 years standing shall be qualified for appointment as the Director.

329. Defence Act 1954, 184C. (4) The Director shall not be below the army rank of colonel or the equivalent naval rank.

330. Defence Act 1954, 184C. (5) Where a qualified person, referred to in subsection (1), is to be appointed under subsection (1) to be the Director that person shall, for the purposes of subsection (4), be nominated for appointment as a commissioned officer under section 42 at the rank specified in subsection (4).

331. Defence Act 1954, 184D. (1) For the purpose of identifying officers, and persons other than officers, and informing the Minister of their suitability for appointment as Director, there shall be established a committee consisting of (a) the Chief of Staff, (b) a Judge of the High Court, nominated by the President of the High Court, and (c) the Director of Public Prosecutions.

332. Defence Act 1954, 184F. (1) The Director may appoint officers to be prosecuting officers. (2) An officer shall not be appointed as a prosecuting officer unless, at the date of appointment under subsection (1) of this section, the officer is a barrister or solicitor.

333. Defence Act 1954, 184F. (3) A prosecuting officer shall hold and vacate office in accordance with the terms of his appointment.

334. Defence Act 1954, 184F. (4) A prosecuting officer may, unless the Director otherwise directs, exercise any function of the Director.

335. Defence Act 1954, 184B. (2) The Court-Martial Administrator shall act under the general supervision of the Judge Advocate-General.

336. Defence Act 1954, 184B. (3) The Court-Martial Administrator shall provide to the Judge Advocate-General such information in relation to the performance of his functions as the Judge Advocate-General may from time to time require.

337. Defence Act 1954, 184B. (1) The Court-Martial Administrator shall manage and control generally the administration and business of courts-martial and shall perform such other functions as may be specified or prescribed by or under this Act.

338. Defence Act 1954, 184B. (4) The Court-Martial Administrator shall (a) as directed by the Director under this Part, convene general courts-martial and limited courts-martial and refer any charge or other matter to the summary court-martial, and (b) in the case of a general court-martial or limited court-martial, specify the members of the court-martial board.

339. Defence Act, 1954. 184A. (4) The Court-Martial Administrator shall be independent in the performance of his functions.

340. Defence Act 1954, 184B. (5) Subject to the terms of the warrant under section 184A, the functions of the Court-Martial Administrator may be delegated by him from time to time to any other person or persons or class or classes of persons for such purposes as may be specified in the warrant.

341. Defence Act, 1954. 184A. (1) An officer of the Permanent Defence Force not below the army rank of colonel or the equivalent naval rank may by warrant of the Judge Advocate-General be appointed as the Court-Martial Administrator.

342. Defence Act, 1954. 184A. (2) A warrant under this section may be made subject to such restrictions, reservations, exceptions and conditions as the Judge Advocate-General thinks fit including terms and conditions relating to the delegation by the Court-Martial Administrator of his functions under this Act.

343. Véanse los párrafos 184J y 184P de la Defence Act 1954.

344. Defence Act 1954, 211A (1) Subject to subsection (2) of this section, a person convicted by a court-martial of an offence against military law shall not be sentenced to imprisonment or dismissal or discharge with disgrace from the Defence Forces or dismissal or discharge from the Defence Forces where the person has not been represented by counsel (within the meaning of section 196) at some time after he is found guilty and before he is sentenced.

345. Defence Act 1954, 184G (4) (4) Where a direction has been given by the Director for the trial by court-martial of a person accused of an offence against military law, the offence shall be taken to be prosecuted at the suit of the Director who shall be responsible for the conduct of all prosecutions at court-martial, and accordingly the Director shall have, in respect of that offence, in addition to any other powers conferred on him by or under this Act, powers similar to those conferred by law on the Director of Public Prosecutions in respect of offences triable on indictment before a civil court.

346. Defence Act 1954, 196. (1) The prosecutor at a court-martial may be represented by counsel. (2) Any person being tried by a court-martial may

be represented by counsel or, if not represented by counsel, by an officer subject to military law. [...] (6) In this section, the word «counsel» means a person who is either a barrister at law or a solicitor.

347. Defence Act 1954, 211A. (1) Subject to subsection (2) of this section, a person convicted by a court-martial of an offence against military law shall not be sentenced to imprisonment or dismissal or discharge with disgrace from the Defence Forces or dismissal or discharge from the Defence Forces where the person has not been represented by counsel (within the meaning of section 196) at some time after he is found guilty and before he is sentenced.

348. Defence Act 1954, 169. (1) Subject to the provisions of this Act, every person who, while he is subject to military law, commits any of the offences referred to in this section shall be deemed to be guilty of an offence against military law and, if charged under this section with any such offence (in this Act referred to as a civil offence) shall be liable to be tried by court-martial.

349. Court of Appeal A

350. [http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/40407\\_CPMMP.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/40407_CPMMP.pdf)

351. [http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/95805\\_CPMG.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/95805_CPMG.pdf)

352. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Pagine/default.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Pagine/default.aspx)

353. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Pagine/Organigramma.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Pagine/Organigramma.aspx)

354. [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Legislazione/Ordinamento-GiudiziarioMilitare/PartePrima/Modifiche/Pagine/Tribunalimilitarijud.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Legislazione/Ordinamento-GiudiziarioMilitare/PartePrima/Modifiche/Pagine/Tribunalimilitarijud.aspx)

355. [http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio\\_generic\\_content.page?search=organigramma&searchresults=true&contentId=GEN3608&pageCode=area\\_penale](http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio_generic_content.page?search=organigramma&searchresults=true&contentId=GEN3608&pageCode=area_penale)

356. [http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla\\_Pacheco.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf)

357. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)

358. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)

359. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdfse](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdfse)

360. Ley núm. 556 de 5 de enero de 2006 por la que se aprueba el Código Penal Militar.

361. Ley Orgánica 523 de 17 de febrero de 2005, de tribunales militares

362. La denominación ejército en Nicaragua comprende las fuerzas terrestre, aérea y naval. Con las particularidades existentes sería equiparable a nuestras Fuerzas Armadas.

363. Competencias contempladas en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Tribunales Militares.

364. Competencias contempladas en el artículo 32 de la Ley Orgánica de tribunales militares.

365. Competencias contempladas en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Tribunales Militares.

366. Competencias contempladas en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Tribunales Militares.

367. Artículo 65 de la L.O. de Tribunales Militares.

368. Denominación que comprende los empleos de Comandante, Teniente Coronel y Coronel.

369. Equivalente a Comandante.

370. Es el más alto órgano de consulta del Alto Mando artículo 13 de la Ley 181 «Código de Organización Jurisdicción y Previsión Social Militar.

371. Artículo 70 de la L.O. de Tribunales Militares

372. Artículo 54 de la L.O. de Tribunales militares.

373. Al menos el empleo de teniente, teniente primero o capitán.

374. Artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

375. Artículo 149 del Código Procesal Penal.

376. <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

377. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10>

378. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10>

379. Consultada en la web de la Gran Asamblea Nacional de Turquía (Parlamento Nacional) ([https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf)) en su versión en inglés el 17 de noviembre de 2016.

380. *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*, Military criminal jurisdiction under Turkish law. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara University Faculty of Law), Vol. 57. Issue 2, 2008, pág. 11-12.

381. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.353.pdf> Traducción del turco al inglés con google translate.

382. *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit, pág. 5.

383. En otros documentos (İsmail Aksel, Turkish Judicial System, The Ministry of Justice of Turkey, Department for Strategy Development, Ankara 2013) lo traducen al inglés como Corte Suprema de Casación.

384. Consultada en la web de la Gran Asamblea Nacional de Turquía (Parlamento Nacional) ([https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf)), en su versión en inglés, el 17 de noviembre de 2016.

385. İsmail Aksel, Op.cit., pág. 46-47.

386. *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit., pág. 7.

387. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.353.pdf> Traducción del turco al inglés con google translate. La reforma se operó tras una sentencia del Tribunal Constitucional de 2009 que declaró la inconstitucionalidad de la presencia de un militar no juez en los tribunales militares y que fue posteriormente confirmada por el TEDH por contravenir el artículo 6 CEDH (STEDH de 3 de julio de 2012, Caso İbrahim Gürkan vs. Turquía. JUR 2012\223115).

388. *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit, pág. 7.

389. Extraído de la Ley de jueces militares <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.357.pdf> (traducción al inglés con google translate) y The state of the military justice reform in Turkey: 2014, *Leslie Esbrook*, Military Law and the Law of War Review núm. 53/1, 2014, pág.122-124.

390. Extraído de la Ley de jueces militares <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.357.pdf> (traducción al inglés con google translate) y del artículo de *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit.

391. Consultada en la web de la Gran Asamblea Nacional de Turquía (Parlamento Nacional) ([https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf)), en su versión en inglés, el 17 de noviembre de 2016.

392. El ascenso a dicha categoría corresponde al Ministro de Defensa Nacional, de acuerdo con la Ley de Jueces Militares <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.357.pdf>. Tras una sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 se modificó la Ley de jueces militares para impedir que se atendiera a valoraciones administrativas en relación a la promoción y destino de los jueces militares (como cuerpo), sometiéndolas a estándares similares a los jueces civiles, impidiendo la incidencia en esas materias de los mandos militares, pero sin alcanzar lo exigido por algunos documentos de NU de someterlo a un órgano independiente (*Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit., pág. 123-125).

393. İsmail Aksel, Op. cit., pág. 47-48.

394. *Dr. Muzaffer Yasin Aslan*. Op. cit., pág. 3-8.

395. El artículo 125 de la Constitución señala que «Los actos del Presidente de la República en su propia competencia y las decisiones de Consejo Supremo Militar no están sometidas a control judicial. No obstante serán susceptibles de revisión judicial las decisiones del Consejo Supremo Militar relativas a la expulsión de las fuerzas armadas salvo los actos relativos a ascensos y retiros debidos a falta de antigüedad».

396. «El Alto Tribunal Militar Administrativo será la primera y última instancia para la revisión judicial de los litigios derivados de actos administrativos y actuaciones relativas a personal militar o relacionadas con el servicio militar, incluso en los casos en que los actos y actuaciones hubieran sido dictados por autoridades no militares. Sin embargo, en litigios derivados de la obligación de cumplimiento del servicio militar no será necesario que la persona involucrada sea miembro de un cuerpo militar.

Los miembros del Alto Tribunal Militar Administrativo que sean jueces militares, serán designados por el Presidente de la República a partir de una lista de tres candidatos para cada vacante que se produzca propuesta por el Presidente y los miembros del Tribunal mediante votación secreta y por mayoría absoluta del total de dichos miembros, entre jueces militares de la primera categoría; los miembros que no sean jueces militares serán designados por el Presidente de la República a partir de una lista de tres candidatos para cada vacante que se produzca propuesta por el Jefe del Estado Mayor entre oficiales que ostenten el empleo y cualificación determinado por la ley.

La designación de los miembros que no sean jueces militares no excederá de cuatro años.

El presidente, el fiscal jefe y los directores del tribunal serán designados entre los jueces militares atendiendo al rango y antigüedad.

La organización, funcionamiento y normas de procedimiento del Alto Tribunal Militar Administrativo, y las cuestiones disciplinarias y de personal de sus miembros serán regulados por la ley de conformidad con los principios de independencia de los tribunales y la garantía de inamovilidad de los jueces».

Los fiscales y ponentes (semejantes a nuestros letrados) son designados entre miembros del cuerpo de jueces militares (İsmail Aksel, Op. cit., pág. 51-52).

397. Ficha del país (Turquía) facilitada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: [http://www.exteriores.gob.es/documents/fichas-pais/turquia\\_ficha%20pais.pdf](http://www.exteriores.gob.es/documents/fichas-pais/turquia_ficha%20pais.pdf) Consultada el 24 de noviembre de 2016.

398. European Commission. Commission Staff Working Document, Turkey 2016 Report. COM(2016) 715 final. [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2016/20161109\\_report\\_turkey.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2016/20161109_report_turkey.pdf)

399. Country Reports on Human Rights Practices for 2015 (Turkey). *United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.* <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper> (última revisión de junio de 2015).

400. En el texto penal castrense uruguayo no se contienen referencias al tiempo de guerra, salvo la de constituir una circunstancia agravante (art. 16).

401. El Decreto Ley 10.326 es anterior a la creación de la Fuerza Aérea Uruguaya y por eso muchos de sus artículos, cuando mencionan las Fuerzas Armadas, se refieren exclusivamente al Ejército y la Armada.

402. Sin derecho a ocupar cargos en el Ministerio de Defensa Nacional o a utilizar grado militar o uniforme.

403. Para todo lo aquí expuesto me he guiado por PASCUAL SARRÍA, F.J. El cuerpo jurídico militar español: la figura del Auditor de Guerra en la historia.

404. MORENO CASADO, J. «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXI, Madrid, 1961, págs. 431-458, Querol y Durán, Fernando de, *Principios de Derecho Militar Español*, Tomo I, Madrid, 1948, págs. 34-35.

405. La norma tenía como nombre oficial Ley sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército.

406. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: «Justicia militar en la España nacional: la jurisdicción militar en el periodo 1918-1936», en el colectivo *Justicia en Guerra*, pág. 393.

407. *Ibidem*, pág. 42.

408. Los mecanismos de reformas constitucionales establecidos en esta norma se encuentran en el artículo 125, y exigía la tramitación de una ley y el voto de dos terceras partes de los diputados.

409. Con criterio claramente opuesto se expresa Antonio Millán Garrido, para quien dicha Exposición de Motivos reconoce que el Código de Justicia Militar se elaboró con una pretensión, ciertamente modesta, limitada a dos objetivos: «Uno, el ligero remozamiento de las Leyes castrenses vigentes, deducido de la aplicación práctica que venía haciéndose, y otro, la Unificación de la Justicia Militar de los Ejércitos de Tierra, Armada y Aire». *Justicia militar*. 2003. Prólogo a la primera edición. Pág. 25. (La reforma de la justicia militar en el Derecho español). Antonio Millán Garrido. Jerez. 24 de mayo de 2001. (3.ª edición. Las tres ediciones a cargo de Antonio Millán Garrido. Barcelona) Editorial Ariel.

410. En la Exposición de Motivos del Código de Justicia Militar de 1945, párrafo primero.

411. José María Rodríguez Devesa. *Derecho Penal Español*, Parte general, 5ª edición, pág. 146 y ss.

412. Véanse los artículos 258 a 408 (a.i.) del Código de Justicia Militar promulgado por la Ley de 17 de Julio de 1945.

413. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 10 (Palma de Mallorca 1985), pág. 73 y ss. Estudio sobre la regulación de las penas en el vigente Código de justicia militar, Antonio Millán Garrido.

414. El principio de Legalidad penal y sus garantías (II) – José Hernández. (28/01/2015): <https://www.dyrabogados.com/el-principio-de-legalidad-penal-y-su-garantias-ii/#sthash.juVQO7z0.dpuf>

415. En el primer párrafo del artículo 517 del Código de Justicia Militar promulgado por la Ley de 17 de Julio de 1945.

Véase el artículo 241 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

416. Véase el artículo 518 del Código de Justicia Militar promulgado por la Ley de 17 de julio de 1945.

417. Véanse los artículos 519 y ss. del Código de Justicia Militar promulgado por la Ley de 17 de julio de 1945.

418. Artículos 449 a 1.075 (a. i.) del Código de Justicia Militar promulgado por la Ley de 17 de Julio de 1945.

419. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, artículo 11 «La intervención de los militares en la administración de la justicia militar o en los procesos militares, en cualquier concepto, se considerará acto de servicio preferente en las Fuerzas Armadas».

420. Capitanes generales de las regiones, los generales en jefe de ejército y los generales y jefes de tropa, con mando independiente, a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción; capitanes y comandantes generales de departamento, comandantes generales de escuadra y el almirante jefe de la jurisdicción central de Marina; el general jefe de la jurisdicción del Aire.

421. CJM-1945, Tratado III, Título XXI, Capítulo Único, artículos 954 a 979.

422. Hoy derogado, a su vez, por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, en cuya Disposición derogatoria única se significa que «Queda derogada la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica».

Las Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, celebradas en Granada entre los días 18 y 21 de abril de 2017 bajo el auspicio de la Subsecretaría de Defensa y el Centro Mixto Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército, tuvieron por objeto la difusión de un conjunto de trabajos que pudieran servir de base para la elaboración, en su día, de los anteproyectos de adaptación y reforma de las Leyes Orgánicas 4/1987, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, y 2/1989, procesal militar.

Esta obra reúne los correspondientes estudios sobre los modelos de jurisdicción militar existentes en los países de mayor proximidad cultural y más asidua relación con el nuestro, particularmente los de la Alianza Atlántica y los de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, y, junto a ellos, los dedicados a los antecedentes de la justicia militar en España, desde su aparición con los ejércitos modernos.

