

# Notas

## I. SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

### A) PROYECTO DE 1965

#### ACERCA DE LA BAJA ADMINISTRATIVA EN EL EJERCITO

El artículo 368, en su primer párrafo, fue objeto de meditado estudio en el seno de la Comisión, a través del cual se mostraron las opiniones más contradictorias.

El Código de Justicia Militar de 1890, en el número 3.º de su artículo 285, configuraba como delito el hecho de que un Oficial abandonase su destino o el punto de su residencia, siempre que no hubiese abandono de servicio, si dejare transcurrir dos meses desde la consumación del delito, sin hacer su presentación a las Autoridades competentes, sancionándolo con la pena única de pérdida de empleo.

El número 1.º del artículo 329 del mismo Código, consideraba falta grave el abandono de destino o punto de residencia, que no estuviere comprendido en el número 3.º del artículo 285; y, por último, el artículo 335, estimaba como falta leve el hecho de ausentarse por tiempo que no llegare a constituir otra falta o delito.

El mismo criterio, en su esencia, respecto al extremo primeramente citado, seguía el artículo 169 del derogado Código Penal de la Marina de Guerra, de 24 de Agosto de 1888.

El Código de Justicia Militar de 1945, cambia el sistema de nuestra legislación, haciendo desaparecer la figura delictiva definida en el número 3.º del artículo 285 del Código anterior, que era sancionada con una pena principal que, a efectos pasivos, producía unas consecuencias definidas, y de carácter negativo, puesto que privaba del sueldo y pensiones, e incapacitaba para obtenerlos en lo sucesivo. En su lugar, y reemplazando ese estado de derecho, dispuso, en el artículo 368, que el Oficial o Suboficial que dejare transcurrir dos meses sin justificar debidamente su situación, será dado de baja definitivamente, sin perjuicio del procedimiento que pudiera seguirsele, ni de la rehabilitación administrativa que pudiera obtener. Este artículo parece reproducir la Real Orden de 13 de marzo de 1900, en relación con la de 4 de febrero de 1943, que ordenaba la baja del ausente en el Ejército, apoyándose en una referencia expresa al tantas veces citado número 3.º del artículo 285. Como puede observarse, el Código de Justicia Militar vigente incurrió en la impropiedad de regular una materia estrictamente administrativa y, en cambio, hizo desaparecer la sanción penal señalada a unos hechos considerados antes como delictivos.

Aparte de esto, elimina la falta grave de abandono de destino, que hoy, no revistiendo caracteres de delito, ha de calificarse como simple falta leve del artículo 443 del Código, excepto para el caso concreto previsto en el artículo 438, número 3.º, tomado del Código Penal de la Marina de Guerra.

La confusión, que no resulta desvanecida en la propia exposición de motivos del Código, viene creada por no estar definidos los efectos propios de esa baja administrativa que, al parecer, si no va seguida de rehabilitación administrativa, tampoco concretamente regulada, impide señalar, en su caso, haberes pasivos, al no tratarse de retirados, y produce, en consecuencia, los mismos efectos que la pena de pérdida de empleo, lo que no deja de ser excesivo, pues, actualmente, en la generalidad de los casos, el Oficial culpable de abandono de destino, aún separado del servicio por aplicación de penas principales o accesorias, no llega a perderlos, si tiene años de servicios suficientes para hacerlos valer, declaración que, hecha en una sentencia, debe prevalecer sobre las resoluciones meramente administrativas.

Ante esta situación, la Comisión ha optado por suprimir totalmente el primer párrafo del artículo 368, por entender que debe ser en las disposiciones administrativas, hoy en vigor o que se dicten en lo sucesivo, donde han de establecerse los efectos propios de una baja de tal naturaleza, los cuales no pueden ni deben ser regulados en una ley de carácter penal. Es aquella legislación especial la que debe concretar cuándo ha de considerarse renunciante a la carrera a quien se ausente de su destino sin justificación de causa, pero presente el interesado y a disposición de las autoridades Militares, debe depurarse, en primer término su responsabilidad en vía judicial, y la sentencia o resolución que recaiga, determinará la situación futura en su carrera, especialmente a efectos pasivos, declaración que ha de tenerse en cuenta en el expediente de rehabilitación que pudiera instruirse.

En cuanto a la eliminación de la falta grave de abandono de destino, se ha optado por respetar la supresión acordada en el Código vigente, quedando subsistente sólo la figura de falta leve, cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

N. DE R.—La situación planteada en este texto, entresacado del primer Proyecto de Actualización del Código de Justicia Militar de 1945, elaborado a lo largo de los años 1962 a 1965, ha de estimarse afectada por el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo que, creando en su artículo 12 la situación de «desaparecido», distingue entre los desaparecidos en campaña, accidente o acciones en que se haya intervenido por razón del servicio y los «desaparecidos con ocasión ajena al servicio». Para los primeros se indica que no serán dados de baja en su Ejército hasta que transcurran dos años desde la fecha del hecho determinante de la desaparición y recoge el procedimiento a seguir en estos supuestos. Para los segundos determina que se procederá en la misma forma establecida precedentemente, pero no indica plazos para que pueda acordarse la baja administrativa.

## B) PROYECTO DE 1971

### SOBRE COMPOSICION DE TRIBUNALES MILITARES Y OTROS EXTREMOS

#### DEL TRIBUNAL MILITAR ORDINARIO

Art. 84. Para la vista y fallo de las causas no reservadas al Consejo Supremo de Justicia Militar, en que se persigan delitos comunes o que, siendo militares, tengan asignada pena calificada de común en el artículo 228 de este Código, así como los conexos de unos y otros, sea cual fuere la naturaleza de los mismos, se constituirá en cada Circunscripción jurisdiccional un Tribunal Militar Ordinario que estará formado:

- Por un Teniente Coronel Auditor, como Presidente.
- Dos Vocales Comandantes o Capitanes, o Capitanes de Corbeta, o Tenientes de Navío, y
- Otros dos Vocales Comandantes Auditores o Capitanes Auditores, todos ellos del respectivo Ejército.

Art. 85. Los componentes de estos Tribunales se nombrarán por períodos anuales, y serán designados: Los pertenecientes al Cuerpo Jurídico por los respectivos Auditores, y los restantes, por las Autoridades Judiciales, de entre los Jefes y Oficiales de las Armas y Cuerpos del Ejército respectivo que les estén subordinados.

#### DEL TRIBUNAL MILITAR DE OFICIALES GENERALES

Art. 90. La vista y fallo de las causas no reservadas al Consejo Supremo de Justicia Militar, seguidas por los delitos, a que se refiere el artículo 84, en las que se hallen procesadas cualesquiera de las personas relacionadas en el artículo 67 de este Código, corresponde al Tribunal Militar de Oficiales Generales, que se compondrá: De un General Auditor, como Presidente, y cuatro Vocales, dos de ellos Coroneles del Ejército respectivo o Capitanes de Navío, y los otros dos, Coroneles Auditores del mismo Ejército.

Art. 91. El Presidente y los dos Vocales Coroneles Auditores, serán nombrados con carácter permanente. Los otros dos Vocales los designará la Autoridad Judicial que entienda de la causa, de entre los Jefes de la categoría correspondiente que le estén subordinados.

#### DEL DEFENSOR

Art. 171. Los procesados podrán nombrar, en todo caso, para ejercitar su derecho de defensa, a los Oficiales de las Armas, Institutos o Cuerpos Auxiliares de cualquiera de los Ejércitos, o a los Abogados en ejercicio dentro de la Circunscripción jurisdiccional en que haya de verse y fallarse la causa.

#### SUSPENSION DE CONDENA

Art. 264. Se confiere al Consejo Supremo de Justicia Militar y a las Autoridades Judiciales militares la facultad de otorgar motivadamente, o de aplicar por Ministerio de la Ley con arreglo a las Leyes comunes, la condena condicional a los reos penados por delitos previstos en dichas Leyes.

También podrán conceder los mismos beneficios, con iguales requisitos, a los condenados por delitos previstos en este Código si la pena impuesta fuese de prisión común y no excediere de un año.

La suspensión de condena no alcanzará a las accesorias militares ni a los efectos de igual naturaleza.

#### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 275. Para los efectos de este Código se considerará:...

3.º Que las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo, cuando se encuentren en una situación que haga posible de modo inmediato la agresión o el combate.

4. Que se está al frente de rebeldes o sediciosos, siempre que a la vista exista cualquier grupo o fuerza en actitud rebelde o sediciosa, aún cuando no hubiere precedido declaración formal del estado de guerra.

#### DELITOS CONTRA LA UNIDAD E INTEGRIDAD DE LA PATRIA

Art. 305. Los que se alzaren en armas con la finalidad de desmembrar el territorio nacional, propugnando por la independencia o separación de la Patria de una parte de aquél, serán castigados con la pena de reclusión a muerte.

Igual pena se impondrá a quienes, sin estar comprendidos en el párrafo anterior, hubieren contribuido al alzamiento mediante la organización, dirección o adiestramiento de grupos armados o reclutamiento de gente para constituirlos.

En todo caso se impondrá la pena de muerte a los jefes más caracterizados o relevantes del alzamiento en armas.

Art. 306. Los que, persiguiendo finalidades separatistas, atenten contra la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbaciones de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras, o empleo de cualesquiera otros medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos, serán castigados:

1.º Con la pena de treinta años de reclusión a muerte si se produjera la muerte, mutilación o lesiones graves de alguna persona.

2.º Con la reclusión en los demás casos.

Art. 307. Los que con propósito intimidativo o de represalia para favorecer finalidades separatistas, atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de treinta años de reclusión a muerte si se produjera la muerte, violación o secuestro de una persona.

2.º En la de reclusión a muerte si se causare alguna mutilación o lesiones graves.

3.º En la de reclusión en los demás casos.

Art. 308. Los que con la finalidad de allegar fondos para actividades separatistas, serán castigados:

1.º Con la pena de treinta años de reclusión a muerte si se produjere la muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves de alguna persona.

2.º Con la de reclusión en los demás casos.

Art. 309. La conspiración, proposición, provocación y excitación para cometer los delitos comprendidos en este capítulo, y la apología de los mismos o de sus autores, se castigarán con la pena de prisión a veinte años de reclusión. En ningún caso podrá imponerse pena superior a la correspondiente al delito.

Art. 310. Quedarán exentos de pena los que hallándose comprometidos para cometer los delitos comprendidos en este capítulo, los denuncien antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.

Art. 346. El que atentare contra Oficiales o Suboficiales de los Ejércitos en actos de servicio no de armas o con ocasión de ellos, o con conocimiento y en demérito de su condición militar, será castigado con la pena de reclusión a muerte, si resultare muerte o lesiones calificadas como graves por la Ley común, y con la de prisión en los demás casos.

Art. 348. El que amenace, injurie u ofenda, de hecho o de palabra, a Oficial o Suboficial de los Ejércitos en actos de servicio no de armas o con ocasión de ellos, o de vestir uniforme militar, será castigado con la pena de prisión hasta cuatro años.

La amenaza, injuria u ofensa a Oficial o Suboficial de los Ejércitos fuera de las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, verificada públicamente y en desprestigio de su condición militar, será castigada con prisión hasta dos años.

## C) PROYECTO DE LEY DE REFORMA, DE 1978

### EN TORNO A ALGUNOS ASPECTOS DEL MISMO

El Boletín Oficial de las Cortes de 15 de diciembre de 1978, publicó «un Proyecto de Ley de reforma del Código de Justicia Militar».

1. En dicho Proyecto se acomete una tímida y parcial reforma de la primera Ley Penal castrense, reforma concretada a distintas normas de su articulado, que se contiene en los artículos 1.º al 12, y cuyo comentario «in extenso», es impensable en este lugar, pese al deseo de la redacción. En todo caso, trabajos anteriores han fijado nuestra posición al respecto, y a ellos nos remitimos ahora (1).

Interesa ahora destacar algunas normas del Proyecto de Ley que atentan a dos principios constitucionales: el de autonomía y el de especialidad de la Jurisdicción Militar.

1. El artículo 13 del Proyecto introduce un recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo «contra Sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar».

Con dicho artículo se quebrantan aquellos dos principios constitucionales, al mismo tiempo que se produce una incongruencia con otras normas del mismo Proyecto.

Porque, por un lado, al establecer el artículo 117.5 de la Constitución, el principio de unidad jurisdiccional, se declara expresamente que, «la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

Ello equivale a establecer, siguiendo tanto anteriores criterios constitucionales como la más estricta tradición jurídica española, la especialidad y autonomía de la Jurisdicción Militar. Principios de autonomía y especialidad que resultan forzados en la disposición final primera 5-a), que prevé «la elaboración de un anteproyecto articulado de Código de Justicia Militar en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del Orden Constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar».

Más es evidente que ni la autonomía se logra con la introducción de instancias ante órganos extraños, ni la especialidad se perfecciona con la intervención de órganos jurisdiccionales distintos, con lo que, de entrada, el Proyecto se contradice a sí mismo y es fragante violación de norma Constitucional.

Pero es que, además, contradice también tal precepto la atribución de «Alta Jurisdicción superior de los Ejércitos», que el propio Proyecto atribuye al Consejo Supremo de Justicia Militar en el artículo 84.1; así como es claro que, tal como se configura dicho Alto Tribunal Militar en el Proyecto, y según la tradición legislativa anterior, el Consejo Supremo de Justicia Militar, por su carácter de Tribunal Supremo y, por el que se le da en esta reforma de Tribunal de casación, en ningún caso falla en primera instancia. Y más aún: El Proyecto contradice el espíritu y letra de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 909 niega la posibilidad de recurso contra las Sentencias que se dicten en casación, mientras el artículo 847, tajantemente, establece que el recurso de casación no procede respecto de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

---

(1) (Cfr. «En torno a un nuevo Código de Justicia Militar», por Jesús Valenciano Almoyna, núm. 35 de esta revista, enero-junio, 1978.)

De manera que, como está claro, el Proyecto que comentamos resulta incongruente con sus propios términos, contradictorio con el entorno legislativo en que la Ley futura habrá de vivir y, finalmente, inadmisibles por la extraña e inadecuada injerencia de una Sala del Tribunal Supremo de Justicia en el actuar del Consejo Supremo de Justicia Militar.

2. Otro aspecto repudiable del Proyecto de Ley es su artículo 14.1 en el que, de forma insólita y sin precedentes en nuestra legislación, se establece que el Fiscal del Reino (habrá que entender que hoy es el Fiscal General del Estado con arreglo al artículo 124.4 de la Constitución), «podrá cursar instrucciones de servicio o para procedimientos de particular relevancia al Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, así como las necesarias para la unidad de criterio interpretativo en la aplicación de las leyes». Y el artículo 14.2 apunta que, «el propio Fiscal General del Estado podrá nombrar un Fiscal de los inmediatamente a sus órdenes para actuar en los procedimientos que se sustancien ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en cumplimiento de orden expresa del Gobierno». Ambas disposiciones son, inequívocamente, consecuencia de una concepción desconfiada de la eficacia y competencia de los órganos de la Jurisdicción Militar y de los Cuerpos Jurídicos Militares, al suponer la intervención en su ejercicio de otros órganos jurisdiccionales de la Jurisdicción Ordinaria, y en su conjunto, responden al mismo criterio de negación de autonomía y especialidad de la Jurisdicción castrense a que antes nos referíamos.

Más también es de señalar que se produce una incongruencia relevante con el proyectado artículo 123.4 del Código de Justicia Militar, según el que corresponde al Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar «recibir directamente del Gobierno las órdenes e instrucciones que se consideren oportunas para la rigurosa aplicación de las Leyes, la defensa de intereses y derechos de la Nación, de los Ejércitos y de los poderes del Rey». Todo ello, repetimos, implica la evidencia de un deseo de mediatización de los Tribunales Militares, contradictorio con su pretendida autonomía, y en conjunto tales contradicciones son fruto de la precipitación con que el Proyecto parece elaborado y su poca rigurosa confección, por lo que, sin querer, uno ha de pensar en la intervención de personas necientes del Derecho Militar, que desconocen tanto el sentido de las Leyes Penales Militares como sus antecedentes históricos que se remontan al siglo XVI.

3. Huelga hablar de las disposiciones adicionales primera (párrafos 1 y 2), cuya sola lectura hace que se comenten por sí mismas, al dar intervención en el nombramiento de órganos de la Jurisdicción Militar al Consejo Superior Judicial en el que no está representada. Pero hagamos una salvedad: Si se establece un control para el nombramiento de Altos Cargos de la Justicia castrense, se ha tenido buen cuidado en privar a los Magistrados Militares del carácter de inamovilidad y demás aspectos funcionales establecidos en el artículo 117, párrafos 1 y 2 de la Constitución, para los «Magistrados y Jueces». Es inadmisibles tal discriminación para los miembros de la justicia militar, especialmente en un aspecto como el de la inamovilidad e independencia, consagrado en todos los Ordenamientos Jurídicos.

4. Pero de cuanto venimos diciendo, se desprende una consecuencia más profunda y rechazable. Y ella es que las disposiciones del Proyecto que comentamos no hacen sino tratar de mediatizar la Jurisdicción Militar y acusar su dependencia del Poder Político, conculcando inexplicablemente la pretendida autonomía de la Jurisdicción castrense, y de modo especial la declaración del artículo 117.1 de la Constitución de que «los Jueces y Magistrados estarán sometidos únicamente al imperio de la Ley.

Ahora bien, tal vez, y con una desdichada redacción, se pretende establecer un control sobre elementos no letrados que intervienen en el ejercicio de la Jurisdicción castrense. Si ello es así, bien venido sea (según hemos mantenido en el trabajo arriba citado): separar el ejercicio de la Jurisdicción del Mando Militar, tecnicándola, según las corrientes del Derecho Comparado, e incluso según pasadas experiencias en nuestra propia legislación.

*Jesús VALENCIANO ALMOYNA*