

LA ORGANIZACION DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL BRASIL (*)

por Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO

Juez Honorario del Tribunal Militar
Superior del Brasil

El tema propuesto para esta conferencia, esto es, el examen del conjunto de normas legales que regulan en mi país la organización, el funcionamiento y la competencia de los Tribunales militares —ramas importantísimas del Derecho penal militar cuyo concepto, contenido y enseñanza se encuentra aún en nuestros días como tema de injustificada controversia—, resulta difícil de resumir y aún más difícil de exponer fuera del país por quien como yo, más como cronista que como historiador y más como crítico que como comentarista, estudió la cuestión de gran complejidad y amplitud en razón a los problemas jurídicos, políticos y militares que en ella se encierran, los cuales necesitan en el Brasil, a mi parecer, ser atendidos articulando convenientemente los inflexibles preceptos constitucionales que los organizan con las indeclinables necesidades de la Fuerza Armada, de cuya eficiencia es guardián el Derecho penal militar. Dado el carácter cultural e informativo de esta conferencia, sería insincero y de un patriotismo mal entendido el ocultar ahora aquellos errores o fallos de la legislación penal militar del Brasil que tantas veces señalé en otros de mis trabajos.

(*) Como anunciábamos en nuestro número 13 (págs. 199-200), ofrecemos hoy el texto de la Conferencia que, en el Salón de Actos del Consejo Supremo de Justicia Militar, pronunció, en Madrid, el 28 de abril de 1961, el Ministro togado del Superior Tribunal Militar del Brasil, excelentísimo señor don MARIO TIBURCIO GOMES CARNEIRO, sobre el tema: *La organización judicial militar en el Brasil*. Este artículo es, quizás, el último trabajo que, antes de su muerte, acaecida en el mes de marzo de 1962, realizó tan eminente tratadista del Derecho Militar, y en él, una vez más, se transparenta la simpatía de su autor hacia España. El texto presenta algunas diferencias respecto a la Conferencia, ya que fué cuidadosamente repasado y puesto al día por su autor.

JUSTICIA MILITAR

I. SU FUNDAMENTO HISTÓRICO

La sociedad humana, desde las fases más remotas de su evolución, necesitó equiparse para su defensa material instituyendo medios de represión que en el juicio militar tuvieron su más antigua expresión como organismo de represión penal y disciplinario con la indistinción propia de las normas primitivas.

Cualquiera que haya sido, a través de los tiempos, el nombre dado a la fuerza encargada de la defensa material de la sociedad, de acuerdo con los principios políticos y sociales que regularon su composición y su misión específica, en cada época y en cada región, el organismo de represión creado con tal fin tiene en nuestros días el nombre de Tribunal militar, la más antigua institución social y jurídica que la Historia registra, resaltando lo accidentado de la forma en que fué concebida y que fué sucesivamente como emanación del mando, como privilegio de clase, como jurisdicción de exención y, finalmente, como Tribunal especial, soportando con gallardía todas las vicisitudes políticas y resistiendo impávida la más tremenda lucha de que se tenga noticia con éxito sólo comparable al de la Iglesia Católica Romana en la defensa de su Credo.

En cuanto a la remota antigüedad del Derecho penal militar, no existen divergencias entre historiadores del Derecho y sociólogos, pues ambos reconocen la existencia de reglas represivas de carácter militar en las legislaciones, documentos, obras literarias y libros sagrados de los pueblos existentes en las más alejadas edades de la Historia, en la fase guerrera y conquistadora de la actividad del hombre, definida por AUGUSTO COMTE en la *Ley de dinámica social*, y en tal orden de ideas los historiadores apuntan al *Código de Hammurabi*, compuesto dos mil años antes de Jesucristo y que consideran como el más antiguo documento conteniendo normas sobre Derecho penal militar (1).

A ese lejano período es al que alude nuestro eminente colega de la justicia militar mejicana OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ, cuando observa en su interesante monografía *Autonomía del Derecho Militar* lo siguiente: "Conviene advertir que en todos los pueblos, la etapa guerrera precede a la vida civil y que ésta se va organi-

(1) G. R. DRIVES y JOHN C. MILES: *Babylonian Laws. I Legal Commentary; II Translation and Commentary*. New York, 1953-1955. *Código de Hammurabi*. Traducción inglesa de R. W. ROGERS (*Concise Form Parallels to the Old Testament*). 2.ª ed., 1916.

zando merced a sucesivas exenciones de aquélla permitidas por las circunstancias. En esta etapa, la jurisdicción militar se manifiesta más como un hecho que como una institución jurídica por tres razones fundamentales: porque existe unidad de poder; porque el estado permanente es el de guerra, y por la ausencia de un concepto diferencial entre el delito común y el delito militar.”

Con las transformaciones del Derecho constitucional en el que la Fuerza Armada y la materia relativa a la jurisdicción en general pasaron a tener su fundamento, los Tribunales militares perdieron su índole primitiva y a través de una penosa evolución llegaron a nuestros días con el carácter de *Tribunales especiales* que por inexcusables necesidades de naturaleza política, jurídica y militar aplican un Derecho especial destinado a regular relaciones jurídicas especiales impuestas a *los militares* por la particularidad de la vida de la Fuerza Armada y *extensivas a los civiles* por las crecientes exigencias de la seguridad del Estado.

Apoyándome en las enseñanzas de ERNST FRANZ WEILS, profesor de la Universidad de Viena, creo que “el Derecho penal militar es ahora, o más exactamente desde la adopción del servicio militar obligatorio, un derecho especial y no un *derecho de clase* (como lo concebía la Edad Media), esto es, que para el militar existen leyes no porque el Ejército constituya una clase especial, sino porque el Estado impone al militar deberes que exigen una sistematización y una garantía especial cuya violación exige también disposiciones especiales”. (*Das Heeres-Strafrecht Allgemeiner Teil*. Wien, 1892, pág. 25 (2).

Generalizado tal concepto, tuvo lugar el curioso fenómeno que ya señalé en varios de mis estudios, del tránsito de la creación de los Tribunales militares de la esfera de la legislación ordinaria a la esfera constitucional, articulados con los demás órganos que componen el poder judicial como sucede en el Brasil en condiciones singulares.

Por regla general, en las constituciones en vigor los Tribunales militares figuran entre los órganos del poder judicial, pero, sin embargo, en ninguna esta materia aparece formulada con un conjunto tan completo y sistemático de preceptos como en la *Carta Magna* brasileña a partir de 1934.

(2) El Doctor ERNST FRANZ WEILS, en la parte general de su *Compendio sobre Derecho penal del Ejército* hace la observación citada en el texto con las siguientes palabras: “Das militär Strafrecht ist gegenwärtig und zovar seit der Einführung der allgemeinen Wahrpflicht ein Sonderrecht und Kein Standerrecht (wie es das Mittel-Alter aufwies) d. L. es bestehen für das Militär besondere Gezetzenicht weil das Haer ein besonderen Stand Bildet, sondern weil der Staat Ihum Pflichter auferlegt, die sine besondere Regelung und Sicherung, und deren Verletzungen besondere Verfügungen erheischen” (*Das Heeres-Strafrecht Allgemeiner Teil*. Wien, 1892, pág. 25).

Cualesquiera que sean las causas de este fenómeno, la incorporación de la justicia militar al organismo judicial establecido en las constituciones políticas, representa, a mi parecer, su definitiva cualificación científica que debe registrarse como término final de su evolución política, jurídica y social.

Esa última etapa de la concepción jurídica del Derecho judicial militar, anhelo de la conciencia jurídica universal en lucha secular por la humanización de la justicia castrense, fué alcanzada en la órbita constitucional en 1934, por iniciativa del Derecho brasileño, con relevancia específica: inalterada en nuestros días y, sin embargo, desconocida en los medios culturales internacionales y por doloroso que sea el confesarlo, inadvertida en el Brasil incluso por aquellos que en la enseñanza o en la actividad judicial debían haber tomado nota de la importancia que teórica y prácticamente tenía la incorporación de los Tribunales militares en el aparato judicial del país, no como una simple disposición doctrinal remitiendo al legislador ordinario la libertad de concepción al elaborar las normas de organización de la justicia militar, sino, al contrario, estableciendo en el propio texto en los varios capítulos relativos a la justicia común, a la organización de las Fuerzas Armadas y a la Declaración de Derechos, todo un esquema de la organización judicial militar sin precedentes y sin modelos en la legislación comparada. Y digo sin precedentes y sin modelo, porque la Constitución de Checoslovaquia, que es en este punto la que más se aproxima a la postura brasileña, es de fecha posterior a la Carta política del Brasil, que dió una solución inédita al viejo problema tantas veces secular de retirar del arbitrio del mando y de la versatilidad de las Asambleas políticas la facultad de escoger el sistema de organización, funcionamiento y competencia de los Tribunales militares.

Es de lamentar en este aspecto que no se hubiera conseguido antes elaborar en el Brasil el nuevo concepto, ya en el comienzo de la presente centuria propuesto a la Cámara de los Diputados por el diputado ESTEBAN LOBO en 1905, cuando recomendó su adopción como precepto constitucional a fin de resguardar las instituciones de las facciones políticas y de la incompreensión de los propios militares.

Es, sin duda, en este aspecto donde ha de ser exaltada la conquista lograda por el Derecho brasileño que sin falso patriotismo hago resaltar aquí llamando sobre el tema la atención de los eminentes compañeros de la justicia militar de España que en otras épocas tuvo su Derecho militar definido en el *Fuero Juzgo* y en las *Siete Partidas*, famosos monumentos jurídicos que en la sistemática de aquellos tiempos eran también leyes constitucionales.

Conservando en la memoria el juicio injusto formulado por Montesquieu en relación al *Fuero Juzgo*, tengo presentes las páginas elocuentes que D. MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE escribió en su *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los jueces y de su versión castellana* y el admirable "Prólogo" de GREGORIO LÓPEZ de la Real Academia de la Historia relativo a las *Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio*, cuyos textos fueron objeto de examen personal para convencerme de que los métodos de codificación adoptados en aquellas dos grandes construcciones jurídicas incluían toda la materia del Derecho tanto en su rama constitucional como en su rama ordinaria sin distinguir en su clasificación (3).

II. FUNDAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN

En relación con la conservación de la jurisdicción militar en los moldes de la legislación heredada de Portugal, la conciencia jurídica nacional formada en el Brasil independiente, se manifestó solemnemente en los primeros actos de la Asamblea General Legislativa, cuando discutió y votó la "Ley sobre la abolición de los juicios privativos" que iba a regular la disposición de la Constitución del Imperio relativa a esta materia decidiendo mantener el Fuero de los militares en los *crímenes puramente militares*, cuya definición debía hacerse en una *Ordenanza especial*, según el sistema de codificación entonces corriente de reunir toda la legislación militar en un cuerpo único de leyes.

Por otra parte, la execración que durante el Imperio habían provocado en la opinión pública por su condenable acción política las "Comisiones Militares" no alcanzó a los "Consejos de Guerra", esto es, a la justicia militar como institución, la cual sin haber tenido nunca sus normas elaboradas en el seno del Parlamento en ley formal perfecta, llegó a la República con la misma

(3) Sobre el Fuero Juzgo, la información más completa aparecida en portugués, con transcripción de su texto en latín y comentarios, fué la monografía del profesor ANTONIO LUIZ DE SOUZA HENRIQUES SECCO: "Historia da legislação portuguesa desde os mais remotos tempos", en *Revista de Legislação y Jurisprudencia*; Coimbra, 1871-1872, vol. IV, págs. 450, 486, 548, 579, 594.

Otro Código, *Las Siete Partidas*, de Alfonso X el Sabio, fué objeto de la atención de CHRISTOVAN AYRES DE MAGALHAES SEPULVEDA, quien, tras hacer resaltar su gran influencia en Portugal durante el siglo XIV, manifiesta es "no sólo un compendio, un código y una ordenanza militar, sino también la manifestación completa de una lengua que aparece ya formada con toda su fuerte envergadura, precioso documento, por consiguiente, al mismo tiempo que marcial, jurídico y literario". (*Teoria da Historia da Civilização Militar*. Lisboa, 1916.)

forma del régimen monárquico y con ella fué incluida en el texto de la Constitución republicana de 1891.

Así, sin impugnaciones de tipo doctrinal y sin oposición de los partidos políticos que nunca plantearon en sus programas la abolición de los Tribunales militares, la justicia militar representa la única institución jurídica que en la historia del Brasil, a través de todos los regímenes políticos de 1822 a 1961, no consiguió ser codificada en los órganos constitucionales con atribuciones para elaborar las leyes, no obstante las tentativas hechas durante el Imperio y la República para la reforma de la antigua legislación recibida de Portugal. Y ello porque excluido de la enseñanza universitaria, el Derecho penal militar no despertaba curiosidad científica en los centros culturales del país, ni alimentaba controversias ideológicas en los partidos, lo que motivaba fuese su codificación demorada indefinidamente aunque siempre fuese considerado como problema urgente.

Un clamoroso proceso en el que se dilucidaban responsabilidades de civiles y militares implicados en un grave delito de rebelión, inspiró en 1905 la intervención del diputado ESTEBAN LOBO, que en sus "bases para elaboración de los Códigos militares" se pronuncia de la siguiente manera: "Imbuídos todavía en el viejo concepto del contencioso-administrativo y más aún en el de la capacidad judicial del Estado, existen países, y entre ellos el nuestro, en los que la justicia militar en lugar de extender sus raíces en organismos judiciales autónomos y que se desenvuelven por sus propias fuerzas dentro de las leyes de un lógico desarrollo, hacen de ella un capítulo más entre los que contienen las atribuciones del poder ejecutivo". (*Arquivo de Direito Militar*, año III, número 2, pág. 361.)

Se vislumbraba en la posición de ESTEBAN LOBO la definición jurídica que triunfó en 1934 con la inclusión de los Tribunales militares entre los organismos judiciales establecidos por la Constitución.

Un año más tarde, en 1906, HELIO LOBO, joven abogado, rompía la tradición brasileña y en su libro *Sabres e Togas* ofrecía una solución radical fundiendo en un solo cuerpo los Códigos penales común y militar mediante la adición al Código común de un título destinado a los delitos puramente militares y propugnaba la abolición de los Tribunales militares sustituyéndolos por Jueces togados federales, cosa que llevaba consigo la transferencia a la justicia ordinaria del enjuiciamiento de los delitos puramente militares.

Los dos LOBOS, primos hermanos, unidos por estrecha amistad y utilizando los mismos datos bibliográficos, llegaron a soluciones totalmente divergentes; pero en tanto que la obra de ESTEBAN

Lobo quedó sepultada en los archivos de la Cámara de los Diputados, *Sabres e Togas* provocó un movimiento cultural y legislativo muy intenso.

En efecto, los estudios antes indicados, tras de inspirar la orientación *civilista* que el Presidente Epitacio Pessoa, en 1920, imprimió a la codificación de las normas de organización y procedimiento de los Tribunales militares, pueden ser considerados como las fuentes de la iniciativa del Ministro Arthur Ribeiro, en el seno de la Comisión encargada de confeccionar un anteproyecto de Constitución en 1934, en la parte relativa al Poder judicial. Pasado el asunto a las Constituyentes sin preparación adecuada, se desarrolló de forma imprevista y en el texto de la Constitución de 1934 aparece una solución que daba a los Tribunales militares las prerrogativas de Tribunales judiciales apartándoles del carácter de órganos administrativos.

Con pequeñas objeciones resultantes de imperativos políticos regionales que limitan la jurisdicción militar al tiempo de guerra o a los períodos de navegación cuando se trata de la Marina, los modelos que hoy ofrece la legislación comparada abonan la jurisdicción militar y su integral autonomía. Por lo general, en el Derecho público contemporáneo la justicia militar tiene su fundamento en la Constitución: en unos países, con organización administrativa; en otros, con organización judicial.

En nuestro país la referencia a las normas que forman el contenido del Derecho penal militar figura en el texto de la Constitución de 1934, no sólo en los capítulos destinados a la organización del Poder judicial, sino también en los relativos a las Fuerzas Armadas y a la Declaración de Derechos. Su formulación actual se encuentra en la Constitución de 1946, que innovó en un punto y en otros interpretó las constituciones anteriores. Innovó, creando la justicia militar de los Estados, e interpretó disposiciones de las Constituciones de 1934 y 1937, cuando en el art. 105 especificó el sistema de composición mixta como criterio de formación de los Tribunales militares y dejó claro que en la organización de la segunda instancia de la justicia militar, con militares y togados, estos últimos han de ser reclutados entre los Auditores.

III. ESQUEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN

Las Constituciones brasileñas, a partir de 1934, incluyeron en sus textos las líneas fundamentales de la composición y competencia de los Tribunales militares, revolucionando la ley y la doc-

trina entonces dominantes contrarias a otorgar atribuciones judiciales al Auditor como juez singular junto al Consejo de Justicia como juez colectivo y corrigiendo la rigidez del sistema establecido en la Constitución de 1891.

Para evitar toda duda, la Constitución de 1946 en el artículo 94 del capítulo IV relativo a la organización del Poder judicial, incluye entre los órganos que ejercen funciones judiciales, a los "Jueces y Tribunales militares", y en el art. 95 especifica las garantías aseguradas a los miembros permanentes del Poder judicial (Auditores o Magistrados de primera instancia y Ministros del Superior Tribunal Militar en segunda instancia) que forman el cuadro de jueces de carrera que como contingente togado entra en la composición de los Tribunales mixtos en las dos instancias unidos al contingente militar.

Tras establecer las garantías generales de la Magistratura, la Constitución, en su sección IV bajo el epígrafe "Jueces y Tribunales militares" determina cuáles son los órganos de la justicia militar, especificando algunas de sus particularidades y de sus límites. Así, declara: A) Que los órganos de la justicia militar son: el Superior Tribunal Militar y los Tribunales y Jueces inferiores instituidos por ley (art. 106), atribuyendo al legislador ordinario competencia para disponer sobre el número y la forma de elección de los Jueces militares y togados del Superior Tribunal Militar, los cuales tendrán emolumentos iguales a los Jueces del Tribunal Federal de Recursos; así como para establecer las condiciones de acceso de los Auditores. B) Que la inamovilidad garantizada a los Auditores no les exime de la obligación de acompañar a las Fuerzas junto a las cuales tengan que servir (artículo 107). C) Que a la justicia militar compete el procesar y juzgar en los delitos militares establecidos por la ley a los militares y a las personas que les sean asimiladas (art. 108), disponiendo en dos párrafos que este Fuero especial podrá extenderse a los civiles en casos previstos por la ley para la represión de delitos contra la seguridad externa del país o de las Instituciones militares y que la ley regulará la aplicación de las penas de la legislación militar en tiempo de guerra.

La Constitución, en su art. 176, identifica el militar de las Fuerzas Armadas, y en el art. 183 el militar de las Fuerzas Auxiliares, a los cuales el art. 108 equipara a los asimilados, confundiendo, en cambio, los conceptos de empleo y de despacho o patente estableciendo los fundamentos del estatuto jurídico de los oficiales de las Fuerzas Armadas, criterios legales que resultan esenciales en la determinación de los límites de la jurisdicción militar. Sin que se alcancen las razones en que se inspiró, la Constitución en el art. 207 entorpece cualquier iniciativa que en tiempo

de paz trate de elaborar leyes para la organización del país en tiempo de guerra y en cierto modo cercena la libertad del legislador ordinario en cuanto a la definición de delitos militares en tiempo de guerra exterior o civil. Según dicho artículo, la ley que decreta el estado de sitio en caso de guerra exterior o de conmoción interna será la que especificará los supuestos en los que los delitos contra la seguridad exterior de la Nación o de las Instituciones políticas y sociales, quedarán sujetos a la jurisdicción y a la legislación militar aun cuando sus autores sean civiles. Sin embargo, fuera de las zonas de operaciones solamente se entenderá respecto a civiles cuando estos delitos se relacionen o influyan en el curso de las operaciones.

Al Congreso Nacional corresponderá, pues, la tarea, en circunstancias tan delicadas, de determinar los casos en que fuera de las zonas de operaciones los delitos mencionados se relacionen con ellas o puedan influir en su curso, problema indudablemente difícil en su resolución. Conocidos los factores políticos, económicos y sociales que se entrelazan en nuestros días en la preparación, desencadenamiento y desarrollo de los diversos tipos de guerra y más si pensamos en la llamada guerra revolucionaria cuyos límites es imposible fijar, se comprenderá que la restricción establecida por la legislación puede llegar a constituir para el legislador dificultades insuperables (4).

En cuanto a la materia disciplinaria militar, respecto a cuya clasificación jurídica existe controversia tratando de negársele carácter penal que la incluiría entre aquellos asuntos que necesariamente han de ser regulados por ley federal, también aparece en los textos de la Constitución.

El art. 5.º, número cuatro, en relación con el número quince letras A) y F) que establecen la forma de organización de las policías militares de los Estados y de la Unión, con especificación de normas penales y disciplinarias, lleva a pensar que la Constitución reconoce la índole penal de las normas disciplinarias militares que deben entonces ser definidas por ley federal como

(4) La legislación militar brasileña presenta, en este asunto, la originalidad del *Manual de Campanha. Serviço em campanha. Serviços*. Este es el título de un reglamento dictado por el Jefe de Estado Mayor del Ejército, tomando como base las atribuciones que le confiere el número quinto del Reglamento para operaciones militares del Ministerio de la Guerra. En este manual, cuya validez, desde el punto de vista jurídico, es, a mi juicio, más que dudosa, se contiene un sistema completo de organización judicial en campaña, que no se corresponde exactamente ni con el que se adoptó para la Fuerza expedicionaria brasileña ni con el que el Código de Justicia Militar establece para la emergencia. Se incluye también un sistema de organización de policía militar y disposiciones relativas a los prisioneros de guerra y a los civiles de diversas categorías con referencia a los Convenios de Ginebra.

asunto de la competencia del Congreso Nacional, puesto que sería inconcebible que la Constitución considerase como atribución de la Unión el legislar sobre la materia disciplinaria para las Fuerzas Auxiliares, y exclúyese, en cambio, la materia disciplinaria de las Fuerzas Armadas de las que aquéllas son auxiliares y reservas en servicio activo.

La Constitución de 1946, en el art. 124, creó la justicia militar en los Estados que, de conformidad con el art. 5.º número quince letra F) tendrán como órgano de primera instancia los Consejos de Justicia, y como órgano de segunda instancia un Tribunal especial o un Tribunal de justicia del Estado, ejerciendo la jurisdicción militar exclusivamente en los cuadros militares de sus respectivas Policías militares.

En uno de mis estudios he criticado esta innovación: para mí perturbadora del sistema contenido en la Constitución de 1934, y manifestaba entonces que no acertaba a conciliar la amplitud del concepto de jurisdicción militar privativa de la Unión con la restricción que suponía el instituir una justicia militar de los Estados con dos tipos diferentes de Tribunales superiores, uno de los cuales, por la formulación de las Constituciones de los Estados ya no es un Tribunal mixto. La justicia militar, expresión de la soberanía nacional, aparece así mutilada en esta Constitución de 1946.

Estos preceptos constitucionales debieron ser ciertamente respetados en su integridad, en su espíritu y en su punto de vista formal por el legislador ordinario, pero es de lamentar que ni el Código de Justicia Militar ni el Código penal militar ajustaron estrictamente su preceptos a estas normas constitucionales vigentes en el tiempo de su publicación.

EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

I. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE PAZ

La organización de la justicia militar del Brasil, herencia del Derecho portugués que junto al Derecho español y en cierto período convertido en Derecho español, se caracterizaba por un conjunto de instituciones jurídicas que en el siglo XVI singularizaban la legislación ibérica, conservó alguno de los principios fundamentales que se destacaron en la historia del Derecho militar, y entre ellos, la condición de "justicia de jefes", la división de los Tribunales militares en dos instancias con la presencia en

ambas de magistrados civiles de las instancias correspondientes de la justicia común.

La composición de los Tribunales militares y las normas procesales se encuentran establecidas, en líneas generales, en la Constitución de 1891, y después modificadas por el Código de organización judicial y procedimiento militar de 1920, y los sucesivos de 1922, 1926 y 1934. Hoy se encuentran reguladas por el Código de Justicia Militar de 1938 y leyes modificativas del mismo, como son la Ley orgánica del Ministerio Público de la Unión, de 1951, en cuanto afecta a las atribuciones del Ministerio Público militar, y la Ley núm. 1.802, de 5 de enero de 1953, en cuanto restituye a la justicia militar la competencia que la legislación de emergencia de 1942 le había restado.

El Código de 1938, elaborado durante la vigencia de la Constitución de 1937 y no alterado por la de 1946, sin corregir las imperfecciones de la legislación anterior cuya crítica justa y severa apresuró su elaboración, desatendió la situación jurídica creada en el Derecho público brasileño por la incorporación de la justicia militar al poder judicial dando lugar a las anomalías que presenta.

El Código de 1938 estableció en su art. 4.º: "Son órganos que administran la justicia militar: I. El Superior Tribunal Militar en todo el país. II. Los Consejos de Justicia y los Auditores en las respectivas Regiones y Auditorías."

Como se ve, el Código subordina la organización judicial militar al mando territorial instalado en las Regiones militares cuyos efectivos y territorio se determinan en las leyes orgánicas y en la división territorial de cada una de las Fuerzas Armadas, dotando a las Regiones militares en el Ejército de Tierra y a los mandos militares correspondientes de la Marina y la Aeronáutica de Auditorías en número considerado suficiente para las necesidades judiciales en tiempo de paz. Así, en cada una de las Regiones militares (Pará, Ceará, Pernambuco, Bahía, Paraná, Minas Gerais, Matto Grosso y, en su momento, Brasilia) radica una Auditoría con sede, respectivamente, en Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Curitiba, Juiz de Fora y Campogrande, con jurisdicción cumulativa para Ejército de Tierra, Marina y Aeronáutica, y en las otras Regiones militares (Río de Janeiro —hoy Estado de Guanabara—, Sao Paulo y Río Grande do Sul), atendiendo a los efectivos, el número de Auditorías varía. Así, en la I Región Militar, con sede en el Estado de Guanabara, funcionan siete Auditorías; tres, para el Ejército de Tierra; dos, para la Marina, y dos, para la Aeronáutica. En la II Región (Sao Paulo), con sede en Sao Paulo, dos Auditorías, uno de ellas con jurisdicción sobre los tres Ejércitos; y en la III Región (Río Grande do Sul), con sede

en Porto Alegre, tres Auditorías; una, en la capital para las tres Fuerzas Armadas; otra, en Bagé, y otra, en Santa María, con jurisdicción sobre los efectivos de las grandes Unidades radicadas en los respectivos distritos.

Clasificadas en dos categorías, la primera comprende las Auditorías de los Estados y la segunda las Auditorías con sede en Río de Janeiro, antigua capital federal; todas ellas radican, como se ve, en las cabeceras de las Regiones, salvo las dos citadas del Estado de Río Grande do Sul.

Partiendo del órgano judicial más simple, que es el Auditor cuya jurisdicción se ejerce en los límites de las respectivas Auditorías donde se inicia y se completa la actividad de la primera instancia de la justicia militar, vamos a empezar a examinar esta organización hasta llegar al órgano más complejo: el Superior Tribunal Militar.

El Auditor es el "Juez inferior" a que hace referencia la Constitución y el único órgano rigurosamente permanente de la primera instancia al que se confiaron atribuciones específicas del Juez singular de la justicia común. Su actividad se desenvuelve en la Auditoría, que es un instituto jurídico de existencia permanente que se organiza y funciona con las mismas personas que institucionalmente entran en la composición de los Consejos de justicia: el Auditor, el Promotor (Fiscal), el Abogado de oficio, el Escribano, el Escribiente, el Oficial de justicia y sus sustitutos, aparte de otros auxiliares con funciones meramente administrativas.

A pesar de su nombre, el Consejo Permanente, que se organiza y funciona en las Auditorías, es un Tribunal temporal, siendo la Auditoría, como hemos dicho, el único órgano permanente.

Con arreglo al Código de Justicia Militar, las Auditorías ejercen junto al mando de las Regiones militares las atribuciones judiciales que el Código confiere a cada uno de sus componentes, que son todos civiles: el Auditor, Juez, con todas las consideraciones que la Constitución otorga a los miembros del Poder judicial, y los demás sujetos al estatuto de los funcionarios civiles de la Unión.

Además de estas Auditorías, donde se organizan y funcionan los Consejos de Justicia Militar y donde se completan los procesos de deserción y falta a concentración, hechos por los Consejos de Justicia de los Cuerpos de Tropa, existe una Auditoría de corrección que tiene como misión proceder al examen de los autos de los procedimientos que terminan en primera instancia, que anualmente deben serles remitidos y recorrer, cuando lo juzge oportuno, las Auditorías para examinar los procesos en trámite. La acción fiscalizadora de este órgano se ha mostrado, sin embargo, insuficiente.

La admisión en los cuadros iniciales de la carrera (Auditor, Promotor y Abogado de oficio) se realiza mediante un concurso de pruebas y méritos que versan sobre el conjunto del ramo penal militar. Divididas las Auditorías en dos categorías, la promoción de una para otra y el acceso al Tribunal Superior se encuentran reguladas en el Código por normas a mi juicio arbitrarias y que no siguen el criterio admitido para el servicio público en la Unión, ni en la Constitución para la justicia de los Estados que a falta de disposición especial debería servir como regla supletoria.

Conforme textualmente dispone el Código, el Auditor, como Juez, tiene atribuciones para decidir: a) Sobre la denuncia presentada por el ministerio público, aceptándola, rechazándola o acordando sea documentada o se practiquen las diligencias que juzgue necesarias. b) Sobre la petición de archivo o devolución de atestado policial militar, representación, queja o documento que le sean sometidos. c) Sobre existencia de todas las causas de extinción de la punibilidad. d) Sobre examen del cuerpo del delito que no haya sido hecho en el atestado. e) Decretar la prisión preventiva de los acusados Oficiales a requerimiento de la autoridad militar; es decir, todo un conjunto de poderes que implican el control judicial de la actividad del ministerio público militar resolviendo todas las cuestiones preliminares o prejudiciales suscitadas en la denuncia o provocadas por ella, y más tarde en el curso del proceso e incluso en el fallo es el voto del Auditor el que en relación a todos estos problemas informa a los Consejos de Justicia Militar.

Al lado de las atribuciones antes mencionadas, el Auditor tiene poderes disciplinarios como jefe administrativo sobre el personal en servicio a sus órdenes, excepto respecto al Promotor directamente subordinado al Procurador general de la justicia militar.

Como miembro efectivo y permanente de los Consejos de Justicia Militar (Permanente y Especial) y de los Consejos de Cuerpo de Tropa en los actos judiciales que les corresponden, el Auditor aparte de las funciones que se derivan de su cualidad de relator de los primeros de aquellos Consejos en las decisiones que adoptan encaminándolos y solucionando las cuestiones jurídicas surgidas, tiene la relevante atribución de que terminado el plazo para las alegaciones finales en orden a la formación de la culpa, puede ordenar que sean subsanadas las irregularidades o lagunas que se encuentren en el proceso. Esta función es muy delicada en un Tribunal mixto, en el que la mayoría está constituida por personas legas en Derecho y se ejerce raramente porque en los casos ordinarios no hay oportunidad para ello y en los graves su aplicación reclama un alto nivel de cultura y de valor cívico.

Terminado el procedimiento, el Auditor como Juez singular

ejecuta la sentencia pronunciada y resuelve todos los incidentes que puedan suscitarse teniendo los poderes explícitos o implícitos que le confiere el Código de Justicia Militar y como supletoria la legislación común. Esta ejecución de la sentencia abarca no sólo la parte relativa a la pena principal, sino también a las penas accesorias y, en su caso, a las medidas de seguridad decretadas.

Consecuencia de todo ello es que a partir de la *Carta de Guía*, por la que se autoriza el ingreso del reo en prisión para cumplir la condena hasta el *Alvará de soltura* que le restituye la libertad, le corresponde el ejercicio de todos los poderes para en los casos y en la forma establecidos por el Código, conceder la libertad condicional e interpretar y aplicar los decretos de perdón, indulto o amnistía.

Conviene recordar igualmente que es el Auditor quien en sesión pública y en presencia del Promotor y del Escribano inscribe el acta del sorteo de los jueces militares que van a constituir los Consejos (Permanente y Especial) que se forman en la Auditoría y que se componen de Oficiales en servicio en la Región militar, Distrito naval o Zona aérea. De la lista que sirve de base para el sorteo son previamente excluidos los Oficiales que desempeñan su primer destino en razón a su presunta falta de experiencia, y otros de mayor graduación cuyo apartamiento del puesto que desempeñan se considera perjudicial.

Los Consejos de Justicia Militar son los Tribunales militares de primera instancia con atribuciones para procesar y juzgar militares, asimilados y civiles por los delitos militares que el Código penal militar y la ley de Defensa del Estado definen como tales. Se clasifican en tres tipos: Permanentes, Especiales y de Cuerpo de Tropa y Establecimiento militar, que difieren entre sí en su composición, sistema de formación, competencia y duración.

El Consejo Permanente de Justicia Militar se organiza en la sede de la Auditoría por sorteo y por un plazo de tres meses y entran en su composición tres Oficiales con grado de Capitán o inferior, el Auditor y un Oficial superior. Puede actuar con simple mayoría de sus miembros, pero ha de reunirse entero para juzgar. En cuanto a su competencia, alcanza a la tropa por todos los delitos militares, excepto en la deserción y falta a concentración de individuos pertenecientes al Ejército. Normalmente actúa en la sede de la Auditoría, pero en casos especiales, cuando lo reclame la urgente necesidad de justicia, puede trasladarse a otro lugar a requerimiento del Promotor aceptado por el Auditor. En este caso, y siempre mediante una composición por sorteo, los Oficiales pertenecerán a la Unidad o Establecimiento donde

el acusado sirva o al que pertenezca. Previendo el caso de que el servicio de justicia impidiese que el Auditor, el Promotor y el Abogado de oficio se trasladasen fuera de la sede de la Auditoría, puede constituirse el Consejo Extraordinario de Justicia Militar, en el que toman parte los sustitutos de dichas autoridades y que es el que funciona fuera de la sede de la Auditoría disolviéndose cuando terminen los procesos que le son sometidos y que figuran en la convocatoria dada por el Auditor sustituto.

El Consejo Especial de Justicia Militar se forma con el Auditor y cuatro jueces militares de grado superior al del acusado o de su misma graduación, pero más antiguos, bajo la presidencia de un Oficial superior u Oficial General. Los Oficiales Generales quedan excluidos del sorteo cuando el procesado tenga el grado de Capitán o equivalente, salvo el caso de falta absoluta de Oficiales superiores. El Consejo Especial de Justicia, Tribunal *ad hoc*, procesa y juzga todos los delitos militares imputados a Oficiales hasta Coronel inclusive, y se disuelve una vez concluida su misión, reuniéndose nuevamente por convocatoria del Auditor si sobreviene nulidad del proceso o del fallo o alguna diligencia ordenada por el Tribunal. Para la organización de este Consejo, el sorteo de los jueces se efectúa en sesión pública especial presidida por el Auditor y en presencia del ministerio público y del Escribano, así como del procesado cuando éste se encuentra preso (5).

El Consejo de Justicia de los Cuerpos de Tropa y Establecimientos militares, que sólo existe para el Ejército, es el encargado de procesar y juzgar a los soldados por delitos de desertión y falta a concentración y se organiza con tres Oficiales: un Capitán-presidente y dos Tenientes, de los cuales el más moderno ejerce la función de abogado de defensa, corriendo el puesto de Escribano a cargo de un Sargento. Tiene una duración de tres meses y entiende en los procesos que se van formando durante dicho lapso de tiempo.

La singularidad del sistema adoptado, al incrustar este tipo

(5) En el art. 94, el Código de Justicia Militar define las atribuciones comunes a los Consejos de Justicia Permanente y Especial, estableciendo que les compete: a) Procesar y juzgar por los delitos previstos en la legislación militar, con excepción de los atribuidos a la competencia privativa del Superior Tribunal Militar y de los delitos de falta de concentración y de desertión. b) Convertir en prisión preventiva la detención del presunto culpable ordenada por la autoridad militar en la primera fase, cuando el interés de la justicia y la disciplina así lo exijan, c. por el contrario, ordenar la libertad del acusado, comunicando su decisión, en ambos casos, a la autoridad administrativa competente por intermedio del Presidente del Consejo o del Auditor; y c) Decidir las cuestiones de Derecho que se susciten durante la formación del sumario o del fallo.

El art. 101 del Código de Justicia Militar atribuye al Auditor el decretar la prisión preventiva cuando el acusado sea Oficial.

de Tribunal administrativo como pieza de una organización judicial, obligó al desdoblamiento del proceso en dos partes: la principal, que comprende la prueba y el fallo que se realiza en el Consejo en el que no intervienen técnicos jurídicos, y la complementaria que se lleva a cabo en la Auditoría a la que pasan las actuaciones y donde el Auditor, tras oír al ministerio público y a la defensa, decide la aceptación de la sentencia que en tal caso es firme, o su remisión al Superior Tribunal Militar. La razón de estos Consejos radicó en el hecho de las dificultades y gastos de transporte y perturbaciones del servicio de instrucción en los Cuerpos que suponía el traslado de los infractores a las sedes de la Auditoría, a veces a muchos centenares de kilómetros de distancia.

Estos son los Tribunales militares de primera instancia existentes en el Brasil. No he incluido entre ellos el Consejo de Justificación creado por la Ley 1.057-A, de 1950, destinado a dilucidar la incompatibilidad con la pertenencia a la escala de Oficiales del militar que desarrolla una actividad partidista de asociación o partido político cuyo funcionamiento se encuentra legalmente prohibido en el país, y que puede acordar su pase a la situación de retirado por considerarlo Tribunal administrativo, del que por otra parte, sostuve la inconstitucionalidad cuando pertenecía al Superior Tribunal Militar, por estimar que la incompatibilidad con la pertenencia a la escala de Oficiales instituida en el art. 182, párrafo segundo de la Constitución lleva consigo la pérdida del puesto y de la patente (según expresión redundante del texto) y que, por consiguiente, el pase a la situación de retirado resultaba una absurda recompensa del Estado a una actividad que contra él se desarrollaba.

En cuanto al Consejo Supremo Militar y de Justicia, funcionó con las atribuciones administrativas establecidas en el Brasil por don Juan VI en el Alvará de 1.º de abril de 1808, como órgano de segunda instancia de la justicia castrense durante todo el período del Imperio y durante la República hasta 1893, cuando la Ley núm. 149, de 18 de julio de dicho año, le dió la designación de Supremo Tribunal Militar, de acuerdo con la nomenclatura establecida en la Constitución de 1891, retirándole las atribuciones de carácter administrativo que tenía en el Imperio, aunque manteniéndole la competencia que tenía en materia criminal, situación que permaneció más o menos inalterada en los diversos Códigos de Justicia Militar publicados entre 1925 y 1938, sustituyéndosele el nombre por el de Superior Tribunal Militar en 1946, de conformidad con el sistema de clasificación adoptado para los Organos judiciales.

Como sus antecesores, el actual Superior Tribunal Militar es

un Tribunal mixto formado por once Jueces, siete militares (tres del Ejército y dos de cada una de las otras Fuerzas Armadas) y cuatro civiles. De acuerdo con el art. 8.º del Código de Justicia Militar los Jueces del Tribunal llevan el título de Ministros y son nombrados los militares por libre designación del Presidente de la República sin más condición que la de pertenecer a los cuadros de Oficiales Generales en activo de la Fuerza Armada correspondiente, y en cuanto a los Ministros Togados se dispone textualmente que: "las vacantes de Ministros Togados serán cubiertas de la siguiente forma: la mitad del número de vacantes, por brasileños de nacimiento de notoria competencia jurídica y reputación sin tacha, con práctica forense de más de diez años y que no tengan menos de treinta y cinco años de edad ni más de cincuenta y ocho, por libre designación del Presidente de la República, y las restantes por Auditores o por el Procurador General de la justicia militar siempre que tengan más de treinta y cinco años de edad y seis por lo menos de ejercicio en sus cargos".

El Superior Tribunal Militar es el único tribunal judicial de segunda instancia cuya composición se aparta del criterio de organización de los cargos judiciales de esta categoría establecido en la Constitución como garantía de independencia del Poder judicial, ya que en la designación de sus miembros no interviene el propio Tribunal. En un estudio reciente y bajo el título de "A composição do Superior Tribunal Militar na Constituição de 1946. Interpretação de un sistema e de um texto", critiqué el Código de Justicia Militar de 1938 en la parte relativa a la composición de dicho Tribunal, por estimar que no correspondía al espíritu y a los preceptos contenidos en aquella Constitución. Por otra parte, una supervivencia de la mentalidad formada durante el período en que la justicia militar no formaba parte del Poder judicial, se encuentra también en las disposiciones del Reglamento interno del Superior Tribunal Militar de 31 de enero de 1955 en cuanto que dispone que el Presidente y Vicepresidente deben ser escogidos entre los militares, lo que es contrario al precepto constitucional que da al Tribunal la facultad de elegir sus Presidentes sin fijar condiciones para ello. De hecho el Vicepresidente es un Ministro Togado que incluso ha actuado como Presidente del Tribunal en sustituciones eventuales.

En cuanto a la competencia, el Superior Tribunal Militar procesa y juzga a los Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas por delitos militares y los llamados "crímenes de responsabilidad", a los Jueces de primera instancia, Promotores, Abogados de oficio y Escribanos, por los "crímenes de responsabilidad". En los asuntos de *habeas corpus*, cuando la coacción o la amenaza emana de autoridad militar o tiene relación con el servi-

cio, también le corresponde intervenir, y tiene competencia privativa para decidir sobre la indignidad o la incompatibilidad con la pertenencia a la escala de Oficiales respecto a los Oficiales de las Fuerzas Armadas.

Además, falla los recursos interpuestos contra las resoluciones del Auditor o las decisiones de los Consejos de Justicia Militar; decide los conflictos de jurisdicción suscitados entre estos Consejos y los de competencia entre Autoridades judiciales militares, y entiende en los recursos extraordinarios contra las decisiones del Tribunal en los casos previstos por la Constitución.

Aparte de la facultad que tiene para organizar su Secretaría y órganos auxiliares y de las atribuciones disciplinarias sobre la justicia militar, por otra parte mal definidas, el Tribunal tiene poder para ordenar la investigación de los delitos de los que aparezcan indicios en procedimientos llegados a su conocimiento.

El Reglamento interno del Tribunal guarda silencio en cuanto a la competencia del Tribunal para acordar el procesamiento de sus Ministros, por lo que parece que ha de entenderse que esta facultad corresponde al Supremo Tribunal Federal que según la Constitución es el competente para procesar y juzgar a los jueces de los Tribunales Superiores Federales en los crímenes o delitos comunes y de responsabilidad, quedando, en cambio, indefinido el caso de la persecución de un delito militar.

EL MINISTERIO PUBLICO MILITAR Y LA ASISTENCIA JUDICIAL MILITAR

La asimilación del Derecho judicial militar al Derecho judicial común iniciada en 1920 en el Código de organización judicial y proceso militar, con la admisión del ministerio público representado en los Tribunales militares por un jurista civil, se completa sucesivamente con otras medidas, entre las cuales caben destacar las siguientes: a) Otorgamiento al Auditor de las atribuciones judiciales propias del Juez singular; y b) Creación de la asistencia judicial militar para la tropa por intermedio de un profesional también civil del cuadro de Abogados de oficio en ejercicio obligatorio, salvo el caso de los Consejos de Cuerpos de Tropa.

El ministerio público militar se persona en juicio en las dos instancias de la justicia militar: ante el Superior Tribunal Militar, representado por el Procurador general de la justicia militar y sus auxiliares (Promotores de primera categoría), y en los Consejos de Justicia Militar (Permanente y Especial), representado por los Promotores clasificados según la categoría de la Auditoría donde actúa.

En razón de la naturaleza especial de la acción penal militar corresponde al Mando el privilegio de la iniciativa porque sólo por orden suya y en los límites de su autoridad se investiga la existencia de la infracción militar, pero corresponde, en cambio, al ministerio público militar llevar a juicio la acusación por medio de denuncia que es, a su vez, una atribución suya y que tiene su actividad bajo el control judicial del Auditor en la primera instancia y del Superior Tribunal Militar en la segunda. La Ley orgánica del ministerio público de la Nación de 1951, se preocupó de unificar las normas de su composición y funcionamiento bajo el falso presupuesto de ser fundamentalmente idénticas las atribuciones que caben al ministerio público en las varias jurisdicciones que la Constitución enumeró, dejando sin referencia las peculiaridades de la justicia militar, mal definidas en su propio Código, y dispensando al Procurador general de la Justicia militar de las pruebas de habilitación para el ejercicio de la función que en los Tribunales militares exige a los promotores militares (6).

La asistencia judicial militar, introducida con cuadros propios en el Código de Justicia Militar de 1926, introdujo una norma progresiva que hubiera resultado perfecta si se hubiese previsto su presencia obligatoria también ante el Superior Tribunal Militar donde al Abogado de oficio cabría la misión de asistir a las clases de tropa coautores de crímenes cuya competencia originaria corresponda al citado Tribunal, y donde se nota su ausencia en la sustanciación de los recursos de los procesos llegados de los Estados, que son decididos sin alegato de defensa en reunión plenaria.

Estimo que la obra ingente de adaptar la organización de la justicia militar a su verdadera naturaleza de órgano del Poder judicial, está todavía por realizar y no es aconsejable que se demore. Sin embargo, en el caso concreto de la defensa del acusado garantizada en las normas del proceso, el Derecho brasileño ofrece garantías suficientes en algunos casos idénticas a las de la ley común, y en otros incluso superiores a ella (7).

(6) Entre las atribuciones confiadas al Promotor de la justicia militar por el Código de Justicia Militar y confirmadas por la ley Orgánica del Ministerio Público de la Unión se encuentra la de emitir parecer en cuestiones penales que le fueren sometidas por el Mando de la Región militar o autoridades equivalentes en las otras Fuerzas Armadas.

(7) La *menagem*, hoy raramente puesta en práctica, fué una herencia del Derecho portugués, corriente en el Brasil en la época que precedió a la adopción del *habeas corpus* de la llamada "corrección parcial" y del recurso criminal propiamente dicho. Se concede a los acusados de crímenes castigados como máximo con pena hasta de cuatro años de pri-

II. LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE GUERRA

He resaltado en varios de mis escritos las fallas existentes, a mi juicio, en la organización de la justicia militar brasileña no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también por el hecho de no articularse debidamente con la organización de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y de guerra o en situaciones anormales equiparables a la guerra (8).

En 1935, como consecuencia de un movimiento subversivo de carácter comunista, se enmendó la Constitución vigente de 1934 para "equiparar la grave conmoción interna al estado de guerra" en cuanto a los efectos penales, votándose, bajo la presión de los acontecimientos, por el Congreso Nacional la Ley núm. 244, de 11 de septiembre de 1936, que estableció un aparato militar judicial para el estado de grave conmoción interna, compuesto de dos instancias: el Tribunal de Seguridad Nacional, que formaba la primera, y el Supremo Tribunal Militar —como entonces se denominaba—, que constituía la segunda; dándoles competencia para procesar y juzgar militares y civiles por aquellos delitos contra el orden político y social que se definieron en las Leyes 38 y 136 de 1935. Ello me dió ocasión a estudiar la hipótesis de guerra exterior en una conferencia leída en la Escuela de Estado Mayor del Ejército, en diciembre de 1936, bajo el título de *La justicia militar en tiempo de guerra*. Mi crítica de las lagunas de la legislación penal militar nacional impresionó al Ministro de la Guerra, presente en la conferencia, General Eurico Gaspar Dutra, que sugirió al Gobierno una inmediata reforma del Código de Justicia Militar de 1926, de la que resultó el de 1938.

En el intervalo que separó las Leyes de 1935 y el Código de 1938, el golpe de Estado de 1937 impuso la Constitución de dicha

sión, otorgándoseles ciertas facilidades diferentes según se trate de Oficial o de tropa, y que son negadas al desertor.

La "corrección parcial" es un remedio judicial admitido por el Código de 1938 contra decisiones del Auditor o de los Consejos de Justicia consideradas como abuso de poder o exceso de autoridad.

(8) En 29 de noviembre de 1917, cuando el estado de guerra con el Imperio alemán aconsejaba la reforma del Reglamento procesal criminal militar, que era la ley de Organización y de Procedimiento para los Tribunales de campaña, fué presentada al Senado una modesta proposición de ley que, con catorce artículos, bastante inocuos, creía resolver el problema de la justicia militar durante la guerra. Hablando sufrido enmiendas en la Cámara de los Diputados, por iniciativa del diputado PRUDENTE DE MORALES FILHO, el proyecto volvió al Senado, donde, con parecer contrario, de EPITACIO PESSOA, se encontraba pendiente de discusión cuando en 1918 el armisticio terminó con estos proyectos de reforma.

fecha con una nueva forma de Gobierno, y la ley de Seguridad de 1937, con los Decretos-leyes núms. 431 y 869, de 1938, y Decreto núm. 22.626, de 1933, aumentaron considerablemente la competencia del Tribunal de Seguridad Nacional, que, como órgano de primera instancia de la justicia militar, pasó a conocer de los delitos contra la personalidad internacional, la estructura y la seguridad del Estado, contra el orden social y contra la economía popular, su custodia y empleo.

Con ocasión de la Segunda Guerra Mundial se impuso el examen de la legislación penal militar en vigor, y al declararse el estado de guerra con los países del Eje, en 31 de agosto de 1942, fué preciso adoptar medidas que permitieran el funcionamiento de los Tribunales militares de tiempo de guerra, tanto de los que permanecieran en territorio nacional como los que debían acompañar a las Fuerzas militares en sus desplazamientos en operaciones de guerra.

Ante la emergencia, la Ley constitucional núm. 7, de 30 de septiembre de 1942, modificó el texto del art. 173 de la Constitución de 1937, disponiendo que, en caso de guerra con el extranjero, "la ley determinará los casos en que los crímenes cometidos contra la estructura de las Instituciones, la seguridad del Estado y de los ciudadanos, serán juzgados por la justicia militar y por el Tribunal de Seguridad Nacional"; y por Decreto-ley número 4.776, de 1 de octubre del mismo año, se definieron cuáles eran esos casos. Así, el Tribunal de Seguridad Nacional, transformado en órgano judicial permanente, con dos instancias constituidas en su propio seno, pasó a compartir con la justicia militar la competencia para perseguir y juzgar delitos militares en tiempo de guerra.

Cuando en 1944, en virtud de compromisos internacionales, el Brasil tuvo que enviar a Europa la Fuerza expedicionaria brasileña, el Gobierno apresuró la conclusión del Código penal militar de 1944, que venía elaborándose lentamente, y en cuya parte especial se contienen disposiciones penales destinadas a tiempo de guerra, y para la formación de los Tribunales de campaña y el procedimiento se publicó el Decreto-ley núm. 6.396, de 1 de abril de 1944. Estas normas estaban destinadas únicamente a la Fuerza expedicionaria brasileña, pero no se aplicaban en territorio nacional, que se hallaba declarado en estado de guerra en 31 de agosto de 1942.

Revocada la legislación de esta época por vicisitudes políticas, hoy continúa en vigor el sistema establecido en el Código de Justicia Militar de 1938, cuya reforma se impone, puesto que se manifestó insuficiente tanto en el caso de conmoción intestina grave como en el de guerra exterior.

Veamos, en resumen, los dos tipos de organización para la gue-

ra. La organización de Tribunales de campaña para la Fuerza expedicionaria se destinaba a una División de Infantería encuadrada en una gran unidad estratégica extranjera, de forma que, dada la corta duración de este experimento y sus especiales circunstancias, no puede ser apreciado más que como un ensayo. En cuanto a la organización prevista en el Código de Justicia Militar, encontramos en ella dos instancias: la primera, ejercida por los Consejos de Justicia, que son de tres tipos, según la graduación del acusado, y cuya designación corresponde a los Ministros de las Carteras militares, y la segunda, a cargo de los Consejos Superiores de Justicia, compuestos de tres miembros (dos Oficiales Generales en activo, un Auditor de segunda instancia, un Procurador general, un Secretario y un Escribano, todos de la misma jerarquía), cuya designación corresponde al Presidente de la República. Los Consejos de Justicia entienden en los procedimientos seguidos a Oficiales hasta el grado de Coronel, y los Consejos Superiores, además de actuar como Tribunal en recursos, entienden en primera instancia en sumarios seguidos a Oficiales Generales. Estos Tribunales solamente se crean en caso de guerra exterior para acompañar a las Fuerzas en operaciones. Como normas de procedimiento son aplicables, en lo posible, las contenidas en el Código de Justicia Militar y en el Reglamento interno del Tribunal militar, aunque con algunas medidas especiales que reducen plazos y activan el procedimiento.

Durante la vigencia del estado de guerra o en la zona de operaciones, durante grave conmoción interna, queda sometido al fuero militar todo individuo, nacional o extranjero, militar o civil, que realice delito o contravención militar o común prevista en la legislación para tiempo de guerra. Sin embargo, estas disposiciones hay que entenderlas hoy derogadas en cuanto que los artículos 206 y 207 de la Constitución de 1946 modifican el Código de 1938 en este punto concreto, ya que, según la ley Constitucional, la competencia se establecerá por la Ley especial que regule el estado de sitio.

*La competencia de los Tribunales militares
en la paz y en la guerra*

Definida la jurisdicción militar como fuero especial, encuentra sus límites en la caracterización del delito militar tal y como la Ley lo tuviere establecido, puesto que la doctrina se declara incapaz para dar una definición de delito militar y puesto que la extensión a civiles de la jurisdicción militar, incluso en tiempo de paz, demuestra que la Ley penal militar no tiene por misión

única la defensa exclusiva de los intereses ligados a la actividad específica de los militares.

Siendo la condición militar del agente, la índole militar del hecho, la naturaleza militar del lugar y la circunstancia del interés militar del tiempo los elementos esenciales que concurren para esa caracterización, los límites del ejercicio de la jurisdicción penal militar se encuentran determinados, *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* y *ratione temporis*.

Ya dijimos que lo que destaca en el Derecho brasileño en esta materia es la singularidad de encontrarse en la Constitución con amplitud, quizás única, los principios reguladores de la jurisdicción militar, y así en el texto mismo de dicha Constitución aparecen estos cuatro criterios clasificadores. En cuanto a las personas, la Constitución, en su art. 108, divide la población del país en tres grupos: militares, asimilados y civiles; y determina explícitamente que los militares y los asimilados serán juzgados por los Tribunales militares por los delitos militares definidos en la Ley, añadiendo más tarde que ese fuero especial podrá extenderse a los civiles en los casos expresamente determinados por la Ley para la represión de crímenes contra la seguridad externa del país o contra las instituciones militares.

En relación con los hechos, la Constitución enumera, como hemos visto, dos bienes jurídicos cuya defensa considera privilegiada: los consustanciales con la seguridad exterior del país y los representados por las instituciones militares; fórmulas vagas que permiten abarcar un vasto campo. Respecto al lugar y el tiempo se encuentran expresamente aludidos en el párrafo segundo del artículo 108 y en los arts. 206 y 207 de la Constitución.

Para regular y aplicar tales disposiciones fueron publicadas dos normas legales: el Código penal militar de 1944 y la Ley número 1.802, de 1953, que define los delitos contra el Estado y el orden político social. El primero, obra del régimen de excepción imperante en el país desde noviembre de 1937, se articulaba con la Constitución nacida con aquel régimen político; mientras que la segunda, obra del Congreso Nacional en período constitucional, apuntaba a la revocación de la legislación militar elaborada durante la Dictadura.

El Código de 1944, como todo cuerpo de leyes penales militares de tipo moderno, reproducía textualmente no sólo la parte general del Código común sino también conceptos relacionados con los delitos, presentando, sin embargo, como originalidad la definición del delito militar con especificación de elementos que atienden a los cuatro criterios de clasificación de la infracción militar. Sin embargo, más preocupado en cuanto hacía relación a las personas, equiparó al militar que no se encontraba en activo al civil, de tal manera que en este supuesto el militar sólo responde por

delito militar en las mismas condiciones en que puede responder un civil, aunque quede sujeto, no obstante, al régimen disciplinario militar.

Para que con el propio texto a la vista pueda tenerse una idea del excelente método a nuestro juicio adoptado, reproduzco íntegramente los arts. 6 y 7 de dicho Código de 1944, que dicen así:

“Artículo 6. Se consideran delitos militares en tiempo de paz:

”I. Los delitos comprendidos por la ley común o en ella previstos cuando sean definidos de modo diferente, cualquiera que sea su autor, salvo disposición especial.

”II. Los delitos previstos en el Código, aunque también se encuentren en la ley penal común, cuando sean realizados: a), por militar en activo o asimilado, contra militar o asimilado en la misma situación; b), por militar en activo o asimilado, en lugar sujeto a la administración militar, contra militar en reserva, retirado, asimilado o civil; c), por militar en servicio o en formación, aunque se encuentre fuera de lugar sujeto a la administración militar, y contra militar en reserva, retirado, asimilado o civil; d), por militar, durante el período de marcha o ejercicio en el campo, contra militar de la reserva o retirado, asimilado o civil, y e), por militar o asimilado en activo contra el patrimonio que se encuentra bajo administración militar.

”III. Los delitos realizados por militar en reserva o retirado o por civil contra las instituciones militares, considerándose como tales no sólo los comprendidos en el apartado I, sino también los del apartado II, en los siguientes casos: a), contra el patrimonio bajo administración militar o contra el orden administrativo militar; b), en lugar sujeto a la administración militar, contra militar en situación de actividad o asimilado; c), contra militar en formación o durante el período de ejercicios o maniobras en el campo, y d), contra militar en funciones de naturaleza militar, aunque se realicen fuera de lugar sujeto a la administración militar.”

“Artículo 7. Se consideran delitos en tiempo de guerra:

”I. Los delitos especialmente previstos en el Código para tiempo de guerra.

”II. Los delitos militares previstos para tiempo de paz.

”III. Los delitos previstos en el Código, aunque también lo sean con idéntica definición en Ley penal común o especial, cuando se realicen, cualquiera que sea su autor: a), en territorio nacional o extranjero militarmente ocupado; b), en

cualquier lugar, si comprometen o pueden comprometer la preparación, la eficiencia o las operaciones militares o de cualquier otra forma atentaren contra la seguridad externa del país o pudieran ponerla en peligro.

"IV. Los delitos definidos en la Ley penal común o especial, aunque no estén previstos en este Código, cuando se realicen en zona de efectivas operaciones militares o en territorio extranjero militarmente ocupado."

El Código, en artículos sucesivos, define quién ha de considerarse asimilado, así como la situación del Oficial extranjero en comisión en el Brasil, la equiparación del militar de la reserva o retirado empleado en la administración militar al militar en activo, el reconocimiento de la responsabilidad y prerrogativas de puesto o de grado del militar en la reserva o retirado, a efectos de aplicación de la Ley penal, etc. También en las disposiciones generales se define qué ha de entenderse por "navío", "Comandante", "superior", "hecho realizado en presencia del enemigo" y algunas otras expresiones que así lo estima conveniente, calificando de funcionarios de la administración militar, a los efectos de aplicación del Código, a los Jueces y a los representantes del Ministerio Público en la justicia militar.

Bajo la natural preocupación de adaptar a esos principios las especies de delitos definidas tanto en la parte primera, destinada a las infracciones en tiempo de paz, como en la parte segunda, destinada a las infracciones en tiempo de guerra, el Código de 1944, con censurable criterio de clasificación, incluyó los delitos de tiempo de paz bajo los siguientes títulos: "Delitos contra la seguridad exterior del país", "Delitos contra la autoridad y la subordinación militar", "Delitos contra el servicio militar y el deber militar", "Delitos contra las personas", "Delitos sexuales", "Delitos contra el patrimonio", "Delitos de peligro común" y "Delitos contra la administración de justicia".

En tiempo de guerra, los delitos se agrupan bajo los siguientes títulos: "Traición, cobardía y espionaje", "Motín y rebelión", "Insubordinación y violencia", "Hostilidad arbitraria y abuso de autoridad", "Inobservancia del deber militar", "Otros crímenes de auxilio al enemigo", "Deserción", "Abandono de puesto", "Homicidio o lesiones corporales", "Crímenes contra el patrimonio", "Daños", "Delitos de peligro común" y "Rapto y violencia".

La Ley de 1953, cuya finalidad era la de borrar los vestigios de la legislación de la Dictadura en las leyes penales militares, aparte de la misión política de revocar el Decreto-ley de 1942, que mutiló la competencia de los Tribunales militares, no aportó

ninguna medida sustancial en defensa de la seguridad interna y externa del país.

En su texto fué restablecida la competencia de la jurisdicción militar para procesar y juzgar los crímenes o delitos contra la defensa nacional, y así, tímidamente y sin ajustarse a las necesidades del momento histórico, en el que existe guerra antes de estallar ésta, la nueva ley de Seguridad definió algunas infracciones contra el Estado o, más propiamente, contra la seguridad exterior. En su artículo 2.º y en algunos otros, la Ley calificó de delitos militares el intentar someter al territorio de la nación o parte de él a la soberanía de un Estado extranjero; el intentar desmembrar, por medio de movimiento armado o de tumultos organizados, el territorio nacional a partir del momento en que para impedirlo sea necesario proceder a operaciones de guerra, y el intentar cambiar el orden político o social establecido en la Constitución, mediante ayuda o subsidio de Estado extranjero u organización extranjera de carácter internacional.

El art. 6.º de la Ley de 1953, por el sentido político de la protección que dispensa a las autoridades, que consideró como representativas de los poderes públicos, clasifica curiosamente como militares a los atentados contra ellas efectuados. El texto de dicho artículo es el siguiente:

“Artículo 6.º Atentar contra la vida, la integridad o la libertad: a), del Presidente de la República, de quien eventualmente le sustituya o, en territorio nacional, de Jefe de Estado extranjero; b), del Vicepresidente de la República, Ministros de los Estados, Jefes del Estado Mayor General, Jefes del Estado Mayor del Ejército, de la Marina y de la Aeronáutica; Presidentes del Supremo Tribunal Federal y de la Cámara de los Diputados, Jefe del Departamento Federal de Seguridad Pública, Gobernadores de los Estados o de territorios; Comandantes de unidades militares, federales o estatales, y de la Policía militar del Distrito federal; así como, en territorio nacional, de representantes diplomáticos o especiales de Estado extranjero con el fin de facilitar una insurrección armada; c), de Magistrado, Senador o Diputado para impedir un acto de su oficio o función o en represalia por haberlos practicado.”

Pocas otras figuras de delito son previstas en la Ley, aunque entre ellas figuran: el constituir o mantener los partidos, asociaciones o particulares milicias u organizaciones de tipo militar de cualquier naturaleza o forma, armadas o no, uniformadas o no, pero caracterizadas por la finalidad combativa y por la subordinación jerárquica; el mantener en territorio nacional servicio

secreto destinado al espionaje; facilitar informaciones y documentos de carácter estratégico o militar o relacionados con la defensa nacional, etc.

Es lástima que el desinterés por el Derecho penal militar haya dejado sin divulgación ni comentario los estudios que, a propósito de estas materias, se hicieron en el seno de la justicia militar brasileña con motivo de los casos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, y los cuales yacen abandonados en los archivos y anales de la jurisprudencia.

Evidentemente, la previsión del legislador está muy lejos de atender a los peligros que hoy puede correr la seguridad nacional, y fué por esta opinión por la que presenté al Congreso de Derecho Penal Militar, reunido en Río de Janeiro en 1958, una ponencia bajo el título de "La instigación de la política extranjera transforma en delito contra la seguridad exterior del país toda perturbación de la paz pública interna" (*Estudios de Derecho Penal Militar*, 1959, pág. 140).

La conclusión correspondiente afirmó: "Toda tentativa de perturbación de la paz pública, en la que se identifique la existencia de inspiración extranjera, cualquiera que sea el medio empleado, constituye una modalidad de delito contra la seguridad exterior del país, pues representa en la realidad un atentado contra su personalidad internacional y su independencia. Este delito, cualquiera que se la condición del agente, es de la competencia de la justicia militar con arreglo a la definición hecha por precepto constitucional."

Estos son los Tribunales militares del Brasil, su organización y su competencia. Utilizando un sistema de proceso penal copiado del Derecho común y destinado a los estrechos límites de la ciudad de Río de Janeiro, entonces Distrito federal y capital de Brasil, estos Tribunales funcionan en tiempo de paz para las tres Fuerzas Armadas (Ejército, Marina y Aeronáutica) en todo el territorio nacional y fuera de él, ya que son muy pequeñas las modificaciones introducidas para tiempo de guerra en el Código de Justicia Militar, que continúa en vigor como precepto de orden general. Por otra parte, funcionan teniendo por base la competencia territorial de las Regiones militares, y ello crea dificultades para los casos de maniobras o de desplazamiento de Fuerzas militares.

Quizás en el curso de esta exposición se haya puesto de manifiesto mi opinión adversa a la forma que en la actualidad revisten ciertos aspectos de organización de la justicia militar en mi país, y quizás haya resultado un poco larga y compleja al tener que hacer una referencia a las normas relativas a competencia de los Tribunales cuya organización se describía, pero creo que ello venía obligado al dirigirme a ilustres camaradas de la

justicia militar de España. He de haceros la confidencia que, desde su primer número hasta su desaparición, fui suscriptor del *Boletín de Justicia Militar*, español, así como lo soy ahora de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. Ello me ha permitido, en ciertos momentos, destacar algunos aspectos que, por su similitud o por su divergencia con el Derecho Militar español, me han parecido de mayor interés.

Creo que España tiene establecido el método, a mi juicio, más perfecto para cubrir una laguna que existe en mi país: la de la formación de los cuadros técnicos de la justicia militar, que aquí se hace en la Escuela de Estudios Jurídicos, y que ha de servir de modelo a los países que deseen adoptar un sistema útil para la preparación de especialistas, y es igualmente aquí donde el Instituto, que se ampara en el nombre excelso de Francisco de Vitoria, fundó la *Sección de Derecho Militar*, y ésta, a su vez, la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, que, aparte de sus estudios de investigación, aporta trabajos sobre legislación comparada en el ámbito penal militar con un éxito sin precedentes, y, por fin, es aquí donde se inicia este intercambio cultural de juristas militares, del que es prueba la actual conferencia, manifestación de un movimiento amplio en el que van interviniendo Universidades y Centros culturales, como se demuestra con las primeras "Jornadas de Valladolid" y las actividades de ámbito internacional de la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*.

Creo que el significado más profundo de todo ello es el de ir restando realidad a la frase cáustica de EMIL DANGEMAIER cuando decía que "la ciencia trataba al Derecho penal militar como una madrastra".