

TOQUE DE SILENCIO POR LA JUSTICIA MILITAR

Por

RAMÓN PARADA

Catedrático de Derecho Administrativo

*En recuerdo de los Auditores
López-Fando y Vegas Latapié*

SUMARIO: 1. Justicia militar. Sus peculiaridades. El principio de unidad de mando y jurisdicción.—2. La Justicia militar en el Antiguo Régimen. Los orígenes de la distribución de la función judicial militar entre los militares y los juristas.—3. La plenitud competencial de la Justicia militar. Una justicia penal, civil y administrativa.—4. La Justicia militar en el constitucionalismo. La tardía reducción de las competencias del fuero militar y su simultánea ampliación por la vía de la instrumentalización política de los Ejércitos.—5. La militarización de los auditores y su progresión en la Justicia militar.—6. El Derecho y la Justicia militar en la Constitución de 1978. La inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1987.

1. JUSTICIA MILITAR. SUS PECULIARIDADES. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MANDO Y JURISDICCIÓN

Hablar de la Justicia militar en esta REVISTA necesita de alguna justificación, porque pudiera parecer que es un tema intruso, ajeno a la Administración y al Derecho administrativo. Pero no es exactamente así. He aquí algunas justificaciones:

La Justicia militar es, básicamente, una justicia penal, pero situada en el seno de una Administración pública: bien, como era antes, inserta en el operativo de las Fuerzas Armadas; bien, como es ahora, después de la reforma de la Ley Orgánica 4/1987, una justicia dependiente de un Ministerio, el de Defensa, que administra unos Tribunales militares y un Cuerpo de Jueces, los Jurídicos Militares, que, además, son también, a veces, Asesores en Derecho y, otras, meros funcionarios del Ministerio.

La Justicia militar, antes una justicia fundamentalmente penal, ha desdoblado ahora su materia, transmutándose en parte en una justicia administrativa a través del recurso contencioso-disciplinario militar. Este recurso constituye una excepción orgánica a la justicia administrativa, al que atienden, a través de un recurso de naturaleza análoga al contencioso-administrativo, los Tribunales

Militares Territoriales, el Tribunal Militar Central y la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

Históricamente, las razones para estudiar desde la Justicia administrativa la Justicia militar son muchas más y aparecerán a lo largo de este trabajo. La fundamental es que en el Antiguo Régimen, y hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, la Justicia militar ejerció importantes competencias contencioso-administrativas.

Pero empecemos desde el principio: la Justicia militar es, sin duda, tan vieja como la existencia misma de los Ejércitos y un instrumento fundamental para mantener en ellos, y desde dentro de los mismos, la disciplina. Por ello, en origen, la autoridad judicial se concentra de forma absoluta en quien ejerce el mando militar dando lugar a la regla, esencial en la justicia castrense, de que «quien manda debe juzgar». Este es el precio que hay que pagar para que las hordas se conviertan en una institución controlada, en un Ejército (1).

Cierto que a lo largo de la historia se produce un proceso de limitación de este principio, que comenzó a atenuarse desde el momento mismo en que se introdujo, obedeciendo a diversas justificaciones e ideas, la figura de los consejos de guerra como piezas esenciales de la Justicia militar. Por ello la Justicia militar, en una segunda fase, es, en parte, una justicia profesional y corporativa.

Sin embargo, el consejo de guerra, pieza universal de la Justicia militar, adquiere en unos y otros ordenamientos un distinto significado. En unos aparece como un órgano delegado del comandante en jefe, quien por ello nombra a sus componentes caso por caso, pero siempre superiores del inculpado. Se trata entonces de un juicio de los superiores, y por ello también el jefe militar se reserva la facultad de aprobación de la sentencia. Este es el modelo de consejo de guerra anglosajón y tradicional también en nuestro país hasta su supresión por las reformas de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre organización y competencia de los tribunales militares.

En el Derecho anglosajón (2), el consejo de guerra aparece también como una limitación de los poderes judiciales del mando, como un *due process* militar, una garantía de los encausados, a los que en determinados casos se les permite impetrar este recurso para librar-

(1) En Roma, el *imperium* se confunde inicialmente con el *iudicium*; se crean después jurisdicciones especiales a cargo del «prefecto del Pretorio» y de los *legati*. En el Bajo Imperio, Constantino instituye los *magistri militum* para juzgar en apelación las infracciones militares (P. J. DOLL, *Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire*, París, 1966, pág. 19).

(2) El sistema inglés de Justicia militar tal y como se perfila en el siglo XVIII, se implanta en los Estados Unidos con la aprobación del Código de Justicia Militar por el Congreso en 1775. Este sistema se extenderá por todos los países de influencia colonial británica.

se del juicio sumario ante el *commanding officer*. Hoy, en el Derecho inglés, según el artículo 385 de las Disposiciones Generales en materia disciplinaria, se debe dar al acusado la oportunidad de ser juzgado por un consejo de guerra «cuando en el curso de los procedimientos sumarios la autoridad superior pertinente o el comandante, en su caso, considere que el acusado es culpable, y que si el cargo es enjuiciado sumariamente obtendrá una pena distinta a la de represión o severa represión o cuando un veredicto de culpabilidad, con independencia de la pena, implique una suspensión del sueldo».

En otra modalidad, más evolucionada y «democrática», el consejo de guerra, es un delegado permanente del mando militar, se asemeja ya a un tribunal corporativo, enjuiciando con plenos poderes como juez y jurado sin interferencias aprobatorias del mando militar. Es el modelo francés resultante, tras las intensas vicisitudes que sufre la Justicia militar con la Revolución, de las leyes napoleónicas (3) y que incorpora elementos representativos de los grados militares, desde suboficial a coronel; es el juicio por los iguales, por los superiores y por los inferiores.

Los sistemas descritos admiten una segunda instancia, no esencial a la Justicia militar, que es, sobre todo en tiempo de guerra, una justicia sumaria, una *Justice under fire*. De aquel tenor es el Supre-

(3) La Justicia militar francesa no puede rastrearse más allá del siglo XIV. A Felipe de Valois se atribuye la idea de crear una Justicia militar con una jurisdicción especial. Después se impone la costumbre de juzgar a los militares en una asamblea llamada consejo de guerra, nombre que fue consagrado legislativamente por la Ordenanza de 1665. El número de sus miembros no estaba determinado, formándose con número variable: tres, cinco, siete y, en caso de acusaciones graves, quince y hasta veinte. Por analogía con la Ordenanza de 1670 refutando el proceso criminal, se fija el número de siete jueces como mínimo. Según las Ordenanzas de 1740, 1733 y de 1768, en toda plaza de guarnición, el mayor de la plaza instruye los sumarios; los oficiales forman el consejo de guerra (les officiers appellés a tour de role chez le gouverneur), son los jueces y un comisario del gobierno presenta los textos de la ley formulando la acusación. El procedimiento, los informes, el juicio son secretos; los acusados no tienen ninguna garantía. Se crea también en el Antiguo Régimen el *Tribunal du Point d'Honneur*, formado por los Mariscales de Francia para prevenir y reprimir soberanamente los duelos entre gendilhombres. La Revolución impone el principio de legalidad y de igualdad en la Justicia militar. Las Leyes de 22 de septiembre de 1790 y de 19 de octubre de 1791 crean las Cortes marciales con un jurado militar, establecen la publicidad de los debates, la defensa libre de los acusados, la motivación de las sentencias y el recurso de casación contra éstas. En 1793, las Cortes marciales son sustituidas por los tribunales criminales militares y el año II se introduce el jurado. En fin, en el año III, los consejos de guerra se forman de nueve jueces permanentes y el jurado es definitivamente suprimido. Las Leyes de 13 de brumario del año V y 18 vendimiario del año VI, reglamentan la Justicia militar sobre la base de los consejos de guerra y el consejo de revisión. En todo caso, la Justicia militar en Francia a partir de la Revolución es únicamente una justicia penal y limitada a las infracciones militares, limitación que Napoleón mantiene en el Acta a la Constitución del año 1815 (arts. 53 y 540). Sin embargo, la Justicia militar extenderá su competencia a los delitos comunes de los militares en el Código de 1857 (GUILLOT, voz «Justeice Militaire», en *Legislation et Administration*, París, Librairie Militaire, 1855; también, DOI., *op. cit.*, pág. 22).

mo Consejo de la Guerra, plenamente estructurado en nuestro país en el siglo XVIII, y con cuya vida terminó la citada Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Justicia Militar; o los consejos de revisión franceses que salen de las reformas napoleónicas, de composición estrictamente militar, ante los cuales se podía interponer un recurso de casación por violación del procedimiento, incompetencia y falsa aplicación de la ley contra las sentencias de los consejos de guerra ordinarios. También en el Derecho anglosajón se han creado tribunales de segunda instancia o cortes marciales de apelación (4).

Un elemento de la Justicia militar, inesencial también a esta justicia sumaria y profesional, pero ya presente en las Ordenanzas Militares de Alejandro Farnesio (1578), Felipe IV (1632) y Carlos III (1768), es el jurista, el Auditor de Guerra, según nuestra denominación tradicional, que comienza a compartir con el mando militar las tareas judiciales (5). Al gran Duque de Alba durante las guerras de Flandes se atribuye la frase de que se encontraba «manco sin su Auditor». Pero los juristas no se conforman con el asesoramiento. Con el tiempo comparten la función judicial misma por una u otra técnica: instrucción del proceso, asesoramiento o ponencia de la sentencia del Consejo de Guerra, aprobación posterior de la sentencia, presencia de Consejeros togados en el Tribunal Superior.

En definitiva, en el modelo que la historia y el Derecho comparado han precipitado como arquetípico de la Justicia militar, se basa

(4) En tiempo de paz, la Justicia militar inglesa se administra al margen de las facultades represivas directas de los Comandantes de Unidad, por los consejos de guerra generales y los consejos de guerra regionales. Unos y otros están formados por militares profesionales, formando parte de ellos un *Judge advocate* sin otra misión que asesorar sobre la ley aplicable y resumir los debates. Los fallos no son firmes hasta que no son aprobados por la autoridad que nombró el consejo de guerra. Los condenados por consejo de guerra tienen recurso de apelación ante el Tribunal Marcial de Apelación, que resuelve únicamente sobre cuestiones de derecho. En los Estados Unidos la facultad de convocar el consejo de guerra corresponde a los jefes de división, de flota o unidad similar. Los consejos de guerra especiales, integrados por no menos de tres miembros, pueden ser convocados por los comandantes de regimientos o de buques, y los consejos sumarios —formados por un solo oficial— por los comandantes de compañías destacadas. También hay necesidad de confirmación de la sentencia por la autoridad militar que ha convocado el consejo, tras el examen de su legalidad por los asesores del Cuerpo jurídico. Las siguientes instancias para el control de las penas más graves impuestas por los consejos de guerra son la Corte de Revisión —nombrada por el Auditor General, cuyos miembros habrán de ser letrados, no necesariamente de los cuerpos militares— y, sobre todo, el Tribunal Militar de Apelación, un verdadero tribunal de casación, cúspide de la Justicia militar, integrado por tres jueces letrados nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado. Ver el excelente trabajo de RODRÍGUEZ VILLASANTE, del que tomo estos datos, *Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la justicia militar en diversos países*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 53, 198; también su Prólogo al libro de ROJAS CARO, *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990; y su Prólogo a *Halburys Law of England*.

(5) P. VERRI, *Manuale de diritto e di procedura Penale Militare*, Giuffrè, Milán, 1976.

en la atribución de la función de juzgar a los propios profesionales de la milicia, a lo que puede o no agregarse el elemento técnico-jurídico, pero siempre con predominio neto del militar. A ese modelo han respondido o responden todos los modelos de Justicia militar ya consolidados que se conocen desde la creación de los Ejércitos permanentes y, en particular, desde el siglo XVII. Incluso en Francia se crea en 1928 un Cuerpo de Oficiales de la Justicia Militar y, en la reforma de 1965, los magistrados de la jurisdicción ordinaria se sentarán en minoría en los tribunales militares permanentes. Todavía hoy la virtualidad de este modelo mixto de militares y juristas, pero con predominio de los primeros, es patente en los países anglosajones, Inglaterra y Estados Unidos, y en aquellos, la mayoría, que siguen su influencia (en nuestro entorno, Portugal, Bélgica, Suiza, Grecia). En todos ellos la *Justice under fire* sigue descansando sobre las potestades judiciales directas del mando militar (juicio sumario ante el *Commanding officer*) o de la garantía que supone el Consejo de Guerra, cuyos miembros son nombrados por el mando militar y asesorados por los *Judge advocates*. Estos últimos forman todo el complejo aparato auxiliar de la Justicia militar y desempeñan los más diversos papeles: consejeros legales del mando militar, investigadores, acusadores, defensores; pero nunca el de jueces.

Pero el último acto sobre la Justicia militar al que estamos asistiendo en algunos ordenamientos consiste justamente en su supresión en tiempo de paz y el paso de sus competencias a los tribunales civiles, como ha ocurrido en Alemania (6) y Francia (7), o simplemente en su desvirtuación, mediante la atribución a los juristas del predominio en los tribunales militares, como en Italia y España. En el modelo italo-español, efectivamente, los juristas mili-

(6) Artículo 96.2) de la Ley Fundamental de Bonn: «La Federación podrá crear tribunales disciplinarios militares, con carácter de tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Estos no podrán ejercer la jurisdicción criminal más que en el caso de defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubiesen sido enviados al extranjero o estuviesen embarcados en navíos de guerra. La reglamentación se hará por ley federal. Estos tribunales se hallarán bajo la competencia del ministro federal de Justicia. Sus jueces numerarios deberán estar habilitados para el ejercicio de la judicatura.»

(7) Por virtud de la Ley 82/621, de 21 de julio de 1982, se suprimen los Tribunales Militares en tiempo de paz en territorio de la República. La jurisdicción ordinaria asumió las competencias, quedando la Justicia militar reducida a los Ejércitos que operan fuera de la República. Realmente, la Ley de 8 de julio de 1965 había dado ya un paso decisivo con la sustitución de los consejos de guerra, formados sólo por militares, por los Tribunales Militares permanentes en tiempo de paz, compuestos de cinco miembros: un presidente, un magistrado asesor, ambos magistrados ordinarios, y tres jueces militares de armas (art. 7). Además, en este sistema la instrucción de los procesos se encomendaba a los magistrados militares, miembros del Cuerpo de oficiales de la Justicia militar, con asimilación de grados y sueldos a los militares, a los que se asegura la independencia funcional (Ley de 9 de noviembre de 1956).

tares, antes «invitados», o una pieza más en el entramado de la justicia castrense, consiguen, tras una larga etapa de asimilación formal con los cuerpos militares, hacerse con el santo y la limosna, con el control de la Jurisdicción castrense. Se produce así una desvirtuación de la Justicia militar, que de ser una justicia de militares asesorados por juristas pasa a ser una justicia a cargo de juristas asesorados por algún militar. Lo importante no es la ciencia y la experiencia y la responsabilidad del mando de las unidades militares, sino la ciencia y la técnica jurídica. De otro lado, con estas fórmulas la Justicia militar deja de estar integrada en los Ejércitos y organizada en función directa de su disciplina; no es ya una justicia intrainstitucional, sino una organización ajena, un poder judicial exterior a las unidades militares, una justicia sólo formalmente militar, «extraída» de la línea jerárquica sustancial del mando y organización de las unidades armadas. Además, es una justicia ministerial, no judicial, en el sentido que su organización no depende del Consejo General del Poder Judicial, sino del Ministerio de Defensa.

Justamente aquí está la diferencia entre el modelo español e italiano de Justicia militar: mientras que en Italia, y desde una exigencia constitucional inferior a la nuestra (8), se ha ido decididamente a una judicatura militar plenamente independiente, gobernada por un Consejo de la Magistratura Militar, equiparada a todos los efectos a la ordinaria, en el sistema español de la Ley Orgánica 4/1987 los juristas que participan en la Justicia militar siguen siendo formalmente militares, funcionarios del Ministerio de la Defensa y discriminados en independencia y *status* funcional frente a los magistrados comunes; es, pues, una justicia no militar, aunque sobre lo militar; una justicia ministerial, no judicial. Y ello es así porque en independencia judicial se ha retrocedido a la situación anterior al Real Decreto de 8 de abril de 1874, en que los Auditores de Guerra y Marina eran magistrados civiles a todos los efectos como lo fueron desde sus orígenes, y por ello, todavía, el Real Decreto de 22 de diciembre de 1852 los incluye en la magistratura ordinaria, como ministros de las respectivas Audiencias. Ya lo veremos.

(8) Según el artículo 103 de la Constitución italiana, «los tribunales militares en tiempo de guerra tendrán la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz tendrán jurisdicción sólo en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas»; por su parte, el artículo 117.5 de la Constitución española preceptúa: «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

Claro está que, aparte de una sesgada interpretación de las exigencias constitucionales sobre la Justicia militar, habría otra forma de interpretar la causa de la ruptura del equilibrio histórico entre militares y juristas en la justicia castrense: los Auditores de Guerra —como hoy en la Justicia militar anglosajona, los *Judges Advocates*, los miembros de los *Army Legal Corps*—, a través de las técnicas que se referirán después (asesoramiento y reserva de ponencias en los consejos de guerra, aprobación de sentencias y técnica del disenso), habrían sido los verdaderos protagonistas de la Justicia militar, quienes manejaban entre bambalinas a los profesionales de las armas, que quedaron convertidos en meros figurantes, sin ejercer el protagonismo que las leyes les conferían. Desde esta perspectiva, nada sustancial habrían supuesto las últimas reformas, que entregan, ahora descaradamente, a los juristas el completo control de la Justicia militar. En cualquier caso, no debe sorprender en demasía esta sustitución de los profesionales de las armas por los juristas cuando la guerra misma es cada vez menos una cuestión que se decide por el coraje y el valor de los combatientes y en mayor medida por la capacidad logística y el nivel tecnológico de la retaguardia. Si las batallas se ganan en función de los *chips*, de la sofisticación electrónica, y no del arrojo y disciplina de los militares que pulsan los botones de complejas máquinas cuyo funcionamiento real desconocen, ¿por qué no habría de pasar la Justicia militar a manos de otros expertos, a los juristas?

Sin embargo, estas y otras consideraciones más o menos cínicas no pueden hacernos olvidar que el problema que plantea la «desmilitarización» de la justicia castrense en nuestro país es el de su compatibilidad con el artículo 117 de la Constitución, precepto que cuando se refiere a la Justicia militar, a la *Justice under fire*, como una excepción al principio de unidad judicial, parece estar asegurando la continuidad de ésta, pero en su forma arquetípica, según los perfiles en que se encarnó históricamente y se acepta mayoritariamente por el Derecho comparado.

Cierto que la Constitución impone la reducción de la Justicia militar al ámbito castrense y su adecuación a los principios de la Constitución. Sin embargo, esta adecuación parece referirse al Derecho penal militar (por ejemplo: supresión de la pena de muerte en tiempo de paz, como exige el artículo 15) o a las garantías procesales (doble instancia, entre otros aspectos), y no a la composición, militar o letrada, de los tribunales, o a las facultades judiciales del mando militar; pues si esa adecuación hubiera de serlo en lo orgánico no habría otra alternativa que haber configurado la Justicia militar como un orden judicial más a cargo del «cuerpo único» de

jueces y magistrados e íntegramente dependiente del Consejo General del Poder Judicial (art. 117 de la Constitución). Aquello o esto; pero en ningún caso esa tercera solución que configura una «Administración de Justicia militar» dependiente del Ministerio de Defensa, en parecidos términos a como la Justicia ordinaria era antes de la Constitución: una Justicia dependiente del Ministerio de ese nombre, que ostentaba sobre la carrera judicial poderes similares a los que los restantes Ministerios ejercían sobre los cuerpos de funcionarios que en ellos se integraban.

Otra cuestión grave y capital de la Justicia militar es la extensión de sus competencias, en cuya reducción a sus justos límites se han visto forzadas a terciar diversas constituciones. Así, las nuestras de 1931 (9) y 1978 (10) o la italiana de 1948 (11). Pero la reducción se remite ordinariamente a los tiempos de paz, pues en la guerra la competencia puede llegar a límites *a priori* impredecibles.

Ciertamente, la implacable lógica de la institución militar en tiempos de guerra llevó históricamente a configurar el principio de la «competencia atrayente e integral». Según esta regla, la jurisdicción militar conoce de todas las cuestiones relacionadas con las personas, cosas y lugares militares, así como las cuestiones litigiosas que origina la logística militar y la seguridad de los ejércitos. Esto explica que la competencia castrense se haya venido reduciendo por exigencias del Estado de Derecho, pero que en origen haya sido una justicia no sólo penal (penal disciplinaria sobre los militares y los prisioneros de guerra y, en cuanto aseguradora del orden público y defensa de los ejércitos, sobre la población civil en el territorio ocupado), sino también una justicia civil, que resuelve los conflictos entre militares y entre éstos y los civiles, y una justicia contencioso-administrativa en el sentido moderno de la expresión, por cuanto se le reserva el conocimiento de los conflictos entre la Intendencia militar y los contratistas de obras y suministros a los ejércitos; sobre todo cuando nacen los ejércitos permanentes, desprovistos de establecimientos asistenciales propios, y que fían en la contratación, en

(9) Artículo 95: «La Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes que serán reguladas por las leyes. La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas o de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público. Quedan abolidos todos los Tribunales de honor, tanto civiles como militares.»

(10) Artículo 117.4: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de la justicia. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»

(11) «Los Tribunales Militares en tiempos de guerra tendrán la jurisdicción establecida por la Ley. En tiempo de paz tendrán jurisdicción sólo en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas.»

los asientos, todo el éxito de los aprovisionamientos de boca o guerra (12).

En Francia es la Revolución, primero, y las leyes napoleónicas, después, las que limitan la competencia castrense a términos razonables dentro de la materia penal (13).

En nuestro país, los ejércitos permanentes nacen ya en el siglo XVIII protegidos por una desmesurada competencia de la jurisdicción militar. Este exceso es congruente con una «monarquía militar», como fue la instaurada por los Borbones, y en donde los Capitanes Generales reinaban en sus territorios con el poder que daba la milicia a sus órdenes y la Presidencia de las Audiencias. Este exceso competencial se aceptó con entusiasmo por los primeros liberales, los de Cádiz, que mantuvieron en la Constitución de 1812 no sólo la competencia de la Jurisdicción militar del Antiguo Régimen «conforme a la Ordenanza o a lo que en adelante se proveyese», sino que establecieron, según ha mostrado M. BALLBÉ (14), como un fin de la institución militar, tanto la «defensa exterior de España

(12) Una excepción a lo que decimos la constituye la Justicia militar inglesa, desde el origen parca en atribuciones, pues, según RODRÍGUEZ VILLASANTE, «los Códigos de Justicia Militar, desde la Ordenanza de Ricardo I hasta el Código de Justicia Militar de Jacobo II, fueron todos producto de la prerrogativa regia, carecieron de la sanción parlamentaria, y en tiempo de paz, no tenían aplicación legal en el territorio nacional, ni los delitos y penas militares, ni los tribunales castrenses tenían cabida en el *common law*». La situación era tal que, según MACAULAY, «el soldado inglés que agredía y hería a un coronel incurría tan sólo en la pena impuesta en casos de ataque con lesiones, mientras que por negarse a obedecer las órdenes de sus superiores, por dormirse durante la guardia o por desertar, no incurría en castigo alguno». Cuando aparecieron los ejércitos permanentes esta situación se hizo insostenible y por ello se considera que la *Mutiny Act*, promulgada por el Parlamento en 1698, constituye el nacimiento de la Justicia militar inglesa, al permitir que los Consejos de Guerra pudieran castigar los delitos de motín, sedición o desertión con la pena de muerte o cualquier otra pena que considerasen oportuna. (Citando a BISHOP, voz «Derecho Militar», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid, 1974. El trabajo de RODRÍGUEZ VILLASANTE es un Prólogo al libro *Disciplina de las Fuerzas Armadas*, Halbury's Law of England, tomo I. La cita de MACAULAY es de su *History of England From the Accession of James II.*)

(13) La Justicia militar no comprende la sanción disciplinaria ejercida por los mandos militares en función de su jerarquía (Ley de 24 de octubre de 1790, Ordenanza de 2 de noviembre de 1833 y Ley de 19 de mayo de 1834). La imposición de determinadas sanciones a los oficiales se rodea de garantías especiales, exigiéndose el informe favorable de unos *conseils d'enquete* compuestos de oficiales del mismo cuerpo que el expedientado. La Justicia militar es para la represión de los crímenes y delitos cometidos por los militares y otros empleados en los Ejércitos. Pasan a la jurisdicción ordinaria los delitos que cometen los militares ausentes de su cuerpo por permiso o desertión; los cometidos en complicidad con civiles; de los delitos de contrabando; de caza; y de los cometidos por los militares como encargados del reclutamiento (vid. GUILLOT, *op. cit.*, pág. 135).

(14) *Orden público y constitucionalismo (1812-1936)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983. Un excelente libro de historia a cargo de un administrativista; la mejor monografía sobre la historia de nuestra Administración, que clarificó definitivamente la importancia política y jurídica de la Justicia militar en nuestra historia. Véase su impacto en la historiografía moderna a través de la fundamental obra de M. ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, comparando las ediciones anteriores y posteriores al libro de BALLBÉ.

como la conservación del orden interior» (art. 236). En el Trienio Liberal, la llamada Ley Marcial, el Decreto de 17 de abril de 1821, «sobre el conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración y maquinaciones contra la observancia de la Constitución», ley apoyada por insignes liberales como Martínez de la Rosa, supone la entrega a la Justicia militar de la represión de las infracciones al orden público en ejercicio de los derechos de reunión y asociación, represión que había de llevarse a efecto conforma a la Ley octava, Título XVII, Libro XII, de la Novísima Recopilación, que se refería «a la persecución y castigo de los malhechores».

Esta desmesura ha tardado mucho en ser atenuada. Hasta el Decreto de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, la Justicia militar no pierde las competencias sobre la materia civil y administrativa, ni sobre los familiares y criados de los militares. Incluso después de reducida por esta norma su competencia a la materia penal, se repetirá de nuevo la tendencia expansionista de la jurisdicción castrense con la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, que le atribuye el conocimiento de los delitos de injurias a los ejércitos. En consecuencia, comprenderá en tiempo de paz los delitos militares y los comunes perpetrados por militares y se extiende a los civiles en razón de delitos militares o contra los ejércitos, o por el lugar militar de comisión, además de la represión política en determinadas épocas. Esto explica la prevención que contra la Justicia militar se percibe en las Constituciones de 1931 y 1978.

La reducción a sus justos límites de la competencia castrense se hizo ya por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar. Consiguientemente, sobre esta materia no se plantea ningún problema de constitucionalidad a la Ley Orgánica 4/1987. Por el contrario, se puede cuestionar la partición de la materia penal en materia penal y disciplinaria y la sustracción de esta última a la Jurisdicción contencioso-administrativa (15).

Todos estos prolegómenos sirven para ambientar la presentación de las reformas de la Justicia militar, llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; y 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, leyes que han revolucionado el sistema de justicia castrense. Un cambio profundo cuya comprensión, a efectos de

(15) En este sentido, LÓPEZ RAMÓN (*Recurso contencioso-disciplinario militar*, «DA», núm. 220, 1989, pág. 101) advierte que se está quebrantando la atribución de la materia administrativa a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Esta se desprende en los artículos 106 y 153.c), único precepto, este último, en que se cita *nominatin* un orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo, que sería así el único constitucionalmente garantizado.

chequear su constitucionalidad, exige profundizar algo más en nuestra historia.

2. LA JUSTICIA MILITAR EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. LOS ORÍGENES DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL ENTRE LOS MILITARES Y LOS JURISTAS

Centrándonos en España, es claro que el modelo de Justicia militar vigente en el siglo XVIII y que se recoge en las Reales Ordenanzas de Carlos III y en la Novísima Recopilación, y que pasa al siglo XIX, responde plenamente a los principios antes descritos de unidad de mando y jurisdicción, juicio por los superiores, asesoramiento de los auditores y plenitud de competencia que comprende el orden civil, el penal y el administrativo.

La jurisdicción militar se ejerce directamente por los jefes de los ejércitos en campaña o por los jefes de las unidades o sus segundos cuando el Ejército se hace permanente y se territorializa, como ocurre con la creación por Felipe V de los 33 Regimientos de milicias. Por Decreto de 1 de febrero de 1756 (Ley VIII, Libro VI, del Título IV de la Novísima Recopilación) determina el Rey que

«los Coroneles, cada uno en su Regimiento, ejerzan la jurisdicción correspondiente al fuero Militar criminal, que tengo concedido a los soldados de los citados regimientos y al civil y al criminal de los Oficiales de ellos; sustanciando y determinando las causas que se ofrecieren con un *asesor de ciencia y conciencia*, otorgando las apelaciones que haya lugar en Derecho al Supremo Consejo de Guerra y no para otro tribunal; bien entendido que en caso de muerte, ausencia o enfermedad de los Coroneles, haya de recaer esta jurisdicción en el Teniente Coronel, o en el Oficial de más grado que existiere dentro del territorio en que se hubiere formado el tal Regimiento; debiendo en caso de haber salido a servir efectivamente parte del Regimiento o todo, llevar la jurisdicción criminal el Oficial que los fuere mandando, y quedar la civil respecto de todos en el Oficial de más grado que hubiere quedado en el territorio y la particular criminal de los soldados que no hubieran salido a servir» (16).

(16) En el mismo sentido, la Orden de Carlos II de 30 de octubre de 1767, Ley XI, Libro VI, Título IV, de la «Novísima Recopilación». Adecuándose ya a las Ordenanzas

En cuanto a los Auditores, asimilados a los Oidores de las Chancillerías y Audiencias por la Ley 13 del Título XII, Libro VI, de la Novísima Recopilación, su función es meramente asesora. Pero un asesoramiento de alcance judicial entraña una especial responsabilidad por lo que suscitó, lógicamente, la cuestión misma de la titularidad de la función y del reparto de responsabilidades entre el Auditor y la autoridad militar asesorada. Una Real Orden de 29 de enero de 1804 lo resuelve en términos de un delicado equilibrio entre uno y otro órgano. El principio general es el de la primacía de la autoridad militar:

«La jurisdicción militar y su ejercicio debe residir en los capitanes o comandantes generales y jefes militares, que la tienen declarada, y no en los auditores, aunque aquéllos tengan precisión de proceder en las materias de justicia, con acuerdo de éstos, y que dichos letrados puedan hasta cierto término, sustanciar por sí las causas, y a este efecto ninguna causa civil podrá empezarse por los Auditores sin decreto de los jueces en quienes reside la jurisdicción, y lo mismo sucederá con las criminales.»

Sin embargo, el dictamen del Auditor ya es ahora semivinculante, pues la autoridad militar no tiene otra alternativa que plegarse a él o perder la jurisdicción pues, si se separare de él, deberá «remitir los Autos al Consejo Supremo de Guerra, con los fundamentos que para ello tuvieren, quien en su vista decidirá lo que corresponda en justicia». Tenemos así configurada la técnica del «disenso», como técnica de participación del jurista en la jurisdicción militar, y que llegará hasta las reformas que se inician en el año 1985. El precio que paga el Auditor por compartir de esta manera la función judicial con la autoridad militar es el de asumir la entera responsabilidad de las providencias que se acuerdan de conformidad con su dictamen, de forma que cuando el jefe militar las refrenda resulta exonerado de responsabilidad: *«sólo los Auditores serán responsables de las providencias que se dieren, a no ser que los jefes militares que ejercen*

Militares de Carlos III, precisa que «en los delitos puramente militares se formarán los procesos al estilo de Tropa, y conforme a la Ordenanza del Ejército por el Sargento Mayor, sin más intervención del Asesor que la que deba tener un Auditor de Guerra en semejantes. Para las causas que fueren contenciosas y que deban seguirse por el orden civil y reglas de derecho, en la misma forma judicial y legal que se practica ante los Auditores de Guerra y Corregidores legos, y así los expresados comandantes como tales Jueces, sus asesores, Escribanos, y demás ministros que actuasen en las refrendadas causas y pleytos, podrán exigir de las partes los derechos, correspondientes conforme al Real Arancel».

la jurisdicción se separen de ellas como pueden, en cuyo caso responderán éstos de su resultado». Consecuentemente, se precisa que «todos los despachos, órdenes u oficios aunque estén acordados por los auditores, han de ir firmados por los jefes».

La Justicia militar tiene ya en el siglo XVIII un segundo grado, un órgano supremo y, aunque no en todos los casos, la posibilidad de una segunda instancia, en el Supremo Consejo de la Guerra (17). En él se manifiesta con más claridad la diversidad de competencias judiciales, civiles, penales y las administrativas, sobre las que ha llamado recientemente la atención Silvia DEL SAZ (18). También se da un alto grado de tecnificación jurídica con la presencia de los Ministros togados como consejeros de asistencia continua, así como del Fiscal Togado. Este Supremo Consejo de la Guerra, equiparado en honores, por estar presidido por el Rey, al Consejo de Castilla, consta, además de diez consejeros natos y diez de continua asistencia, del Fiscal togado, otro Militar y un Secretario. Entre los de continua asistencia se incluyen, además de un Intendente de Guerra y otro de Marina, «cuatro Ministros togados y un fiscal, *Letrados de sobresalientes circunstancias, instrucción y literatura*; teniendo atención a los que hubiesen servido con crédito en Auditorías de Guerra o Marina y demás Tribunales del Reino; otro Fiscal Militar de la correspondiente graduación, que se halle perfectamente instruido en las ordenanzas y reglamentos de tierra y mar; y un Secretario que precisamente haya servido en tropa».

Orgánicamente, el Consejo se divide en dos Salas: la Primera, *Sala de Gobierno*, que se compone de los Consejeros militares, del Togado más antiguo, los Intendentes y Fiscales con el Secretario, y que conoce de las materias consultivas y expedientes, así civiles como criminales, de la inspección del Consejo, *que puedan determinarse por Ordenanzas*; la Segunda, *Sala de Justicia*, presidida por el Subdecano y en su defecto por el General que le siga en grado o antigüedad, más los tres Ministros Togados, para conocer y determinar todas las causas civiles o criminales que por cualquiera razón toquen al fuero militar, «y que por ser contenciosas y entre partes deban resolverse conforme a las leyes y ordenanzas».

Incluso puede hablarse de una Tercera Sala, que podríamos denominar, con lenguaje moderno, «Sala de lo contencioso-administrativo», para «cuando la calidad de los negocios exija la concu-

(17) Diversas disposiciones desde la dictada por Felipe IV en 28 de noviembre de 1834, recogidas en la Ley VI, Libro VI, Título IV, de la Novísima Recopilación.

(18) «Origen, evolución y plenitud de la Justicia Administrativa», en *Memoria de las oposiciones a una plaza de titular de la UNED*, inédito. De este trabajo se toman los datos sobre la competencia y organización de la Justicia militar en el Antiguo Régimen que se contienen en el texto.

rencia del Fiscal Togado, *por tratarse de intereses Reales en asientos u otros puntos semejantes*». La especial composición de esta Sala consiste en la asistencia a la de Justicia de «dos consejeros más con voto, uno Militar y otro Intendente, para que con sus conocimientos prácticos, contribuyan a la mayor instrucción, pero el más antiguo de los Togados ha de resumir los votos, dar las determinaciones a los Relatores, y decretar los pedimentos de substanciación y señalamientos de pleytos».

3. LA PLENITUD COMPETENCIAL DE LA JUSTICIA MILITAR. UNA JUSTICIA PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA

La competencia de la jurisdicción militar en el Antiguo Régimen cubre, como decíamos, todos los órdenes judiciales. Sin perjuicio de su competencia por razón de la naturaleza de determinadas infracciones o del lugar militar en que se cometen, es un fuero personal de los militares, sus familias, incluso las viudad y los criados, y comprende, como dijimos, todas sus eventuales responsabilidades en el orden civil y penal.

Pero, además, la justicia castrense ostenta competencia contencioso-administrativa, que incluye la actividad logística o instrumental al servicio de los ejércitos, en particular los contratos de obras y suministros, sobre lo que ha llamado la atención Silvia DEL SAZ (19), y que alcanza también funciones pacíficas de la Administración militar, sobre todo las de Marina, muy intensas en materia forestal de las provincias marítimas y en la pesca, la navegación, puertos y fábricas de artículos relacionados con la mar, temas de reclutamiento, asistencia social de militares (montepíos), etc.

Esta competencia contencioso-administrativa, ajena al fuero civil y criminal de los militares, y que supone litigios entre los ejércitos y los particulares, se describe así en la enumeración de las que se atribuyeron al Supremo Consejo de la Guerra (20):

«los asuntos meramente contenciosos, tocantes a sorteos, fortificación, presidios, construcciones de bajeles, astilleros y *montes de marina*, fundiciones de artillería, fábrica de armas y municiones, corso de mar, infrac-

(19) *Op. cit.* A juicio de esta autora, está aquí el origen de la competencia más importante, y prácticamente única, del recurso de plena jurisdicción que se atribuye al Consejo de Estado y consejos provinciales en Francia y, en 1845, del Consejo Real y los consejos provinciales en España.

(20) Ley VII, Título V, Libro VI, de la Novísima Recopilación.

municiones de guerra como de boca, vestuarios y armas, porque en esto está interesado el fisco, y en esta parte deberán estar sujetos al fuero Militar; también es mi voluntad que las causas criminales de delitos que cometieren como asentistas, se vean y determinen por el Consejo de Guerra; pero en los delitos comunes a todos, como hurtos, homicidios y otros, no deben gozar del fuero militar porque los asientos no tienen respeto de alguno con los delitos de esta especie, y se conocerá de ellos por los justicias ordinarias para más breve expedición y satisfacción de la vindicta pública. Por lo que toca a las causas civiles, y pleitos que se originan entre proveedores, asentistas y sus oficiales, y factores en contratos que se celebren con personas particulares, vasallos míos, sobre compras de grano, vestuarios, y otros géneros, portes y otros manejos y disposiciones para el cumplimiento de los asientos; declaro que no han de gozar del fuero militar por obviar los perjuicios y agravios que muchos de mis vasallos padecerían en desaforarlos, y traerlos de todo el recinto de España, para comparecer en el Consejo de Guerra, respecto de los insuperables gastos que se les ocasionarían en sus viajes, y asistencia más costosa en la Corte que en otra parte del Reyno».

A significar que la invocación de la teoría del «*fisco*» sirve aquí para sustraer de la competencia de la jurisdicción ordinaria, de las audiencias y chancillerías y del Consejo de Castilla, y justificar el fuero militar, es decir, competencia de una jurisdicción administrativa en términos actuales.

Dentro de las que podríamos llamar competencias pacíficas de la Administración y la Justicia militar tuvo gran importancia, como anticipamos, la forestal, atribuida a la Jurisdicción de Marina, pues a ella estaba sometido el control de la propiedad de los montes particulares y comunales en todas las provincias marítimas (22). La Marina tenía asimismo jurisdicción sobre los conflictos que origi-

(22) El esfuerzo repoblador y protector de los Borbones sobre los bosques va a tener su cruz, su resta, en la necesidad de talar los bosques en favor de la construcción naval, lo que convierte a la Armada en nuestra primera Administración forestal, a la que se faculta para apropiarse de las maderas a los precios fijados según baremos oficiales (y en fase posterior según el precio del paraje en el que se encuentren los árboles). La Marina se encarga, pues, del cuidado y conservación de los montes situados en las inmediaciones de la mar o ríos navegables, y en distancia en que pueda facilitarse su conducción a las playas, lo que es atribución de los Intendentes de Armada y de sus Subdelegados en los tres Departamentos de Cádiz, Ferrol y Cartagena, a los que se

ción de tratados de paces, espías, extranjeros transeúntes, utensilios, alojamientos de tropas, sus hospitales, asientos de ellos, de víveres, vestuarios, y demás pertenecientes al Ejército, y Armada, sin embargo de cualesquiera resoluciones dadas en contrario; y, finalmente, de cuantas materias y causas le correspondan en el mismo concepto de contenciosas, conforme a las últimas Ordenanzas militares y de marina; también ha de quedar a cargo del Consejo continuar la dirección del Montepío Militar, según su reglamento particular, y órdenes que sobre ello tengo dadas».

Lo contencioso comprende incluso las cuestiones de propiedad en que son partes los aforados de guerra y marina o los propios ejércitos, salvo, y en favor de las Justicias Reales, «el conocimiento de los bienes de mayorazgos y también el de los patrimoniales de los militares, cuyos herederos no lo sean, ni gocen del fuero de guerra».

Dentro de la materia contenciosa tuvo singular importancia la referente a los contratos, que hoy consideraríamos contratos administrativos, y que es objeto de disposiciones atributivas de competencia al fuero militar, extremo también resaltado por Silvia DEL SAZ (21), y que por su gran interés merece la pena referir con mayor detenimiento.

En efecto, muy tempranamente, un Decreto de Felipe V de 23 de abril de 1714 (Ley I del Título IV del Libro VI) establece la competencia de la justicia castrense en las controversias que suscite la inteligencia y cumplimiento de los contratos y sobre los delitos que pudieran tener relación con los mismos:

«para los actuales asentistas y los que le sucediesen, de provisiones de víveres, de pertrechos y municiones de guerra, y hospitales, remontas, fortificaciones, fábricas de navíos y pertrechos para ellos, y generalmente los asentistas de cualquiera cosa que toque a la guerra, así de tierra como de mar, sus factores y oficiales que tuviesen títulos de tales, pasados por el Consejo de Guerra; quiero y declaro que gocen del fuero de guerra solamente en las diferencias y pleytos que tuvieren con sus factores y oficiales, que los mismos nombran para su gobierno, y en todas las causas que miran a si han cumplido con el asiento o provisión en la cantidad y bondad de los géneros que se obligan a proveer, así de

(21) Silvia DEL SAZ, *op. cit.*

nan las arribadas, pérdidas y naufragios de embarcaciones y en todo lo relativo a la pesca, seguridad y limpieza de los puertos, valizas y linternas o construcción de muelles, y a las fábricas de armas, de jarcias, lonas, betunes y a cualesquiera otros efectos para el servicio de la Armada (23).

En el Antiguo Régimen, en fin, se perfila ya el protagonismo de la Justicia militar en materia de Orden Público en las plazas militares, respecto de lo que las Ordenanzas de 22 de octubre de 1768, así como la Real Orden de 26 de octubre de 1768, establecieron las oportunas previsiones exigiendo autorización de las autoridades militares para cualquier acto público y encomendando a las rondas de las patrullas militares el mantenimiento del sosiego y la paz pública.

4. LA JUSTICIA MILITAR EN EL CONSTITUCIONALISMO.

LA TARDÍA REDUCCIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL FUERO MILITAR Y SU SIMULTÁNEA AMPLIACIÓN POR LA VÍA DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN POLÍTICA DE LOS EJÉRCITOS

Los principios de la Justicia militar del siglo XVIII, unidad de mando y jurisdicción y plenitud de competencias, topaban ya con

encomienda la jurisdicción privativa sobre estas cuestiones con inhibición de cualesquiera otras autoridades. La Ordenanza de 31 de enero de 1778, dictada para atender a las necesidades de la Marina, es por ello nuestro primer cuerpo normativo técnico-forestal, pues recoge no solamente normas sobre viveros, repoblaciones, señalamientos, podas, aprovechamientos vecinales de los frutos y necesidades particulares de maderas para la construcción, sino también procesales sobre sustanciación de las causas, que lo eran sumariamente ante el Visitador, sentenciándolas, con parecer de Asesor, y apelación ante el Intendente del Departamento. El Fuero de Marina cedió la competencia judicial a los Justicias ordinarios (Real Cédula de 18 de mayo de 1751) para volver, ante la ineficacia de éstos, de nuevo a la Jurisdicción privativa de la Armada (Real Cédula de 14 de agosto de 1803). En el siglo XIX, el incipiente sistema de protección de los bosques del siglo XVIII se desmonta por su incompatibilidad con los principios individualistas, que rechazan toda vinculación de las propiedades privadas.

(23) Leyes IX y X del Libro VI, Título VII, de la Novísima Recopilación. Del Fuero de Marina se exceptuaban las Provincias Vascongadas, Vizcaya y Guipúzcoa, sujetas a la Jurisdicción ordinaria y a sus Diputaciones en esta materia (Ley XII, Título VII, Libro VI). En la Orden de creación de las Comandancias de Marina con sus auditores (12 de agosto de 1802) se dan las siguientes instrucciones para la sustanciación de las causas entre partes: «es mi voluntad que antes de que las causas lleguen a empeñarse en la necesidad de seguirse por los trámites legales, procuren los Comandantes serenarlas y desvanecerlas, convocando a las partes a presencia del Auditor y Escribano, para persuadirles de sus ventajas en una amigable composición, lo que ha de constar en autos, concurriendo con eficacia a que no prevalezcan las enemistades y discordias; y así no se darán curso a segundo pedimento en causas transigibles sin constar por testimonio estar efectuadas las prevenciones anteriores». Por lo demás, la jurisdicción militar aparece aquí estructurada en tres instancias: Comandante de Marina con su auditor en la primera, apelación ante el Capitán General del Departamento y recurso último ante el Supremo Consejo de Guerra y Marina.

principios contrarios proclamados por la Constitución de Cádiz, como el de unidad de jurisdicción (art. 248), juez predeterminado por la ley (art. 247) y una justicia letrada (arts. 256, 273 y 274). Por ello fue necesario salvar expresamente a la jurisdicción militar, también la canónica (arts. 249 y 250), lo que no harán ya las constituciones posteriores, que dan por supuesta la existencia de la Jurisdicción Militar, salvo la de 1931, que, por una parte, limita su ámbito a lo estrictamente castrense, pero que legitima la intervención de la Justicia militar por razones de orden público.

Pues bien, esa reducción de la Justicia militar a su ámbito propio será objeto de una larga batalla que no dará resultado visible hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, como dijimos, cuyo artículo 1, al atribuir a la Jurisdicción ordinaria «el conocimiento de los negocios comunes, civiles y criminales, de los aforados de Guerra y Marina, de todas clases, de retirados del servicio, y de sus mujeres, hijos y criados que estén en el servicio activo», es expresivo de la amplitud con que se concebía la Justicia militar antes de la aprobación de esta norma. A las diversas audiencias se remitieron entonces los negocios civiles que se encontraban en tramitación ante los Juzgados de las Capitanías Generales y ante el Consejo Supremo de Justicia Militar (24).

(24) La Exposición de Motivos del Decreto de Unificación de Fueros se reclama de la Constitución de Cádiz de 1812: «Enunciada la idea de la unidad de fueros en la primera Constitución política de nuestro país, obra de aquellos eminentes patricios que la Europa entera admira todavía por sus excelentes virtudes y patriotismo, código fundamental en el que se consignan los más saludables principios políticos y administrativos, los gobiernos que han venido sucediéndose en nuestra patria han tratado de llevar a cabo la aspiración de los patriarcas de las libertades españolas que tan claramente consignaron en el artículo 248 de la Constitución (...) Preciso es, pues, borrar de nuestra legislación las leyes que dieron origen a tamaños males; necesario es que desaparezca por completo el fuero personal, civil y criminal, de determinadas clases del Estado, en cuanto se refiere a asuntos propios de su profesión o instituto: indispensable que cesen las jurisdicciones que sólo en primera instancia son ejercidas por Juzgados especiales, y cuya circunstancia revela bien a las claras que no hay razón que justifique su existencia, ni motivo que exija su continuación (...) Pero al quitar a los eclesiásticos el fuero, es menester determinar con precisión en qué clase de asuntos quedan desafortados (...) Esto mismo ha de tenerse presente al designar los asuntos de la competencia de la jurisdicción militar. Entre los negocios de que hoy conoce esta jurisdicción hay algunos que por su naturaleza son propios de la ordinaria, y si los militares y marineros gozan en ellos de fueros, es sólo por privilegio y consideración a su persona. Los negocios comunes, civiles y criminales, atendida la legislación ordinaria, si hubiere de seguirse el rigorismo lógico de los principios, cualquiera que fuese la situación de los aforados de guerra, pero el ejemplo de las demás naciones y la experiencia que demuestra los inconvenientes que traería consigo tan inmoderada extensión, cuando se trata de materia criminal, de delitos cometidos por aquellos que tienen las armas en la mano, y por cuya razón es menester, o castigar más severamente o con la mayor urgencia, para que venga la reparación justa que contenga a todos en el límite de sus deberes, hacen necesaria una excepción con respecto a los militares y marinos en activo servicio, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad, que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tiene una mayor gravedad, cuanto más libre

Otro aspecto de interés en el tránsito de la Justicia militar del siglo XVIII al XIX es, además de la pérdida del fuero civil en favor de la jurisdicción ordinaria, que resultaba incompatible con los principios de la unidad de fuero y la exigencia de jueces letrados, proclamados por la Constitución de Cádiz, la pérdida de la competencia en la materia administrativa, que, a cargo como vimos de la Justicia militar del Antiguo Régimen, terminará por emigrar e insertarse en la Jurisdicción contencioso-administrativa cuando se crea en 1845 y seguirá las vicisitudes de ésta. Inicialmente, sin embargo, no parece ser así porque el artículo 1 del Reglamento del Consejo Real, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, limita la competencia contractual del Consejo Real a las «demandas sobre la inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la *Administración civil*».

Esta limitación a la Administración civil de la justicia administrativa significa que sobre la materia administrativa seguían conociendo los juzgados y demás órganos de la Jurisdicción militar en los términos que se venía haciendo desde el Antiguo Régimen. No obstante, la integración se aprecia en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que conoce de contratos de suministro de la Marina (25), y ya es patente en la Ley de Santamaría de Paredes de 1888, que exceptúa determinados actos de la Administración militar del conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa. En todo caso, esa inserción no estará definitivamente asegurada hasta que el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 suprime los juzgados militares. La sustitución de la Justicia militar por la administrativa se facilita por el nacimiento de una Administración militar, integrada en el Gobierno a través de los Ministerios de Guerra y Marina, y a la que es factible imputar las relaciones jurídicas y la responsabilidad de las decisiones que se originan por la actividad instrumental

sea la constitución política por la que se gobierne un Estado. Por esto, todos los aforados de Guerra y Marina, excepto aquellos que estén en activo servicio, quedarán sujetos en los negocios comunes civiles y criminales a la jurisdicción ordinaria, y la militar sólo será competente para conocer de los delitos meramente militares, y de los comunes y faltas que se expresan, cuando sean cometidos por individuos del ejército y la marina que se hallen en servicio activo. La Jurisdicción de Hacienda y la de Comercio son las únicas que desaparecen por completo. Ejercidas en segunda instancia por Tribunales de la ordinaria, no hay fundamento racional que justifique la existencia de juzgados especiales para la primera cuando la naturaleza e índole de los asuntos mercantiles y de Hacienda no reclamen fuero privativo ni general enjuiciamiento propio. Por esta razón, de hoy en adelante los Jueces de Partido serán los competentes para conocer de los negocios mercantiles, y de los de Hacienda y de los delitos de contrabando y defraudación.»

(25) PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.

o logística, antes a cargo de los propios ejércitos y de su justicia institucional (26). Las especialidades de la organización militar se reflejaron, no obstante, en algunas instituciones de la justicia administrativa y, sobre todo, en la lista de actos políticos y actos excluidos de lo contencioso-administrativo (arts. 5 y 6 de la Ley de Santamaría de Paredes de 1988 y arts. 2 y 40 de la Ley Jurisdiccional vigente).

Después del Decreto de Unificación de Fueros, la competencia de la Jurisdicción militar, aunque reducida a la materia penal, sigue siendo amplísima y se describe en el Decreto de 31 de diciembre de 1868. Aparte de los delitos militares, la Justicia castrense conoce de las causas por delitos comunes, salvo algunos exceptuados; además, el fuero castrense atrae a los paisanos por delitos militares (traición, sedición de tropa y auxilio a la desertión, delitos de robo de armas o pertrechos) o cometidos en lugares militares, o por los contratistas, o bien porque tales delitos se definen en los «bandos que conforme a Ordenanza pueden dictar los generales en jefe de los Ejércitos». Esta previsión es de enorme significación política porque en último término descansa en ella tanto la política y acción sobre el mantenimiento del orden público como la legitimación y la eficacia de los pronunciamientos militares, según BALLBÉ ha demostrado de forma concluyente. Todavía, la jurisdicción militar ampliará su competencia tomando como excusa la caracterización de la agresión al centinela y a la fuerza armada como delito militar y aforado (27) y, en 1906, en aplicación de la Ley de Jurisdicciones, a los delitos de injurias a las instituciones y corporaciones militares. No sorprende, pues, que el artículo 95 de la Constitución de 1931 ciñera la Jurisdicción militar «a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados», prohibiendo que se estableciere «fuero alguno por razón de las personas o de los luga-

(26) Aunque nada es nuevo con relación al siglo XVIII, en el XIX se consuma la creación de una Administración militar para el servicio logístico de los Ejércitos con establecimientos propios, que no va a descansar ya, fundamentalmente, sobre los asientos, las contratas de obras y de suministros de boca y guerra, lo que lleva también a la creación de unos funcionarios *ad hoc*, el Cuerpo de Administración Militar, con su correspondiente Escuela, y que después daría lugar a dos cuerpos diversos: Intendencia e Intervención.

(27) Así lo justifica la Orden de 1 de abril de 1874 a propósito de la agresión a fuerza armada por los paisanos, que califica de delito militar, y de la competencia castrense: «siempre que las personas extrañas a un fuero especial que cuenta con una legislación peculiar suya atacan de algún modo las prerrogativas e inmunidades de ese mismo fuero, suelen pagar con su atentado declarándoles incurso en la ley especial que tratan de violar; porque de otro modo o quedarían totalmente impunes por falta de penalidad en el derecho común, o serían demasiado benignamente castigadas con relación a otros que cometieran el mismo delito, y defraudada de uno y otro modo la ley de excepción que se funda ordinariamente en razones de utilidad general, como en la milicia sucede».

res», exceptuando, lógicamente, «el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público».

La guerra civil de 1936-1939 provocó que la Justicia militar sirviese, como una pieza más dentro de la organización armada vencedora, a la represión política, hasta que en 1963 fue sustituida en esta labor por la Jurisdicción ordinaria dentro de la que se crean Juzgados y Tribunal de Orden Público. Pero al margen de esa competencia política, no natural, pues despreció los postulados de la Revolución francesa y del constitucionalismo, la Justicia castrense es ya, fundamentalmente, una justicia represiva al servicio de la disciplina militar y protección de los intereses militares, asegurada por la vía penal, puesto que las infracciones militares, clasificadas en delitos, faltas graves y faltas leves, forman un sistema compacto y único que no da margen para una regulación administrativa disciplinar, lo que obvia cualquier problema de relaciones y preferencias entre jurisdicción penal y disciplinaria, frecuente en las infracciones cometidas por los funcionarios públicos (28). Es una justicia penal inserta en la institución militar que se atribuye a la cadena de mando militar. Es en esta cadena de mando, que va desde el Monarca al más modesto de los cabos, donde se inserta la potestad represiva en la que no entra la autoridad política, los Ministros de Guerra y Marina o el Gobierno. Estos disponen, ciertamente, de la facultad de destitución y nombramiento del mando de los Ejércitos y unidades militares, pero no pueden imponer el más modesto de los arrestos al último de los soldados (29).

La ruptura de esta regla es uno de los extremos más novedosos de la Ley Orgánica 4/1987, que atribuye al Ministro y al Subsecretario de Defensa, autoridades políticas fuera de la cadena de mando militar, una potestad sancionadora directa, como si tuviesen mando de tropa. Para alcanzar este resultado era necesario «despenalizar» las infracciones leves y graves del Código de Justicia Militar de 1945 y convertirlas en infracciones administrativas, consagrándose una nueva división de las infracciones militares, divididas ahora en

(28) Ciertamente que en el Código de Justicia Militar de 1945 se regulaban unos expedientes gubernativos al margen de lo estrictamente penal para expulsar de los ejércitos por razones extrapenales y extradisciplinarias, asegurando así a la Administración Militar un poder sobre los militares que no permitían los principios y formas rituales del proceso penal, ni la domiciliación de la potestad disciplinaria en la cadena de mando; además, los actos resolutorios de estos expedientes se declaran exceptuados de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 40.d de la Ley Jurisdiccional).

(29) La Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 atribuye expresamente el mando personal de los Ejércitos al Rey, cuyas órdenes, en tal supuesto, «no necesitarán ir refrendadas por ningún Ministro responsable» (art. 5). En la Ley Adicional a la Constitutiva del Ejército de 19 de julio de 1889, las facultades del Rey no aparecen limitadas por el refrendo ministerial, configurándose, por el contrario, un refrendo del jefe militar de las órdenes dadas por el Rey en campaña (art. 2).

delitos, de naturaleza penal, y faltas graves y faltas leves, de naturaleza administrativa. De los primeros conocen los Tribunales militares territoriales, el Tribunal Central Militar y la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Y estos órganos judiciales conocen también en recurso contencioso-disciplinario de los recursos contra las sanciones por faltas graves y leves que imponen los mandos militares y las citadas autoridades ministeriales.

Resulta, pues, que si históricamente se produjo un exceso de competencia de la Justicia militar indebidamente utilizada para reprimir comportamientos ciudadanos y actitudes políticas, se produce ahora una «invasión» de las autoridades ministeriales, es decir, de la política, en el ejercicio del mando militar al que está unida en todos los Ejércitos la potestad sancionadora. Esta solución rompe con las tradiciones militares, según las cuales la potestad sancionadora, como potestad disciplinar, va unida a la de mando de armas, algo que está en la naturaleza de las cosas, en la esencia misma de la institución militar. Según esa tradición, la autoridad política puede y debe privar del mando de los Ejércitos, escuadras o unidades militares a aquellos jefes, entre otras razones porque no mantienen en ellas la disciplina, pero no mandar directamente o, lo que es igual, asumir la responsabilidad de imponer esa disciplina a través de una potestad sancionadora directa (30).

Y resulta también de la Ley Orgánica 12/1985 que el Rey, al que la Constitución encomienda el mando de las Fuerzas Armadas, ni siquiera puede legalmente, legítimamente, amonestar a ninguno de sus miembros, dado que el artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1985 no cita al Monarca entre las Autoridades con potestad sancionadora.

5. LA MILITARIZACIÓN DE LOS AUDITORES Y SU PROGRESIÓN EN LA JUSTICIA MILITAR

Retornando al tema orgánico de la Justicia militar, recordemos la buena posición que en el Antiguo Régimen ostentaban los Audito-

(30) ¿Pues acaso no es absurdo, y antinatural, que un Ministro de Defensa o un Subsecretario interfiera en el mando militar imponiendo directamente un arresto a un soldado saltando por encima de sus mandos? ¿Y no es ridículo, y en todo caso fuera de los usos establecidos en todos los ejércitos occidentales, que un Ministro imponga un arresto al General en Jefe de un ejército o al Almirante de una escuadra, a los que, por otra parte, puede legítimamente privar del mando o denunciar ante los tribunales si han cometido algún delito? Esta crítica quedaría en parte desprovista de fundamento si se entendiese que la facultad disciplinaria que el artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1985 atribuye al Ministro y al Subsecretario de Defensa se circunscribe al personal que presta servicios en el Ministerio de Defensa y sobre los que ejerce una suerte de «mando administrativo». Sobre el personal civil destinado en este Ministerio las reglas disciplinarias son otras: las establecidas en la Legislación de funcionarios civiles.

res de Guerra y Marina, equiparados a los Oidores de las Audiencias, posición favorecida o, al menos, reforzada, aunque no podamos medir su incidencia, por el principio de justicia letrada que proclaman y regulan los artículos 256, 273 y 274 de la Constitución de Cádiz.

En el siglo XIX los Auditores siguen siendo, como en el Antiguo Régimen, magistrados ajenos a la milicia, lo que garantizaba su independencia. Así, el Real Decreto de 8 de junio de 1846 configura, por primera vez, la carrera de Auditor de Guerra sobre una base civil y de integración en la jurisdicción ordinaria. A este efecto introduce determinadas reglas para proceder al nombramiento de aquéllos, exigiendo para obtener el empleo y honores de Auditor de Guerra, además de los requisitos que se exigen en la carrera judicial para los magistrados de audiencia conforme al Real Decreto de 29 de diciembre de 1838, haber contraído servicios jurídico-militares importantes debidamente calificados, todo lo cual habría de valorar el Tribunal Supremo de Guerra.

Pero es en el Real Decreto de 22 de diciembre de 1852 donde la unidad de carrera del «cuerpo único de auditores de guerra y magistrados civiles» se hace realidad con integración de los Auditores de Guerra y Marina en la jurisdicción ordinaria y su equiparación en sueldos y funciones. Se dispone al efecto que «los Auditores de Guerra de las Capitanías Generales que se hallen establecidas donde haya Audiencia Territorial serán al mismo tiempo Ministros de ellas, con la antigüedad y demás consideraciones en la carrera de la Magistratura y con asistencia al Tribunal como los demás Ministros, pero relevados de ser ponentes y de cualquier otro servicio que pueda impedirles el buen desempeño de la Auditoría». Asimismo, se establece que una de cada tres vacantes de las Audiencias se había de conceder como de ascenso a los fiscales de las Auditorías y al Asesor y Fiscal del Juzgado de la Intendencia General con suficientes años de servicio (arts. 2.4 y 7). No hay todavía la menor asimilación formal ni sustancial de los Auditores con los militares de carrera y menos aún la sujeción a la disciplina militar; los Auditores militares son, pues, magistrados de la jurisdicción ordinaria.

La asimilación militar plena tampoco se produce en el Decreto de 19 de octubre de 1866, que crea el Cuerpo Jurídico Militar con dependencia del Ministro de la Guerra y separa la magistratura militar de la civil, justificándolo en «que es necesario formar un Cuerpo de escala cerrado, en el que se ingrese por oposición y en el que se ascienda gradualmente y por rigurosa antigüedad con un sueldo proporcionado al que se obtiene en el principio de las demás carreras del Estado hasta la primera y más elevada categoría». Las

subdivisiones de las clases de los Auditores —dice esta norma— «deben ser las equivalentes a las establecidas *en la carrera jurídico civil con quien la militar tiene completa semejanza*, y el término de ella ha de ser de igual importancia para las dos en los altos puestos que la Magistratura tiene señalados en los Tribunales Superiores Supremos de Justicia». El Cuerpo es gobernado por una Junta Inspector, compuesta del Presidente de la Sala de togados, del Fiscal y del Ministro togado más antiguo del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, que forma los escalafones, acuerda los ejercicios que deben practicar los aspirantes y evacúa las consultas y desempeña los demás encargos que le hace el Ministro de la Guerra en relación con el Cuerpo.

La militarización de los Auditores de Guerra llega, al fin, con el Decreto de 9 de abril de 1874, justificándose la medida en que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 había roto la reciprocidad e integración que existía entre la Magistratura civil y los Auditores de Guerra y Marina (31); y también en la necesidad de una mayor preparación y dedicación de éstos a la Justicia militar:

«la necesidad de que exista un cuerpo que, reuniendo ilustración y práctica a la vez en la extensa y varia legislación militar, se consagre exclusivamente, a aplicarla y se identifique con los sentimientos y aspiraciones que caracterizan por decirlo así la índole de la carrera de las armas (...) La organización que ahora se propone salva estos inconvenientes, estando reducida a la que tienen los demás Cuerpos auxiliares del Ejército y cuyos principios capitales son la asimilación militar, la absoluta escala cerrada, el ingreso por oposición y el ascenso de grado en grado por rigurosa antigüedad».

Pero había que salvar la independencia judicial de los Auditores, lo que hace el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar, aprobado por Real Orden de 5 de julio de 1875, declarando que «los individuos del Cuerpo en el ejercicio de todas las atribuciones de justicia que

(31) Dice la Exposición de Motivos: «los Reales Decretos Orgánicos del Cuerpo Jurídico-militar de 22 de diciembre de 1852 y 19 de octubre de 1866, aunque reglamentaron, especialmente el último, el sistema de ascensos, tenían como punto de partida la base fundamental de la reciprocidad que entonces existía entre los funcionarios de la magistratura y los de aquel cuerpo; pero como ésta se rompió por completo a la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 15 de septiembre de 1870, no es posible ya que la sostenga en daño suyo el ramo de Guerra; aparte de que aún antes de la última citada fecha había acreditado la experiencia cuánto se prestaba a repetidos abusos e improvisadas carreras lo incompleto de los referidos decretos, lo cual ha hecho preciso fijar la atención en este punto para poner remedio al mal que se deja indicado».

respectivamente les corresponden serán *considerados, respetados y acatados en el Ejército y fuera de él como tales autoridades judiciales*, del mismo modo que el Derecho común establece para los funcionarios de sus clases en la Judicatura y Ministerio Fiscal» (art. 9).

A este efecto se establece la garantía de la inamovilidad, consistiendo este derecho «en no poder ser suspensos, retirados, separados ni destituidos, sino por las causas y con las formalidades que se marcan en las leyes y el Reglamento», el cual domicilia las facultades de suspensión de funciones y las facultades disciplinarias en la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Guerra y Marina, haciendo a la Junta inspectora y al Consejo Supremo de Guerra los garantes últimos de su independencia (arts. 65 a 78). Esta sigue proclamándose enfáticamente, pero al precio, como siempre, de asumir la entera responsabilidad de las decisiones dictadas de conformidad con su dictamen:

«Tendrán completa libertad —dice el artículo 61 del Reglamento— de opinión en los dictámenes que emitan, serán personalmente responsables de las providencias judiciales que las autoridades militares dicten con su acuerdo, y disfrutarán en el desempeño de sus funciones y con ocasión de ellas de la consideración de ministros de justicia.»

La militarización del Auditor, al que se declara incluso plaza montada, significó para la Justicia militar una compensación heterogénea a la drástica reducción de competencias del Decreto de Unificación de Fueros. Sin embargo, esto no supuso que inmediatamente se produjese un progreso en la tecnificación jurídica de los procesos militares, que ya venía siendo muy importante desde el Antiguo Régimen, debido, como hemos hecho notar, a que la jurisdicción militar había tenido atribuida una importantísima *competencia en materia civil y administrativa* hasta 1868. Quizá esta pervivencia de la materia civil y administrativa, ausente del Derecho anglosajón y desde la Revolución en la Justicia militar francesa, explica que esta última, según el modelo que surge de las reformas revolucionarias y de Napoleón, esté en manos de los consejos de guerra generales y los consejos de guerra de revisión, es decir, en manos exclusivas de profesionales de las armas, sin presencia siquiera de auditores durante las deliberaciones o en un trámite posterior de aprobación.

En definitiva, la Justicia militar española, incluso reducida ya a una justicia penal por el Decreto de Unificación de Fueros de 1868,

seguía contando con un alto grado de tecnificación jurídica que se aseguraba con la presencia del asesor en el consejo de guerra, la técnica del disenso, que podría provocar el Auditor al no aprobar la sentencia de aquél, y con la composición semitogada, aunque con predominio claro de los militares de armas, del Consejo Supremo de Guerra y Marina (32).

La tecnificación jurídica de la Justicia militar se potencia con el Real Decreto de 19 de marzo de 1919, que introduce la figura del vocal ponente en los Consejos de Guerra, que se integra en éste con voto decisorio. A mayores, la Segunda República, con el Decreto de 11 de mayo de 1931, convirtió a los Auditores de las diversas demarcaciones en autoridades judiciales militares, separando mando y jurisdicción, y les atribuyó la designación de jueces instructores, el sostenimiento de cuestiones de competencia y la llevanza de turnos para la composición de los consejos de guerra, creando una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo.

Con la guerra civil estas medidas quedan sin efecto, pero el Código de Justicia Militar de 1945 (33) y otras disposiciones posteriores dan otros pasos adelante en la tecnificación jurídica de la Justicia castrense. Así, la creación de las Secretarías de Justicia en los Cuarteles Generales con desplazamientos del Cuerpo de Estado Mayor en el desempeño de estas funciones supone el apoderamiento total por los Jurídicos de la estructura burocrática judicial-militar; asimismo, la encomienda permanente de la instrucción a los Jurídicos de los procesos por delitos del automóvil será el primer paso al monopolio posterior en favor de éstos de las funciones de instrucción que establecería la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre.

(32) Todas estas técnicas de juridificación, que vienen, como vimos, del Antiguo Régimen, se mantienen en la Ley de Bases de 15 de julio de 1882 y el Real Decreto que la articula, de 10 de marzo de 1884, de organización, atribuciones y procedimientos de los Tribunales de Guerra. Según el artículo 4, «a los Consejos de Guerra asistirá como asesor el Auditor del Ejército o distrito en que aquélla se celebre y en las plazas sitiadas o bloqueadas el individuo más característico del Cuerpo Jurídico Militar que en ellas resida»; las sentencias recaídas requerían la aprobación del General en Jefe (arts. 24, 30 y 46.8).

(33) En 17 de julio de 1945 se aprueba un nuevo Código de Justicia Militar, resultado de la refundición del viejo Código de Justicia Militar del Ejército de 1890, del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y de las Leyes Orgánicas y de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894, así como de la adaptación de sus respectivas normas a la nueva situación surgida de la creación del Ejército del Aire. Con la guerra civil se crea asimismo un nuevo Cuerpo Jurídico, el Cuerpo Jurídico del Aire, consecuencia de la creación de este Ejército.

6. EL DERECHO Y LA JUSTICIA MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 4/1987

La Constitución de 1978 se refiere más que ninguna otra de las españolas y extranjeras, incluso demasiado, a las Fuerzas Armadas y a las especialidades del Derecho militar. Y lo hace para excepcionar, en perjuicio de los militares, el régimen común de los derechos y deberes fundamentales, para establecer, con cierta equivocidad, su dependencia jerárquica del Rey (34), y para asignarles como misión la defensa —además de garantizar la soberanía e independencia de España y defender su integridad territorial— del ordenamiento constitucional (arts. 8 y 62.h).

Efectivamente, la Constitución de 1978 ha impuesto profundas excepciones al régimen de derechos y libertades de los militares. Para empezar, el derecho castrense se hace presente en la regulación del derecho a la vida (art. 15), pues la abolición de la pena de muerte se dispensa en función de lo que las leyes penales militares dispongan para tiempos de guerra; también, en el artículo 25.3, que, a contrario, permite las sanciones de pérdida de libertad impuestas por la Administración militar: «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad». Se está, pues, admitiendo la constitucionalidad de los arrestos militares. Otra perla del mismo carácter es el artículo 26, que prohíbe los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales, con lo que se salvó la constitucionalidad de los tribunales de honor militares. El artículo 28 permite, en fin, como se ha hecho, exceptuar el derecho de sindicación de las fuerzas armadas, y el 29 restringe el derecho de petición para los militares, «que sólo podrán ejercer este derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en la legislación específica».

(34) Como precedente interpretativo de este precepto resulta de interés la regulación de la Ley Constitutiva del Ejército. Su artículo 5 preceptuaba que «cuando el Rey, usando de la potestad que le compete por el artículo 532 de la Constitución (la de 1876) tome personalmente el mando de un Ejército o de cualquier fuerza armada, las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictare no necesitarán ir refrendadas por ningún ministro responsable. Sin embargo, el acuerdo de salir a campaña lo tomará siempre el Rey bajo la responsabilidad de sus ministros en cumplimiento de lo que el artículo 49 de la misma Constitución dispone». Por su parte, el artículo 6 disponía que «no podrán concederse sin la aprobación directa y previa del Rey, y en virtud de Real Decreto, los mandos del Ejército, cuerpo de Ejército, división y brigada. Lo mismo se hará con las Capitanías generales de distrito, comandancias generales y gobiernos militares de provincia y plaza mientras subsista la actual división territorial militar, y para todos los cargos sin la aprobación real. No serán válidos, sin que conste esta aprobación, los grados, empleos y demás recompensas militares que el Rey conceda con arreglo a la Constitución y a las leyes».

Desde estas amputaciones profundas de los derechos y libertades de los militares (no todas consignadas en la Constitución, pues también tienen prohibido el derecho de manifestación y de asociación) se puede sostener con bastante fundamento la tesis de que la Constitución salvó, al mencionarla como una excepción implícita al principio de unidad judicial (art. 117.5), la esencia orgánica de la Justicia militar, que descansa en el principio de que quien manda debe juzgar, principio atenuado por la participación de los profesionales de las armas, a través del consejo de guerra y de la tecnificación jurídica que supuso en nuestra patria la conversión de los auditores o consultores en vocales ponentes de los Consejos de Guerra y partícipes a través del Auditor de las competencias judiciales de la autoridad militar.

Más claramente: la Constitución creó una verdadera reserva o garantía institucional (35) de la Justicia militar, que otros han predicado de las Fuerzas Armadas (36), reservas o garantías

(35) El concepto de garantía institucional fue acuñado por Carl SCHMITT («Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren, 1924-1945*, Berlín, 1958) en referencia a la Constitución de Weimar y a fin de salvaguardar de la disolución por el legislador ordinario de una serie de instituciones que se habían mostrado especialmente vigorosas. Es preciso, pues, para aplicar el concepto de la garantía institucional que la institución en cuestión se presente en el momento constituyente bien definida en sus rasgos característicos, bastando con un concepto de la institución generalizado en la conciencia colectiva y, en particular, de la comunidad jurídica. Ello no quiere decir que no pueda darse un tratamiento posconstitucional —aquí se dio con la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar— admisible siempre que no se trate de definir o redefinir la institución ni sus rasgos básicos. En segundo lugar, la institución garantizada debe haber demostrado sobradamente su vigor y sus rasgos bien visibles en la conciencia colectiva. Sobre el tema, ver el excelente trabajo de ESTEVE PARDO, *Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local* (en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 31, Madrid, 1991), en que se denuncia la mala aplicación que de este concepto se viene haciendo, en base a los trabajos de PAREJO (*Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Madrid, 1981, págs. 23-24), por el legislador local; ver también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, relativa a las Diputaciones catalanas, y el trabajo de SOSA WAGNER, «La Autonomía local», en *Comentarios a la Constitución. Homenaje a García de Enterría*, tomo IV, pág. 3214; asimismo, MARTÍN MATEO, *La garantía constitucional de las autonomías locales*, en «REVL», núm. 208.

(36) TRILLO FIGUEROA, *Las fuerzas armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 12; SERRANO ALBERCA, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid, Cívitas, 1985; en general, sobre si los Ejércitos son o no una institución constitucionalmente reconocida, «Fuerzas Armadas y Administración Pública», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988, tomo IV; en especial, el trabajo de DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Fernando PABLO y SÁNCHEZ-FERNÁNDEZ DE GAETA, «El control jurídico-constitucional de la transición militar». También es básico el trabajo de LÓPEZ GARRIDO, *La posición constitucional de las Fuerzas Armadas*, núms. 100-102 de esta REVISTA. Sobre el alcance de la garantía institucional, en general, ver el trabajo de PAREJO. En contra de esta doctrina, F. LÓPEZ RAMÓN, «Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a García de Enterría*, tomo III, Cívitas, Madrid, 1991.

institucionales que también hemos afirmado de la Administración y de la función pública civil (37), cuyos perfiles definidores no pueden, aunque lo hayan sido ya en parte y con total impunidad, ser arrasados por el legislador ordinario. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite sostener, como veremos, esta idea institucionalista de las Fuerzas Armadas, la separación entre éstas y la Administración militar; idea institucionalista en la que se justifican y por la que se explican las peculiaridades relativas al Derecho Militar, Penal y Procesal, al régimen disciplinario, al *status* de los militares y, en definitiva, a la Justicia militar, que no es más que el sistema garantizador de ese régimen jurídico peculiar de las Fuerzas Armadas.

Entender, por el contrario, que la exigencia de adecuar la Justicia militar «a los principios constitucionales» se refiere, no exclusivamente, a algunos aspectos procesales (derechos de audiencia, garantía judicial efectiva, doble instancia, etc.) y sustantivos (entre ellos la eliminación de la pena de muerte en tiempos de paz), sino también a los orgánicos, haciendo de la justicia castrense un orden jurisdiccional más, una justicia de juristas y no de militares propiamente tales, una justicia administrativa desde el Ministerio y no desde los Cuerpos de Ejército, las escuadras y el Consejo Supremo de Justicia Militar (38), es difícil de admitir, pues para ese viaje no se necesitaban las alforjas de tantas excepciones e invocaciones de las singularidades del derecho militar, ni, menos aún, salvar de la unidad judicial común a la jurisdicción castrense. Si esto se hace es, justamente, porque se está configurando una garantía institucional de la Justicia militar en los términos de su acuñación histórica y comparatista, que hizo de ésta una *justice under fire*, una justicia para la guerra y por ello a cargo, fundamentalmente, de los profesionales de la milicia, pero en ningún caso de los profesionales del derecho, ajenos a la vida castrense entendida en términos sustanciales y no de asimilación formal, como se mantiene en el Derecho anglosajón y en la mayoría de los países.

De otro lado, un sistema de justicia penal que se apoya en un jurado profesional está más cerca del principio constitucional de participación ciudadana y profesional en la justicia que impone el artículo 125 de la Constitución: «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia, me-

(37) A propósito de la aplicación de un régimen laboral al empleo público y de la laborización del régimen de la función pública, *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1991. En general, en relación con la marginación del Derecho Administrativo y su suplantación por el Derecho privado, ver las consideraciones que se hacen en la misma obra, primer capítulo de la Parte General.

(38) Sin perjuicio de una casación, como arbitró la Ley Orgánica 9/1980.

diante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales». El consejo de guerra no es técnicamente otra cosa que un tribunal que hacía de jurado y de juez, que juzga sobre los hechos y el derecho, jurado profesional de expertos en temas militares, para enjuiciar infracciones puramente técnicas, como son la mayor parte de los delitos militares, cuya complejidad escapa al común de los ciudadanos y también a los juristas. De otro lado, a diferencia de la Constitución de Cádiz, que imponía el sistema de jueces letrados, la de 1978 se decanta en lo penal por el jurado e igualmente en favor de una justicia corporativa a cargo de ciudadanos especialmente interesados o cualificados para entender de determinadas materias, lo que explica la mención de los tribunales consuetudinarios y tradicionales. Y adviértase, en fin, que la previsión constitucional del jurado es justamente el argumento que la Exposición de Motivos de la Ley 4/1987 esgrime para justificar la presencia, ahora residual, de los «profesionales de las armas», no letrados, en los Tribunales militares (39).

Los actos legislativos posteriores a la Constitución confirmaron la intención del constituyente de respetar el perfil institucional e histórico de la Justicia militar. Así, la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, al ajustar la Justicia militar a la Constitución, simplemente redujo la competencia de la justicia castrense a su ámbito propio, como impuso la Constitución, pero respetó su estructura orgánica peculiar, arbitrando, al modo anglosajón, un recurso de casación contra las sentencias de primera instancia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (40). Asimismo, dio un paso más en la tecnificación jurídica de la Justicia militar, suprimiendo la figura del Fiscal Militar en tiempo de paz, asignando al Cuerpo Jurídico la instrucción de todos los procesos, a cuyo efecto se crearon los Juzgados togados territoriales (41).

(39) «La tecnificación jurídica de los órganos es otra de las finalidades de la Ley, que respeta, no obstante, la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en derecho y profesionales de las Armas y que tiene también su respaldo constitucional en la Institución del Jurado.»

(40) Contra las sentencias de los consejos de guerra, y antes de la aprobación de éstas por la autoridad judicial militar, cuyas facultades al respecto quedan en suspenso con la preparación del recurso. Asimismo, contra las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar se reguló un recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ambos casos, el recurso de casación se circunscribe a las sentencias en que se hubiere impuesto al recurrente pena privativa de libertad superior a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado, o la separación del servicio como principal o accesoria (art. 13).

(41) También se permitió la delegación de las facultades judiciales de la autoridad judicial en el Auditor.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco cuestionó el sistema orgánico tradicional de la justicia castrense, sino que apuntó a consolidarlo matizando, únicamente, el alcance del sistema de garantías procesales. En el Auto 60/80, de 22 de octubre, declaraba derogado por la Constitución el artículo 40.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que vetaba el acceso a ésta de los recursos contra la resolución de los expedientes gubernativos de separación de servicio. Sin embargo, en los procedimientos más específicamente militares, la Sentencia 21/80 admite que el procedimiento disciplinario militar no puede quedar sometido a las garantías procesales previstas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar, y, aunque reconoce que la privación de libertad está sujeta a unas garantías básicas —si bien no fueren estrictamente aplicables el artículo 24 de la Constitución y el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos—, éstas, y en particular la garantía judicial efectiva, se entendían plenamente cumplidas mediante el acceso del sancionado a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar. Esta doctrina se confirma en términos más explícitos por la Sentencia 22/82, de 12 de mayo (ponente: Díez Picazo), que declaró excluido del recurso a la Jurisdicción contencioso-administrativa las faltas estrictamente militares, por entender que el recurso de queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, como recurso final (art. 107.6 del Código de Justicia Militar), estaba amparado por el artículo 117 de la Constitución en cuanto excepción a los artículos 24 y 106 de la misma.

Esta Justicia militar, reformada y ajustada ya a la Constitución, bastante más juridificada, pero que mantuvo su perfil tradicional, el arquetipo de justicia a cargo, básicamente, de los profesionales de las armas, sirvió de forma ejemplar al asentamiento de la democracia, como se demostró en el juicio seguido ante el Consejo Supremo de Justicia Militar con motivo del golpe militar del 23 de febrero de 1981. Es más que dudoso que una justicia de profesionales del derecho hubiera afrontado de forma tan ejemplar en primera instancia, y con tanta autoridad y legitimación, una cuestión tan ardua y compleja. Además, la garantía de la doble instancia se alcanzó plenamente mediante la instrumentación de un recurso de casación de la Sentencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que ya estaba previsto en la Ley, como acabamos de decir (42).

(42) La prueba de fuego del Derecho militar, ajustado ya a la Norma Suprema, lo constituyó, en nuestra opinión, su decisiva aportación al asentamiento de la democracia, a la salvación de la Constitución de 1978, que formalmente se debe a dos menciones que

Igualmente desde el Derecho europeo, no había necesidad de cambiar el sistema orgánico tradicional de la Justicia militar, al menos en su primera instancia, pues éste no es cuestionado desde aquí al no imponerse una justicia de juristas. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976, caso Engels y otros, parte del principio de que «cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar gozando en la materia un cierto margen de libertad». De otro lado, la inicial reserva formulada por España a la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (privación de libertad y garantía judicial de audiencia, ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley) en lo que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se ha mantenido después de la Ley Orgánica 12/1985 (Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 24 de noviembre de 1986), demostrando que si se pensaba que desde el Derecho europeo la Justicia militar española creaba problemas —en materia de recursos—, éstos siguen existiendo después de las reformas que estamos considerando, por cuanto se ha establecido la irrecurribilidad judicial de las faltas leves (art. 51 de la Ley Orgánica 12/1985).

Un argumento decisivo de que la Justicia militar en su organización tradicional se ajustaba para el legislador ordinario a la Constitución se desprende, inequívocamente, de que fue respetada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que, en una indiscutible interpretación de aquélla, sigue hablando de la Justicia militar como algo separado de la ordinaria, como una excepción a la jurisdicción única, sin configurarla como un orden jurisdiccional más, al lado del civil, penal, contencioso-administrativo y social, que es lo que hará la Ley Orgánica 4/1987, al crear una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo en absoluto previsto por aquélla (arts. 3 y 9 y 21 a 24).

Resulta por ello sorprendente que la Ley Orgánica 4/1987 establezca un sistema de Justicia militar que ni respeta el modelo institucional de ésta ni respeta los principios orgánico-constitucionales de la Jurisdicción ordinaria, que se recogen en los artículos 117 a 128 de la Constitución. En definitiva, el resultado es que ni tenemos una jurisdicción castrense, de profesionales de la milicia, una *justice under fire* propiamente tal, como la Constitución impuso,

ésta hace del ordenamiento castrense: la atribución al Rey del mando supremo de las fuerzas armadas, lo que permitió al fin imponer la disciplina a los sublevados del 23 de febrero de 1981, y la salvaguarda constitucional de la Justicia militar, que con posterioridad los encausó y juzgó.

ni tampoco un orden jurisdiccional militar conformado a los principios constitucionales: sólo el resultado de una manipulación, de un arbitrimo, que es en lo que inevitablemente habría de parar una reforma que desconoce la historia y la voluntad del poder constituyente.

Efectivamente, la nueva Justicia militar abandona el principio de que quien manda debe juzgar, mediante la eliminación de la autoridad judicial militar, a la que priva, según la Ley Procesal Militar, de todas sus anteriores facultades, que ejercía de acuerdo con su Auditor, reduciendo su papel a la posibilidad de impugnar las sentencias que juzgue contrarias a derecho; es también la quiebra definitiva de la justicia por jurado profesional, con la eliminación de los consejos de guerra y del Consejo Supremo de Justicia Militar, sustituidos por unos Tribunales militares, Territoriales y Central, en los que la proporción de juristas sobre militares de armas es de dos a uno; con la desventaja para éstos de que el puesto es eventual, caso por caso, mientras los jurídicos son, como se decía en la Novísima Recopilación de los Consejeros Togados del Supremo Consejo de la Guerra, de «asistencia continua». Además, se crea un último nivel judicial en el Tribunal Supremo, la Sala de lo Militar, a cargo sólo de juristas (jurídico-militares y magistrados de la jurisdicción ordinaria).

Pero, como anticipamos, este nuevo modelo de Justicia militar, que rompe radicalmente con el perfil tradicional de la Justicia militar, tampoco se adecúa al orden jurisdiccional común, es decir, a los principios orgánico-judiciales de la Constitución. En efecto, el modelo de la Ley 4/1987 se separa de los órdenes jurisdiccionales comunes porque, en primer lugar, los jueces militares, los Jurídicos de la Defensa, están fuera del «cuerpo único» judicial a que se refiere el artículo 122 de la Constitución. Esta dependencia muestra la falta de independencia orgánica de los miembros de los tribunales militares, cuya carrera depende íntegramente de aquel Ministerio. Así es para los miembros no jurídicos de los Tribunales Territoriales y Central, simples militares de carrera, cuya independencia es la misma que la de los antiguos vocales de los consejos de guerra. Pero en los Jurídicos de la Defensa tampoco hay independencia por su *status* profesional, pues a efectos de la selección, formación, retribuciones, incompatibilidades, sanciones y promoción son también simples funcionarios del Ministerio de Defensa, donde ejercen, a su vez, funciones asesoras o simplemente de gestión burocrática. La independencia de los jurídico-militares y de los militares de armas, que forman ocasionalmente en los tribunales militares, es, pues, la misma que existía con anterioridad, pues la independencia de un

juez se garantiza desde la organización de su carrera y no con enfáticas proclamaciones de la misma (43).

En Italia, como antes dijimos, desde una exigencia constitucional inferior a la nuestra (44), el abandono del modelo arquetípico de Justicia militar lo ha sido a costa de crear una judicatura militar plenamente independiente, equiparada a todos los efectos por la Ley 180/1981 a la ordinaria y gobernada por un Consejo de la Magistratura Militar (45). Y ha sido así, como dice MAZZI, porque «no se trata

(43) Del orden de las que se hacen en la Ley 4/1987 y que sirven para encubrir la falta de independencia orgánica y de carrera de los que sirven en los tribunales militares: «Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar. Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecho por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que se establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto» (art. 6). Este principio regía igualmente antes de la Constitución para la jurisdicción ordinaria y la militar. En cuanto a la posibilidad que el artículo 8 reconoce a los jueces militares de quejarse ante el Consejo General del Poder Judicial cuando fueren perturbados en su independencia, nada garantiza frente a posibles «perturbaciones administrativas» que el denunciado pueda sufrir a lo largo de su carrera. En definitiva, los miembros de los tribunales militares —sean o no jurídicos— disfrutaban de la misma independencia de que disfrutaban.

(44) Según el artículo 103 de la Constitución italiana, «los tribunales militares en tiempo de guerra tendrán la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz tendrán jurisdicción sólo en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas»; por su parte, el artículo 117.5 de la Constitución española preceptúa: «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

(45) El principio de equiparación absoluta a todos los efectos, incluidas, por supuestos, las retribuciones, de la magistratura militar y la ordinaria, incluyendo también a los magistrados de la Corte de Cuentas y del Consejo de Estado, está proclamado por el artículo 1 de la Ley 180/1981. Por Ley de 30 de diciembre de 1988 se regula el Consejo General de la Magistratura Militar, que preside el Presidente de la Corte de Casación y lo integran el Procurador general militar ante la Corte de Casación, cinco miembros elegidos por los magistrados militares, de los cuales alguno ha de ser magistrado militar de casación; de dos miembros ajenos a la magistratura militar, elegidos entre los Presidentes de las Cámaras, entre profesores ordinarios de Universidad, en materias jurídicas o con al menos quince años de ejercicio profesional: uno de éstos es elegido Vicepresidente. Aunque el número de miembros es lógicamente menor, dada la entidad del cuerpo de magistrados a gobernar, este Consejo tiene las mismas atribuciones que el Consejo Superior de la Magistratura. El cuerpo de magistrados militares sigue manteniendo a efectos honoríficos una equiparación con los grados militares, que va desde teniente general a coronel, pero que nada afecta a su *status* de independencia y que no requiere preparación militar alguna para el acceso al cuerpo, ni siquiera el cumplimiento del servicio militar, pues, según la jurisprudencia administrativa, de este deber se exoneran con el acceso al cuerpo. Pero tanto esa exención como la equiparación se denuncian como un inadmisibles privilegio y porque «para poder desenvolver efectivamente sus funciones sobre las partes el magistrado militar debe permanecer extraño y separado respecto a los diversos componentes de la organización militar». Según el artículo 15 de la Ley 180/1981, la posición del Ministro de Defensa respecto de la Justicia militar es la misma que la que ostenta el Ministro de Justicia respecto a la jurisdicción ordinaria, que «deberá proveer a la organización y al funcionamiento de los servicios relativos a la justicia militar». Incluso en esto se ve un riesgo para la independencia, postulándose la reunión en un mismo órgano administrativo de todo lo

tanto de garantizar la ausencia de vínculos o directivas sobre la actividad del juez, como de la ausencia de condicionantes indirectos derivados de poderes de tipo jerárquico ejercitados en el interior del aparato» (46).

De otro lado, la duplicidad de funciones de los jurídico-militares infringe abiertamente el artículo 117.4 de la Constitución, que impide que los Juzgados y Tribunales —y por lo mismo los cuerpos de jueces que los sirven— ejerzan otras funciones que las estrictamente judiciales. ¿Cómo explicar desde esos principios constitucionales la presencia de los vocales militares en los tribunales territoriales, militares profesionales que ocasionalmente se sientan en un tribunal de justicia, como una pausa y excepción a sus ocupaciones estrictamente castrenses?; ¿y cómo explicar que los jurídico-militares sean a lo largo de su carrera asesores jurídicos de la Administración y verdaderos jueces?

Tampoco cumple la reforma con el postulado del juez predeterminado por la Ley a que obliga, según el modelo judicial común, el artículo 24.2 de la Constitución. Los vocales militares se nombran para cada ocasión, como los antiguos vocales de los consejos de guerra, y la presencia de los Jurídicos de la Defensa en los Tribunales Militares, Territoriales y Central, depende de su nombramiento como tales jueces desde el Ministerio de Defensa y su permanencia en ellos puede verse interrumpida mediante un inocente ascenso decretado desde la misma instancia administrativa (art. 66.2, que prevé el cese «por ascenso, si conforme a esta ley no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan»). De otro lado, en la composición de la Sala Quinta del Tribunal Supremo los cuatro magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico de la Defensa vienen de una carrera controlada absolutamente por el Ministerio, al que corresponde, con total discrecionalidad, determinar los ascensos al generalato y después, entre los ya Generales, proponer una terna al Consejo General del Poder Judicial (47).

En definitiva, estamos en presencia de una infracción a la Constitución, que impuso una Justicia militar a cargo de los militares de armas, los cuales no pueden ser confundidos con unos juristas a los que se impone un estatuto funcional militar, una leve formación castrense y un uniforme. El resultado no es una Justicia militar, una justicia castrense en su esencia y singularidad tal y como la historia perfiló esta institución y acuña el Derecho comparado en aquellos

relacionado con la justicia militar, como se ha hecho para la justicia de menores (Giuseppe MAZZI, *Ordinamento giudiziario Militare*, en «Rassegna della Giustizia Militare», núm. 6, 1989, pág. 410).

(46) MAZZI, *op. cit.*, pág. 406.

(47) Ley 17/1989, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

países que la mantienen, y como parece haber respetado y querido la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

De otro lado, el sucedáneo orgánico erigido en su lugar es inadmisibile como un orden jurisdiccional común, en los términos que la Constitución exige para todos los órdenes judiciales, pues quienes ejercen ahora la Justicia militar, los Jurídicos de la Defensa y los militares que ocasionalmente se sientan en los Tribunales militares, no tienen asegurada su independencia, ni forman parte del «cuerpo único» de los jueces y caen de lleno en la prohibición implícita de cuerpos mixtos, de jueces y asesores de la Administración, como lo es el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa (48).

Ahora bien, frente a esta situación, contraria, en cualquier caso, a la Constitución, sólo hay dos salidas: volver atrás, al perfil orgánico castrense de la Justicia militar, que es, en nuestra opinión, lo más ajustado a la Norma Suprema, o ir hacia adelante profundizando en los principios constitucionales, haciendo de la Justicia militar, plenamente, un orden judicial común, lo que implica la plena ruptura de los lazos del Cuerpo Jurídico Militar con el Ministerio de Defensa, su dependencia del Consejo General del Poder Judicial y la asimilación y equiparación de sus miembros, a todos los efectos, a los demás miembros de la carrera judicial. A este fin se impondría también una adecuación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para lo cual no existe la Justicia militar como un orden jurisdiccional común, ni la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Como la primera solución —al implicar un reforzamiento de la institución militar va contra los vientos de la historia, que soplan en favor del desarme y la desmilitarización, de caídas de bloques y de muros, que hacen vislumbrar, por primera vez en la historia, una época de paz y sin Ejércitos— resulta políticamente inimaginable, habrá que aprestarse a dar, a pesar de la Constitución, un definitivo adiós a la genuina Justicia militar, una institución dramática como

(48) Desde una perspectiva sociológica, no estará de más dejar constancia de quiénes han ganado esta batalla, quiénes han sido los beneficiados de esta operación desvirtuadora de la Justicia militar: de una parte, evidentemente, las cúpulas de los Cuerpos jurídico-militares, unidos hoy en el Cuerpo Jurídico de la Defensa, que han visto incrementadas sus posibilidades de carrera con el ascenso a la categoría de magistrados del Tribunal Supremo; de otra, la magistratura ordinaria, que ha ampliado su nómina en el Tribunal Supremo cobrándose con cuatro de las ocho plazas de magistrado de la Sala de lo Militar; y, sobre todo, el Ministerio de Defensa, que gana una importante potestad sancionadora administrativa al convertir las faltas graves y leves, antes penales, en administrativas, y, además, el control sobre un importante cuerpo de jueces, los jurídico-militares, los que, en general, se han convertido ahora en jueces ordinarios de lo militar, pero sin el correspondiente *status* de carrera judicial. El Ministerio de Defensa deviene el gestor de la administración de la Justicia militar, justamente la posición preconstitucional que ostentaba el Ministerio de Justicia en relación a la jurisdicción ordinaria.

ninguna otra de las creadas por los hombres, que sirvió de retaguardia y garante de los actos más heroicos y de la que salieron también las más crueles y fulminantes condenas. Por ello, mientras la *Justice under fire*, como los viejos soldados que no mueren nunca, se desvanece en el horizonte, rindámosle, en la esperanza de un mundo definitivamente en paz, el más simple y sencillo de los honores: el que en los Ejércitos se da a los soldados desconocidos a la caída de la tarde, al arriar la bandera, en toque de silencio, desde el primer tiempo del saludo militar.

