

Estudios

LA EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR EN ESPAÑA (*)

Por Nicolás GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO

Profesor Numerario de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCION

En el ámbito del Derecho Militar, nuestros tratadistas o ensayistas y nuestros compiladores de textos legales han guardado silencio sobre muchos de sus aspectos históricos. Más interesados en demostrar la sustantividad del Derecho marcial o en exponer la legislación dotada de vigencia en el mundo de las armas, sólo han dedicado referencias sintéticas al pasado de los órganos jurisdiccionales castrense. A lo sumo, cuatro o cinco nombres podrían constituir la excepción: José Antonio Portugués, que en los años de 1764 y siguientes publica la «Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos» (1); el profesor Joaquín Marín Mendoza, autor de la «Historia de la Milicia Española desde las primeras noticias que se tienen por ciertas hasta los tiempos presentes», cuya publicación se inicia en 1776 (2); Antonio Vallecillo, a quien se deben

(*) El trabajo de tan ilustre Profesor de la Universidad Complutense constituye su Tesis Doctoral y estimamos que la publicación del mismo ha de ser de gran interés para los lectores de la Revista, dado su vigor y actualidad.

(1) JOSE ANTONIO PORTUGUÉS, Caballero del Orden de Santiago, Comendador de Villarrubia de los Ojos en la de Calatrava, del Consejo de S. M. y su Secretario con ejercicio en la primera Mesa de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de la Guerra: *Colección general de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos*. Diez tomos, años de 1764 y sigs., Madrid, Imp. de Antonio Marín.

(2) JOAQUÍN MARÍN MENDOZA, Abogado de los Reales Consejos y del Colegio de esta Corte, Catedrático del Derecho Natural y de Gentes en los Reales Estudios de San Isidro e Individuo de la Real Academia de la Historia, etc.: *Historia de la Milicia española desde los primeros tiempos que se tienen por ciertos hasta los tiempos presentes*. Madrid, 1776 y sigs.

trece tomos de «Legislación Militar antigua y moderna», que sin comentarios fundamentales ven la luz en los años de 1853 a 1856 (3); Alejandro de Bacardi, que entre 1851 y 1884 enriquece la bibliografía militar con tratados y apéndices de Derecho castrense y un Diccionario de Legislación (4), y el Auditor Martínez de la Vega, que en Zaragoza, y en 1912, da a las prensas sus investigaciones sobre «El Derecho Militar en la Edad Media: Fueros Municipales» (5), brindándonos como impresión resumidora de su estudio, la seguridad de que nuestra Edad Media no ha conocido órganos jurisdiccionales militares *stricto sensu*, sino que unos mismos Jueces y Tribunales —los de la Jurisdicción ordinaria— aplicaban unas veces las leyes comunes y otras las especiales de carácter marcial. Aparte de estos cinco autores, pueden ser citados como investigadores del origen y evolución de la vida judicial militar algunos juristas que han publicado ensayos, monografías o artículos en la *Revista de Derecho Militar*, fundada en Madrid el año de 1956 (6). Fuera del ámbito castrense, los historiadores del Derecho español (historiadores por vocación y profesión) han insertado en sus obras, dentro de la complejidad de su labor, esquemas expositivos de materias marciales, facilitadores de una investigación especializada (7).

Penetrar en la historia de la Jurisdicción penal militar española tiene, en cierto modo y en lo afectante a ordenada exposición de su desarrollo evolutivo, todo el riesgo y misterio inicial del internamiento en una selva virgen. Nadie ha estudiado hasta el presente, con mancomunado afán de historiador y de jurista, la total vida pretérita de nuestras Instituciones judiciales castrenses. No pretendo afrontar una responsabilidad tan grave. Atinadamente, el profesor García-Gallo ha escrito: «El método de la Historia del Derecho resulta de combinar los métodos pe-

(3) *Legislación Militar de España Antigua y Moderna*, recogida, ordenada y recopilada por don ANTONIO VALLECILLO. Madrid, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet, Madrid, años de 1853 y sigs., trece tomos.

(4) ALEJANDRO DE BACARDI: *Nuevo Colón; o sea, Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*. Barcelona, 1851. *Apéndice al nuevo Colón; o sea, Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*. Barcelona, 1858. *Diccionario de Legislación Militar*. Barcelona, 1884.

(5) JUAN MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI: *El Derecho Militar en la Edad Media. España. Fueros Municipales*. Zaragoza, Oficina tipográfica de Pedro Carta, año MCMXII.

(6) FAUSTINO MUGA LÓPEZ: *Revista Española de Derecho Militar*, números 1 y 2, Madrid, 1956. SALVADOR ESTEBAN RAMOS: *Idem*, núm. 11, Madrid, 1961. SEBASTIÁN MONTSERRAT ALSINA: *Idem*, núm. 21, Madrid, 1966.

(7) HINOJOSA, E. DE: *Historia del Derecho español*. Tomo I y único, Madrid, 1887. MINGULJÓN, S.: *Historia del Derecho español*. Cuadernos I a XII, años de 1926 a 1934, editados en Zaragoza. TORRES LÓPEZ, M.: *Lecciones de Historia del Derecho español*. Salamanca, 1933-34 y 1935-36. GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, 1964.

culiars de la Ciència històrica i de la Ciència jurídica de una manera pròpia i característica. Quan esta combinació de mètodes no se lleva a cabo con la debida ponderació, el resultat de los estudios se resiente de ello y se dice entonces que un trabajo sobre instituciones es, según el caso, más histórico que jurídico, o viceversa» (8). ¿Es posible el equilibrio? La función de historiador no es constitutiva de un simple narrar. Quiérase o no, sobre el sentido de relato acaba prevaleciendo el de interpretación. Y el jurista, aun queriendo limitarse a una exposición de datos, no puede liberarse de su más íntima significación espiritual. Como ha dicho Sartre en «*La nausée*», «cuando el Derecho se apodera de un hombre, no hay exorcismo que pueda expulsarlo» (9). Es el mismo recién citado profesor García-Gallo quien puntualiza a tal respecto: «Es evidente que toda investigación o exposición que no se reduce a enumerar datos, sino que trata de ordenarlos o de reconstituir y dar vida al pasado y explicar su evolución o su significado, aunque su autor crea otra cosa, y por mucho que se esfuerce en ser objetivo es, en sí, una hipótesis o interpretación personal más o menos cierta o probable, lo que suele llamarse una teoría» (10).

En primer término, debe señalarse que la palabra *jurisdicción* va a emplearse, a veces, con un sentido convencional, un tanto alejado de las concepciones jurídico-procesales contemporáneas. La consagración del concepto de Jurisdicción como poder y función de declarar el Derecho, de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (como en el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870), de desarrollar actividades procesales con absoluta independencia de la Administración, es una conquista reciente. Históricamente, Jurisdicción indica potestad decisoria, enjuiciamiento, *ius puniendi*, ejercicio de diversas funciones, pero sin independencia de la Administración. Como muy bien advierte Eugene Petit (11), «la separación entre las autoridades administrativas y judiciales, tan cuidadosamente establecida en nuestro Derecho moderno, era desconocida en la mayor parte de los pueblos antiguos y, sobre todo, entre los romanos». (Y precisamente el Derecho militar romano inspira la organización de los ejércitos en nuestra Edad Media, sobreviviendo —en muchos aspectos— a la extinción del dominio de Roma en España.) Por lo demás, aun en nuestra época, el concepto de Jurisdicción resulta un tanto complicado —si ha

(8) GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. III.

(9) SARTRE, JEAN-PAUL: *La náusea*. Trad. esp. de Aurora Bernárdez. Buenos Aires, 8.ª ed., 1966, pág. 93.

(10) GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. XI.

(11) PETIT, EUGENE: *Tratado Elemental de Derecho romano*. Madrid, 1926, trad. española del profesor Ferrández, pág. 638.

de procederse con criterio de exactitud— en el ámbito marcial. Las supremas autoridades militares no sólo son autoridades jurisdiccionales, sino también autoridades administrativas (vgr.: arts. 7.º ; núm. 2, y 8.º, núm. 2 de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre Conflictos entre Jurisdicción y Administración). Y el funcionamiento de los órganos enjuiciadores conserva los reflejos históricos de épocas en que era difícil, cuando no imposible, la diferenciación de «mandar» y «juzgar». «Quien manda debe juzgar», es principio proclamado por el Derecho bizantino o romano-oriental (12) y por el régimen cesarista de Francia bajo Luis XIV (13).

En segundo término, la imprescindibilidad de los ejércitos permanentes, no sólo en tiempos pasados, sino también en el actual, justifica la existencia y subsistencia de una Jurisdicción penal militar. Los peligros de un ejército sin Justicia, sin organización judicial *ad hoc*, se han puesto constantemente de relieve, tanto por militares como por juristas (14). Por ello, si bien la Jurisdicción es especial en algunos aspectos, tiene, como función permanente, cierto sentido de jurisdicción ordinaria (de *ordo, ordinis*), de jurisdicción estable. Resulta obligado —y justo— resaltar que ha sido el profesor Prieto-Castro, entre los procesalistas de nuestro país, quien ha puntualizado este carácter de posible «jurisdicción ordinaria con matices especiales» en la función judicial castrense: «Únicamente con referencia a la Justicia militar puede hablarse de una jurisdicción especial, *no porque la actividad que la misma realiza no sea la que hemos visto que es propia de esta función* (Jurisdicción), sino porque, frente a la que no es militar, presenta diversas notas propias, de las que indicaremos las más salientes. En primer lugar, no se ejerce por Magistrados (aún: todos los Jueces militares no son peritos en Derecho) ni sobre la generalidad de los ciudadanos (salvo en casos excepcionales bélicos o de extrema gravedad); en segundo lugar, es sólo penal (con alguna salvedad...); en tercer lugar, no se extiende —en tal orden punitivo— más que a determinados delitos que se imputan a ciertas personas y que se han cometido en tiempo y lugares concretos; y por último, la aplicación de las normas penales no persigue (en tiempos de normalidad), di-

(12) Prof. DIEHL, CHARLES: *Grandeza y servidumbre de Bizancio*. Traducción española de Augusto E. Lorenzana, Madrid, 1963, págs. 44 y 45.

(13) MARTÍNEZ DE LA VEGA, J.: *Ob. cit.*, notas documentales.

(14) MONTSERRAT ALSINA recuerda el *Discurso en que trata del cargo de Maestro de Campo general*, publicado en 1603 por el Capitán CRISTÓBAL LECHUGA, en que éste afirma: «Un Ejército sin Justicia es como un bosque de ladrones» («El Ejército Real y la Jurisdicción de Guerra; estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria», en *Rev. Esp. de Derecho Militar*, núm. 21, Madrid, 1966, pág. 23).

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

rectamente, la defensa de la sociedad entera contra el delito, sino la protección de los derechos, intereses y categorías que importa defender para la conservación, disciplina y eficiencia de las fuerzas del Ejército y de las a ellas equiparadas» (15).

Interesa ahora el estudio de la vida pretérita de la Jurisdicción penal militar en España. Todo estudio histórico puede conducir —y, de hecho, conduce— a la fijación de postulados de posible invocación en la era presente. Hay un momento en que la historia vivida se fusiona, establece contacto con la historia viviente. Y no se sabe si la misión de historiar ha terminado ya o va a comenzar realmente entonces... Pero la idea de límite es imperativa para todo jurista. Y este trabajo se limita a una exposición de tipo histórico-jurídico, sin perjuicio de que al final —y sintéticamente— se formulen unas conclusiones congruentes con el momento actual. «Para comprender algo humano, personal o colectivo —dice Ortega y Gasset (16)— es preciso contar una historia. Este hombre, esta nación hace tal cosa y es así, porque antes hizo tal otra y fue de tal otro modo. La vida sólo se vuelve un poco transparente ante la razón histórica». Por ser así, va a intentarse, en esta Memoria, la exposición histórica de la organización jurisdiccional militar española. Sin duda, la Jurisdicción marcial existe y funciona hoy porque antes, en un pasado que la hace transparente, existió y funcionó también (aunque con otras características).

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA PRIMITIVA Y EN LA ESPAÑA ROMANA

Con criterios de rigurosa historicidad, no es posible una referencia exacta ni aproximada a la exactitud sobre un Derecho español primitivo, ni menos sobre un Derecho especial atinente a organización de ejércitos y jurisdicciones marciales. Goza de vigencia a este respecto la apreciación con que, en 1874, encabeza don José-María Antequera su «Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días»: «La historia de la legislación propiamente dicha no puede ir a buscar sus orígenes en épocas tan remotas en que las conjeturas o las fábulas ocu-

(15) Prof. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal*. Parte I, tomo I, Madrid, 1952, Sáez, págs. 139 y 140. En parejo sentido, profesor GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*. Tomo I, pág. 280. Distingue este autor la función jurisdiccional ordinaria de la Jurisdicción militar (tiempo de paz) y la función jurisdiccional extraordinaria de la Justicia militar (Estado de Guerra).

(16) ORTEGA Y GASSET, J.: «Historia como Sistema». Madrid, *Rev. de Occidente*, 3.ª ed., 1958, pág. 49.

pan las más veces el lugar de la verdad, y de las que ninguna tradición se conserva en nuestras leyes antiguas ni modernas» (17). Recientes estudios como los de Adolf Schulten (18) y del profesor García Bellido (19) vienen a confirmar la inexistencia de datos fehacientes sobre aspectos tan interesantes de la España primitiva.

La organización militar de los primeros habitantes de la Península era, en extremo, rudimentaria. Los jefes estaban investidos de poderes absolutos y las penas más rigurosas y crueles eran impuestas sin previo enjuiciamiento. Los historiadores de nuestro Derecho hacen referencia a un régimen de «clientela militar», caracterizado por la obediencia ciega al jefe, por la obligación de éste de alimentar a la hueste y la desaparición de las tropas a la muerte del jefe (a quien sus soldados no pueden sobrevivir).

«Entre los españoles —escribe el profesor García-Gallo—, lo mismo que entre los celtas y germanos, muchos jóvenes guerreros se unen a un jefe valeroso y lleno de prestigio por sus hazañas y cualidades; para, formando una banda, ir, bajo su dirección, a robar sus riquezas a otros pueblos o a guerrear en otras partes». Como la vida del jefe es más interesante que la propia, el «cliente» muere cuando se extingue la vida del jefe. Está consagrado por la «devotio» y la obediencia ha de ser ciega (20).

Bajo fenicios, cartagineses y griegos, sí cabría una hipótesis menos arriesgada sobre existencia de instituciones judiciales militares.

Fenicios y cartagineses poseen una magistratura constituida por los llamados «suffetes» o «suffetos», con atribuciones políticas y judiciales. El mando supremo correspondía a un Jefe de Ejército y a los «suffetes». (Esta palabra significa, en realidad, Jueces; pero los griegos la tradujeron por «reyes» con alguna frecuencia, como destaca el profesor Aymard) (21).

García-Gallo considera los «suffetes» como magistrados tem-

(17) ANTEQUERA, JOSÉ-MARÍA: *Historia de la Legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Madrid, Imprenta a cargo de D. R. P. Infante, 1874, pág. 13.

(18) SCHULTEN, ADOLF: *Los cántabros y astures y su guerra con Roma*. Traducción española, 1962. Madrid (Espasa-Calpe), 250 págs. *Tartessos*. Traducción española de José M. Sacristán, Madrid, 1971, 295 págs.

(19) Prof. GARCÍA BELLIDO, A.: *La España del siglo I de nuestra Era* (según P. Mela y C. Plinio), Buenos Aires, 1947. *España y los españoles hace dos mil años* (según la Geografía de Strabon), 4.ª ed., Madrid, 1968, 301 págs., la primera obra, y 270, la segunda.

(20) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, págs. 492-3.

(21) Prof. ANDRÉ AYMARD: *Roma y su Imperio* (en colaboración con JEANNINE AUBOYER), trad. esp. del profesor E. Ripoll Perelló, 2.ª ed., Barcelona, 1962, pág. 41.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

porales y electivos (el pueblo los designa por sufragio, para ejercicios anuales) (22).

La organización judicial griega, vigente en las colonias helénicas de la Península, ha sido estudiada entre nosotros por el doctor Casimiro Pérez García, en su tesis sobre «Organización judicial de Atenas: los diotetes, los heliastas, el aerópago, los efetas. Comparación y juicio crítico del procedimiento egipcio y el ateniense» (Madrid, 1878).

Grecia conoce, al lado de los *arcontes*, titulares de jurisdicción ordinaria, los *estrategas*, encargados de la instrucción de todos los procesos relativos a delitos militares, tales como desertión, abandono de la escuadra por sus tripulantes, inacción de ésta durante un combate naval y, por último, les correspondía convocar y presidir el Tribunal juzgador de dichas infracciones penalmente relevantes (23).

Resulta sensible desconocer la legislación del reino de Tartessos. Sólo se sabe que han regido leyes tartessias, redactadas en forma métrica, de seil mil años de antigüedad, «testimonio seguro —dice Schulten— de la cultura espiritual más antigua de Occidente» (24). Para el profesor Aymard, Tartessos es «el primer intento de fundar en la Península un Estado organizado». Su destrucción por los cartagineses hacia el año 500 antes de Cristo —según García-Gallo—, o entre 520 y 509 según Schulten (25), constituye, sin duda, una de las tragedias más lamentables desde todos los puntos de vista culturales, en especial los jurídicos.

JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA ROMANA

La dominación romana en España, iniciada en el año 206 antes de Jesucristo y finalizada en el 409 de la Era cristiana, supone, tanto por razón de conquista como por inexistencia de un Derecho propiamente español —uniforme y viable—, la vigencia del Derecho de Roma en nuestro país. Como muy bien afirma el profesor García-Gallo (26), «la administración de justicia o la represión penal por las autoridades romanas desplazaron las cos-

(22) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 498.

(23) PÉREZ GARCÍA, CASIMIRO: *Organización judicial de Atenas: los diotetes, los heliastas, el aerópago, los efetas. Comparación y juicio crítico del procedimiento egipcio y el ateniense*, tesis doctoral leída el 15 de diciembre del año de 1878, Madrid, 1878, pág. 30.

(24) SCHULTEN, ADOLF: *Tartessos*. Madrid, 1971, trad. de José M. Sacristán, págs. 229 y 230.

(25) Prof. AYMARD: *Ob. cit.*, pág. 290. Prof. GARCÍA-GALLO: *Ob. cit.*, pág. 38. SCHULTEN, A.: *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 125.

(26) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 49.

tumbres procesales y penales españolas». Por ser así, la dominación romana lleva aparejada la existencia en España de una Jurisdicción penal militar, en consonancia con las instituciones castrenses del ocupante. Piero Stellacci ha escrito: «*La giurisdizione penale militare-assurta a vero e proprio istituto giuridico nel diritto romano-é fenomeno di ogni tempo e, attualmente, quasi di ogni paese...*». Y funda su apreciación histórico-jurídica en un pasaje del título XVI del Libro XLIX del Digesto: «*Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est*» (26 bis).

Pablo Krüger, en su «Historia, fuentes y literatura del Derecho romano», no sólo se refiere al interés de los jurisconsultos romanos por las cuestiones militares (vgr.: Tarruntero Paterno, primer autor de un tratado sobre *Jus militare*; Arrio Menander, autor de cuatro libros de *Re militarii*; Paulo, autor de diversas monografías, bajo el título *De poenis militum*, etc.), sino que también cita los principales textos de Derecho Militar: *Digesta*, de Celso y Juliano; *Constitución imperial*, de Teodosio II; *Código teodosiano* de 15 de febrero del año 438, cuyo libro I se titula *Res militares*; el Libro XII de las *Constituciones*, de Justiniano; el *Código* de este mismo emperador [(XII, XIII)], y la *Nove-la* 162 (27).

Teodoro Mommsen, en su «Derecho Penal romano», afirma que la Jurisdicción militar era ejercida por los Tribunos de las legiones y estaba delegada de una manera general en los Oficiales. Los Generales, en caso de convicción personal de delitos, pueden castigar «sin ninguna forma de proceso». La Jurisdicción militar se basa en la necesidad de reprimir *secundum disciplinam militarem*, estando dotado de preferencia para juzgar el Tribunal del lugar del delito (C. Th., 9,7,9). Los Tribunales militares conocen y juzgan de los delitos de desertión, abstención de concurrencia a alistamientos para el servicio militar, desobediencia, huida del campo de batalla, tránsito a zona ocupada por el enemigo y delitos perpetrados por soldados en el servicio o con ocasión de él, salvo si la víctima del hecho criminoso era persona civil. (En tal supuesto, se consideraba excesiva la intervención de la Justicia Militar) (28).

(26 bis) STELLACI, PIERO: «Giurisdizione Penale Militare», en *Novissimo Digesto Italiano*. VII, Turín, 1957, págs. 1073 a 1079.

(27) PABLO KRÜGER: *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*. Madrid, La España Moderna, S. A., págs. 123, 131, 179, 188, 194, 209, 242, 253, 257, 269, 312 y 318. Vid. YELA UTRILLA, JUAN F.: *Literatura latina*. Lérida, 1927, págs. 41, 172, 173, 181, 182, 183 y 235.

(28) MOMMSEN, T.: *Le Droit pénal romain*, trad. del alemán al francés por J. Duquesne, profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble. Tomo I, París, 1907, págs. 29 y sigs. 36, 37, 47, 48, 49, 51, 337 y sigs., 364.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

El mismo autor, en su *Derecho Público Romano* dice que el ejercicio de jurisdicción criminal puede ser contemplado como «parte integrante del *imperium* militar». Cita a los tribunales militares y a los *praefecti socium* como ejercientes de la misma (DIG. 49,16,12,2) y afirma que, en algunos casos, la autoridad jurisdiccional militar aparece asistida por un *Consilium* de magistrados (28 bis).

En tres autores españoles de Derecho Militar —Colón de Larriategui (29), Feliú de la Peña (30) y Guzmán (31)— se hallan referencias a los antecedentes romanos de la Jurisdicción militar. El primero cita los títulos *De re militari*, *Officio militarium iudicum*, *Officio magistri militum* y *Apparitoribus magistrorum militum*, del *Codex* y del *Digesto*; recordando seguidamente al emperador Constantino por haber transferido al *Magister Militum* la potestad jurisdiccional que el Prefecto del Pretorio tenía sobre los soldados. El segundo ve también en la decisión de Constantino sobre ejercicio de la jurisdicción por el *Magister militum* la existencia indubitada de una Justicia Militar auténtica. Y el tercero, invocando la ley 18, párrafo tercero, de *De re militari*, del *Codex*, resalta cómo el cargo de General lleva anexo el de Juez, y cita al *Magister militum* como sucesor del Prefecto del Pretorio en el ejercicio de la jurisdicción marcial, y a los *apparitores* como encargados de la ejecución de las sentencias.

El profesor Manuel Marín Peña ha publicado en 1956 un estudio sobre *Instituciones militares romanas*. La obra trata de los mandos superiores e inferiores, de la organización, encuadramiento, servicios, duración de éstos, disciplina, orden de combate, marchas, campamentos, armamento, intendencia, sanidad, voluntariado, etc. Y hay en ella también ciertas referencias a la Jurisdicción militar romana. Puede ésta juzgar de delitos militares y comunes perpetrados por soldados y oficiales. Se consideran delitos comunes los de robo en campamento, falso testimonio y «delitos contra las buenas costumbres». Y se califican de militares los delitos de cobardía, abandono de guardia, abandono de armamento en combate, desertión, sedición y facilitación de informes falsos. El mando militar lleva aparejado la

(28 bis) MOMMSEN, T.: *Le Droit public romain*, trad. del alemán al francés por el profesor Paul-Frederic Girard, de la Universidad de Montpellier, París, 1887, tomo I, págs. 135 y sigs., 142 y 346 a 361; y tomo II, París, 1892, pág. 74.

(29) COLÓN DE LARRIATEGUI, FÉLIX: *Juzgados Militares de España y sus Indias*. Tomo I, Madrid, 1817, págs. I a XVI.

(30) FELIÚ DE LA PEÑA, FRANCISCO: *Fundamentos de un nuevo Código Militar*. Barcelona, 1850, pág. 37.

(31) GUZMÁN, ANTONINO: *Tratado Elemental del Derecho Militar y nociones de Derecho Internacional durante la guerra*. Valladolid, 1882, páginas 7, 85 a 89.

coertio o poder punitivo. Bajo la República, los cónsules reciben el nombre de *praetores* y ejercen alto mando, y los Comandantes en jefe pueden imponer castigos capitales, como también los Tribunos (por sí, en casos leves y, con autorización del General, en los graves). En el Imperio, la jurisdicción capital (*Ius gladii, potestas gladii*) sobre los soldados corresponde al Senado; aunque, de hecho, la ejerce el Príncipe —en cuyo nombre actúan los Gobernadores de provincias imperiales, a partir del siglo I, y los de todas las provincias o territorios por igual, desde el siglo III—. También ejercen jurisdicción, en delitos no capitales, el *Legatus legionis* y los Comandantes de los *Auxilia* («cohortes» de Infantería, «alae» de Caballería y *cohortes* mixtas de Infantería y Caballería, o *cohortes equitatae*). Finalmente, en el Bajo Imperio, Diocleciano separa el poder civil del militar y aparecen los *magistri militum* y los *magistri equitum*, jefes supremos, salvo el poder imperial, de la Infantería y la Caballería, respectivamente. Y Constantino despoja de atribuciones militares jurisdiccionales al prefecto del Pretorio y encomienda la jurisdicción a los *magistri armorum* o *magistri militum* (32).

Las normas preexpuestas sobre organización de la Justicia Militar rigen en España, donde se encuentra uno de los más importantes Ejércitos, como confirma Marín Peña (33).

Augusto, Trajano y Adriano promulgaron Ordenanzas Militares, pero no han llegado a nosotros, como tampoco los libros de Catón el Censor, Cornelio Celso, Frontino y Paterno (34).

Por el contrario, el *Epitome Institutionum Rei Militaris*, de Flavio Vegecio Renato, sí ha llegado a nosotros. En España se han publicado dos traducciones de esta obra —dedicada a Valentiniano II—: la de 1601, por el Capitán don Juan Venegas Quijada, y la de 1764, por el Cadete don Jaime de Viana. Interesante desde el punto de vista puramente militar, la obra carece de datos sobre Jurisdicción marcial (35).

(32) MARÍN PEÑA, MANUEL: *Instituciones Militares Romanas*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menéndez Pelayo, Madrid, 1956, págs. 205, 224, 238 y ss., 339, 346, 107, 116, 117, 104, 105, 109-112.

(33) MARÍN PEÑA, M.: *Ob. cit.*, pág. 97.

(34) MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO: *Diccionario de la Administración Española*. Tomo VI, 6.ª ed.; voz EJÉRCITO: *Desenvolvimiento histórico del Derecho Militar*, págs. 240, 249 y 250. MARÍN PEÑA, M.: *Ob. cit.*, pág. 107.

(35) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, páginas citadas. La última traducción española de la obra de VEGECIO lleva este título: *Instituciones militares de Flavio Vegecio Renato*. Traducidas del latín al castellano por don Jaime de Viana, Cadete del Regimiento de Reales Guardias de Infantería Española, Madrid, 1784, Imprenta Joaquín Ibarra.

LA JURISDICCION MILITAR EN LA EDAD MEDIA

La Edad Media española —como la europea en general— es una era caracterizada por el prevailecimiento de las empresas bélicas y de las manifestaciones teológicas. Muchas veces, lo religioso y lo guerrero aparecen fundidos. El castillo y el monasterio son los símbolos del Medievo. Las guerras son consideradas «santas» y los sentimientos religiosos son concebidos como expresión de lucha. Era de «Cruzadas» y de pugnas entre la Cruz y la Media Luna, entre el dogma (o los dogmas) y la herejía (o las herejías). Toda la vida es un combate constante, una tensión permanente. No obstante, las huestes (los *ejércitos*), por estimar suficiente el ímpetu guerrero y la organización de las batallas, renuncian a un atributo o privilegio de Grecia y de Egipto, de Roma y de Bizancio: el ejercicio de jurisdicción. El guerrero es hombre de lucha. Juzgar sólo incumbe a los Jueces. Y unos mismos Jueces —los ordinarios— ven y sentencian las causas por delitos comunes y los procedimientos por infracciones castrenses. A esta conclusión llega el Auditor don Juan Martínez de la Vega y Zegrí en su estudio «El Derecho Militar en la Edad Media: España-Fueros Municipales»: «No se observa tampoco en ellos (en los Fueros municipales) ninguna particularidad de jurisdicción; la cual, aun en campaña, conservaba su carácter civil y era ejercida por funcionarios de este orden, quienes asumían a la vez los mandos militares y juzgaban los delitos propios de la situación de guerra» (36).

El fenómeno parece general en Europa. El profesor Edouard Perroy (37) afirma que la monarquía franca, de origen bárbaro, es esencialmente militar y que, durante las hostilidades, «el menor desfallecimiento acarrea los castigos más severos»; pero que ello es compatible con una unidad jurisdiccional a cargo de un Cuerpo restringido. Cita las Ordenanzas de Carlos el Temerario (1473), que, en el final del Medievo, reflejan el espíritu de los diez siglos integrantes de la Edad Media (v a xv).

Con relación a España, Albert du Boys, autor de una «Historia del Derecho penal de España», traducida al castellano por José de Vicente Caravantes, dedica parte de su estudio a cuestiones de Jurisdicción y procedimiento, resaltando la existencia de autoridades judiciales concedoras de «toda clase de causas» (... *qui judicent causas totius populi...*). Recientemente, el profe-

(36) MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI, J.: *Ob. cit.*, pág. 82.

(37) Prof. EDOUARD PERROY: *La edad Media*, trad. esp. del profesor E. Ripoll Perelló, Barcelona, 1967, págs. 267, 288, 141, 142 y 506.

sor Gibert, en su monografía sobre «El Derecho municipal de León y Castilla, pone de relieve el espíritu de unidad de fuero latente en los leoneses («... *Omnes habitantes ... semper habeant et teneant unum forum...*») (38).

Con relación a la vida judicial militar, el hecho de identificarse en la Edad Media, a partir de la caída del Imperio visigótico, con la vida judicial ordinaria, puede obedecer al especial sentido medieval captado por Ortega y Gasset: la diferenciación entre guerrero y militar (39). «La Edad Media —afirma nuestro filósofo— desconoció el militarismo.» Es decir: el ímpetu guerrero coexistía con la absoluta renuncia a menesteres extracastrenses. El guerrero defiende su castillo, símbolo del derecho de la persona frente al Estado. Y el militar es la creación del Estado contra el castillo. Esta es la interpretación histórica de Ortega, defensor entusiasta de la Edad Media. «Se da la paradoja —escribe— de que la Edad Media, que una estúpida historiografía nos ha pintado como un tiempo tenebroso y lleno de angustia, ha sido la sazón de las filosofías optimistas, al paso que, en nuestra Edad Moderna, apenas si han resonado más que voces de pesimismo». Por ello, en otro de sus estudios, se refiere a «... la Edad, con mal acuerdo llamada moderna...» (40).

Son muy escasas las manifestaciones de un Derecho judicial militar en nuestro Medievo. Iniciado éste en el año 414 —es decir, cinco años después de la entrada de los visigodos en nuestro país— y no publicándose la *Lex Visigothorum* hasta el siglo VII (¿654?), rige, en un principio, un Derecho diverso, multiforme, caracterizado, como resalta Pérez Pujol (41), por la absorción del elemento godo por el hispanorromano.

En el reino visigótico (Imperio desde finales del siglo v), toda jurisdicción emana del Rey. Y en lo militar, según el profesor Marín Mendoza (Joaquín), es ejercida por los *tiuphados*, asistidos de los «centenarios» y decanos. El profesor Ballesteros Beretta hace referencia a los *prepósitos* como titulares de la Jurisdicción militar, subdividiéndolos en «*tiufados o milenarios*», a cuyas órdenes actúan los llamados «quingentarios», «centenarios» y «decanos». Ballesteros da como seguro que estos jefes ejercían el mando militar y supone, además, que ejercían funciones judi-

(38) ALBERT DU BOYS: *Historia del Derecho penal de España*, trad. de José de Vicente Caravantes, Madrid, 1872, págs. 51, 77, 81, 113-114, 123 a 125, 129 a 133, 189-190. Prof. GIBERT, R.: «El Derecho Municipal de León y Castilla», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1961, pág. 697.

(39) ORTEGA Y GASSET, J.: *Notas del vago esto*. 7.ª ed., Madrid, 1955, páginas 128, 137 y 138.

(40) ORTEGA Y GASSET, J.: *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 138. «El tema de nuestro tiempo», 12.ª ed., *Rev. de Occidente*, Madrid, 1956, pág. 47.

(41) PÉREZ PUJOL, E.: *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*. Valencia, 1896, pág. 67.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

ciales. Marín Mendoza los supone delegados del «Conde» para la aplicación y ejecución de las leyes (42).

Procede resaltar que la última empresa militar de Justiniano se dirige contra los visigodos de la Península Ibérica; donde, durante setenta años, desde 554 a 624, ocupa Bizancio gran parte del sudeste de España, con las ciudades de Cartagena, Málaga y Córdoba. En esos setenta años rige el Derecho justiniano en el territorio ocupado. El Código Militar bizantino, por ser obra de León III el Isáurico (siglo VIII), no llega a regir en España, aunque influya, tal vez, en alguna regulación especial de orden castrense (43).

EL DERECHO MILITAR EN EL «LIBER JUDICIORUM» (FUERO JUZGO)

La *Lex Visigothorum*, llamada más tarde *Liber Judiciorum* y *Fuero Juzgo*, representa, en nuestro siglo VII, la unificación del Derecho hispanorromano y el germánico —propio de los visigodos—. El título de su Libro IX puede ser considerado como expresión de lo que, en su época, preocupaba más a reyes y gobernantes: la abstención de un servicio militar obligatorio, la huida del campo de batalla... Se titula así el Libro IX: *De fugitivis et refugientibus*. El título II de este Libro señala, como obligación de los jefes o caudillos y de todos los ciudadanos, la de ir a la guerra y acudir a la defensa del país. Las leyes 1.^a, 4.^a y 5.^a imponen sanciones punitivas a los jefes que, por dádivas o por otra consideración, eximen a alguien del cumplimiento de tales deberes. Las leyes 3.^a y 4.^a castigan a quienes no se presentan en las huestes o las abandonan. Y la 9.^a, con referencia a traidores y desertores, establece que el Rey «faga dél todo lo que quisiere».

No se regula institución judicial distinta de los Jueces y Tribunales a que se refiere el Libro II («*De negotiis causarum*»). El Rey encarna la suprema potestad jurisdiccional. Tanto para lo común como para lo especial actúan, en su nombre, unos mismos Jueces y Tribunales, sin perjuicio de que ese *fazer lo que quisiere* pueda delegarse, en caso de guerra, en los jefes de las huestes (aunque ello no aparezca claramente regulado).

(42) Prof. MARÍN MENDOZA, JOAQUÍN: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 310 y 311. Prof. BALLESTEROS BERETTA, A.: *Historia de España y su influencia en la Historia Universal*. Tomo I, Cap. II, págs. 515 y sigs., y 521, 522 y 523 (edic.: Barcelona, 1919).

(43) Prof. VASILIEV, A. A.: *Historia del Imperio Bizantino*, trad. esp. de Juan G. de Luaces, Tomo I, Barcelona, 1946, págs. 170, 171, 306 y 312.

EL DERECHO MILITAR EN EL FUERO REAL
Y EN EL «ESPECULO»

Al margen de la polémica sobre prioridad del *Fuero Real* respecto del *Especulo* (o *Libro del Fuero*), o viceversa, y con cierta inclinación al criterio de la coetaneidad esencial de ambos Cuerpos legales, interesa resaltar lo que en ellos aparece sobre Derecho militar y ejercicio de una jurisdicción especial castrense (44).

El *Fuero Real*, en su Libro IV, contiene un título IV, cuya ley XIV se refiere al «que va en hueste e ficiere alguna fuerza», disponiendo al efecto: «e por la osadía esté a merced del Rey...». Y el título XIX del propio Libro IV es de este tenor: «*De los que no van a la hueste o se tornan della*». Contiene este título XIX cinco leyes. En ellas se establecen penas para el *rico ome*, o *infanzón*, o *cavallero*, o *otro ome qualquier*, por no acudir a la hueste, por no ir a la batalla en el plazo señalado, o por abandonar antes de finalizar tal plazo el campo de batalla, o por cometer deserción, o favorecerla, o inducir a ella. Las penas podían ser de tipo económico (pérdida de tierra y de maravedises), de carácter moral (degradación) y, en los casos más graves, de muerte. Bien clara es, a este respecto, la expresión de la ley II del título XIX: «... e del cuerpo faga el Rey lo que quisiere...» (por no acudir a la batalla). Como la de la ley V de igual título: «... esté a merced del Rey que faga dél lo que quisiere» (por desertar).

No hay más reglas de carácter militar en el *Fuero Real*. La jurisdicción se encarna en el Monarca.

En el *Especulo* («Espejo del Derecho» o «Espejo de todos los Derechos»), se encuentran reglas de Derecho militar, tanto en lo penal sustantivo (Libro III, título V, leyes 17, 18, 19, 10, 9) —tipos de traición, abandono de servicio y deserción, y sus consecuencias punitivas—, como en lo procesal-orgánico o jurisdiccional —Título VIII, Preámbulo, ley I y ley IX del mismo Libro III—.

El Preámbulo del título VIII declara: «... E por esta justicia sea estable es o a meester que la guarde firmemente tan bien en

(44) MARICHALAR Y MANRIQUE: *Historia de la Legislación española*. Tomo XXI, pág. 4. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Reseña histórica de la legislación española*, citado por ANTEQUERA: *Ob. cit.*, pág. 235. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales Cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, y especialmente sobre el Código de Don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*. Madrid, 1845, Lib. VII, núm. 24.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

las huestes como las cavalgadas, como en otra manera de guerra, qualquier que sea...».

El epígrafe de la ley I del título VIII del citado Libro III reza así: «En quantas maneras se departe la justicia para escarmentar los que fazen algún mal en guerra».

Y la ley IX de iguales título y Libro establece *alcalles* para *fazer justicia de todos los malos fechos*, «por mandado del cabdiello, o del adalid ó del rey non fuere», añadiendo seguidamente: Justicia que *dixiemos que deve seer fecha en toda manera de guerra*.

Del estudio de estos Cuerpos legales, promulgados recién iniciada la segunda mitad del siglo XIII, se infiere el propósito de establecer una Justicia especial de carácter bélico, que se confía a los *alcalles*.

EL DERECHO MILITAR EN LAS «PARTIDAS»

«Con la publicación de las *Partidas* —ha escrito el profesor Prieto Castro—, asistimos al espectáculo de un cambio casi radical en la dirección jurídica iniciada unos años antes. Porque entre 1252 y 1255 se publica el *Fuero Real*, cuya inspiración es francamente germánica (tradicional), ya que en algunos puntos copia al *Liber* (reaparecido entonces con el renacimiento de los estudios jurídicos, posible ahora por los avances alcanzados en la tarea de la Reconquista, con el nombre romanceado de *Fuero Juzgo*), y un decenio más tarde nos hallamos ante una colección como las *Partidas*, el instrumento de la recepción del Derecho romano, que aportan un sentido jurídico nuevo, compuesto de elementos romanos (el *Corpus Juris*), canónicos (las *Decretales*), feudales (los *Libri Feudorum*) y privados (como son las obras del mentor del Rey Alfonso X, Maestre Jacobo Ruiz)» (45).

La segunda de las *Siete Partidas* se consagra a la constitución política y militar del reino. Los títulos IX, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, XXV, XXVII y XXVIII de la Partida II se refieren al orden marcial. «... Donde el Derecho militar de la Edad Media —escribe el Auditor Salcedo— se manifiesta cumplidamente es en las *Partidas*». Por ello —añade el mismo autor— son consideradas «muchísimo tiempo como el cuerpo general y común del Derecho militar en España» (46).

(45) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Zaragoza, 1949, págs. 34 y 35. *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1968, págs. 271 y 272.

(46) SALCEDO Y RUIZ, ANGEL: *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar* (discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 27 de abril de 1913). Madrid, 1916, págs. 424 a 434.

Desde la caída del Imperio visigótico, es la primera vez que se instituyen órganos jurisdiccionales castrenses.

La ley XVI del título II de la Partida II regula la institución del *Alférez del Rey* (especie de General en Jefe que manda la hueste si el Rey no acude a las batallas, o especie de Jefe de Estado Mayor del Rey, cuando éste asume directamente el Mando supremo). «*Que deve ser el Alférez del Rey e que es lo que pertenesce a su oficio*» —reza la citada ley XVI—. Refiriéndose a los Oficiales dice: «*E de estos el primero, e el mas onrrado es el Alférez, que avemos mostrado: ca a el pertenesce de guiar las huestes, quando el Rey non va ay por su cuerpo, o quando non pudiesse yr, e embiasse su poder. E el mismo deve tener la seña cada que el Rey oviere batalla campal. E antiguamente el solia justiciar los omes granados por mandado del Rey, quando fazian por que. E por esto trae la espada delante el, en señal que es la mayor Justicia de la Corte. E bien assi como pertenesce a su Oficio, de amparar y de acrescentar el Reyno...*» Más adelante se dice: «*... E assi como pertenesce a su Oficio, de fazer justicia a los omes onrrados que fizieren por que; otrosi a el pertenesce de pedir merced al Rey por los que son sin culpa ... E de buen seso ha menester que sea, porque por el se han de librar los pleytos grandes que oviere o acaescen en las huestes...*»

El *Alférez del Rey* tiene, además, otras atribuciones: Proveer de Abogado a las viudas, huérfanos o hidalgos, cuando no hubiere quién actuase voluntariamente, y a cuántos fueren demandados por «*fechos dubdosos que no quieren abogados*».

El Monarca ha de *fazerle mucha onrra e bien*, pero si la gestión del *Alférez* es desacertada, sufrirá pena *segund el yerro que fiziere*.

Otro órgano jurisdiccional castrense es el *Adalid* (el que sirve de guía, el avisador). Se le exige sabiduría, esfuerzo, buen seso natural y lealtad. Tiene la misión de organizar *algaras* (excursiones o correrías en campo enemigo, para causar perjuicio a los adversarios). Y está investido de jurisdicción para castigar, en nombre del Rey, a quienes no le obedezcan. La ley IV del título XII dice que los adalides... «*han de judgar muchas cosas ... ca ellos judgan los de las cavalgadas SOBRE LAS COSAS QUE ACAESCEN EN ELLAS*» (facultad amplísima, sin excepciones).

Subordinados inmediatos de los Adalides son los «*Almocadenes*» y los «*Almogávares*» (jefes de combatientes a pie, los primeros; combatientes mixtos, a pie o a caballo, los segundos). Pero a ellos no se les asignan cometidos judiciales de clase alguna (leyes 5.^a y 6.^a del título XXII de la Partida II).

En la Marina, se ejerce la Jurisdicción militar por el *Almirante* («guarda mayoral del Armada») —según la ley II del título XXIV— y por el *Còmitre* («Cabdillo del mar so el Almirante», ley IV del citado título XXIV). Los *Cómitres* acaudillan los na-

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

víos y «*pueden juzgar las contiendas que nascrieren entre ellos*», pero si los justiciables no se conformaren con sus decisiones, *puedense alçar para el Almirante, pero no para el Rey, sino quando el mesmo fuesse en la Flota...* (ley y título ya citados).

Es pues, el *Còmitre* un órgano jurisdiccional de primera instancia. Y el *Almirante* se configura como Tribunal unipersonal de alzada. Para el primero se prevé la imposición de pena «*si errase en los juyzios*».

En cuanto a Derecho militar, hay también preceptos penales sustantivos, con clasificaciones de delitos y penas. Normas procesales especiales de orden militar no aparecen en el Código alfonso. Sólo se instituyen órganos ejercientes de jurisdicción, sin una delimitación clara y precisa de la competencia objetiva. Ha de considerarse, pues, que la jurisdicción se extiende a todo cuanto acaezca en la hueste o en los navíos.

EL DERECHO MILITAR EN LOS FUEROS MUNICIPALES

El Auditor y académico don Angel Salcedo Ruiz afirma *que casi todos los Fueros municipales contienen normas de Derecho militar*, considerando notables a tal respecto los de Cuenca y Molina, ambos del siglo XII, y el de Teruel, del mismo siglo —especialmente estudiado por el Auditor Martínez de la Vega— (47). Son ciertas las afirmaciones de Salcedo, pero es preciso puntualizar que las normas de Derecho Militar de los Fueros Municipales suelen referirse a servicio militar, a tributos de índole castrense (*fonsado*), a exenciones de deberes militares y a penas imponibles a desertores y otros delincuentes. Reglas de Derecho judicial militar, de organización de la Jurisdicción marcial no se encuentran en ellos, tal vez por no ejercerse por Jueces especiales, sino por los mismos de la Jurisdicción ordinaria.

Basta un examen de los principales Fueros para acreditar lo preexpuesto:

Siglo XI

- a) Privilegio de Población dado en el año 1100 a *Barbastro* por Pedro I de Aragón. Exime a los habitantes de la ciudad de ir a la guerra, a no haber batalla campal, y en tal caso, sólo por tres días.
- b) Fuero otorgado a *Nájera* el año 1020 por el Rey de Navarra, Don Sancho el Mayor. Concede privilegios y exen-

(47) SALCEDO Y RUIZ: *Ob. cit.*, pág. 424 y sigs. MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI: *Ob. cit.*, págs. 5 a 17, 28, 38 a 43 y 70 a 82.

NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO

ción de muchos tributos militares y señala la pena de «diez sueldos de Multa» al Infanzón de Nájera que no fuere al fonsado.

- c) Fuero otorgado a la villa de *Yanguas* en 1045 por don Iñigo Ximénez, «tercero señor de los Cameros». Establece reglas y preceptos militares, pero no de carácter jurisdiccional-castrense.
- d) Fuero otorgado a la ciudad de *Jaca* por el Rey Don Sancho Ramírez el año de 1074, eximiendo a sus habitantes de ir a la *hueste*, salvo el caso de batalla campal o de estar cercado el Rey por sus enemigos, y
- e) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VI en 1076 a la villa de *Sepúlveda*, eximiendo a sus habitantes de ir a la guerra e imponiendo 60 sueldos a los de anejos del término de Sepúlveda que no vayan al *fonsado*.

Siglo XII

- a) Fuero de *Zaragoza*, otorgado en 1115 por Alfonso I el Batallador. Señala como obligación de sus vecinos la de ir a batalla campal y a sitio de castillo con pan para tres días. Y establece la pena de muerte para el infante que no acuda.
- b) Fuero de *Escalona*, dado en 1130 en virtud de orden del Rey Don Alfonso VII, por los hermanos Diego y Domingo Alvarez, concediendo exención de la contribución militar llamada *anubda* e imponiendo sólo un *fonsado* al año. El no ir al fonsado se pena con diez sueldos, si no existe legítima excusa.
- c) Fuero otorgado en 1130 a la villa de *Marañón* por Alfonso I el Batallador, eximiendo de *fonsado* a sus caballeros por cierto tiempo.
- d) Fuero de *Calatayud*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1131, disponiendo que en caso de batalla campal, acuda la tercera parte de los caballeros, con pena de un sueldo al que no fuere a la hueste.
- e) Fuero de *Logroño*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1132, hallándose en dicha ciudad, a favor de la Villa de *Asín*, cuyos habitantes quedan dispensados por siete años de «ir en hueste».
- f) Fuero otorgado por Alfonso I el Batallador a *Mallén* en 1132, concediendo a los pobladores mozárabes la exención de ir en hueste.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

- g) *Privilegio* otorgado por el Rey Don Alfonso VI el año de 1113, concediendo a los caballeros de *Guadalajara* ciertas exenciones y determinando cómo han de ir en hueste y parte que les corresponde en las «presas de la guerra».
- h) Fuero otorgado en *Burgos* a la Villa de *Balbás* el año de 1135, para que sus habitantes no paguen más que una *fonsadera*, eximiendo de este tributo a los carentes de heredades.
- i) Fuero otorgado a la villa de *Lara* en 1135 por el Rey Don Alfonso VII, eximiendo de *abnuda* a sus moradores.
- j) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VII el año de 1139 a los pobladores del Castillo de Aurelia, hoy *Colmenar de Oreja*, eximiéndoles de algunos tributos militares.
- k) Fuero otorgado por Don Ramón Berenguer, Conde de *Barcelona*, el año de 1142, al Concejo de *Daroca*, para que sus pobladores no fueren al *ejército* contra su voluntad y para que conservasen los castillos aquellos que los conquistasen.
- l) *Fuero de Molina*, dado por el Conde Don Manrique de Lara el año de 1152, estableciendo varias disposiciones militares y otorgando al Juez la posesión de las llaves de *Molina*.
- m) *Confirmación de los Fueros antiguos de Toledo* por el Rey Don Alfonso VIII el año de 1155, concediendo a sus caballeros el ir entre los peones y ejercer autoridad sobre ellos.
- n) *Fuero* otorgado por el Rey Don Alfonso VIII a *Ocaña* en 1156, para que sus vecinos sólo fueran a la hueste en caso de ir en ella el Rey contra los sarracenos.
- o) *Privilegio* otorgado en Benavente a la Villa de *Llanes* por el Rey Don Alfonso VIII, concediendo, en el año de 1168, varias franquicias y exenciones militares.
- p) *Fueros* dados por el Obispo de *Burgos*, Don Pedro, y confirmados por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de *Madrigal* de la obligación de ir en hueste.
- q) *Fuero de Teruel* dado por el Rey Don Alfonso II de Aragón el año de 1176, estableciendo reglas y exenciones militares. Se atribuyen al Juez —al Juez ordinario, único existente— las funciones de juzgar a los sospechosos en el orden militar y de acordar, con el Concejo, quienes han

de custodiar la Villa al salir de ella la hueste. Contiene este Fuero reglas de Derecho penal sustantivo: fijación de tipos delictivos (como el del centinela que se duerme) y señalamiento de penas. En campaña, el delito contra la propiedad es castigado con doble multa que en época de paz. Y quien cometía hurto o robo de víveres era sancionado con mutilación de las orejas. Como observa Martínez de la Vega (48), la Jurisdicción ordinaria juzgaba de los delitos propios de la situación de guerra.

- r) *Fuero de Uclés* otorgado en Toledo por el Maestre de la Orden de Santiago don Pedro Fernández, el año de 1179, eximiendo de tributos militares a los moradores del citado pueblo.
- s) *Fuero de Cuenca* otorgado por el Rey de Castilla don Alfonso VIII el año de 1180. Su Capítulo XXX contiene reglas atinentes al gobierno y régimen de los *ejércitos* o *huestes*. Concede a Jueces y Alcaldes la guarda de la ciudad. Y dicta normas sobre jurisdicción, considerando al Adalid como Juez especial en contiendas relacionadas con las *cavalgadas* (III, XIV, 37). Los aspectos procesales y judiciales de este Fuero han sido estudiados por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo (49).
- t) *Fuero de San Sebastián de Guipúzcoa* otorgado el año de 1180 por el Rey de Navarra Don Sancho el Sabio, concediendo a sus vecinos la exención de ir en hueste.
- u) *Fueros de Salinas de Añana*, en Alava, otorgados por el Rey de Castilla, Don Alfonso VIII, en 1192, concediendo liberación de la *fonsadera* por dos sueldos, y
- v) *Privilegio* otorgado por Don Alfonso VIII a los vecinos de *Avila* el año de 1193, liberándoles del pago de la quinta parte de las presas si el Rey no estuviere en la hueste.

Siglo XIII

Los Fueros dados a *Alcalá de Henares* (año de 1208), *Cáceres* (1229), *Baeza* (1241), *Córdoba* (1241), *Tuy* (1250), *Carmona* (1252) y *Soria* (1294) —el primero, por el Arzobispo Ximénez de Rada; el segundo, por Alfonso IX de León; el tercero, cuarto, quinto

(48) MARTÍNEZ DE LA VEA Y ZEGRI, Ob. cit., pág. 82.

(49) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: «Instituciones Judiciales y Procesales del Fuero de Cuenca», en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 47 y 48, julio-diciembre de 1950, págs. 301 a 303 (México, D.F.).

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

y sexto, por Fernando III el Santo, y el séptimo, por Alfonso X el Sabio— contienen reglas similares a los citados con anterioridad de los siglos XI y XII. Sólo tiene un especial relieve, a los efectos del presente estudio, el *Fuero de las Leyes*, dado a Cáceres, por establecer reglas sobre sumisión de alcaldes y adalides al Juez, y por fijar tipos de delitos militares, como el de *quien levare pan a tierra de moros* («Que fagan dél iustitia» —se añade—).

EL DERECHO MILITAR EN EL FUERO DE LAS «CAVALGADAS» (50)

Descubierto este Fuero, en Perpignan, el año de 1807, por el P. Fray Jaime de Villanueva, ha llegado a atribuirse al emperador Carlomagno. Consta de ciento tres títulos, de los cuales interesan, a efectos jurídico-militares, el III, el V, el VI, el XXX, el LXV y el XCVIII. La semejanza del «Fuero de las Cavalgadas» con muchos Fueros españoles es evidente.

Se concede «fuero bien guardado» a los adalides, para que *fagan derecho a los cavalgadores* (Tít. III).

Los adalides reciben rango de *Juezes*, pueden «dar sentencias contra los cavalgadores», siendo éstas inapelables (Tít. V).

Nadie puede juzgar «cosas que sean de cavalgadas», de no ser adalid (Tít. VI).

Tres *almucatenes* pueden juzgar y dar sentencia, a falta de adalides (Tít. XXX).

Se otorga la facultad de nombrar «cabdiellos» al señor de la Villa, al Juez y a los alcaldes (Tít. LXV).

El Juez y los alcaldes tienen derecho a *cuatro maravedís*, cuando la hueste «buena ganancia ficiere». En otro caso, no tienen derecho a percepción alguna de carácter guerrero (Título XCVIII).

LAS ORDENANZAS DE PEDRO IV DE ARAGON, EL CEREMONIOSO (1369)

Con el título de «Ordenanzas hechas por el rey don Pedro IV de Aragón, el Ceremonioso, para el oficio de Condestable, que creó en mayo del año 1369», ha publicado este interesante Cuerpo

(50) MORENO CASADO, J.: «Para la Historia del Derecho Militar: el *Fuero de las Cavalgadas*». *Rev. Ejército*, Madrid, núm. 319, diciembre 1949.

legal castrense la Real Academia de la Historia (Código E, 156 páginas, 2.ª traducción del señor Capmany).

En los capítulos XXVI y XXIX se regula la jurisdicción otorgada al Condestable, especie de Generalísimo y de Jefe de Estado Mayor del Rey.

«El Condestable debe juzgar todos los debates que acaezcan entre la gente de a caballo y de a pie del Ejército, sobre *presas* y *cavalgadas* que hubiesen hecho. Y asimismo si los quadrilleros se retenían algo de las tropas, hará darlas fiel cuenta, como asimismo de todas las presas y ganancias que se hicieren al entrar en una villa u otro lugar tomado por fuerza de armas. Y para esto tendrán su observancia las Leyes de España, hechas sobre el repartimiento de presas, cavalgadas y ganancias que se hacen en la guerra, y qué derechos deben hacer los almugatenes y adalides, y los cabos de las compañías, y los quadrilleros, y los hombres de a caballo, y los de a pie, a fin de que el Condestable pueda *con equidad juzgar todos los delitos* que hubiere entre las gentes del ejército; todo esto por las leyes que sobre este punto hicieren los Reyes de España» (Cap. XXVI).

Tras conceder al Condestable la facultad de dictar bandos, previa consulta al Monarca, éste dispone «que todas las condenas, castigos y justicias de las personas del ejército, como también todos los tratantes y otros que vengan para el servicio de dicho ejército, son de la *jurisdicción y conocimiento* de dicho Condestable, y no de otros...», «salvo la gente de mar, si hubiere allí esquadra, porque éstos son de la jurisdicción del Almirante» (Cap. XXIX).

Como puede observarse, se reconocen dos potestades jurisdiccionales castrenses: la del Condestable, en el «Ejército» terrestre, y la del Almirante, en la Marina de Guerra (51).

LAS ORDENANZAS MILITARES DE JUAN I DE CASTILLA (1390)

Su título es el de «Ordenanzas Militares otorgadas por don Juan I en Segovia en el año de 1390, las cuales contienen varios capítulos sobre las disposiciones de armas que deben tener los vasallos del Rey».

Algunos autores (52) consideran estas Ordenanzas como representativas de una importante etapa en la elaboración o des-

(51) CAPMANY: *Traducción castellana de las Ordenanzas de Pedro IV el Ceremonioso de Aragón*, publicada por la Real Academia de la Historia, Código E, 156, pág. 2.ª

(52) SALCEDO Y RUIZ: *Ob. cit.*, pág. 424 y sigs. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, pág. 248 y sigs. VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo IV, págs. 553 a 562.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

envolvimiento histórico del Derecho Militar. Sin embargo, sus disposiciones no trascienden de lo puramente castrense (servicios de armas) y no hay en ellas ninguna regulación de actividades jurisdiccionales militares. Se alude a los *Alcalles et Justicias*, a quienes se manda que guarden las Ordenanzas en sus *lugares et juridiciones*. Pero no hay más puntualizaciones regulativas.

¿UN SUPREMO CONSEJO DE GUERRA MEDIEVAL?

No debe concluirse el capítulo referente a Derecho Militar en la Edad Media sin aludir a una institución de cuya existencia no hay referencias consistentes, aun cuando aparezca estudiada, o mencionada al menos, por algunos autores.

Colón de Larriategui, basándose en el testimonio de Rodrigo Méndez de Silva y de Alonso Núñez de Castro, enuncia la posibilidad de que el Real y Supremo Consejo de Guerra debiese su existencia al Rey Don Pelayo. Méndez de Silva sitúa el nacimiento del Consejo en el año de 737. Núñez de Castro da como año de nacimiento del Real y Supremo Consejo el de 720. Ambos autores coinciden en atribuir la paternidad a Don Pelayo y en configurarlo como organismo mixto, con «Consejeros de capa y espada» y «Consejeros Togados» (52 bis).

Bacardi recoge también las aserciones de Méndez de Silva y Núñez de Castro, pero se inclina a creer que, en realidad, había en la Edad Media un solo Consejo que, entre otras materias, estudiaba las de guerra y emitía dictamen sobre cuestiones militares (53).

Finalmente, don Nicolás de la Peña Cuéllar cita a Núñez de Castro y admite la posibilidad de un Supremo Consejo de Guerra medieval, con Consejeros de capa y espada, un Ministro Togado, dos Secretarios y un Oficial (54).

En realidad, no existen argumentos suficientemente permisivos de afirmar la realidad o irrealidad del Consejo medieval en materia de guerra, aunque parece admisible la opinión de Bacardi: existencia de un Consejo, órgano consultivo supremo, con facultades dictaminadoras sobre asuntos de guerra y cualesquiera otros en que fuere consultado por el Monarca.

(52 bis) MÉNDEZ DE SILVA, RODRIGO: *Catálogo Real y Genealógico de España*. Madrid, 1656, Cap. XXXIV, folio 26 vuelto. NÚÑEZ DE CASTRO, ALONSO: *Sólo Madrid es Corte*. Madrid, 3.ª ed., 1675, pág. 59. COLÓN DE LARRIATEGUI: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 1 a 47.

(53) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, págs. 186 a 193. Tomo I.

(54) PEÑA Y CUÉLLAR, NICOLÁS DE LA: *Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra*. Madrid, 1886, pág. 177 y sigs.

**LA JURISDICCION MILITAR BAJO LOS REYES CATOLICOS
Y LA CASA DE AUSTRIA: PRIMERAS ORDENANZAS
GENERALES**

**JUSTICIA MILITAR EN EL REINADO
DE LOS REYES CATOLICOS (1474-1504)**

El Auditor don Ramiro Fernández de la Mora ha escrito con toda exactitud: «La Justicia Militar no nace ni se constituye, propiamente dicha, hasta la organización de los Ejércitos permanentes; embrionaria y esporádicamente han existido preceptos de orden penal y procesal, y orgánico de carácter militar, desde muy antiguo, y, concretándonos a nuestra legislación patria, podrían citarse numerosos en nuestra legislación medieval; pero, como algo sustantivo, como rama especial del Derecho, con vida propia y con características que la separan y distinguen de otras ramas del Derecho, no ha tenido existencia más que a raíz de la creación del Ejército permanente en la Edad Moderna». En igual sentido se manifiesta el profesor García-Gallo cuando afirma que a fines del siglo xv «se constituye también con autonomía el Derecho referente a la guerra u organización militar, como consecuencia de la formación de los ejércitos permanentes y de la necesidad de mantener su disciplina». Registra también García-Gallo el hecho de que a partir de entonces se escriben libros «de Derecho Militar» (55).

La creación del Ejército permanente es obra de los Reyes Católicos en nuestra Patria. «Fernando el Católico —dice Ortega y Gasset— es el primer rey que comprende ser necesario al Estado una nueva forma de Ejército, entiéndase un ejército que sirva para ganar batallas, fabricado a medida de esta finalidad y no meramente para pasear pendones y dar, si acaso, lugar al heroísmo singular y romántico del romance fronterizo. Tal vez pueda afirmarse que delante de Málaga se hace el primer ensayo, aún muy rudimentario y tullido, de un ejército moderno...». De él —agrega— «surgió, no mucho tiempo después, el tercio castellano, prefiguración de todos los ejércitos posteriores hasta la Revolución francesa, y aún, en ciertos caracteres, hasta la fecha actual» (56).

(55) FERNÁNDEZ DE LA MORA, RAMIRO: *Conferencias pronunciadas en la Academia del Cuerpo Jurídico-Militar en el curso 1940-41*. Madrid, 1941, página 36. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 263.

(56) ORTEGA Y GASSET, J.: «Aventuras de un capitán español» (Prólogo a «Aventuras del Capitán Alonso de Contreras»). *Rev. de Occidente*, 1943, Madrid, pág. 164.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Organizado el Ejército Real —permanente y nacional— se crea, en 1480, el cargo de Capitán General; asistido, desde un principio, por Auditor (Justicia Militar) y Preboste (Policía Militar). Para Francisco-Manuel de Melo, «la dignidad del Capitán General es la más alta que usan o pueden formar los Reyes» (57).

No forman los Reyes Católicos un Cuerpo legal (Ordenanza o Código) sobre Jurisdicción Castrense, pero en varias de sus reales cartas aparecen preceptos o instrucciones sobre aspectos judiciales del ámbito marcial. Así, la expedida en Málaga a 23 de agosto de 1487, sobre nombramiento de Corregidor de Guipúzcoa a favor del Capitán General don Juan de Ribera; la de 28 de julio de 1488, signada en Murcia, sobre recursos ante la Real Persona, en las causas y casos de Guipúzcoa; la de 20 de mayo de 1496, dada en Almazán, concediendo al príncipe Don Juan el señorío de Ronda, con la más amplia jurisdicción criminal; la de 28 de los mismos mes y año, también dada en Almazán, concesiva del señorío de Loja al mismo príncipe Don Juan, con amplísimas facultades jurisdiccionales, civiles y criminales, comunes y especiales; y la de 1500 (mes de mayo), nombrando General de la Armada de las Costas de Sicilia, amenazadas por los turcos, al Capitán General Don Gonzalo Fernández de Córdoba, facultándole para conocer «de todos y qualesquier pleytos y diferencias, causas asy civiles como criminales que entre las gentes de a cavallo y de a pie oviere de aquí en adelante...», y para verlos «como nuestro juez de tales pleytos y causas», determinándolos «como fuese justicia», por medio de «sentencia o sentencias, asy ynterlocutorias como definitivas», con potestad también de llevarse «a pura y devida ejecución» los fallos.

Como impresión resumidora, cabe decir que los Reyes Católicos crean un Capitán General investido de Mando y Jurisdicción, con potestades realmente virreinales.

JUSTICIA MILITAR EN EL REINADO DE CARLOS I (EMPERADOR CARLOS V) (58)

El reinado de Carlos I se extiende desde 1517 a 1556. Corresponden a este brillante período, en materia de Justicia militar, las siguientes ordenaciones:

a) «*Ordenanzas militares hechas en la ciudad de Taxcatecle por Hernán Cortés, como Capitán General y Justicia Mayor en Nueva España, a 22 de diciembre de 1520, para el régimen y gobierno de las tropas españolas en aquellos dominios*». No es un

(57) MELO, FRANCISCO-MANUEL DE: *Política Militar en Aviso de Generales* (con prólogo de Joaquín R. Arzúa). Madrid, 1944, págs. 113 y 114.

(58) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo XI, pág. 243 y sigs.

texto articulado, sino una Ordenanza sumaria, tendente a organizar la vida castrense propiamente dicha, no la jurisdiccional castrense. Se prevé la existencia de «un Juez que sentenciare», sin especificar si es un Juez militar o un Juez común, ni si es unipersonal o colegiado.

b) «*Ordenanzas de las guardas de Castilla expedidas en Madrid por el rey Don Carlos I a 5 de abril de 1525*». Constan de 84 artículos o disposiciones. El punto o artículo 11 dispone que el Alcalde de Guardas juzgue de las «diferencias o debates de entre Escudero a Escudero», y de no estar el Alcalde, juzgará «el Capitán de cuya Capitanía fuesen los Escuderos, o su lugarteniente». Entre escuderos y paisanos («labradores o personas de los lugares»), actuará la Justicia ordinaria, sola o en colaboración el Alcalde de Guardas, o Capitán, o Lugarteniente (Modalidad de Jurisdicción mixta). En los puntos o artículos 11, 13, 40, 46, 82 y 83 se cita al Supremo Consejo de Guerra, con la denominación de «Consejo de la Guerra».

c) «*Instrucción dada en Génova por el Emperador Carlos V a 15 de noviembre de 1536 para el régimen y organización de su ejército en Italia; designando, entre otras cosas, las atribuciones, sueldos y demás del Virrey, Capitán General, Maestres de campo, Sargentos mayores, Capitanes, organización de las compañías o tercios, nombramiento de gentiles hombres (ayudantes de campo), trenes de artillería; pie y fuerza de todo el ejército, alabarderos para el Capitán General, agregados de la nobleza, auditor, comisarios y régimen para la administración militar*». En esta interesante Ordenanza, con relación a la Justicia Militar, se dice: «ITEN; es nuestra merced que en el dicho nuestro ejército haya un auditor para determinar en Derecho y sentenciar las causas que en él hubiere entre partes...». Se menciona al Capitán de Justicia de la Ciudad de Milán y se le nombra «nuestro Proveedor y Comisario General del dicho nuestro ejército». Y se designan «treinta soldados arcabuceros que ha de tener en su compañía (el Marqués de Mariñán, Maestre de Campo general de la Infantería italiana «del dicho nuestro ejército») para la ejecución de nuestra justicia».

d) «*Executoria real de 10 de mayo de 1544*» (ratificada en 1584, 1620, 1630 y 1661 por Felipe II, Felipe III y Felipe IV en sus respectivos reinados). En ella, ratificando su Real Provisión de 1522, dispone que en las causas contra navarros y guipuzcoanos por contiendas con aforados conozcan conjuntamente el Juez natural de los moradores o habitantes (Justicia Ordinaria) y el Capitán General —o su lugarteniente, en su ausencia—. «En las causas criminales que fueren graves, en que el delincente mereciere pena de muerte o mutilación de miembro, el que de ellos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

previniere, haga el proceso, y no sentencie la causa sino juntamente con el otro, y no conviniendo en la dicha sentencia, consulten a Su Magestad, enviando el processo de la causa juntamente con el parecer de cada uno, para que mande ver y proveer lo que sea justicia». Este sistema de jurisdicción mixta puede ser considerado como un lejano precedente del régimen jurisdiccional castrense existente en algunos países de Occidente (Francia, Canadá, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza...), en que los Magistrados administran justicia en unión de juzgadores específicamente castrense, bajo un signo evidente de juridicidad y de tutela de las garantías procesales.

ORDENANZAS DE ALEJANDRO FARNESIO, EN EL REINADO DE FELIPE II:

13 de mayo de 1587, adicionadas en 22 de mayo de 1587

En el reinado de Felipe II (1556-1598) se produce el nombramiento de Alejandro Farnesio, Duque de Parma y de Plasencia, para el cargo de Gobernador y Capitán General de los Estados de Flandes, en sustitución de Don Juan de Austria. Corresponde este relevo, exactamente, al año de 1578. Nueve años más tarde, el nombre de Farnesio se incorpora, definitivamente, a la historia del Derecho militar español, al promulgar las Ordenanzas de 13 de mayo de 1587, adicionadas en 22 de iguales mes y año. En estas Ordenanzas ven los principales comentaristas la iniciación de la moderna Justicia Militar. Así, Almirante (59), Núñez de Prado y el profesor Fraga (60), cuyas opiniones invoca Moreno Casado (61), al publicar en el *Anuario de Historia del Derecho español* el texto íntegro de este trascendental Cuerpo legal castrense, inserto con anterioridad en la obra de Francisco-Ventura de la Sala y Abarca, titulada *Después de Dios, la primera obligación...* (Nápoles, 1681), y en la *Colección general de Portugués* (Madrid, 1764) (62).

(59) ALMIRANTE, J.: *Diccionario Militar etimológico, histórico, tecnológico*. Madrid, 1869. *Voz Ordenanza*, pág. 844.

(60) NÚÑEZ DE PRADO, JOSÉ: *Estudio sobre el Derecho Militar en el Código Penal militar y la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra*. Madrid, 1844, pág. LIV. Prof. FRAGA IRIBARNE, M.: «Baltasar de Ayala», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1948, páginas 135 y 137.

(61) MORENO CASADO, J.: En *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo XXXI, Madrid, 1961, «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587», págs. 431 a 458.

(62) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 19 a 37.

Aunque las Ordenanzas de Farnesio sólo se promulgan para los Estados de Flandes, fueron observadas en todos los «Ejércitos» de España. Montserrat Alsina (63) lo atribuye a tres circunstancias: primera, la presencia en Flandes de la inmensa mayoría de las fuerzas militares españolas disponibles, dada la «permanente situación de rebeldía» de aquel territorio. Segunda, la extraordinaria difusión alcanzada por las referidas Ordenanzas en todos los medios castrenses. Y tercera, la inexistencia de «otras normas legales similares que regulasen estas materias (las de Justicia Militar)». A las propias circunstancias atribuye Montserrat Alsina la inserción de su texto en la Compilación de Portugués —pese a carecer de origen auténticamente regio— y la mención, por parte de Colón de Larriategui, en su «Discurso preliminar» de la obra «Juzgados Militares de España y sus Indias» (editada por vez primera en 1787) (64).

Portugués inserta la Ordenanza de 13 de mayo de 1587 bajo este epígrafe: «Ordenanza de 13 de mayo de 1587, dispuesta por Alejandro de Farnesio, Duque de Parma y Plasencia, Gobernador y Capitán General de los Estados de Flandes, sobre lo que toca al cargo del Auditor General, y particulares del Ejército; Fuero de los que sirven en él y sus Testamentos» (65). Moreno Casado, al publicarlas en 1961, las denomina «Ordenanzas e Instrucción del Duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente gobernador y capitán general por S.M. en los Estados de Flandes sobre el ejercicio y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército».

La Ordenanza complementaria de 22 de mayo de 1587 se titula así: «Edicto, Ordenanza e Instrucción del mismo Farnesio sobre el Oficio de Preboste general y los demás Capitanes de campaña y barricheles del Ejército».

La de 13 de mayo de 1587 consta de 39 artículos o reglas, estableciendo que el Capitán General es la autoridad judicial en lo castrense, pero con delegación amplísima en el Auditor. La competencia de la Jurisdicción marcial no sólo surge por razón de la materia, sino también por motivos de lugar y persona.

La de 22 de mayo de 1587 sólo consta de 18 artículos y trata de los colaboradores y coadyuvantes de la Administración de Justicia militar: *Prebostes, barricheles, Capitanes de campaña y demás ministros y oficiales de Justicia* —con funciones, a veces, de intendencia y policía—.

Son de interés los dos primeros artículos o reglas de la Ordenanza de 13 de mayo de 1587. «El oficio del Auditor general

(63) MONTSERRAT ALSINA: *Trab. cit.* en nota 14, pág. 30.

(64) MONTSERRAT ALSINA: *Trab. cit.* en notas 14 y 63, pág. 31.

(65) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 19.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

—dice el primer artículo— 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 el propio avía de juzgar y determinar, y así se puede decir que tiene el ejercicio de la jurisdicción del Capitán general, y por tanto queremos y es nuestra voluntad que ninguna persona de cualquier condición o calidad que sea deste ejército, fuera del Maestre de campo general, en quanto dependiese de su cargo tenga tanta autoridad en las cosas de justicia quanta el Auditor general y que en todo lo que originase 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 *todo el poder y autoridad* que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia». «Por ello —señala el artículo segundo—, el Auditor general ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción y disciplina militar, porque a Nos como Capitán general y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca toda la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos ni otro qualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción...»

La Jurisdicción militar se concibe como fuero personal, ejerciendo el Auditor, por delegación del General en Jefe, potestad judicial civil y criminal ordinaria sobre los aforados («... todos los pleitos o diferencias, así civiles como criminales...» —dice el artículo quinto—), sin más excepciones que los procesos en que se ejerciten acciones reales hipotecarias y de sucesión de bienes raíces y patrimoniales (arts. 3.º y 4.º).

El Auditor general *procederá de oficio* —preceptúa el artículo 6.º—, salvando las atribuciones de los Coroneles maestros de Campo y de los auditores y jueces particulares.

«Ausentes Nos o el Auditor general —dice el artículo 8.º— ... cualquier Auditor que allí se hallare podrán hazer la justicia que conviene...» (en caso de «desorden o motín de soldados»).

Los Auditores son de dos clases: el General y el Particular. El primero, a la inmediación del Capitán general, como asesor y delegado suyo en materias de Justicia. Y el Auditor Particular, como encargado de los negocios judiciales en su Cuerpo, Tercio o Regimiento. El artículo 11 asigna al Auditor Particular «las causas entre los de un mismo regimiento», pudiéndose apelar, contra la sentencia, ante el Auditor General. Sobre el Auditor Particular sólo tienen jurisdicción —según el artículo 31— el Capitán General y el Auditor General.

Se prevén y regulan los «casos mixtos entre soldados y los de tierra» (aforados y civiles), preceptuándose que sean fallados con

«intervención de *ambas las Justicias*» (la militar y la ordinaria)
—art. 29—.

En cuanto a ejecución de pena de muerte, contiene una regla especialmente discriminatoria el artículo 9.º. No podrá ejecutarse la pena capital en «persona de calidad y notable», sin parte previo al Capitán General. Pero si se trata de la «vida de otro de menos calidad», sólo se dará parte al máximo jerarca marcial si discreparen el Maestre de campo y el Auditor, si entre ellos hubiere «diferente voto y parecer».

El Edicto complementario de 22 de mayo de 1587 regula el cargo de PREBOSTE, asignándole la misión de «executor de van-dos y órdenes del Capitán general y constituciones militares y asimismo de las sentencias y decretos del Auditor general que en nuestro nombre administra la dicha justicia...» (art. 1.º). En las reglas o artículos 6.º, 7.º y 9.º se les asignan las misiones de ejecución de penas corporales, aprehensión de delincuentes, comunicación de las detenciones al Auditor dentro de las veinticuatro horas siguientes, etc. En síntesis: el Preboste es un órgano de Policía judicial y de ejecución de sentencias.

Seis años después de la promulgación de las Ordenanzas de 1587 —las principales y las adicionales—, publica el Maestre de Campo del Tercio de Lombardía, don Sancho de Londoño, su famoso «*Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*» (Madrid, Luys Sánchez, año 1593). Viene a constituir una exégesis castrense de las instituciones del Auditor, Maestre de Campo, Barracheles (o Barricheles), Prebostes. Al Preboste le denomina «Barrachel general». Y postula que los «Maestres de campo de los Tercios deven tener la autoridad que tenían los Tribunos prefectos de las legiones y para dar órdenes y administrar justicia a los Capitanes, Oficiales y soldados de sus Tercios...» (66).

La literatura de la época hace referencia a las modalidades judiciales castrenses. Así, la autobiografía de Miguel de Castro: «*Vida del soldado español Miguel de Castro (1593-1611)* escrita por él mismo». En ella hace mención del «Auditor de Tercio» (o auditor particular), del «Auditor General», del «Sargento Mayor» (como partícipe en funciones judiciales) y del «Capitán de Justicia», como asimismo del «proceso de justicia» y de las «graves e inviolables penas» (67).

Moreno Casado, en su citado e interesante trabajo de 1961,

(66) LONDOÑO, SANCHO DE: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*. Madrid, 1593, págs. 13, 14, 15, 21, 22, 29 y 30.

(67) CASTRO, MIGUEL DE: *Vida del soldado español Miguel de Castro (1593-1611)*, escrita por él mismo. Buenos Aires, 1949, págs. 12, 29 a 31, 16, 77, 78 y 103.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

publica un diccionario castrense de las voces más usuales en la época historiada. Al Barrachel o Barrichel le considera como «Oficio jurídico militar del siglo xvi, Capitán de alguaciles o alguacil mayor del campo o ejército, capitán de campaña». Y al Preboste, como órgano de persecución de malhechores, con asignación de funciones de policía y el cometido específico de velar por la observancia de los bandos y órdenes del General. También señala como propia del Preboste la de *formar sumaria* a los malhechores, función ésta que le asigna Felipe V en sus Ordenanzas de 1728, es decir, ciento cuarenta y un años después de las de Alejandro Farnesio (que, en realidad, sólo le encomienda funciones de Policía judicial y de ejecución de sentencias firmes de los Auditores actuantes en nombre de la Autoridad militar suprema).

ORDENANZAS DE FELIPE III:

8 de julio de 1603 y 17 de abril de 1611

Algunos autores, expositores o compiladores de nuestro Derecho Militar (68) omiten la cita de las dos Ordenanzas Militares promulgadas por Felipe III. Por el contrario, aparecen citadas por Querol (69), Goicoechea (70), Montserrat Alsina (71) y Marfil (72). Es curioso que Portugués (73) reproduzca una Real Cédula de 11 de diciembre de 1598, expedida por Felipe III y atinente al Supremo Consejo de Guerra, y no haga mención de las dos Ordenanzas —sin duda, de más trascendencia que la disposición reproducida—.

Las primeras Ordenanzas de Felipe III son de 8 de julio de 1603. Son unas Ordenanzas embrionarias, tendentes a contrarrestar la creciente relajación de la disciplina militar. El soldado de 1600 ha sido definido por Ortega como «hombre suelto, sin raíces en ninguna disciplina interna que, sabiéndose sometido a la externa de la ordenanza, encuentra en ello motivo para emanciparse de todo otro respecto». A juzgar por los documentos de

(68) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, pág. 240 y sigs. MÉNDEZ ALANIS, R.: *Legislación militar*. Tomo I, La Habana, 1896, pág. 86 y sigs. GUZMÁN, ANTONINO: *Ob. cit.*, págs. 85-89. FELIÚ DE LA PEÑA: *Ob. cit.*, pág. 9 y sigs., etc.

(69) QUEROL Y DURÁN, FERNANDO DE: *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid, 1948). Sobre Ordenanzas del siglo xvii.

(70) GOICOECHEA, A.: *Conferencias pronunciadas en la Academia del Cuerpo Jurídico Militar en el curso 1940-41*. Madrid, 1941, pág. 70.

(71) MONSERRAT ALSINA: *Trab. cit.*, pág. 52.

(72) MARFIL, MARIANO: *Voz Ordenanzas militares*, en el Tomo XXIV de la *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, sin año, pág. 22 y sigs.

(73) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 47 a 49.

la época, las Ordenanzas tampoco lograban esa externa disciplina (74).

En 17 de abril de 1611 son revisadas estas Ordenanzas de 1603, en un sentido más tuitivo de la disciplina. En esencia, las primeras y las obtenidas de su revisión tienen un mismo contenido: cualidades personales y prendas morales, capacidad de instrucción y servicios de los Maestros de Campo y Capitanes, sus respectivas funciones, leyes penales y organización de Tercios. Desde el punto de vista procesal-orgánico, subsiste la autoridad jurisdiccional del Capitán o Comandante General, asistido del Auditor, en quien puede delegar sus funciones judiciales.

En 10 de diciembre de 1603, el Archiduque Alberto se dirige a Felipe III desde Bruselas. Su carta es un comentario, breve y respetuoso, de las Ordenanzas de 8 de abril del mismo año. Las considera «muy difíciles de cumplir», sin duda por un exceso de conceptos abstractos y de reglas morales, coexistentes con una escasez de preceptos concretos de sentido pragmático.

También para la Marina promulga Ordenanzas Felipe III: la «Ordenanza para las Armadas del Mar Océano» (1606) y las «Ordenanzas de Galeones y Galeras» (1608, 1613, 1618).

El profesor Olesa Muñido, que ha estudiado la organización de la Marina en los siglos XVI y XVII, no cita las Ordenanzas de Felipe III. Tan sólo hace alusión a los «alguaciles de galeras» y a los «Cómitres y subcómities» de un modo eventual (75).

En definitiva, el reinado de Felipe III (1598-1621) viene a resultar intrascendente en la historia de la Jurisdicción penal militar, constituyendo sólo un puente entre las Ordenanzas de 1587 y las de 1632, entre Alejandro Farnesio y Felipe IV. Con este reinado se inicia la decadencia española. En la vida militar se refleja ostensiblemente. Aún quedan soldados que saben comportarse de modo valeroso, pero van desapareciendo los impulsados por una moral de victoria. Y las promulgaciones legales resultan muchas veces ineficaces frente a una indisciplina creciente.

ORDENANZAS DE FELIPE IV (28 junio 1632)

En el reinado de Felipe IV (1621-1665), las Ordenanzas de Felipe III son sustituidas por las de 28 de junio de 1632, cuyo título general es éste: «Real Ordenanza de 28 de junio de 1632

(74) ORTEGA Y GASSET, J.: *Ob. cit.* en nota 56, pág. 165.

(75) OLESA MUÑIDO, FRANCISCO-FELIPE: *La organización naval de los Estados mediterráneos y en especial de España durante los siglos XVI y XVII*. Madrid, 1968, Tomo I, pág. 376, Tomo II, pág. 703.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

sobre Disciplina Militar, mando, sueldos, ventajas, provisiones de empleos y otras cosas» (76).

Como preámbulo justificativo de la promulgación figura esta frase, reveladora del estado de indisciplina de la época:

«EL REY. Por quanto la Disciplina Militar de mis Exércitos ha decaído en todas partes, de manera que se hallan sin el grado de estimación que por lo pasado tuvieron; habiéndose experimentado diferentes sucessos que los del tiempo en que estaba en su punto y reputación, lo qual ha causado la falta de observancia de Mis órdenes, y por convenir tanto a mi servicio restaurar lo que se ha relajado con los abusos que se han ido introduciendo, mandé formar una Junta de Ministros de mis Consejos de Estado y Guerra, donde se vieron las Ordenanzas que el Rey, mi Señor y Padre (que haya Gloria) mandó establecer en 16 de abril del año de 1611, y advertencias que sobre ello se me dieron, precedidas de lo que la experiencia ha mostrado, que conviene disponer para el mejor gobierno de mis Armas; y habiéndome consultado muy particularmente sobre todo, he resuelto lo siguiente: ... (Siguen las reglas a que debe ajustarse la vida militar en sus diversos aspectos.).»

Como dice Montserrat Alsina (77), estas Ordenanzas contienen «muy escasos preceptos sobre Justicia militar», aun siendo «algo más amplias que las de Felipe III». Tan escasos son los preceptos reguladores de la Jurisdicción marcial que, en realidad, quedan reducidos a la Regla 65:

«Y por quanto en algunos de mis Exércitos, con la larga Paz, se han ido introduciendo muchos abusos, y entre ellos estoy informado que ni a los Maestres de campo, ni a los Capitanes les dexan sus Generales la mano que en razón tengan sobre sus Tercios y Compañías, como las tienen en las Provincias que hay Guerra rota: mando que los Auditores particulares en la primera Instancia conozcan de todas las causas civiles y criminales que se ofrecieren entre la gente de los dichos Tercios y que las sentencias que pronunciaren sean (executivas), consultándolas primero con los dichos Maestres de campo, y si las Partes apelaren de ellas, otorguen las apelaciones para los Auditores generales.»

De esta Regla 65 de las Ordenanzas de Felipe IV se infiere:

a) Doble instancia en las causas civiles y criminales del personal castrense; la primera, confiada a los Auditores particulares

(76) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 66 a 123.

(77) MONTSERRAT ALSINA, S.: *Trab. cit.*, pág. 52.

(los de los Tercios); la segunda, a los Auditores generales (los de las Provincias, o regiones, y los de los Ejércitos en campaña).

b) Intervención de autoridades militares (como los Maestros de campo) en el ejercicio de la Jurisdicción, por vía de consulta, y

c) Concepción de la Jurisdicción militar como fuero o privilegio especial de los militares, puesto que tanto las causas civiles como las criminales de los mismos se sustraen al enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios.

El profesor Deleito y Piñuela (78), que ha estudiado profundamente la España de Felipe IV, señala la presencia de «un auditor letrado» en cada Tercio y, con referencia a los «ejércitos en campaña», afirma que sus jefes supremos, los Capitanes generales, ejercían «jurisdicción militar» (aun cuando eran los Auditores quienes actuaban en nombre de los mismos). El propio profesor, refiriéndose al grave estado de indisciplina castrense de la época, afirma que por «espíritu de Cuerpo», las autoridades militares se oponían a toda intervención de las civiles en la represión de desmanes de sus subordinados. Las acusaciones o reclamaciones de autoridades civiles (judiciales o gubernativas) se estimaban menoscabos del fuero militar y «entrometimientos de otro cuerpo y de otra jurisdicción», hasta el punto —añade— de constituir «gallardía temeraria o heroica» la defensa de la competencia de la Jurisdicción ordinaria en causas por delitos extramilitares, cometidos en lugares no castrenses, por personas pertenecientes a los «ejércitos».

En los *Avisos de Pellicer* del 14 de junio de 1639 (79), se afirma, explícitamente, que la confianza de los soldados en sus propios órganos jurisdiccionales les impulsa a cometer, en la Corte, diversos delitos que, tal vez, no se perpetrarían de saber que el enjuiciamiento iba a corresponder a Jueces y Magistrados de la Jurisdicción ordinaria.

FUEROS ESPECIALES EN LA JURISDICCION CASTRENSE

Dentro de la organización jurisdiccional especial de Guerra, los monarcas de la Casa de Austria conceden fueros especiales a determinados Cuerpos. Usando de frase del profesor Prieto-Castro, respecto de situación similar reciente, podría hablarse de «especialidad de la especialidad» (80).

(78) Prof. DELEITO Y PIÑUELA, J.: *El declinar de la monarquía española*. Madrid, 1947, 2.ª ed., págs. 163 a 224.

(79) PELLICER: *Avisos*. Cita del profesor Deleito en obra citada nota anterior, pág. 219.

(80) Prof. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho procesal penal (esquema)*. Madrid, 1968, pág. 4.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Carlos I, por Real Ordenanza de 13 de junio de 1551, promulgada «para el Gobierno y Paga de las Compañías de *Caballería*, nombradas *Guardas Viejas de Castilla*», dispone en la regla 21 de las mismas: «Mandamos que qualquiera pleytos que ovieren e se ofrecieren entre la gente de nuestras Guardas, assi sobre causas Civiles, como Criminales, las haya de juzgar, e juzgue el Alcalde que es, o foere de la gente de nuestras Guardas; e que no hallándose presente en el Aposento donde residen, sea Juez de los dichos pleytos, e diligencias el Capitán de cada Compañía; pero si el dicho Alcalde veniere al Aposento antes de ser sentenciada la causa, deberá abocarla a sí, y acabar de determinarla; é queremos, que si la sentencia que da dicho Capitán quiesieren apelar, lo puedan hacer, é se les otorgue la apelación» (81).

El mismo monarca, por Real Cédula de 10 de febrero de 1553, concede fuero especial al Cuerpo de Artillería (82).

Felipe II, por Reales Cédulas de 3 de noviembre de 1586 y de 18 de noviembre de 1593 confirma el propio fuero especial de la Artillería (83).

Felipe III hace lo propio por Real Cédula de 3 de noviembre de 1612 (84).

Felipe IV ratifica el mismo fuero especial por su Real Cédula de 13 de junio de 1630 (85).

Por último, Carlos II, por Real Cédula de 24 de febrero de 1670, viene a confirmar el mismo fuero (85 bis).

No hay, pues, un solo rey de la Casa de Austria que omita esta «especialidad de la especialidad».

EL SUPREMO CONSEJO DE GUERRA DURANTE LA CASA DE AUSTRIA

Como señala Alejandro de Bacardi (86), en el siglo XVI se organiza «de modo netamente militar» el llamado «Real y Supremo Consejo de Guerra», o «Supremo Consejo de Guerra», o simplemente «Consejo de Guerra» —denominación esta última que, por su afán de simplificación, ha dado motivo a confusiones; pensándose, a veces, que el moderno Consejo de Guerra jurisdiccional existió antes de Felipe V—. De la Peña Cuéllar (87) ha considerado como «Consejo de Estado castrense», más que como «Tri-

(81) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 1 a 13.

(82) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 1 y sigs.

(83) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 7 y 8.

(84) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 13 y 14.

(85) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 15 a 18.

(85 bis) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 25.

(86) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

(87) PEÑA CUÉLLAR, N. DE LA: *Ob. cit.*, pág. 177 y sigs.

bunal de Justicia», a este «órgano superior consultivo», investido de algunas funciones jurisdiccionales, al decidir de agravios producidos por sentencias de autoridades judiciales castrenses. Sobre todo, lo ha estimado así con relación a la época de la Casa de Austria, considerando acertado que Felipe II confiase a los «Alcaldes de Casa y Corte» las funciones de dicho Consejo en «negocios de justicia».

Felipe II, por Real Cédula de 21 de mayo de 1594, dispone que, salvo en cuestiones afectantes a la disciplina militar, todas las causas civiles y criminales asignadas al Consejo Supremo de Guerra sean, en lo sucesivo, de la competencia de los Alcaldes de Casa y Corte; disponiendo, además, que, en cualidad de Asesores, queden agregados dos Letrados al citado «Consejo de Guerra».

Felipe III, por Real Cédula de 11 de diciembre de 1598, revoca la dictada por su agusto padre en 1594 y manda que «*el Consejo de Guerra vuelva a conocer de los negocios de justicia que se habían cometido a los Alcaldes de Corte*» (88).

Sin ninguna alteración en lo concerniente a su competencia objetiva ni a la funcional, aluden al Supremo Consejo de Guerra la Carta-orden de *Felipe IV* de 15 de julio de 1659 y el Auto de Carlos II de 15 de marzo de 1697. Esta última resolución confirma el carácter de Tribunad de apelación concurrente en el Supremo Consejo (89).

En síntesis: este Consejo, concebido inicialmente como órgano consultivo en materia militar asume, a lo largo de su historia, más por imperio de la costumbre que por señalamiento legal de atribuciones, la función de entender en apelaciones o agravios con motivo de sentencias de los órganos jurisdiccionales castrenses —tanto de carácter estrictamente militar como de orden civil o criminal común—. Felipe II, mostrando un sentido lógico-jurídico muy plausible, reduce sus atribuciones a las materias relacionadas con la disciplina militar. A su muerte, su hijo y sucesor restablece la situación anterior a la Real Cédula de 1594. Y así continúa durante todo el reinado de la Casa de Austria.

LA JURISDICCION MILITAR BAJO LA CASA DE BORBON: ULTIMO PERIODO DE ORDENANZAS

La muerte de Carlos II en 1.º de noviembre de 1700, no sólo es la del quinto rey de la Casa de Austria, sino también la de esta propia dinastía definitivamente separada del rectorado de la vida española. A Carlos II sucede el Duque de Anjou, primer monarca

(88) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 47 a 49.

(89) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 451 a 453.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

de la Casa de Borbón, con el nombre de Felipe V. Ocupa el trono de España el 18 de febrero de 1701. Y se enciende la Guerra de la Sucesión (1702-1714). El triunfo borbónico lleva consigo innovaciones de todo orden. Y en el aspecto militar, no sólo una reorganización completa, sino también la reforma del sistema orgánico de la Justicia castrense. En efecto: se debe a Felipe V la implantación del Consejo de Guerra, no en el sentido de órgano consultivo o decisorio de recursos extraordinarios, sino en el de Tribunal militar de primera o de única instancia: en el de órgano jurisdiccional, que fusiona en los Oficiales las funciones de mandar y juzgar. La institución, de abolengo en Francia —según el profesor Huguenev (90)—, se supone instaurada en España por la influencia de la Ordenanza Militar de 1667, obra de Luis XIV. La Ordenanza en cuestión había establecido los Consejos de Guerra con la denominación de *Conseils Prévotaux*, ya que hasta 1750, por iniciativa del Duque de Choiseul, no reciben el nombre de *Conseils de Guerre* (91).

ORDENANZAS DE FELIPE V

(18 de diciembre de 1701 y 12 de julio de 1728)

El primer monarca de la Casa de Borbón promulga, en un período de veintisiete años, dos Ordenanzas Militares: la «Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701», en que se concede a los Regimientos los Consejos de Guerra, y trata de la subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revistas, castigo para las plazas supuestas, asistentes, Duelos, Desafíos y Casamientos de Oficiales y soldados» (92), y las «Reales Ordenanzas de 12 de julio de 1728 para la Infantería, Caballería y Dragones» (93). Las segundas constituyen el perfeccionamiento de las primeras —publicadas en plena Guerra de Sucesión—.

Tanto en las de 1701 como en las de 1728, se exponen los motivos de la institución del *Consejo de Guerra*; expresión que desde la Casa de Borbón es susceptible de dos acepciones: a) Supremo órgano consultivo o Consejo de Estado castrense, como venía siendo desde la Edad Media el Real y Supremo Consejo de Guerra, a veces simplemente denominado «Consejo de Guerra»; b) Órgano jurisdiccional integrado por Oficiales que ejercen, a un

(90) Prof. HUGUENEV, PIERRE: *Traité de Droit pénal et de Procédure militaire*. París, 1933, pág. 34.

(91) SIAMM, ALBERT: *Étude de la Compétence des Tribunaux militaires en temps de paix*. Nancy, 1932, pág. 16.

(92) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 238 a 275.

(93) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo III, págs. 129 a 147.

tiempo, mando y jurisdicción sobre sus soldados, constituyendo un escabinato marcial, acorde con la tesis francesa de ser necesario, para el mantenimiento de la disciplina militar, el temor del soldado al Oficial, al concurrir en éste la potestad de mando y el ejercicio de jurisdicción.

«... Y siendo nuestra intención —se dice en las Ordenanzas de 1701— de que los Oficiales en adelante respondan de ello (contener las tropas en una exacta obediencia y disciplina militar) y puedan contener a los soldados de su Regimiento o Tercio en su obligación, hemos dado y concedido, como damos y concedemos por ésta, el Consejo de Guerra a todos los Tercios y Regimientos de nuestras Tropas, assi de Infantería, y Caballería, como de Dragones, de qualesquier Nación, Española, Italiana, Walona, o tal otra que pudiere ser, para juzgar de todos los crímenes y delitos militares y castigarlos por las penas, en la forma y manera que queda aquí abaxo reglado...» (Con la sola sustitución de la palabra «intención» por la de «ánimo» y alguna leve modificación de expresiones, viene a razonarse de igual modo en las Ordenanzas de 1728.)

El Consejo de Guerra, concebido como Tribunal juzgador en el ámbito penal-militar, se crea —solamente— por Felipe V para conocer y decidir en causas contra soldados, sargentos y clases de tropa de Infantería, Caballería y Dragones, «por crímenes y delitos militares». En los procesos contra Oficiales, es competente el «Superintendente de la Justicia Militar», tanto «por el crimen militar como por el civil». Del mismo modo se previene que los soldados y clases, en lo exceptuado del concepto de «crímenes y delitos militares», serán juzgados por la «Justicia Militar» (es decir, el tradicional Juzgado de Guerra constituido por el Capitán General y su Auditor).

Viene a establecerse una diferenciación entre «Consejo de Guerra» y «Justicia Militar» (el primero, Jurisdicción castrense excepcional y extraordinaria; la segunda, Jurisdicción marcial ordinaria), que ha perdurado bastante tiempo y ha contribuido a la confusión.

La Real Ordenanza de 1701 confiere la misión instructoria al «Sargento Mayor» o al «Ayudante» del Tercio o Regimiento a que perteneciere el delincuente, cuando éste haya de comparecer ante Consejo de Guerra. Contiene una «Instrucción según la qual el Consejo de Guerra habrá de juzgar». Y asigna a los Capitanes del Tercio o Regimiento la incumbencia de constituir el Consejo de Guerra, bajo la presidencia del Coronel o, en su caso, Teniente Coronel del Cuerpo. Al Instructor se le encomienda también la función acusatoria.

Las Ordenanzas de 1728, perfeccionadoras de las de 1701, responden a la necesidad de eliminar las dudas y cuestiones suscitadas por las mismas, al imperativo de eliminar el «grave

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

perjuicio» determinado por la «confusión y variedad» de las disposiciones que se reforman. El título X del Libro II regula, con cierta exhaustividad, la constitución y funcionamiento de los Consejos de Guerra. Y el título IX del mismo Libro se refiere al Preboste.

Los órganos actuantes en el proceso militar son los siguientes:

a) Sargento Mayor, o en su caso Ayudante del Regimiento, obligado a cursar los partes sobre comisión del delito y aprehensión del culpable (art. 6.º del título X del Libro II).

b) El propio Sargento Mayor en funciones de Fiscal-Instructor (art. 14 del título X del Libro II).

c) El Gobernador o Comandante de la Plaza, o en campaña, el General en Jefe del «Ejército», a quien compete autorizar la constitución del Consejo de Guerra (art. 15 de iguales título y Libro).

d) El Consejo de Guerra, constituido por todos los Capitanes del Regimiento, que deben votar según conciencia y honor «sobre las Ordenanzas» (arts. 15 y 16 de iguales título y Libro). En caso de delitos cometidos en el seno del Cuerpo o Regimiento, no en la Plaza, el Consejo se denomina «de Cuerpo» o «particular de su Regimiento», constituyéndose por trece o quince Capitanes (art. 18 del título X del Libro II).

e) El Gobernador o Comandante de la Plaza, el Coronel o Teniente Coronel del Regimiento, o el Comandante del Cuerpo, a quienes se confía, según los casos, la presidencia del Tribunal (arts. 15 y 23 del título y Libro citados).

f) El Preboste, ejecutor de la sentencia del Consejo o de la que él mismo pudiese dictar en ciertos casos, previa formación de proceso, asistido de Escribano, en causas por delitos flagrantes u otros especialmente graves (arts. 1 y 2 del título IX del Libro II).

Se prevé, en los procesos militares, la defensa del reo, confiada a un Oficial del Regimiento —«para que le asista de Procurador», según la expresión del artículo 26 del título X del Libro II—.

Finalmente, se da intervención *post sententiam* al Capitán o Comandante General, que puede suspender la ejecución del fallo, si lo estima injusto, en cuyo caso ha de dar cuenta al Rey, pero no conmutar ni indultar (art. 31 de iguales título y Libro).

Una especialidad del procedimiento judicial militar en estas Ordenanzas de 1728 es la del llamado «Consejo de Guerra *en rebeldía*». Declarada la contumacia, se condenará al reo y se elevará al Rey la causa original. De ser aprehendido el condenado,

sufrirá la pena de muerte por desertión; aunque, por el delito principal, no se le haya impuesto la última pena. Así lo dispone el artículo 41 del título X del Libro II.

ORDENANZAS DE CARLOS III (22 octubre 1768)

En el reinado de Carlos III (1759-1788) se produce la última promulgación de Ordenanzas que registra nuestra historia jurídica castrense. Realmente, las Ordenanzas no han sido objeto de expresa derogación: podrían considerarse vigentes en todo aquello no contradicho por disposiciones ulteriores.

La elaboración de las Ordenanzas carolinas se inicia en los últimos meses de 1749. Más de veinte Oficiales Generales intervienen en su redacción, pero los principales artífices son el Conde de Aranda (Capitán General) y don Antonio Oliver (Teniente General). Y muchos de sus preceptos pueden estimarse inspirados por las Ordenanzas de Marina de 1748 (especialmente, en la regulación del Consejo de Guerra, en la misión del Fiscal-Instructor, en la del Auditor y en la necesidad de Defensor en todo enjuiciamiento).

En 22 de octubre de 1768, el Rey promulga, en San Lorenzo el Real, las denominadas *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*. Refrenda la promulgación don Juan Gregorio de Muniain, Secretario del Despacho de Guerra (94). Tras la enumeración de los principales títulos del Monarca («Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Granada, de Toledo...»), aparece esta breve exposición de Motivos:

«Por cuanto ha manifestado la esperiencia que en la observancia de las Ordenanzas militares espedidas desde el año de mil setecientos veinte y ocho se han ofrecido algunas dudas que o consultadas atrasaban mi servicio, o mal interpretadas podrían (tal vez) perjudicarle y que en la falta de regla fija que no daban por muchos asuntos del interior Gobierno de los Cuerpos, quedaba espuesto a deformidad y voluntaria variación el método de buen régimen en ello; por tanto, he resuelto que, anuladas en todas sus partes las referidas Ordenanzas, se observen invariablemente para la disciplina, subordinación y servicio de mis ejércitos las que esplican los tratados y títulos siguientes...»

Las Ordenanzas de 1768 se refieren a cuestiones judiciales en los Tratados VI, VII y, de modo especial, VIII.

(94) *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos nacionales*. Tomo I, Madrid, Imprenta del editor D. P. Sanz y Sanz, 1839; Tomo II, Madrid, 1859, págs. 1 a 14.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

En el Tratado II, el título XII hace referencia al «Sargento Mayor de Infantería» y el título XIII al «Sargento Mayor de Caballería y Dragones». Uno y otro están obligados a instruir «todos los procesos que ocurrieren en su regimiento»; formulando, al final, su «conclusión fiscal» (art. 4.º del título XII, y art. 1.º del título XIII, ambos del Tratado II).

En el Tratado VII, el título II se refiere a las «clases de que se compone el Estado Mayor del Ejército». Y en el artículo 1.º del citado título II se establece:

«La Plana Mayor del Ejército se compondrá de las clases siguientes: ... Ministerio de Justicia: Auditor General. Preboste.»

Es decir, el General en Jefe tiene, en su *Estado Mayor o Plana Mayor* (conceptos que en el siglo XVIII se usan como sinónimos), un «Ministerio de Justicia» a cargo de un Auditor General, que ejerce la jurisdicción militar en su nombre, y de un Preboste, a quien se encomiendan funciones de Policía judicial y de ejecución de sentencias.

El Tratado VIII lleva el epígrafe «De las materias de Justicia». Consta de nueve títulos. De ellos, el IV, el V, el VI, el VII y el VIII se refieren más especialmente a la organización de la Jurisdicción. Y los títulos I, II y III contienen reglas sobre el Fuero castrense —concebido como privilegio de clase—, eventos exceptuados de enjuiciamiento marcial y casos en que el personal civil puede ser enjuiciado militarmente.

En el artículo 1.º del título III de este Tratado VIII se expresa claramente la motivación:

«Para atajar los inconvenientes que (con atraso de mi servicio y competencia de jurisdicciones) detienen o embrazan la buena administración de justicia, así por solicitar el fuero militar muchos que no deben gozarle, declaro que el referido fuero pertenece a todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis tropas regladas o en empleos que subsistan con actual ejercicio en Guerra...»

El artículo 5.º del mismo título I del Tratado VIII establece, de modo terminante:

«No podrán conocer de las causas civiles ni criminales de Oficiales las Justicias ordinarias, sino sólo el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar del paraje donde residieren, según la diferencia y circunstancias de los casos en la forma que se explicará más adelante.»

No obstante, en el título II del Tratado VIII se fijan estas excepciones (casos en que el militar es objeto de enjuiciamiento por Tribunales comunes):

- «Resistencia formal a la Justicia.
- Desafío.
- Fabricación o expendición de moneda falsa.
- Extracción de moneda o pasta de oro o plata.
- Uso de armas cortas de fuego o blancas de las prohibidas.
- Robo o amancebamiento en la Corte.
- Delitos contra la administración y recaudación de las reales rentas.
- Delitos capitales cometidos antes de entrar al servicio militar.»

(Los artículos 1.º a 4.º del título II del Tratado VIII señalan las excepciones prerreferidas.)

En el título III del mismo Tratado (arts. 1.º y 4.º) se prevén los casos en que los «paisanos» (hombres civiles) son enjuiciados por los Tribunales castrenses:

- «Auxilio a la desertión o inducción y favorecimiento de la misma.
- Incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra y edificios reales militares.
- Robos o vejaciones que se ejecuten en tales parajes.
- Trato de infidencia por espías o en otra forma.
- Insulto de centinelas o salvaguardias, y
- Conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales o tropa.»

El propio Tratado VIII, en su título IV, señala las causas que, privativamente, corresponden a los Capitanes Generales, sin intervención de Consejo de Guerra. Son las causas civiles y criminales de Oficiales por delitos sin conexión con el servicio. El Auditor sustancia las causas, en nombre del Capitán General. Los recursos contra sentencias dictadas en tales procedimientos son decididos por el «Supremo Consejo de Guerra», que «determinará en última instancia» (arts. 1.º y 3.º de los mencionados Tratado y título).

El título V del mismo Tratado regula el *Consejo de Guerra Ordinario* para juzgar «desde Sargento inclusive», en causas por delitos no exceptuados del Fuero militar. También es competente para juzgar a los Cadetes, si éstos perpetraren los de inobediencia, falta de subordinación y los denominados «crímenes feos» (sic) —arts. 1.º y 2.º de los citados título y Tratado—.

En las causas que debe ver y fallar el Consejo Ordinario, actúa como Instructor el Sargento Mayor. Para sustanciar el *proceso*

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

(es ésta la exacta expresión de las Ordenanzas), dispone de veinticuatro horas en campaña y de setenta y dos en guarnición, «a menos que concurran razones tan considerables que obliguen a diferirlo». El Instructor actúa después como Fiscal, debiendo formar el «memorial», leerlo ante el Consejo y formular después, a la vista de las informaciones recibidas, «su conclusión o dictamen» (arts. 5.º, 12 y 38 de los mencionados título y Tratado).

La defensa se encomienda a un Oficial, que usará de *razones sólidas, no sofisticas* (Tratado y título referidos, art. 39).

El reo no está presente en la vista. Acude después de los informes del Fiscal y del Defensor. Se le exige «juramento de decir verdad» (Idem, *íd.*, arts. 43 y 43).

Sobre la constitución del Tribunal, se distingue el caso grave del no grave. En el primero, pueden ser trece o quince los juzgadores. En el segundo, sólo actúan siete.

La presidencia corresponde al Coronel del Cuerpo (art. 27, Tratado y título citados).

El Auditor no tiene intervención en los procesos confiados al Consejo de Guerra Ordinario más que en un caso: el de que se estime injusta la sentencia por el Capitán o Comandante General. En tal supuesto, ha de dictaminar (art. 58, Tratado y título citados).

En el escalonamiento jerárquico figura como órgano jurisdiccional de más relieve el *Consejo de Guerra de Oficiales Generales* (título VI del mismo Tratado VIII). Tiene la misión de juzgar a Oficiales —en sentido lato—: desde Oficial subalterno hasta General— por «crímenes militares y faltas graves» (art. 1.º del título y Tratado de referencia). Corresponde la presidencia al Capitán General de la demarcación o al Comandante General del Ejército actuante; debiendo integrar el Tribunal siete Oficiales Generales como mínimo, sin que el número de juzgadores sea superior a trece. En defecto de Oficiales Generales, pueden actuar los Brigadieres. Un Auditor de Guerra asiste como Asesor, con voz, pero sin voto (art. 2.º, Tratado y título citados). El Instructor del proceso actúa como Fiscal ante el Consejo (arts. 7.º y 13, Tratado y título referido). La defensa se encomienda a un militar, denominado «Oficial Procurador» (Idem, *íd.*, arts. 16 y 17). Y el reo sólo asiste, si lo pidiere o si el Consejo lo creyere «absolutamente necesario» (Idem, *íd.*, art. 15). Como regla de enjuiciamiento, se establece por el artículo 18 de los referidos título y Tratado que cada juzgador dará su parecer, a la hora deliberante, «*sin pasión y según su conocimiento, honor y conciencia*».

Por el título VII del Tratado VIII (arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º) se indican como delitos asignados a la competencia del Consejo de Oficiales Generales los siguientes:

- Insuficiente defensa de plaza, fuerte o puesto guarnecido.
- Entrega de plaza, fuerte o puesto.
- Rendición motivada por desobediencia de inferiores y por llamar éstos a los enemigos, sin que el Jefe de plaza, fuerte o puesto pudiese remediarlo.
- Correspondencia con el enemigo.
- Abandono deliberado de puesto en acción de guerra o «marchando a ella».
- Pérdidas por sorpresa de plazas, fuertes o puestos.
- Desamparo a tropa subordinada, y
- Revelación de secretos militares.

Finalmente, el título VIII del Tratado VIII de las Ordenanzas carolinas se refiere a los *Audidores*, delegados del Mando castrense —de los Capitanes Generales— para conocer y sentenciar en las causas no sometidas a Consejo de Guerra, bajo la fórmula «Nos el Capitán General ... Vistos estos autos, fallamos que debemos condenar y condenamos (o absolver y absolvemos)...», y firmando el Auditor en nombre de la Autoridad Militar. La sentencia del Auditor general del Ejército es inapelable, pero podrá recurrirse en *agravio*, ante el Rey, que «mandará examinar el recurso» (art. 6.º, Tratado y título citados).

Se infiere, pues, del examen y estudio de la regulación jurisdiccional de estas Ordenanzas:

1.º Que el Consejo de Guerra ordinario y el de Oficiales Generales sólo son órganos jurisdiccionales en determinados casos de específica delincuencia castrense.

2.º Que fuera de tales supuestos, la Autoridad jurisdiccional es el Capitán o Comandante General en primera o única instancia.

3.º Que la potestad jurisdiccional del Capitán General se delega ampliamente en el Auditor, en todos los casos no señalados como de la competencia del Consejo de Guerra.

4.º Que las sentencias de los Consejos de Guerra ordinarios han de ser examinadas por el Capitán o Comandante general, a efectos determinativos de su justicia o injusticia (sólo en el caso de estimarse injustas, se oye al Auditor).

5.º Que el Auditor, en los Consejos de Oficiales Generales, es sólo un Asesor desprovisto de participación en la decisión.

6.º Que la sentencia del Consejo de Oficiales Generales no necesita de aprobación de la Autoridad Militar, ya que es ésta, precisamente, la que tiene asignada la presidencia del Tribunal.

7.º Que las funciones de Instructor y Fiscal son ejercidas en

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

todos los procesos por un mismo Jefe (el «Sargento Mayor», denominación del actual «Comandante» en el siglo XVIII).

Por último, debe resaltarse que el Supremo Consejo de Guerra no aparece regulado en las Ordenanzas, aunque se le menciona como órgano encargado de resolver los recursos contra sentencias de los Capitanes Generales en causas ajenas a la competencia del Consejo de Oficiales Generales (art. 3.º del título III del Tratado VIII, ya citados).

ESPECIALIDADES JUDICIALES MILITARES EN RELACION CON LA MARINA DE GUERRA

En el siglo XVIII, la Casa de Borbón promulga tres ordenanzas militares navales:

- a) Las de 15 de noviembre de 1737 (Felipe V).
- b) Las de 13 de octubre de 1748 (Fernando VI).
- c) Las de 8 de marzo de 1793 (Carlos IV).

De estos tres Cuerpos legales ofrece mayor interés el de 1748. En efecto, las Ordenanzas de 1737 sólo estuvieron vigentes once años, siendo necesario corregir y enmendar los defectos observados en ellas. Y las de 1793 mantuvieron, en lo judicial, el sistema de las de 1748.

Las Ordenanzas Militares Navales de Fernando VI se publican con este título:

«Ordenanzas de Su Magestad para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval.—Madrid.—Imprenta de Juan de Zúñiga.—Año de MDCCXLVIII.»

Su principal autor ha sido el Capitán de Navío don Joaquín de Aguirre y Oquendo, primer Mayor General de la Armada. Y, en cierto modo, se acusa el influjo de las Ordenanzas francesas de 15 de abril de 1689.

El Tratado V de las Ordenanzas de 1748 tiene este epígrafe: «De la disciplina y materias de Justicia». Consta de cinco títulos, de los cuales el III, el IV y el V se refieren a la Jurisdicción militar de la Armada.

En el título III del mencionado Tratado V se regula el llamado *Consejo de Guerra Criminal*, instituido para «Sargentos, Tambores, Cabos y Soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados», «Oficiales de mar de todas clases» y «Artilleros, marineros y grumetes de servicio en navíos de la Armada». La misión instructoria se confía a un Oficial («El Oficial que formase el proceso...») —dice el artículo XXII de este

título III del Tratado V). Y al «Sargento Mayor» o al «Ayudante» se le encomienda la función de Fiscal (artículo XXIV de iguales título y Tratado).

En asuntos civiles y en delitos comunes o que no tengan conexión con el servicio, la jurisdicción reside en el Comandante General del Departamento, con su Auditor (título V del Tratado V).

Respecto de posibles recursos, el artículo LXXVII del título V del Tratado en cuestión establece que no cabe apelación contra sentencias del Consejo de Guerra en causas contra Sargentos, Cabos, Soldados de Infantería y Artillería, o contra Oficiales y gente de mar de todas clases. Por el contrario, de las sentencias que dicten los Comandantes Generales o Intendentes, pueden las partes recurrir en *agravio* ante el «Consejo Supremo de Guerra», «donde serán oídas en justicia».

FUEROS ESPECIALES EN LA JURISDICCION MARCIAL

Los fueros especiales establecidos, dentro del Ejército, a favor de determinados Cuerpos, por los monarcas de la Casa de Austria, parecían llamados a la extinción bajo el signo renovador de la Casa reinante a partir del siglo XVIII. Pero no ocurre así. Felipe V, por Real Decreto de 3 de mayo de 1705 (95), y por Real Ordenanza de 2 de mayo de 1710 (96), mantiene el fuero especial del Real Cuerpo de Artillería —sustraído así a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales establecidos en las demás Armas y Cuerpos del Ejército—. Y por Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718 (97) establece el mismo fuero especial para el Cuerpo de Ingenieros Militares (creado en 1711).

Fernando VI, por Real Ordenanza de 1.º de marzo de 1750, concede también fuero especial a los Regimientos de Guardias de Infantería Española y Walona *en la Corte*, en *Quartel*, en *Guarnición* y en *Campamento* (98). La jurisdicción corresponde en tales Cuerpos a los Coroneles, asistidos de Asesor, sin más recurso que el de apelación ante el propio Rey («Sólo apelación a mi Real Persona») —arts. 2.º y 6.º del título XXXI de la referida Ordenanza—.

Hasta el Decreto de 16 de abril de 1869, consecuencia de la Revolución de 1868 y de su Decreto-Ley de Unificación de Fueros (6 diciembre 1868), no son suprimidos estos fueros especiales de los Cuerpos de Artillería e Ingenieros.

(95) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 26.

(96) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 59.

(97) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 753.

(98) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo V, pág. 497 y sigs.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

EL SUPREMO CONSEJO DE GUERRA DURANTE EL SIGLO XVIII

En el siglo XVIII, bajo la Casa de Borbón, el Supremo Consejo de Guerra es objeto de diversas regulaciones, a veces contradictorias (Órgano de composición mixta, Tribunal exclusivamente togado, Consejo de miembros militares y Ministros togados...).

El Real Decreto de 23 de abril de 1714, dado por Felipe V, dispone que el Consejo conste de diecisiete ministros: seis militares, seis togados, un fiscal y dos abogados generales. El Rey se reserva la presidencia y el derecho de designar los consejeros (entre Capitane o Tenientes Generales, los Ministros militares; los Ministros togados, entre los presidentes y consejeros de los Reales Consejos, con preferencia de los que hubieren servido en Intendencias de «Exércitos o Provincias»; los abogados generales y el fiscal, entre los «más inteligentes y prácticos», tanto en la Jurisprudencia como en las dependencias del Consejo) (99).

Tras un Real Decreto complementario de 23 de agosto de 1715, se dicta el de 20 de enero de 1717, que excluye del Consejo a los Ministros militares y lo integra exclusivamente con Ministros togados (100).

Durante su efímero reinado, Luis I dicta dos Reales Decretos atinentes al Supremo Consejo de Guerra: el de 16 de febrero de 1724 (101), que ordena la remisión a dicho Tribunal de todas las «causas dudosas», y el de 7 de mayo de 1724, que da esta composición al Consejo:

- Dos Tenientes Generales (uno de Mar y otro de Tierra).
- Cuatro Consejeros Togados, y
- El Ministro de la Guerra, como Presidente (102).

En 4 de noviembre de 1773, un Auto de Carlos III da *nueva planta* al Consejo («Mi Supremo Consejo de Guerra...»). Se reserva el Monarca la presidencia. Y dispone que integren el Tribunal veinte Consejeros: diez natos y diez de *continua asistencia*. Habrá, además, un Fiscal Togado, otro Militar y un Secretario. Los cargos de Consejeros natos corresponden al Secretario del Despacho Universal de la Guerra, al Capitán más antiguo de las Reales Guardias de Corps, al Coronel más antiguo de las Reales Guardias de Infantería, a los Inspectores generales de Infantería, Caballería y Dragones, a los Comandantes generales de Artillería e Ingenieros y a los Inspectores generales de Marina y Milicias.

(99) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 10 y 11.

(100) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

(101) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo II, pág. 621.

(102) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

Como Consejeros «de continua asistencia» han de designarse: dos Oficiales generales de Tierra, dos de Marina, un Intendente de *Exército*, otro de Marina y cuatro Ministros Togados. Un Fiscal ha de ser Togado y otro Militar (103).

Por último, la Real Cédula de 10 de mayo de 1797 —reinado de Carlos IV— permite la admisión por el Real y Supremo Consejo de Castilla de recursos de injusticia notoria contra sentencias de la Sala de Justicia del Supremo Consejo de Guerra (104).

LA JURISDICCION MILITAR EN LA ERA CONSTITUCIONAL Y EN LA CODIFICACION

Con el siglo XIX se inicia el movimiento jurídico de la Codificación, que, necesariamente, ha de repercutir en el Derecho Militar. En 1804, Napoleón promulga en Francia el Código Civil; en 1806, el Código de Procedimiento civil; en 1807, el Código de Comercio; en 1808, el Código de Instrucción criminal, y en 1810, el Código Penal. No promulga el Emperador ningún Código de Justicia Militar. Y es más: a pesar de su profesión, parece mostrarse partidario, en principio, de la unidad jurisdiccional. «La Justicia —dice— es una en Francia. Somos ciudadanos franceses antes de ser soldados... Todos deben, pues, sujetarse a la Jurisdicción común, siempre que ella esté presente» (105). No obstante, pone en funcionamiento «Comisiones militares», con poderes sumarísimos y excepcionales, al igual que había de hacer en España Fernando VII. El caso del Duque de Enghien es bien elocuente, trágicamente significativo (106).

En España, la Jurisdicción penal militar se ve afectada por el movimiento constitucional y por las agitaciones políticas (predominio absolutista o liberal, Gobiernos «moderados» o «progresistas»). La codificación se inicia relativamente pronto en lo penal (1822) y en lo mercantil (1829), pero se retrasa considerablemente en lo procesal, en lo civil y, especialmente, en lo militar. La primera ley Procesal civil es de 1855. La primera ley Procesal penal,

(103) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo II, pág. 571.

(104) COLÓN DE LARRIATEGUI, F.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 1 a 47.

(105) NUÑEZ DE ARENAS, ISAAC: *Bases y motivos en que se funda la reforma del Tratado de Justicia para la nueva Ordenanza Militar*. Madrid, 1856, pág. 71.

(106) PÉREZ GALDÓS, B.: «El terror de 1824», *Episodios Nacionales*, 2.ª serie, Madrid, Ed. Aguilar, 1950, págs. 1711, 1712, 1713, 1714, 1715, 1716, 1744, 1745 y 1747-1753. DUPONT, MARCEL: *La víctima de Napoleón (el Duque de Enghien)*, trad. esp. de Pedro Fraga, Madrid, 1945, págs. 123 a 208. Profesor ZABALA Y LERA, PÍO: *España bajo los Borbones*. Madrid, 1926, pág. 256.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

de 1872. El primer Código civil empieza a regir en 1889. Y el Código de Justicia Militar es de 27 de septiembre de 1890, fruto de la refundición del Código Penal del Ejército de 1884, de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra del mismo año y de la ley de Enjuiciamiento militar de 1886. En otros países europeos, la codificación estaba ya lograda. En Italia, el rey sardo Carlos-Alberto, en el período 1839-48, había promulgado un Código Penal, otro de Procedimientos criminales y otro penal-militar. En Nápoles se había iniciado aún antes la codificación castrense: a partir de 1819 se promulgan un Código penal, un Código de procedimientos penales y los Estatutos penales militar y marítimo. El Ducado de Parma, confiado en 1815 a María-Luisa de Austria, segunda esposa de Napoleón, había iniciado en 1820 —un año antes de la muerte del Emperador en Santa Elena— el movimiento codificador, en consonancia con el espíritu de los tiempos. Y en Francia, en 9 de junio de 1857, se había promulgado el único Código que Bonaparte no había tenido interés en elaborar: el de Justicia Militar (107).

Desdoblado en 1807 el Supremo Consejo de Guerra en Consejo Militar de Tierra y Consejo de Marina o Almirantazgo, subsiste esta división hasta el Decreto de 10 de junio de 1812, en plena Guerra de la Independencia, que crea el denominado «Tribunal Especial de Guerra y Marina». En 19 de marzo del mismo año se había promulgado la primera Constitución política, cuyo artículo 250 conserva la Justicia Militar, como el 4.º de la de 1837 y el 9.º de la de 1845. Todos los Códigos constitucionales conservan la Jurisdicción de Guerra: el de 1869, el de 1876 y el de 1931. Las declaraciones sobre unidad de fuero, al no traducirse en leyes complementarias de los preceptos constitucionales, mantienen la diversidad jurisdiccional. La de 1931 —art. 95— reconoce, pero limita, la potestad jurisdiccional castrense, al no reconocerla por razón del lugar ni de la persona («La Jurisdicción penal militar —dice el párrafo segundo del citado artículo— quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de los Institutos armados». «No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares —añade el párrafo tercero—. Se exceptúa el caso de estado de guerra, con arreglo a la ley de Orden Público).

Entre las numerosísimas disposiciones sobre Justicia Militar, promulgadas en el siglo XIX con anterioridad a la codificación castrense, deben citarse como más importantes:

— Los títulos IV y V del Libro VI de la «Novísima Recopilación», atinentes a «Fuero Militar» y «Supremo Consejo de Guerra» (Leyes I y III), respectivamente.

(107) STAMM, ALBERT: *Trab. y pág. cit.*

— El Decreto CLXVII, de 10 de junio de 1812, creando el Tribunal Especial de Guerra y Marina (fusión del Supremo Consejo de Guerra y del Almirantazgo).

— Real Decreto de 15 de junio de 1814 (Fernando VII), restableciendo el Supremo Consejo de Guerra, dos Salas de Gobierno y una de Justicia, con esta composición: diez Generales de Tierra, cuatro Generales de Mar, dos Intendentes de Ejército y Marina, cinco Ministros Togados, dos Fiscales Militares y dos Secretarios (uno, del Ejército, y otro, de Marina).

— Reales Decretos dados en 1820 y 1823, respectivamente, restableciendo el Tribunal Especial de Guerra y Marina creado en 1812, y el Supremo Consejo reorganizado en 1814.

— Real Decreto de 24 de marzo de 1834, restableciendo el Tribunal Especial de Guerra y Marina con el nombre de Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y con la facultad de conocer de las apelaciones contra los órganos jurisdiccionales castrenses de primera instancia. En 7 de abril siguiente se dispone su constitución a base de un Capitán General como Presidente, cinco Ministros Militares, tres Ministros Togados de Ejército y Marina, dos Fiscales Militares (uno de Tierra y otro de Mar) y dos Fiscales Togados.

— Orden General del Ejército del Norte, de 22 de octubre de 1837, instituyendo un *Consejo de Guerra Verbal*, en casos graves de robo, infidencia, desertión e insubordinación, con tramitación máxima de veinticuatro horas y sólo por iniciativa del General en Jefe. La Orden General sólo tiene aplicación, como es lógico, en la demarcación territorial del expresado Ejército del Norte.

— Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, autorizando recursos de *nulidad* contra sentencias del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, ante el Tribunal Supremo de Justicia, si las referidas sentencias «fueren contrarias a la ley, clara y terminantemente» (art. 3.º).

— Real Decreto de 22 de diciembre de 1852, sobre organización de la Justicia Militar y reforma de Juzgados Militares.

— Real Decreto de 19 de octubre de 1866, reorganizando el Cuerpo Jurídico Militar.

— Real Orden de 20 de diciembre de 1866, prohibiendo la formación de Comisiones Militares o Consejos de Guerra Permanentes.

— El *Decreto-Ley de Unificación de Fueros*, de 6 de diciembre de 1868, promulgado por el General Prim, excluyendo de la Jurisdicción militar los negocios civiles y criminales de carácter común de los aforados de Guerra y Marina de todas clases, retirados del servicio y mujeres, hijos y criados de militares y marinos, aun estando éstos en activo servicio. El Decreto de Unificación señala también los casos en que los militares y marinos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

quedan sometidos a la Jurisdicción ordinaria (rebelión y sedición no militares, atentado y desacato a la autoridad civil, tumulto y desórdenes públicos, falsificación de sellos, marcas y monedas, robo en cuadrilla, adulterio, estupro, defraudación de derechos de Aduanas, contrabando de géneros estancados, etc.) —art. 1.º, números 2.º y 4.º—.

— Decreto-Ley de 4 de febrero de 1869, creando el Tribunal del Almirantazgo y segregando del Tribunal Supremo de Guerra y Marina las cuestiones judiciales de orden naval-militar.

— Decreto de 16 de abril de 1869, sustituyendo el Tribunal Supremo de Guerra y Marina por el Consejo Supremo de Guerra.

— La *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 15 de septiembre de 1870, cuyos artículos 347 a 351 determinan la competencia de las Jurisdicciones de Guerra y Marina en materia penal.

— El Decreto de 9 de abril de 1874, militarizando el Cuerpo Jurídico Militar, hasta entonces civil. Los Letrados colaboradores del Ejército en materia de Justicia, como Auditores y Fiscales, adquieren asimilaciones castrenses y el derecho al uso de uniforme militar.

— El *Real Decreto de 19 de julio de 1875*, de sumo interés, por suprimir, de una parte, la denominada «Jurisdicción ordinaria de Guerra» (salvo para las plazas fuertes de Africa) y por establecer una sola clase de *Consejo de Guerra*, como Tribunal Militar de Primera Instancia, desapareciendo la división en Consejo de Guerra ordinario, extraordinario y de Oficiales Generales. Las categorías de los miembros del Tribunal estarán en consonancia con las de los enjuiciados, pero habrá una sola clase de Consejo de Guerra. (Este sistema goza de vigencia durante nueve años, pues la Ley de 10 de marzo de 1884 retorna al régimen jurisdiccional de las Ordenanzas de Carlos III.)

— La Ley de 15 de julio de 1882, autorizando al Gobierno para redactar y publicar las Leyes de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra, la Ley de Enjuiciamiento Militar y el Código Penal, como asimismo en la Marina Militar.

Durante un período tan azaroso, con tanta legislación contradictoria, nace un pensamiento jurídico-militar digno de estudio. El Brigadier Feliú de la Peña publica en 1850 sus «Fundamentos de un nuevo Código Militar», y un año más tarde, su «Proyecto de Código Militar». En la primera de estas obras (108) propone la creación de una Magistratura Militar, con absoluta independencia judicial, sosteniendo el criterio de que no debe «entrometarse el mando entre las leyes y los llamados para examinar sus infracciones». En 1853, publica Caravantes su «Tratado de los procedimientos en los Juzgados Militares». En 1856, don Isaac

(108) FELIÚ DE LA PEÑA, F.: *Ob. cit.*, pág. 180 y sigs., pág. 16.

Núñez de Arenas da a la luz pública sus «Bases y Motivos en que funda la reforma del Tratado de Justicia para la nueva Ordenanza Militar». Entre sus iniciativas, figura la de supresión del «Fiscal-Instructor» e institución de «Instructores letrados». En 1882, el Comandante de Caballería, Teniente Coronel Graduado y Licenciado en Derecho, don Antonino Guzmán, publica su «Tratado Elemental de Derecho Militar y Nociones de Derecho Internacional de la Guerra», resaltando la genealogía romanística del Derecho Militar. Cuando ya están promulgados el Código Penal del Ejército (1884), la Ley Orgánica de Tribunales de Guerra (1884) y la de Enjuiciamiento Militar (1886), aparece el libro del Auditor de Guerra don Nicolás de la Peña Cuéllar, titulado «Introducción al estudio del Derecho Militar» (1886), postulando la sustitución del Consejo Supremo de Guerra y Marina por una Sala Militar en el Tribunal Supremo de Justicia. (Desde el 13 de mayo de 1877 estaba restablecido el Consejo Supremo de Guerra y Marina, con esta expresa denominación, desapareciendo por segunda vez el Almirantazgo. El Auditor De la Peña Cuéllar, al postular su sustitución por una Sala Militar en el Tribunal Supremo de Justicia, viene a ser un precursor de la doctrina jurídica realizada a través del Decreto de 11 de mayo de 1931) (109).

El proceso codificador tiene estas manifestaciones:

a) En el Ejército terrestre se promulgan la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones, el 10 de marzo de 1884; el Código Penal del Ejército, el 17 de noviembre de 1884, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, el 29 de septiembre de 1886, y

b) En la Marina de Guerra, el 24 de agosto de 1888, se promulga el Código Penal, y el 10 de noviembre de 1894, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina.

Los tres Cuerpos legales del Ejército se refunden, en cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1890 y por Real Decreto de 27 de septiembre del mismo año, en el *Código de Justicia Militar*. La Ley Orgánica de Tribunales de Guerra pasa a ser Tratado I del nuevo Código; el Código Penal del Ejército, Tratado II, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, Tratado III.

En la Marina, subsisten los tres Cuerpos legales, sin producirse su refundición.

La Jurisdicción penal militar queda constituida en la siguiente forma:

(109) DE LA PEÑA CUÉLLAR, N.: *Ob. cit.*, pág. 43.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

1. Son órganos jurisdiccionales del Ejército terrestre: los Capitanes Generales de Distrito (Región), los Generales en Jefe de Ejército, los Generales y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, los Gobernadores de Plazas y fortalezas sitiadas o bloqueadas y Comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, el Consejo de Guerra Ordinario (tanto de Plaza como de Cuerpo), el Consejo de Guerra de Oficiales Generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina (artículo 24).

2. Lo son de la Marina: El Consejo de disciplina, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, los Capitanes Generales de Departamentos marítimos y Comandantes Generales de Escuadra, la Autoridad Jurisdiccional de Marina en Madrid y el Consejo Supremo de Justicia, denominado «de Guerra y Marina» (art. 25 de la Ley Orgánica de Tribunales de la Armada).

Tanto en el Ejército como en la Marina, la competencia objetiva de sus Tribunales se basa no sólo en la materia, sino también en la persona y en el lugar (arts. 4.º a 10, tanto del Código de Justicia Militar como de la Ley de Organización de los Tribunales de la Armada). Y aún se amplía la competencia en méritos de la Ley de 23 de marzo de 1906, llamada «de Jurisdicciones», vigente hasta su derogación por Decreto de 15 de abril de 1931.

El Mando y la Jurisdicción son ejercidos por la Autoridad Militar, con asesoramiento del Auditor. Esta situación rige hasta la promulgación del Decreto de 11 de mayo de 1931, que confiere a los Auditores de Guerra y Marina, por imperio de una concepción técnico-jurídica de independencia judicial castrense, las atribuciones jurisdiccionales de los Capitanes Generales y demás autoridades con mando antes expresadas. En la Marina, los Decretos de 20 de mayo y 9 de junio de 1931 confieren la jurisdicción a una Auditoría General establecida en Madrid, subsistiendo este sistema hasta el Decreto de 5 de mayo de 1936, que transmite el ejercicio jurisdiccional a las Auditorías de las Bases Navales, Escuadra y Jurisdicción de Marina en Madrid.

Otra reforma de interés consiste en la supresión del Consejo Supremo de Guerra y Marina, por efecto del mismo Decreto de 11 de mayo de 1931, y la creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo, a base de Magistrados procedentes de la Carrera Judicial y de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos de Mar y Tierra. Una Ley de 17 de julio de 1935, cuya derogación pretendía un Proyecto de ley publicado en la «Gaceta de Madrid» de 21 de junio de 1936 (Proyecto que no llega a aprobarse, ni siquiera a discutirse en el Parlamento), agrega a la Sala de Justicia Militar —entonces la sexta— del Tribunal Supremo dos Generales de División o dos Vicealmirantes, para intervenir, respecti-

vamente, en procesos de Guerra o de Marina que hayan de fallarse en única instancia por la Sala o que se eleven a ella por razón de disenso de las autoridades judiciales respecto de las sentencias proferidas por los Tribunales militares, por ejercicio de recurso o por la gravedad de los casos enjuiciados.

Antes de estas reformas, se habían operado las consistentes en escluir del enjuiciamiento por Consejo de Guerra a los Senadores y Diputados a Cortes (Ley de 9 de febrero de 1912) y en reformar, no muy intensamente por cierto, el sentido técnico-jurídico de la Jurisdicción Militar, introduciendo obligatoriamente el Vocal-Ponente en toda clase de Consejos de Guerra y ampliando los derechos de la defensa (Reales Decretos de 19 de marzo de 1919 y 13 de agosto de 1920, en el Ejército, y de 7 de agosto de 1920 —en cumplimiento de Ley de 8 de mayo de igual año—, en la Marina de Guerra).

... Después, por Ley de 17 de julio de 1945, se ha promulgado un Código de Justicia Militar, común para los tres Ejércitos: los de Mar y Tierra, tradicionales, y el del Aire, creado en 1939 y cuyos aspectos de orden jurídico regula el Decreto de 15 de diciembre de 1939, en cumplimiento de Ley de 1.º de septiembre del mismo año. El Mando y la Jurisdicción vuelven a fusionarse. Y el antiguo Consejo Supremo de Guerra y Marina renace con el nombre de «Consejo Supremo de Justicia Militar».

Se llega a una referencia de Derecho Militar vigente. La Historia se aleja, o es todavía tan reciente que se resiste al juicio propiamente histórico. Pero no debe silenciarse, a pesar de ello, el Decreto de 17 de diciembre de 1964, que, en cumplimiento de Ley de 29 de diciembre de 1962, ha instituido, en los delitos militares de automovilismo, Jueces togados, Tribunales técnico-jurídicos, defensores de condición abogadil y —sobre todo— recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en los mismos casos que señala la Ley de Enjuiciamiento criminal (salvo el núm. 4.º del art. 851 de la Ley Procesal-Penal citada). No debe silenciarse, porque muy bien puede ser y constituir el inicio de una reforma de la Jurisdicción penal militar, caracterizada por un prevailecimiento de la juridicidad y por una conjunción de la potestad punitiva y de las garantías procesales.

El sistema vigente de división del Consejo de Guerra en «ordinario» y de «Oficiales Generales», según la condición del enjuiciado, resulta defendible, siempre que se introduzcan reformas orgánicas y procesales sobre composición del Tribunal y nivelación de las partes en el procedimiento, con ampliación de los derechos de la defensa. Pero el Consejo Supremo de Justicia Militar debe convertirse en Tribunal de Casación, en órgano exclusivamente judicial-castrense. Hoy, aparte de sus intervenciones —en primera y única instancia— contra ciertos jefes políticos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

o militares por delitos cuyo enjuiciamiento corresponde al Fuero de Guerra, aparte de pronunciarse en los disentimientos producidos por Autoridades jurisdiccionales regionales respecto de las sentencias de los Consejos de Guerra y aparte de revisar automáticamente las sentencias dictadas en procedimientos no sumarísimos contra Oficiales que lleven aparejada separación del servicio y de conocer de recursos extraordinarios de revisión, el Consejo Supremo es Asamblea de las Ordenes Militares de San Fernando y San Hermenegildo y órgano administrativo de concesión de pensiones a militares que cesan en el servicio activo o a viudas y huérfanos de militares. Y debe ser sólo un Tribunal jurisdiccional.

CONCLUSIONES

En el momento de las líneas finales pueden ser formuladas las siguientes

CONCLUSIONES :

- I. La Jurisdicción penal militar ha surgido en España, como en otros países, por imperativos pragmáticos, más que por consideraciones doctrinales.
- II. En sus orígenes propiamente nacionales, la Jurisdicción castrense de orden penal no ha supuesto en España la existencia de órganos judiciales distintos de los ordinarios, sino aplicación de preceptos atinentes al servicio de guerra y disciplina de las huestes por los Jueces y Tribunales comunes, o en los casos más graves, decisiones enérgicas, drásticas, de los jefes marciales en los teatros de operaciones (justicia expeditiva y sumaria).
- III. Sin otras excepciones que el *Alférez del Rey*, el *Adalid*, el *Cómitre* y el *Almirante* de las Partidas; los *Alcalles*, encargados de la justicia de guerra por el «Especulo», y el *Condestable* investido de jurisdicción marcial por las *Ordenanzas* de Pedro IV el Ceremonioso, no aparecen, realmente, los órganos jurisdiccionales militares propiamente dichos hasta el período de las *Ordenanzas Generales* (General, Auditor, Juzgados de Guerra, Capitanes de Justicia, Prebostes, bajo la Casa de Austria, y Consejos de Guerra, Capitanías Generales, Auditorías y un Tribunal de rango y competencia nacionales —con antecedentes en anteriores épocas—, bajo la Casa de Borbón).

- IV. La codificación de las normas castrenses ha representado el perfeccionamiento de la legislación de Felipe V y de Carlos III en cuanto a órganos jurisdiccionales, procedimiento y tipicidades delictivas. Pero un perfeccionamiento aquejado de lentitud y timidez.
- V. Del examen de la evolución estudiada y de la contemplación del panorama jurisdiccional militar en el mundo occidental de hoy (110), se infiere:
- a) Necesidad de la subsistencia de la Jurisdicción penal militar, en sus justos límites, sin ampliaciones innecesarias de su competencia objetiva.
 - b) Reforma del sistema instructorio en el sentido de confiar los cargos de Jueces de causas a Oficiales de los Cuerpos Jurídicos (o, al menos, que, en las Plazas en que baste un Juzgado, se confíe a un Oficial jurídico, y que, en aquellas en que hayan de funcionar varios Juzgados y no puedan encomendarse a personal técnico, exista un Juzgado Decano a cargo de un Jefe u Oficial del Cuerpo Jurídico).
 - c) Ministerio Fiscal exclusivamente jurídico-militar en toda clase de procedimientos (ordinarios o sumarísimos).
 - d) Defensa a cargo de Abogados o de militares de cualquier Arma o Cuerpo con título de Licenciado o Doctor en Derecho.

(110) D'OLIVIER FARRAN, CHARLES: Organización y procedimiento de los Tribunales militares británicos», trad. esp. de Ruiz-Larrea, R., *Rev. Española de Derecho Militar*, núm. 2, pág. 69 y ss. VAUDER MONSEN, JANINE: «Organización y competencia de los Tribunales Militares en Bélgica», igual *Revista* y núm., pág. 85 y sigs. GILDO RODI: «La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza», igual *Revista*, núm. 11, pág. 101 y sigs. En resumen, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Luxemburgo y Suiza tienen Tribunales militares mixtos: Jueces y Magistrados civiles con juzgadores castrenses. En Noruega y en la República Federal Alemana no existe jurisdicción militar en tiempo de paz. En Gran Bretaña, el Tribunal Marcial de Apelación es civil. En Italia cabe recurso de casación contra los fallos del Tribunal Supremo Militar, ante el órgano superior de la Jurisdicción ordinaria. En Portugal, el Cuerpo Jurídico Militar se nutre de funcionarios de la Carrera Judicial civil. En Turquía, los Tribunales militares se dividen en normales, políticos y de estado de sitio: hay Cortes de Casación militar. Los Estados Unidos de América tienen Corte Marcial general, Cortes Marciales especiales, Corte Marcial sumaria y Corte de Revisión. No interviene la Magistratura civil en los enjuiciamientos castrenses: el Cuerpo Jurídico Militar es auténticamente castrense.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

- e) Transformación del Consejo Supremo de Justicia Militar en Tribunal Militar de Casación, para ver y fallar los recursos de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma que es preciso establecer a favor tanto del Ministerio Fiscal como del inculcado, contra las sentencias de los Consejos de Guerra (111). Subsistiría, lógicamente, la facultad actual de entender en recursos extraordinarios de revisión.
- f) Tanto en el Consejo Supremo de Justicia Militar como en los Consejos de Guerra, progresivo predominio de la jurisdicción, hasta llegar a un desdoblamiento de los Tribunales en Secciones de Derecho, confiadas a los Auditores, y Jurados técnico-militares, a cargo de la Oficialidad de las Armas y Cuerpos, con la facultad expresa de pronunciarse sobre los hechos, a la vista de la prueba practicada, contestando afirmativa o negativamente a las preguntas del veredicto enunciado por el Tribunal de Derecho (único competente para dictar sentencia). Este sistema, implantado en Francia por el artículo 90 del Código de Justicia Militar de 9 de marzo de 1928, ha resultado de una viabilidad perfecta en el país vecino (112). En España lo propugnó el Marqués de Villamarín, Auditor de la Armada y senador del Reino.

Estas reformas, aconsejadas por la evolución de los tiempos y por la comprensión de ser necesario el consorcio del *ius puniendi* con un sistema de garantías jurídicas ineludibles, darían un perfil neto y preciso de jurisdiccionalidad plena y efectiva a la vida judicial castrense. Y así, la historia viviente vendría a nimbear con atributos de perfeccionamiento todas las vicisitudes de la historia vivida (y superada).

(111) Este sistema rige ya para los delitos militares de automovilismo, por efecto del Decreto de 17 de diciembre de 1964, cuyas garantías debieran hacerse extensivas a todos los procesos militares: Jueces togados y Recurso de casación de fondo y de forma.

(112) Prof. PIERRE HUGUENY: «De la reforme de la Justice militaire realisée par la loi du 9 mars 1928», *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, París, 1929, págs. 287 a 298. RICOLFI: *Le Code de Justice militaire du 9 mars 1928*, París, 1929, pág. 15. OSSORIO, ANGEL: *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, febrero 1929, págs. 228 y 229.

Información bibliográfica complementaria.—CONEJOS D'OCÓN. *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar* (Valencia, 1895). POU RIBAS, NICASIO: *Código de Justicia Militar* (Madrid, 1927). MADARIAGA, FEDERICO DE: «La Justicia Militar: su fundamento y evolución», en *Memorial de Infantería* (Madrid, 1916). MADARIAGA, JUAN DE: *Estudios sobre Marina* (Madrid, 1882).

NOTA ADICIONAL

Años después de haberse redactado el precedente trabajo, nuevas manifestaciones jurídicas acusan una variación regulativa de la Jurisdicción penal castrense. Así, la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, en su artículo 5.º, somete al conocimiento de la Jurisdicción ordinaria los delitos cometidos contra o por miembros de determinados Institutos Armados, en materia de orden público. Y la Constitución de 27 de diciembre del propio año, en su artículo 117, reduce la competencia objetiva de la Jurisdicción militar al «ámbito castrense» y a los «supuestos de estado de sitio».