

# EL MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN LA JURISDICCION MILITAR

por *Julián INIGUEZ DE LA TORRE*

Capitán Auditor

## RAZÓN Y LIMITE DE ESTAS LÍNEAS

Por considerar de actualidad el problema de la delincuencia juvenil, que hoy descansa en el principio del reconocimiento del fuero del menor, situando a éste fuera del campo penal y proclamando su liberación de la servidumbre infamante de la pena para someterle a medidas de regeneración de su conducta antisocial, vamos a dedicar estas líneas al examen de la intervención reservada a la Jurisdicción Militar en la represión del menor delincuente, como una excepción de dicho principio en la legislación positiva española.

La materia relativa al menor delincuente es de gran amplitud y afecta tanto al jurista como al sociólogo y al pedagogo. Baste citar, como ejemplo, el estudio de las vicisitudes históricas de su situación legal y del variado criterio que se ha venido manteniendo hasta el momento actual al tratar de fijar el límite de la minoría de edad penal, absoluta o relativa, a efectos de una pretendida exención o atenuación de la responsabilidad criminal; el análisis de la llamada responsabilidad dudosa, con el debatido escollo del discernimiento del menor, que aún hoy subsiste en nuestra legislación castrense; el examen de los motivos determinantes de la delincuencia juvenil, que vienen reflejándose en datos estadísticos, generalmente de incompleta exactitud, sin so-

lución tranquilizadora; la difícil fijación de la medida tuitiva o de corrección más adecuada en cada caso atendiendo a la situación ambiental y al impulso motivador, y, por último, extremos de un señalado matiz procesal y pedagógico como los que guardan relación con las normas que deben presidir la constitución de los Organismos encargados de la protección y tutela de los menores delincuentes, su funcionamiento y la aplicación de tales medidas a los fines de readaptación **perseguidos**.

Prescindimos de todas las cuestiones apuntadas para dejar limitado nuestro estudio a un solo aspecto del problema, como es el relativo a la competencia que, según los preceptos vigentes, se reserva a la Jurisdicción Militar respecto de delincuentes menores de dieciséis años de edad en marcado contraste de excepción con el sentido tutelar y educativo que informa en España todo el sistema regulador del tratamiento jurídico de dicha delincuencia, y que tiene su típica expresión en los llamados Tribunales Tutelares de Menores, a los que, como norma general, les está atribuido, en principio, su conocimiento.

Al analizar los distintos supuestos que en materia de competencia pueden presentarse, quizá hayamos de llegar, en ocasiones, a la conclusión de que la rígida aplicación de tales preceptos puede conducirnos a resultados no previstos ni deseados por el legislador, por estar en desacuerdo con la respectiva razón de ser de ambas Jurisdicciones, y como en dichas situaciones es preciso arbitrar una solución adecuada, habremos de acudir a las enseñanzas de una práctica vivida al servicio de la Jurisdicción Castrense, con lo que se nos depara ocasión de aportar nuestro pequeño bagaje de experiencia, adquirida a través de casos y hechos reales, precisamente en materia que ha sido escasamente tocada o sólo aludida por los tratadistas y teóricos del Derecho.

## II

### EL MENOR DE DIECISÉIS AÑOS, ¿SE HALLA EN ESPAÑA FUERA DEL DERECHO PENAL?

Se admite hoy como inconcuso el principio científico de que el menor se encuentra fuera de la órbita penal y también aparece reflejado en la legislación positiva de las naciones doctrinalmente

en vanguardia, siquiera existan después en éstas apreciables diferencias al fijar el límite de edad irresponsable o los sucesivos periodos de transición entre la irresponsabilidad plena y la completa responsabilidad. No es ya corriente que se mantenga un criterio de presunción de irresponsabilidad vinculado a la prueba del discernimiento que permita situar al menor en la posibilidad de quedar sujeto al sistema represivo penal.

Conforme a dicho principio, el llamado Derecho penal de los menores, no es penal propiamente dicho, y se ha convertido en una obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la Pedagogía, de la Psiquiatría y del arte de buen gobierno, como dijo Dorado Montero.

Con más razón hoy, en que ya el Código declara la exención de responsabilidad del menor de cierta edad someténdole a un régimen de protección y de tutela, pueden afirmar nuestros tratadistas que, en la actualidad, en España, los menores de dieciséis años de edad han salido del campo penal sin que puedan ser objeto de pena, sino sólo de medidas protectoras y educativas, sea cual fuere la índole y gravedad de la infracción o la peligrosidad de su autor.

Descansa, como decimos, dicha afirmación en el contenido del art. 8.º apartado 2.º del Código penal que declara "exento de responsabilidad al menor de dieciséis años de edad".

Y añade dicho apartado: "Cuando el menor que no haya cumplido dicha edad ejecute un hecho castigado por la Ley, será entregado a la Jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años de edad por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará al menor a la Autoridad gubernativa, para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice"; prevención esta última que se halla en concordancia con la facultad que en dicho sentido se reconoce a los Tribunales Tutelares en el artículo 20 de la Ley que regula su funcionamiento, siquiera resulte un tanto imprecisa esa alusión a medidas de seguridad virtualmente inconcretas.

Omitimos transcribir el último párrafo del citado art. 8.º número 2.º del Código penal por carecer ya de aplicación, en razón de que se hallan actualmente constituidos y en pleno funcionamiento dichos Tribunales en todas las provincias, e incluso Secciones de los mismos en Ceuta y Melilla.

A la vista exclusivamente del comentado art. 8.º núm. 2.º de dicho Código, en relación con los preceptos funcionales de referidos Tribunales, definidores de su competencia para conocer de las infracciones criminosas cometidas por los menores de dieciséis años de edad y determinativos de las medidas de corrección y de reforma que pueden aplicárseles, ausentes de sentido punitivo parece que, en efecto, el menor de dicha edad se halla fuera del derecho penal, y sólo sujeto a medidas de protección y educativas.

Sin embargo, dicha afirmación no es, a nuestro juicio, exacta, a menos que se niegue sustantividad al Derecho Militar, olvidando que su Código rector define delitos sancionados con pena de distinta naturaleza, o que se pretenda eludir la atención que merece el precepto básico de la competencia de los Tribunales Tutelares, puesto que al fijarla establece también una excepción de su conocimiento en favor de la Jurisdicción Militar, respecto de aquellos hechos que, realizados por menores, estuvieren atribuidos a dicha Jurisdicción conforme al Código de Justicia Militar, con lo que dicho se está que cuando este supuesto se produzca, y es el mismo, por cierto, de gran amplitud, queda el menor encuadrado en el sistema represivo penal de dicho Texto legal, y excluido del apuntado tratamiento tutelar y educativo.

Nos remitimos al contenido del art. 9.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada con su Reglamento, Texto refundido, por Decreto del Ministerio de Justicia de 11 de junio de 1948, de actual vigencia, que al fijar la competencia de dichos Tribunales establece que se extenderá a conocer: 1.º A) De las acciones u omisiones atribuidas a los menores, realizadas antes de cumplir los dieciséis años de edad, que el Código penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la Jurisdicción Castrense por el Código de Justicia Militar.

Y, también, nos atenemos al art. 185 núm. 2.º de dicho Código que declara "resista exento de responsabilidad criminal" al menor

de dieciséis años que no hubiere obrado con discernimiento", cuyo criterio y postura justifica el legislador en su Exposición de Motivos en los siguientes términos: "En esta materia no se adopta la doctrina del Código penal común por tener presente de un lado, que si por disposiciones administrativas se permite, en algunos casos, el ingreso voluntario en las filas militares antes de los dieciséis años, debe serlo con todas sus consecuencias, y, entre ellas, las de orden penal militar, el cual no quedaría debidamente salvaguardado si, en caso de infracción, se redujera la acción de las Autoridades Judiciales Militares a entregar al culpable menor de dieciséis años a los Tribunales Tutelares de Menores, o a aplicarle la legislación penal de esta clase. Por otra parte, no ha podido menos de tenerse también en cuenta para ello la desgraciada frecuencia con que, en muchachos de temprana edad, prenden fácilmente las incitaciones a la rebeldía, que pueden llevarles a participar en algunos delitos militares de notoria gravedad que requieren sanción ejemplar."

Fácilmente se comprende que, a tenor de dichos preceptos y de la justificación que se aporta, quiebra el principio de exclusión del campo penal del menor de dicha edad, proclamado por nuestros tratadistas como prácticamente logrado, pues por lo que se refiere a la Jurisdicción Militar, en nada ha sido mermada su competencia por la atribuida a los Tribunales Tutelares, y resulta evidente que el menor infractor de un hecho de la competencia de dicha Jurisdicción queda vinculado plenamente a su sistema represivo penal, si obró aquél con discernimiento, siquiera se considere atenuada su responsabilidad y merecedora de trato penal distinto que la simple atenuante de ser menor de dieciseis años (arts. 189 núm. 1.º y 186 núm. 2.º del Código, y Exposición de Motivos del mismo) y sin que tampoco se disponga su entrega a tales Tribunales en el supuesto de que obrase ausente de discernimiento.

Y es que quizá el Código de Justicia Militar ha merecido escasa atención a nuestros tratadistas pues de otra suerte hubiera quedado salvada la excepción, al menos en el terreno doctrinal. Por nuestra parte nos limitamos a señalarla.

## III

RELACIÓN DE NUESTRA JURISDICCIÓN CASTRENSE CON LOS  
TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES

Justo es reconocer que toda posible relación entre nuestra Jurisdicción, en su triple desdoblamiento de Tierra, Mar y Aire (puesto que es de común aplicación al Código Castrense para los tres Ejércitos, según su art. 1.º), y la de Menores, forzosamente ha de arrancar del contenido del ya mencionado apartado A) del núm. 1.º del art. 9.º de la Ley reguladora del funcionamiento de los Tribunales Tutelares, precepto normativo de su competencia en el ejercicio de la facultad reformadora de menores de dieciséis años de edad, que ha de estudiarse en concordancia con el art. 5.º y siguientes de dicho Código, determinativos de la competencia de la Jurisdicción Militar.

Ya se comprende que dicho título definidor de la competencia de referidos Tribunales, no es el único, pues aquélla tiene distintas facetas, también señaladas en el referido art. 9.º Así, en el ejercicio de dicha facultad reformadora, se les atribuye igualmente el conocimiento de las infracciones cometidas por menores de la misma edad, consignadas en las Leyes Provinciales y municipales y de los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos que, a juicio del Tribunal, requieran del ejercicio de expresada facultad de reforma. En el desempeño de la facultad de protección su competencia comprende la protección jurídica de los menores de dieciséis años, contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación en los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores, y en los consignados en distintos apartados del art. 584 del Código penal y en el art. 3.º de la Ley de 23 de Julio de 1903. Y, finalmente, se extiende también la competencia de la Jurisdicción Tutelar al enjuiciamiento de mayores de dieciséis años que hubieren incurrido en las faltas comprendidas en el art. 584 citado del Código penal.

Aclara el propio precepto a que nos referimos, que dicha jurisdicción no tiene carácter represivo, sino educativo en el ejercicio de la facultad reformadora; esencialmente preventivo en el

ejercicio de la facultad de protección y represivo, en cambio, en la de enjuiciamiento de mayores.

Quede aquí consignado, simplemente como índice del carácter tutelar y educativo de su intervención en la facultad de reforma, que es la que a nosotros interesa, al objeto de este trabajo y sólo con relación al apartado A) del núm. 1.º de dicho artículo, antes transcrito.

En éste se establece, según puede advertirse, el principio general de atribuir a los Tribunales Tutelares el conocimiento de toda infracción penal en que incurra un menor, al propio tiempo que una excepción también general a dicho principio, én favor de la Jurisdicción Castrense, en cuanto que reserva a ésta el conocimiento de los delitos y faltas que atribuye a su competencia el Código de Justicia Militar.

Veamos las situaciones que pueden producirse en la intervención y aplicación de dicha prevención excepcional.

#### IV

##### TÍTULOS Y COMPETENCIA

Según el contenido del referido precepto y conforme a su interpretación literal, no cabe duda que es de la competencia de la Jurisdicción Militar, todo delito o falta que, realizado por un menor, estuviere sometido a su conocimiento por el Código Castrense.

Mas como tratándose de delito se fija en el mismo dicha competencia atendiendo, bien a su naturaleza, al definirlos como típicamente militares (art. 6.º del Código), o por razón del lugar en que se cometen (arts. 9.º y 10), o de la persona responsable militar o afecto al Ejército (art. 13), con la sola excepción, en cuanto al fuero personal, de aquellos delitos que, conforme al art. 16, constituyen motivo de desafuero, e igualmente sucede cuando se trata de faltas, ya que el art. 7.º comprende títulos distintos de competencia, se hace preciso determinar si dicha interpretación del art. 9.º núm. 1.º apartado A) de la Ley mencionada, ha de aceptarse sin limitación o permite un criterio menos rígido, según el título que ampare la competencia y naturaleza de la infracción,

conforme a la orientación que la práctica ha señalado y que es tímamos acertada.

Y es que, para resolver la cuestión con acierto, no puede prescindirse, a nuestro juicio, de las características diferenciales de ambas Jurisdicciones, pues de no hacerlo así se corre el peligro de herir la razón de su existencia. Mientras la Jurisdicción de Menores es de carácter tutelar y educativo en el ejercicio de su facultad reformadora (art. 9.º citado de la Ley) pretendiendo la captación del menor y su readaptación social independientemente de la entidad del hecho, la Castrense, por el contrario, da preferencia al examen de éste para su adecuada sanción penal, y es esencialmente represiva con sentido de necesidad, por así exigirlo el mantenimiento de la disciplina, y, en ocasiones, la propia existencia de la Nación.

De ahí que en la práctica, y pese a la redacción del repetido precepto, las Autoridades y Tribunales de ambas Jurisdicciones hayan atendido normalmente con criterio razonable al contraste de sus notas diferenciales para cederse recíprocamente la posible competencia en favor de aquella que tuviera necesidad más acusada de intervención, conjugando para ello principalmente, de un lado, la situación ambiental del menor, y de otro, aparte de su condición militar, si concurriese, la mayor o menor gravedad del atentado a la Institución Armada.

Como consecuencia de ese ponderado criterio de concordia de sus respectivos órganos jurisdiccionales, han sido contadísimos los casos en que se ha llegado a plantear en firme un conflicto jurisdiccional, siendo, en cambio, numerosos aquellos en que en los Tribunales Tutelares se ha producido la iniciación de un expediente a virtud de inhibición o testimonio de particulares, remitido por la Jurisdicción Militar, no obstante tener ésta en su mano facultad absoluta de absorción, conforme a una interpretación literal del comentado precepto; y es que, pese a su redacción, no tiene explicación lógica que pueda mantenerse sin limitaciones dicha facultad absorbente, frente a la misión de los Tribunales de Menores, especialmente dedicados a captar al menor en edad susceptible de modelación.

Así nos lo ha enseñado la práctica y traemos a estas líneas, no dudando por ello en afirmar que, a nuestro juicio, la intervención de la Jurisdicción Castrense debe quedar reservada a aquellos casos



en que por la condición militar del menor o la perturbación causada, sea preciso sacrificar su posible readaptación social al mantenimiento de una rigurosa disciplina o al restablecimiento del orden jurídico perturbado.

No tenemos noticia de que desde la publicación del Texto refundido regulador del funcionamiento de los Tribunales de Menores, de fecha 11 de junio de 1948, se haya llegado a plantear en firme cuestión de competencia entre aquellos y la Jurisdicción Militar, cuya resolución, en su caso, compete hoy a la Sala del Tribunal Supremo de Justicia constituida en la forma que establece el Decreto de 3 de octubre de 1950 en relación con la Ley de 17 de julio de 1948 sobre conflictos jurisdiccionales.

Y con referencia a la legislación de anterior vigencia, únicamente ha llegado a nuestro conocimiento el Auto de 8 de enero de 1941 decidiendo la cuestión planteada en asunto en que se trataba de un menor delincuente antes y después de cumplir los dieciséis años de edad, que fué resuelta en el sentido de ser competente el Tribunal de Menores respecto de los hechos cometidos siendo menor de dicha edad, y la Jurisdicción Militar para los posteriores, entre ellos los relativos a haber servido como cabo en las fuerzas rebeldes durante la pasada campaña de liberación nacional; caso sencillo, como puede advertirse, que nada aclara a nuestro propósito, siquiera venga a demostrarse con ello la virtual ausencia de cuestiones de competencia planteadas en firme:

Sentados estos principios de orientación que los propios Organismos Castrenses han marcado en el desarrollo de su función, según, al menos, hemos podido advertir durante ya largo período de tiempo en los distintos destinos desempeñados al servicio de la Jurisdicción Militar, fácil nos será aplicarlos a los distintos supuestos que en materia de competencia pueden presentarse, siquiera no lleguemos a analizar éstos con detalle, sino en cuanto sea necesario para confirmar el criterio ya observado en la práctica.

A) **COMPETENCIA POR RAZÓN DEL DELITO.** La señala el art. 6.º del Código de Justicia Militar, redactado según Ley de 21 de abril de 1949.

Relaciona una serie de delitos tipificados como militares, no obstante su naturaleza común, y por ello definidos en el Código

Penal, cuyo conocimiento se atribuye a la Jurisdicción Militar, cualquiera que fuese la persona responsable.

En varios de ellos, por su índole, ha de ser difícil que se produzca el supuesto hipotético de que los realice un menor de edad. Así sucede con el delito de malversación de caudales o enseres de la Hacienda Militar, con el de piratería o de naufragio, aborrajaje y robo en buques o aeronaves apresadas o convoyados por aparatos de guerra, y, desde luego, hay que descartar también el de adulteración de víveres, que sólo afecta a los contratistas y proveedores del Ejército.

Respecto de los restantes en que incurra un menor de edad, no encuadrado en el Ejército se entiende, son varios los supuestos en que no ha de ser necesario a nuestro juicio, que la Jurisdicción Militar se reserve su conocimiento. Por ejemplo cuando se trata de delitos de daños, robo o hurto en que resulte perjudicado un Cuerpo del Ejército, o de falsificación de sellos o documentos militares, o de menoscabo de insignias militares realizados por persona en minoría de edad penal.

En tales casos entendemos que ha de ser perfectamente normal que conozca del hecho el correspondiente Tribunal Tutelar, y así hemos podido apreciar que viene ocurriendo en la práctica. Son relativamente frecuentes las sustracciones de bicicletas en la vía pública pertenecientes a un Cuerpo o Establecimiento Militar, o la falsificación o utilización, por un menor, de listas de embarque para pasaje de tropa, en que, por no afectar a la esencia de la Institución Armada, ha cedido la Jurisdicción Militar su conocimiento a los Tribunales Tutelares.

El apartado 12 del citado art. 6.º merece especial atención. Recoge una norma general al señalar de la competencia de la Jurisdicción Militar los demás delitos comprendidos en el Código Castrense y los que en Leyes especiales le atribuyen su conocimiento.

Entre los primeros figuran algunos que no pueden ser cometidos por un menor, si éste no se halla encuadrado en el Ejército, por afectar esencialmente a su régimen interno de disciplina o de servicio, como los de insulto a superior, desobediencia, abandono de servicio, desertión, etc.; nada cabe señalar, por tanto, respecto a los mismos, toda vez que si por el contrario, el menor infractor renuncia la condición militar, resultaría obligado a la Jurisdic-

ción Militar mantener siempre íntegramente su competencia, en razón de este fuero personal.

Comprende también dicho apartado delitos cuyo conocimiento ha mantenido dicha Jurisdicción lógicamente, aun cometidos por menores no encuadrados en el Ejército, por resultar hondamente afectada la tranquilidad social o la esencia de la Institución Armada, como los de traición, espionaje, rebeldía, insulto a fuerza armada, etc., siquiera otros como el de allanamiento de dependencia militar, acaso no llegue a merecer a expresada Jurisdicción la menor atención, a efectos de la posible cesión de su conocimiento a los Tribunales de Menores, si la infracción se produjese.

Por lo que se refiere a delitos comprendidos en Leyes especiales, cuya competencia se atribuye a la Jurisdicción Castrense, se ha resuelto también el problema conforme al expuesto criterio de ponderación, y en este caso por propia previsión del legislador, al facultar expresamente a dicha Jurisdicción para inhibirse de su conocimiento; así lo dispone el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo, cuyo artículo 9.º, después de establecer la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de los distintos delitos que aquél define y sanciona, todos de extrema gravedad, faculta a su inhibición en favor de la Ordinaria, cuando por las especiales circunstancias concurrentes no revistieren la entidad suficiente para ser calificados como tales delitos de bandidaje y terrorismo, e igual facultad inhibitoria ha de entenderse referida a favor de los Tribunales Tutelares si se trata de menores delinuentes.

También se incluyen en dicho apartado 1.º del art. 6.º, los delitos a que se refiere el art. 194 del Código que en el supuesto que ahora estudiamos no afectan normalmente al menor de edad que no fuese militar, por requerirse expresamente esta condición para determinar la competencia, y dicho se está que si aquél lo fuese, sería indudable el respeto del conocimiento del hecho a la Jurisdicción Militar.

Por lo que se refiere a los hechos, definidos y sancionados como delitos militares en los Bandoos que en circunstancias de excepción dictan con arreglo a sus facultades los Jefes militares a que alude el apartado 7.º del artículo citado, es de señalar que difícilmente se habrá dejado de prever en su contenido por dichas

Autoridades la posibilidad de una cesión de competencia en favor de la Jurisdicción Ordinaria, cuando la entidad del hecho o la edad del infractor no exija retener su conocimiento, facultad potestativa inhibitoria, insistimos, que ha de entenderse igualmente referida en favor de los Tribunales de Menores, en los supuestos de minoría de edad penal.

De hecho, así se viene haciendo en la práctica, con realidad efectiva, y pudiéramos citar con profusión múltiples supuestos en que la Jurisdicción Militar acordó la inhibición directamente en favor de los Tribunales Tutelares, aun tratándose de hechos de relativa trascendencia o gravedad, imputables a menores de dieciséis años de edad, atendiendo en su decisión principalmente, a la conveniencia de que fueran aquéllos sometidos a la acción tuitiva, por descartar la existencia de peligrosidad en sus actividades.

Con esta somera exposición del contenido del repetido art. 6.º del Código Castrense que fija la competencia de la Jurisdicción Militar "por razón del delito", y reconociendo la ponderación con que aquélla viene haciendo uso de su facultad discrecional inhibitoria cuando de delitos comprendidos en disposiciones especiales se trata, estimamos que la solución factible que permitiría dejar perfectamente definida la actuación de dichos Tribunales respecto a los relacionados delitos en que hubiere tenido intervención un menor de dieciséis años de edad, pudiera ser la de ampliar a dicha Jurisdicción Castrense, referida facultad inhibitoria potestativa, a efectos de la posible cesión de su conocimiento en favor de la Jurisdicción Tutelar, con lo que quedaría reflejada en una norma legal, lo que en la práctica se viene efectuando.

B) POR RAZÓN DEL LUGAR.—La regula el art. 9.º del Código de Justicia Militar, atribuyendo a nuestra Jurisdicción el conocimiento de los procedimientos que se instruyen contra cualquier persona por delitos y faltas que, no integrando motivo de desafuero para el militar, se cometan en cuarteles, campamentos, campos de concentración, buques de guerra, arsenales, maestranzas, aerodromos, fábricas o edificios militares o destinados al alojamiento de sus fuerzas y servicios; en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes de la zona marítima nacional; en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional; fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas que afecten a su seguridad; como igual-

mente de los delitos comunes o especiales cometidos en territorio declarado en estado de guerra incluidos en los bandos correspondientes.

Señalamos la misma solución antes apuntada, pues ya se comprende que ciertos hechos que puedan realizar los menores, en lugares de la competencia de la Jurisdicción Militar, pueden quedar a nuestro juicio, perfectamente sometidos al conocimiento de la Jurisdicción de Menores, sin merma de los principios fundamentales de la Castrense, si bien pueda ello dificultarse en lugar declarado en estado de guerra que refleja una situación de excepción.

C) **POR RAZÓN DE LA PERSONA RESPONSABLE.**—La regula el art. 13 del Código de Justicia Militar y nuestra postura es concluyente. Toda acción u omisión realizada por un menor de dieciséis años de edad, encuadrado en cualquiera de los tres Ejércitos, y que estuviere definida como delito tanto en el Código penal como en el Castrense o en Leyes penales especiales, ha de ser siempre de la exclusiva competencia de nuestra Jurisdicción.

Se trata del supuesto de menores voluntarios en el Ejército que ingresaron en filas con anterioridad al llamamiento de su reemplazo, pertenecientes normalmente a las bandas de trompetas y tambores, a quienes obliga el compromiso contraído, y se les dió lectura a su ingreso de las Leyes Penales Militares para conocimiento y cumplimiento de las obligaciones que contraen con su permanencia en el Cuartel.

Sólo pueden afectarles los motivos de desafuero que enumera el art. 16 del referido Texto legal, significando que, a nuestro entender, cuando aquéllos se produzcan por haber incurrido el menor en alguno de los delitos que este precepto relaciona, habrá de conocer de los mismos la Jurisdicción Tutelar, bien por inhibición directa de la Castrense al amparo de su apartado 12, o a través de la Ordinaria, conforme al principio general que el mismo establece.

Con excepción, por consiguiente, de los delitos o infracciones, integrantes de desafuero, que no enumeramos por no plantear problema alguno a nuestro propósito, es evidente que cuando en el menor de edad penal, concorra su condición militar, ha de ser absorbente la Jurisdicción Castrense, tanto si se trata de un delito típicamente militar que sólo puede ser cometido por milita-

res, como el de deserción o insulto a superior; como en los de naturaleza militar en que pueden incurrir paisanos, como el de insulto a fuerza armada, rebelión o fraude, e igualmente en los de carácter común comprendidos en el Código Penal Ordinario, como el simple delito de imprudencia temeraria productor de daños.

Así lo demanda la propia razón de ser de la especial Jurisdicción Militar, y resultaría anómala la intervención de otra Jurisdicción. No produciría buena impresión la presencia de un soldado ante un Tribunal Tutelar, que por serlo es ya mayor de edad a efectos de disciplina militar, para someterle a una información ambiental y responder de una infracción, y para quien toda medida tutelar había de resultar inoperante, y conste que tales menores son quizá los que más hubieran necesitado de la función educativa de los Tribunales Tutelares, toda vez que no suelen ser, precisamente, lo mejor de cada casa, y el contacto en el Cuartel con veteranos de años de servicio, nada les beneficia.

D) CONCURRENCIA DE VARIOS TÍTULOS DE COMPETENCIA.— Han de ser muy frecuentes, pero ningún problema especial pueden plantear que no haya sido apuntado.

Si entre los motivos determinantes de la competencia de la Jurisdicción Castrense figura el del fuero personal (condición militar del menor) en concurrencia con el relativo a la índole de la infracción, o lugar del hecho, conocerá aún con mayor fundamento dicha Jurisdicción.

Y si la concurrencia de títulos comprende sólo los dos últimos, habrán de ponderarse éstos conforme a la orientación señalada a efectos de decidir la posible cesión de conocimiento a los Tribunales Tutelares, siquiera no haga falta señalar que expresada concurrencia pueda dificultar la decisión inhibitoria.

E) COMPETENCIA RESPECTO DE FALTAS.—Aparte de que "por razón del lugar" se halla fijada dicha competencia en el art. 9.º del Código de Justicia Militar, ya comentado, cuyo contenido comprende tanto los delitos como las faltas que se cometieran en los lugares y territorios que enumera, establece el art. 7.º los demás motivos determinantes de la competencia de la Jurisdicción Castrense respecto de las faltas, atendiendo en definitiva, también, a la índole militar de la infracción o al fuero personal, siendo a las mismas aplicable con mayor fundamento el criterio de orienta-

ción apuntado, a efectos de su posible conocimiento por los Tribunales Tutelares, cuando de un menor se trata.

Pero es que, además, se da la circunstancia de que el propio legislador ha previsto dicha posibilidad, incluso en el caso de menor encuadrado en el Ejército (por similitud con los motivos de desafuero, establecidos respecto de los delitos cometidos por militares) que incurra en infracciones-faltas, de naturaleza común, facultando a las Autoridades Judiciales Castrenses a ceder su conocimiento a otra Jurisdicción, cuando aquéllas "no afecten al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de sus clases", según reza el apartado 2.º de dicho art. 7.º, y es ocioso decir que su redacción permite un amplio criterio inhibitorio en las decisiones judiciales.

## V

### SITUACIONES INQUIETANTES

#### 1.º *El discernimiento del menor*

El problema del discernimiento, hoy desterrado de nuestra legislación común positiva, al establecer el Código penal en el mencionado artículo 8.º núm. 2.º la exención de responsabilidad criminal del menor de dieciséis años, sin distinguir si obró o no con discernimiento, subsiste, sin embargo, latente en el vigente Código de Justicia Militar, que si bien señala igual causa de exención, la admite exclusivamente si el menor "no hubiera obrado con discernimiento" (art. 185 núm. 2.º de dicho Código), constituyendo, en cambio, dicha minoría de edad, circunstancia atenuante calificada si obró con discernimiento (art. 189 núm. 1.º).

Traemos aquí a colación este extremo, no ya para estudio de tan debatido problema, que continúa vivo en el ejercicio de nuestra Jurisdicción Militar, sino exclusivamente para recordar la justificación en que el legislador ampara su criterio, reflejada en los términos anteriormente transcritos de su Exposición de Motivos del Código, conjugando para ello la situación de posible permanencia voluntaria en las filas del Ejército de menores de dieciséis años de edad, que debe ser aceptada, dice, con todas sus

consecuencias, incluso las de orden penal, y la lamentable predisposición del menor a que prenda la incitación a la rebeldía que le lleve a participar en delitos militares de notoria gravedad.

Respetando íntegramente los razonamientos invocados, vienen éstos a demostrar, en definitiva, que lo que en realidad interesa a la Jurisdicción Castrense, es juzgar al infractor de delito o falta que estuviera encuadrado en alguno de los tres Ejércitos, o aquellas acciones u omisiones que, cometidas por menores de dieciséis años de edad, no militares, revistan especial gravedad y precisen de inmediata ejemplaridad por el atentado que supone a la disciplina militar o a la tranquilidad social.

Y esto es, precisamente lo que venimos sosteniendo en estas líneas, en el sentido coincidente de que si tales extremos son los únicos que realmente preocupan a nuestra Jurisdicción, sólo cuando tales supuestos se produzcan, debe retener el conocimiento del hecho para su sanción adecuada, y no, en cambio, cuando se trate de infracciones que, no obstante ser virtualmente de su competencia, en nada afectan al servicio del Ejército ni a la seguridad nacional.

Es de notar, además, que las razones aducidas por el legislador, son más bien justificativas de la retención de competencia, aunque también se aluda al extremo relativo al discernimiento que se impone como previo a la represión penal adecuada, y no podemos silenciar la agobiante tarea que queda reservada a nuestra Jurisdicción, de determinar en cada caso si el menor delincuente obró o no con discernimiento, a efectos de apreciar en su favor la circunstancia de exención o de especial atenuación de su responsabilidad criminal. Ha de ser ello motivo de preocupación para el juzgador, máxime teniendo en cuenta la gravedad de las sanciones señaladas a gran parte de los delitos comprendidos en el Código Castrense.

Por otra parte, y en buenos principios sustantivos, debe entenderse que las circunstancias de exención de responsabilidad criminal que relaciona el art. 185 de dicho Código, son exclusivamente aplicables cuando se trate de juzgar delitos de naturaleza militar o definidos en referido Código, y no respecto de los de carácter común, comprendidos en el Código penal, a los que deben ser de aplicación las eximentes previstas en el art. 8.º del mismo y



conforme a su redacción; y, siendo así, no es desacertado concluir que en este último supuesto, quizá sea lo procedente eliminar la prueba del discernimiento y atemperándonos a lo establecido en dicho precepto, declarar la exención de responsabilidad criminal por minoría de edad penal, con entrega del infractor al Tribunal Tutelar correspondiente, con lo que se produciría la anomalía de que, después de haber mantenido su competencia para enjuiciar el hecho la Jurisdicción Militar, había de revertir su conocimiento al Tribunal de Menores para la aplicación de la medida tutelar adecuada, no obstante ser normal en derecho expresada solución.

Si, por el contrario, se entiende que el menor sujeto a la competencia de la Jurisdicción Militar ha de sufrir la prueba del discernimiento, tanto si incurrió en delito militar como común, y que ha de estarse en todo caso a lo previsto en el apartado 2.º del artículo 185 del Código Castrense, quede aquí señalada la diferencia de trato que el menor recibe, en el supuesto de infracciones de naturaleza común, que quizá no se justifique plenamente, especialmente en hechos de escasa entidad, y, por otra parte, omite el precepto invocado la medida a adoptar con el menor que no hubiese obrado con discernimiento, aunque parece lógica su entrega a disposición del Tribunal Tutelar correspondiente, de acuerdo con el espíritu que informa su concordante art. 8.º núm. 2.º del Código penal, y por tratarse de menor que precisa readaptación social, con lo que vuelve en este caso a producirse la misma situación anómala de que después de haber conocido del hecho la Jurisdicción Militar ha de pasar el mismo a conocimiento definitivo de la Jurisdicción Tutelar para aplicación de las medidas correspondientes.

Son cuestiones que dejamos aquí solamente apuntadas, pero que arrancan de la competencia reconocida a la Jurisdicción Militar para enjuiciar al menor delincuente, y de la exigida prueba del discernimiento: cuestiones que quedarían resueltas si se hiciera entrega completa del conocimiento de la delincuencia juvenil a los Tribunales de Menores, reservando exclusivamente a la Jurisdicción Castrense la competencia, en los casos de menor encuadrado en las filas militares, aun sometiéndole a la prueba de discernimiento, pese a que éste se presume, pues a efectos de su ingreso en las mismas fué ya considerado mayor de edad para todos

los efectos inherentes a su condición militar, o quizá mejor, llegara a prescindirse de la presencia en dichas filas de menores de dieciséis años de edad, a cuya situación hemos de aludir después.

### 2.ª *La menor ante un Consejo de Guerra*

En términos generales nos hemos referido siempre, sin distinción de sexo, al menor que por prescripción de las normas de competencia en vigor, haya de ser juzgado por los Organos de la Jurisdicción Castrense y procurando hermanar tales títulos con el principio regulador del conocimiento de las conductas penales de los menores, por parte de los Tribunales Tutelares para llegar a la conclusión de que en múltiples casos es aconsejable que nuestra Jurisdicción revierta su competencia a estos Tribunales según la propia práctica nos ha enseñado.

Criterio el señalado, que se robustece ante la posible presencia de una menor sometida al juicio de un Consejo de Guerra; el fallo de éste, de escasa eficacia en orden al restablecimiento del orden jurídico perturbado, quizá adoleciera también de un tono de incompreensión. Ha de ser bien raro que este caso de enjuiciamiento se produzca, y no precisamente porque en rigor de aplicación de los preceptos determinativos de la competencia de nuestra Jurisdicción, no hayan de ser múltiples los que se plantean, sino exactamente porque la comprensión y la ponderación presiden la actitud de las Autoridades Judiciales que, en el Ejército, ejercen jurisdicción, y las lleva a declinar su competencia en favor de los Tribunales de Menores, que es, en definitiva, lo que venimos sosteniendo.

### 3.ª *El menor encuadrado en las filas del Ejército*

Aunque este supuesto, harto corriente, nos ha forzado a mantener que, por razón del fuero personal y con la sola excepción de los casos de desafuero establecido en el art. 16 del Código Castrense, es indiscutible la competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento de las infracciones penales realizadas por un menor encuadrado en las filas del Ejército, sin que en ningún ca-

so, como fácilmente se comprende, ceda su competencia en favor de otra Jurisdicción, no nos resistimos a plantear la cuestión de si realmente la presencia de dichos menores en las filas militares responde a una razón de necesidad o de justificación.

No es nuestro propósito censurar las disposiciones administrativas que regulan el enrolamiento voluntario de los menores de dieciséis años en el Ejército, pero como en el campo penal mucho interesa la situación que pueda crear la permanencia en sus filas al delinquir, máxime cuando han de quedar sometidos a la prueba del discernimiento para determinar su irresponsabilidad absoluta o responsabilidad atenuada, y cuando, además, existe otra Jurisdicción especialmente capacitada para intentar su regeneración social, se nos ocurre pensar si, teniendo en cuenta el avance doctrinal del llamado Derecho penal de Menores, no es ya llegado el momento de que se prescindiera de la presencia en el Ejército de menores de expresada edad, supuestos irresponsables, según la propia Ley reconoce, y de que se sometieran sin distinción al conocimiento de esa aludida Jurisdicción Especial, todos los casos de infracción penal imputable a menores de dieciséis años.

El voluntario, a esa edad, no puede hallarse formado física ni moralmente, y, generalmente, no llega a las filas militares precedido del ambiente educativo, tan necesario para comprender y sentir la disciplina que ha de imponérsele, y si a esto se añade que aun considerándosele inmejorable en todos los aspectos, se le expulsa del Ejército, rescindiendo el compromiso contraído, si llega a delinquir, dicho se está que su permanencia es precaria, fundada en una presunción de no delincuente, que es pareja de otra presunción de irresponsabilidad, y en estas circunstancias no creemos que la esencia del Ejército se resintiera ni que su potencialidad menguara prescindiendo de la presencia en sus filas de dichos pequeños voluntarios.

Y no se nos oculta que, al menos por lo que al Ejército de Tierra se refiere, tales menores son bien escasos en número, limitado virtualmente a los ingresados en las bandas de trompetas, cornetas y tamboras, en razón de las normas que hoy rigen al voluntariado por Ley de 22 de diciembre de 1955 y Reglamento aprobado por Orden de 30 de enero siguiente, según lo recogido en la disposición final 2.ª de aquél, y 3.ª del Reglamento, en relación con los

arts. 338 párrafo penúltimo y 339 del vigente Reglamento de Reclutamiento y disposiciones concordantes.

Quizá en el aspecto que al Derecho penal interesa merezca la actual situación de aquéllos, detenida atención, pues aun aceptando los sólidos argumentos que el legislador invoca en la Exposición motivadora de la publicación del Código Castrense, no nos resistimos a recordar otros conceptos del propio legislador español que ya hace cincuenta años en el Proyecto de Ley de Protección a la infancia que tuvo su realidad en 12 de agosto de 1904 y con la que se inició en nuestra Patria la corriente humanitaria y protectora de la infancia, decía: "Es el problema infantil uno de los que con más justicia solicitan la atención de los Gobiernos. La urgencia de acometerlo y la trascendencia social que envuelve el procurarle solución se acredita con la lectura de aterradoras estadísticas que denuncian la merma que la Nación sufre en su riqueza y en sus energías con esa multitud de vidas que corta en flor la muerte, ayudada y favorecida por omisiones vergonzosas, cuando no por maniobras criminales. Crece también de día en día la muchedumbre de niños abandonados, y sus miserables existencias ofrecen triste ocasión a padres y guardadores indignos para explotaciones impías, que sustituyen las solicitudes de cariño con las exigencias de su trabajo industrial prematuro, o convierten en mercancía de vil tráfico tesoros tan inestimables como la inocencia y la candidez... La justicia y la caridad exigen con imperio que no se desatienda al niño, que es el obrero del mañana, y su misma debilidad debe ser nuevo estímulo para que a protegerle y auxiliarte acuda la acción tutelar del Estado, coordinada y compenetrada con la acción social... Es precisa la cooperación de cuantas personas ponen su pensamiento en la prosperidad de la Patria, sienten en su corazón el fuego de la caridad y son capaces de llevar en el alma las nobles abnegaciones y las efusivas ternuras que despierta el espectáculo de la infancia desvalida... La patria potestad se alza en ocasiones como barrera infranqueable para amparar la sevicia, la explotación, el abandono de los hijos por los padres desnaturalizados, que, empujándolos a la mendicidad industrial, dejan en sus almas candorosas los gérmenes de la vagancia, de la corrupción y del delito."

## VI

## CONCLUSIÓN

Al margen de la sugerencia últimamente formulada, respecto de la posibilidad de que llegue a prescindirse del voluntariado de menores de dieciséis años, es lo cierto que mientras su presencia en el Ejército sea una realidad, nuestra Jurisdicción ha de ampararse en el fuero militar del infractor para no hacer dejación de su competencia.

En rigor de doctrina, y siendo ambas Jurisdicciones de carácter especial y de excepción, puede mantenerse en derecho perfectamente, que el único título determinativo de la competencia de los Tribunales Tutelares, la edad del menor, es absorbente para conocer de todas las infracciones que éstos cometan, sea cual fuere su índole y el lugar de realización, con la sola excepción de aquellas en que incurra el menor militar de algún Ejército, en que por razón de su fuero personal han de quedar sometidas a la Jurisdicción Castrense sin distinción.

Mas como no es este el alcance de la prevención establecida en el comentado apartado del art. 9. de la ley reguladora del funcionamiento de los Tribunales Tutelares, según se deduce del propio criterio del legislador en la repetida exposición de motivos del Código de Justicia Militar, entendemos que la solución aceptable que hermanase la respectiva razón de su existencia, pudiera ser la que hemos dejado apuntada, autorizando con carácter general a la Jurisdicción Militar a usar discrecionalmente de facultad de inhibición en favor de la Jurisdicción Tutelar con referencia a los delitos y faltas cuyo conocimiento tiene atribuido por razón del lugar o de la índole de la infracción, en aquellos casos en que por la entidad del hecho o las circunstancias concurrentes no revistiese gravedad suficiente para seguir reteniendo la competencia.

Y decimos que pudiera ser solución aceptable porque nos conserva de la ponderación de las Autoridades Judiciales de nuestra Jurisdicción, en sus decisiones, y al fin y al cabo es lo que en la práctica se viene realizando por lo que fuera conveniente que cristalizase en los propios preceptos legales aludidos, y así lo señalamos, movidos de una sincera lealtad a los principios fundamentales de ambas Jurisdicciones.