

El procedimiento sumarísimo a la vista de la Ley Orgánica 9/1980

**ESCUELA SUPERIOR DEL EJERCITO
ESCUELA DE MANDOS SUPERIORES
XIII CURSO DE LOGISTICA 1983
JOSE LUIS PEREZ SERRABONA Y SANZ**

**Coronel Auditor
Auditor de la 9.^a Región Militar**

Sumario: Introducción. El procedimiento sumarísimo en concreto. Modificaciones que introduce la Ley Orgánica 9/1980. Modificaciones que indirectamente afectan al sumarísimo. Limitación a casos de guerra. Concepto de tiempos de guerra. Especial consideración del artículo 338 del Código de Justicia Militar. Justificaciones del procedimiento. Conclusiones.

INTRODUCCION

 **L**OS Pactos de la Moncloa, otorgados y refrendados con fecha 27 de octubre de 1977, con la asistencia del Presidente y miembros del Gobierno y los representantes de los grupos parlamentarios del Congreso, fijaban los inmediatos objetivos de política legislativa, al igual que los firmados dos días antes regulaban los objetivos monetarios, financieros y de empleo, para procurar restablecer el equilibrio de la economía española, y ambos acuerdos enmarcaban las respectivas líneas económicas y legislativas que se consideraban indispensables para la adaptación del ordenamiento jurídico patrio a las exigencias propias de la nueva realidad democrática que se había instaurado en nuestra Patria, sin perjuicio de la regulación definitiva que habría de producirse en ejecución y cumplimiento de los futuros mandatos constitucionales.

En cuanto a la vertiente legislativa que en ellos se contemplaba como plan a desarrollar, se enumeraban la libertad de expresión, los medios de comunicación social de titularidad estatal, el derecho de reunión, el derecho

de asociación política, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, orden público, reorganización de los Cuerpos y Fuerzas del Orden Público y entre los citados apartados, el enunciado con el número VII, se refería al Código de Justicia Militar y en el texto que hacía de las exigencias de realización a que el compromiso o pacto conllevaba se expresaban los tres siguientes puntos: 1.º reconsideración de los límites en relación con el campo a que se extendía la jurisdicción militar, perfilando y constriñendo los supuestos de atracción de conocimiento hacia esta especial jurisdicción, bajo la triple vertiente de considerarlo bajo el punto de vista del delito, del lugar y de la persona, revisando en general los criterios que habían conducido a recargar de manera excesiva el campo de la competencia militar; 2.º sometimiento a los Tribunales Ordinarios de la Fuerzas de Orden Público cuando actúen en el mantenimiento del mismo, y 3.º fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la Jurisdicción Militar.

Así, vemos que por un compromiso de fuerzas políticas, se abre una expectativa legislativa en el campo del entonces vigente ordenamiento judicial y penal militar, que trataremos de contemplar someramente para poder encajar de una manera adecuada la materia que intentamos desarrollar.

Antes de promulgarse la Constitución, concretamente en el Boletín Oficial de las Cortes, de 15 de noviembre de 1978, se publica un Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, en cuyo preámbulo se justifica dicha remisión a la Cámara no sólo por los citados Pactos de la Moncloa como causa inmediata, sino ponderando también la desmesurada amplitud que la jurisdicción castrense había adquirido desde la publicación del viejo Código Marcial de 1890, que fue aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre de dicho año, y del que trae causa con las diversas vicisitudes a que se ha visto sometida nuestra nación, el que entonces estaba vigente, y hoy todavía lo está, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945, y que también hasta aquel momento había sufrido ligeros retoques por distintas disposiciones y que ahora, en cumplimiento de la directiva de los Pactos había de ser modificado, siquiera lo fuese en aspectos concretos y dejando para el futuro una modificación más a fondo, cuando los cambios legales de la organización militar, la penal, y la general del Estado obliguen a emprender dicha tarea, que en aquel momento se consideraba aventurada.

Pero en enero de 1979 se interrumpe su tramitación, ya que se disolvieron las cámaras legislativas en dicho mes y, pese a que, abierto el período de presentación de enmiendas al Proyecto presentado ya se habían formulado oportunamente por la mayoría de los grupos políticos con representación en las mismas la aportación de 150 escritos de enmienda, que contemplaban la mayoría del articulado, que en virtud del imperativo mandato de los Pactos se proponía su modificación, la mesa del Congreso, en sesión del día 22 de mayo de 1979 acordó, a petición del Gobierno, ratificar la tramitación del citado Proyecto, cuyo acuerdo fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso de 30 de mayo de dicho año, concediéndose un nuevo plazo

de presentación de enmiendas que, prorrogado a petición de los grupos parlamentarios, finalizó el 5 de septiembre del mismo año.

Pero hemos de ponderar muy especialmente que con anterioridad, en diciembre de 1978, ya se había promulgado la Constitución española, cuyos mandatos necesariamente tenían que tenerse en cuenta en las discusiones de toda ley que entre en el Parlamento y, naturalmente, en las nuevas enmiendas que se presentaron campeaba el criterio del espíritu y la letra de nuestra recién estrenada Constitución, aunque hemos de reconocer que su influencia ya se recogía en el articulado a reformar propuesto, y, como ejemplo de ello, debemos citar las naturales indispensables referencias a la abolición de la pena de muerte (excluidos los casos de tiempos de guerra), cuya pena ya se había abolido legalmente unos días antes de promulgarse la Constitución, para nuestro Código de Justicia Militar, con fecha 21 de diciembre por un Real Decreto 45/1978, que procuró dejar dentro del orden constitucional a nuestro Código, antes de que viera la luz pública la Constitución española, y, por supuesto, también latía en el proyecto la orientación constitucional de la reconocida, proclamada y no discutida unidad jurisdiccional que en el artículo 17 de la Constitución lacónicamente dice: «que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», sin perjuicio de que, como luego seguía dicho precepto, «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en lo supuesto de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». Lo que nos hace meditar, para no tratar de alargar este comentario, en la innecesaria labor de justificar los argumentos en pro y en contra de la legal existencia de esta jurisdicción singular, ya que el mismo imperativo mandato, que arrasa con cualquier otra jurisdicción que entonces se aplicase, es el que palmariamente proclama la existencia y vigencia de la Militar.

Y, siguiendo con el hilo del itinerario legislativo, vemos que, designada la Ponencia que ha de estudiar el proyecto y tras diversas conversaciones informales, se reúne para informarlo durante los meses de noviembre de 1979 (día 27) hasta abril de 1980 durante dieciocho sesiones, culminando su informe el 17 de dicho mes y pasando después a la Comisión de Justicia, que, por fin, lo dictaminará, y publicándose el texto del Dictamen con fecha 31 de mayo de 1980 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, como asimismo fue publicado el de la referida Ponencia con fecha 24 de abril de aquel año, siendo seguidamente sometido su conocimiento en el mes de junio (durante cuatro sesiones) al Pleno del Congreso y volviendo, después de ser enmendado por el Senado, nuevamente al Congreso, que definitivamente la aprueba, con modificaciones de matiz, publicándose su texto definitivo el 6 de noviembre del mismo año, que fue insertado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de noviembre, desde cuyo día tiene vigencia, dado el carácter de Ley Orgánica que se le dio.

Esta es a grandes rasgos la etiología de la Ley Orgánica 9/1980, que re-

coge también, por otra parte, los principios de la entonces reciente Ley Orgánica 6/1980, de 1.º de julio, que regula los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, que en su artículo 40 dice: «la justicia militar se administra en nombre del Rey en la forma que señale el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución», reconociendo así la Organización Judicial Española y la alta preponderancia del Tribunal Supremo de la Nación, resaltando posteriormente en otros apartados de dicho artículo la orientación apuntada (... «bajo los principios de especialidad jurisdiccional, salvaguardando debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado...»).

EL PROCEDIMIENTO SUMARISIMO EN CONCRETO

Pero entrando en el tema del «Procedimiento Sumarísimo», que se contempla en el Título XVIII del vigente Código de Justicia Militar de 1945 y que, como hemos dicho, en esta materia concretamente, como en la mayoría de su contenido, trae causa del Código de 1890, debemos de hacer un examen comparativo de su normativa en ambos Códigos, analizando las modificaciones que directamente ha introducido esta Ley Orgánica 9/1981 o las que indirectamente le afectan, pues aunque no se recojan en los artículos 918 al 937, en los que se regula, sin embargo, se ven afectados por ella en virtud de la nueva filosofía que impera en la reforma citada.

Primeramente, echamos de ver que en el primero de dichos artículos, el 918, el Código de 1945 introdujo la novedad de regular el que el procedimiento sumarísimo no sólo fuese posible para las Causas que con posterioridad han de ser vistas y falladas en Consejo de Guerra Ordinario o de oficiales generales, según correspondiera, sino que amplía el campo de su aplicación, añadiendo que tal especialidad de instrucción, valiéndose de tal procedimiento sumario, cabe también para las Causas cuyo conocimiento está reservado al Consejo Supremo de Justicia Militar y, por tanto, en tal sentido adiciona el artículo citado (que trae causa del 649 del viejo Código) y, por supuesto, consecuentemente introduce un precepto nuevo (el 937), que regula la tramitación del procedimiento, con las características especiales que habrán de ponderarse, habida cuenta de la especial tramitación que el Código contempla para las Causas que en única instancia ha de conocer la Sala de Justicia o el Consejo Reunido en los asuntos en que por su materia tengan atribuidos.

No existía ningún precepto que impidiese el que el Consejo Supremo de Justicia Militar pudiera tener tal facultad, aunque bien es verdad que tampoco lo había en el cual pudiera apoyarse la posibilidad de ejercer tal prerrogativa y no veía el legislador la conveniencia de dejar en la duda tan importante tema, porque si observamos el contenido del artículo 101 del Código y los con él concordantes, confirmamos que es muy posible que se den las condiciones de «flagrante delito» y «pena de muerte ó 30 años» que se exigen

para que entre en juego la instrucción del Sumarísimo en Causas cuyo conocimiento corresponda, en única instancia al Consejo Supremo de Justicia Militar, y no hemos de sustraer la posibilidad de poder instituirlo por tales trámites por el hecho de la jerarquía personal o profesional de presunto culpable.

Y si analizamos la Exposición de Motivos del Código Castrense de 1945, vigente hoy con las modificaciones que ha sufrido desde su publicación y la más reciente de la Ley Orgánica, vemos que este procedimiento especial se ha trasladado desde el Código del 90 citado al actual casi íntegramente, pues, salvo la modificación que hemos comentado y que, naturalmente, se justifica por sí sola, en lo demás sólo se ha limitado a perfilar algún concepto oscuro o poco logrado en el viejo Código, ampliando o, mejor dicho, aclarando que se entiende por delito flagrante, que define qué es, no sólo el que se descubre cuando el delincuente lo estuviese cometiendo, sino también cuando el presunto delincuente es detenido en el área de la zona en la que se le persigue dentro de las 48 horas siguientes al delito y existan pruebas fehacientes de haberlo ejecutado.

En cuanto a las autoridades que pueden ordenar la iniciación de estos procedimientos, se regula que lo podrán hacer las mismas autoridades o jefes militares que tengan facultad para acordar la de las Causas en su tramitación ordinaria, lo cual implícitamente se contenía en el Código del 90, ya que, al no recoger ninguna referencia sobre este punto, se entendía tácitamente que estaban investidos de tal facultad quienes la poseían para los casos normales; también se introducía como novedad el que contra las resoluciones del Juez Instructor no se daba recurso alguno, sin perjuicio de las normales facultades del Auditor de Guerra, compartidas con la autoridad judicial militar, para variar dichos acuerdos o resoluciones o revocarlas de oficio, en el caso de que no las encontrara ajustadas a Derecho, y las consiguientes garantías que se introducían en los artículos 924, 925 y 926 para que la Causa instruida fuese elevada a plenario si se consideraba completa, fuera devuelta a su Instructor para subsanación de alguna falta o defecto procesal apreciado o se continúe por los trámites del procedimiento ordinario, ya que siendo el sumarísimo excepcional sólo cuando se den todas las condiciones para continuarlo en dicha vía singular se continuará aplicando sus preceptos y, en otro caso, se seguirá por la vía normal.

También se faculta a las partes (Fiscal y defensor) para que puedan recusar a los componentes del Consejo de Guerra, resolviéndose el incidente sin dilación ni posterior recurso. Además se autorizaba que el oficial del Cuerpo Jurídico que tenía que actuar como Ponente pudiera asistir a todas las diligencias que se practicaran, naturalmente, aunque nada dice, entendemos que como mero espectador, ya que si se le diese alguna intervención en este período procesal entendemos que se impregnaría el mismo de un matiz inquisitivo, que estamos seguros que no ha querido el legislador; se introducía una modificación en cuanto al período de tiempo en que tanto el Fiscal co-

mo el defensor deberían formular sus respectivos escritos de acusación, pues mientras en el antiguo Código el plazo era de tres horas, en el vigente ya era de cuatro, ampliación que consideramos risible, pues si repugnaba la premura de tiempo a emplear en un trance serio, y en muchos casos de consecuencias irreparables, entendemos que poco se había perfeccionado el trámite en cuanto a la posibilidad de un estudio más meditado por las partes de lo instruido y que en los 55 años de un Código a otro poca generosidad se había aportado; igualmente, poca claridad se aporta cuando habla de la posibilidad de ejecución de la pena capital, impuesta, sin enviar el oportuno «Enterado» al Gobierno, para los casos de sentencia dictada en plazas, puertos o aeródromos bloqueados por el enemigo, rebeldes o sediciosos, al hacer una desafortunada llamada a los artículos 868 y 869 del Código, ya que hace esta llamada, como excepción a la regla general, y no es sino una confirmación de dicha regla, ampliándola a la posibilidad de llevar a cabo la ejecución de la pena capital impuesta sin solicitar aquel trámite del Gobierno a cierto tipo de delitos (espionaje, traición y sedición militar y cualquier otro que exija rápido y ejemplar castigo), ya que estimamos, siguiendo la opinión de DIAZ LLANOS, que el legislador ha querido decir todo lo contrario de lo que el precepto dice, o sea que son los supuestos de los artículos 868 y 869 los que suprimen el trámite de comunicación al Gobierno y que acaso hubiera sido más afortunada una redacción del artículo 935 del Código que dijera que dicha sentencia debería comunicarse al Gobierno, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 867, excepto en los casos previstos en los artículos 868 y 869.

Pero todo lo que hasta ahora estamos comentando no contempla sino modificaciones o aclaraciones que se han ido introduciendo en el articulado que se refiere al Sumarísimo y que viene a demostrarnos que siempre ha sido preocupación de los legisladores el humanizar, delimitar, concretar y aclarar hasta el máximo las reglas de un procedimiento que, aunque puede terminar con una pena irreparable en muchos casos, es necesario mimar hasta hacer posible que si, por desgracia, se producen esas graves consecuencias se vean avaladas por unas garantías exquisitas para que nunca pueda achacarse a nuestro ordenamiento penal y procesal que en algún momento se haya influenciado por las corrientes defensoras a ultranza que tienen muchos Códigos Militares en otros países.

MODIFICACIONES QUE INTRODUCE LA LEY ORGANICA 9/1980

Pero realmente lo que nosotros queremos comentar son las modificaciones y sus consecuencias que en nuestro Código ha sufrido la regulación del procedimiento sumarísimo al socaire de la Ley Orgánica y si tal modificación ha sido beneficiosa para la teleología jurídico-militar o si, por el contrario, no conduce más que a crear desconcierto en nuestro ordenamiento, ya que *presuponemos, como hemos dicho, la necesidad de la jurisdicción militar en tiempo de paz, con sus naturales restricciones, o en tiempos de guerra, con sus inevitables holguras.*

Bástenos aquí decir, en cuanto a la tradición recogida en los Textos Constitucionales españoles sobre la autonomía, independencia y especialidad del fuero militar y que, por citar algunos, recogeremos el precepto de la Constitución de 1812, que en su artículo 250 decía: «Los militares gozarán también de fuero particular en los términos que previene la Ordenanza o en adelante previniere», y la más reciente Constitución de 1931, que decía en su artículo 95, párrafo 2.º: «La Jurisdicción Militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados»; así, pues, vemos que el artículo 117, que en nuestra Constitución mantiene la necesaria existencia de la jurisdicción militar, no es una fórmula de compromiso aceptada en un momento histórico, sino que tiene una indudable tradición en nuestro Derecho Constitucional, y sin que no resistamos a citar aquí con legítimo orgullo la figura de BALTASAR DE AYALA, Auditor de Alejandro Farnesio, en torno a cuyas ideas se fue moderando la justicia de los militares en todos los Ejércitos de Europa, superándose así las viejas y duras leyes de guerra que imperaron hasta el siglo XVI.

Tal como resulta de su evolución histórica, la Jurisdicción Militar no se formó como una mera jurisdicción represiva ni paralelamente y distanciada de la jurisdicción penal común, sino como la jurisdicción propia de un organismo autónomo dentro del Estado como es el Ejército, y que a veces excepcionalmente, por exigencias del mecanismo constitucional, encarna incluso el mismo poder estatal.

Y arranca la organización de la Justicia Militar, con los esenciales perfiles que hoy conserva, de los Decretos de Unificación de Fueros y en especial del de 6 de diciembre de 1968, en cuya Exposición de Motivos se dice: «que el ejemplo de las demás naciones y la experiencia... hace necesaria una excepción con respecto a los militares en activo servicio, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad, que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos, que, perpetrados por militares, tienen una mayor gravedad cuanto más libre sea la constitución política por la que se gobierna un Estado», y así, de acuerdo con este preámbulo, se prescribía en el artículo 4.º de esta disposición que las Jurisdicciones de Guerra y Marina serían las

únicas competentes para conocer, con arreglo a las Ordenanzas, de las infracciones cometidas por los militares y además en su artículo 6.º se estableció la posibilidad de que los no militares pudieran también, en ciertos casos, ser juzgados por la jurisdicción militar, quedando así, al propio tiempo que se hacía realidad el principio de unidad jurisdiccional, proclamado, como vemos en la Constitución de 1812 y recogido en las posteriores, asentada con rango constitucional la existencia al lado de una jurisdicción ordinaria una jurisdicción militar mantenida ininterrumpidamente, hasta ser recogida en la vigente de 1978 y en el mismo sentido igualmente proclamada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (arts. 321 y 347) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 10).

En el Derecho Comparado, no sea que se estime que esta especialidad excepcional de una existencia de Jurisdicción Militar es puramente nacional, acaso vestigio de un glorioso pasado militar, podemos citar, con el comentarista GARRIDO FALLA, la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 103 la reconoce para tiempo de paz y de guerra, y la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que igualmente la reconoce en su artículo 96, sin citar más que estos países europeos, aunque, por supuesto, en todo existe esta misma tónica de existencia de excepciones con respecto al enjuiciamiento de conductas que tienen relación con la institución militar.

Pero volviendo al hilo del procedimiento sumarísimo, del que nos hemos separado, hemos de decir que en el proyecto que en el año 78 se remitió a las Cámaras solamente se proponía la modificación, por lo que respecta a dicho procedimiento, de uno de sus artículos, el 927, de los veinte que lo regulan en nuestro Código.

Dichas modificaciones tenían su fundamentación en las garantías procesales de que había que dotar a este procedimiento, en armonía con lo prescrito ya entonces en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que ya se había discutido en el debate para la aprobación de nuestro texto constitucional, y así vemos que el defensor, que en todo caso, naturalmente, asistía al procesado en este tipo de procedimiento, según el citado artículo 927 del Código de Justicia Militar del año 1945, siempre tenía que estar investido de la condición de militar, y ya después de la discusión del proyecto el artículo ha quedado redactado en tal forma que el procesado podrá nombrar defensor, de acuerdo con el también modificado artículo 154 del Código, letrado o militar, según su voluntad, pudiendo, si así lo desea, ser asistido ante el Tribunal de defensores de ambas clases si el delito es militar y la petición fiscal solicita pena superior a seis años, circunstancias ambas que casi indefectiblemente se producirán en las Causas que se instruyan con arreglo a las normas del sumarísimo; e igualmente podrá pedir que este defensor, militar o letrado, a su elección, se le nombre de oficio y aquí, aunque nada dice el nuevo artículo 154 de nuestro Código, entendemos que también se le dará oportunidad para verse asistido por ambas clases, ya que no acertamos a ver el fundamento de que no se les otorgue tal derecho en el caso de ser defendido

de oficio, y, por fin, en el caso de que no lo designe directamente ni requiera la designación de oficio se le proveerá de él, pero precisamente de condición letrada, circunstancia o, por mejor decir, condición esta en el defensor que no iba incluida en el proyecto y que introdujo la Comisión en la discusión del mismo; y como consecuencia de esta amplia libertad para el nombramiento del defensor, naturalmente, tanto en la Comisión como en el ple- no se suprimió el párrafo que contenía dicho precepto, relativo a que un solo defensor asumiría la defensa de todos los procesados si había más de uno y no había incompatibilidad para ello.

Poco comentario nos merece la supresión de este párrafo, que venía del Código del 90, trasladado al de 1945 y que hubiera quedado en él si no se hubiese visto el absurdo que representaba el mantener esta restricción a la libertad de elección para la defensa, aparte de no estar resuelto en el anti- guo texto cuál de los procesados tendría preferencia para la designación en el caso de que cada uno deseara un distinto defensor para que le asistiera.

Vemos cómo el artículo ha quedado en este punto de la designación de defensor mucho más acorde con ese casi sagrado derecho de asistencia letrada al procesado, salvo en el caso expreso de que el mismo haga mani- festación de voluntad en el sentido de que desea que tenga la condición de militar.

Sin embargo, quiebra el principio que hemos expuesto cuando ese mis- mo artículo 154 contempla la circunstancia de que la Causa se instruya en plazas o unidades bloqueadas o sitiadas o en buques que se encuentren na- vegando sueltos y en los ejércitos en campaña, cuando las actuaciones no puedan paralizarse, suponemos que por causas que afecten a la disciplina o al buen régimen de los ejércitos, en que necesariamente se nombrará por el procesado un jefe u oficial que lo defienda y en el caso de que no lo nom- bre se le designará de oficio; criterio que estimamos correcto el que se sus- tenta en este punto, pues después de agotar todas las posibilidades de la voluntaria designación directa y, a ser posible, letrada, a ultranza, en aque- llos casos excepcionales que se contemplan, necesariamente tendrán tam- bién que primar los criterios que en caso de necesidad no se paralice la ac- ción de la Justicia ante la imposibilidad de efectuar el nombramiento con los criterios que se expusieron. Naturalmente, aunque nada dice dicho pre- cepto, esta norma singular, naturalmente, se puede aplicar, se tiene que aplicar, en los casos en que se haga necesario recurrir a ella en los procedimientos sumarísimos.

También se modifica por la Ley Orgánica en este artículo 927 el plazo de cuatro horas que ya vimos se concedían al Fiscal y a las defensas para que formularan sus escritos respectivos y dichas cuatro horas las han ampliado hasta veinticuatro, entendemos que más racional este aumento que aquella tímida añadidura de una hora más que concedió el Código del 45 a las esca- sas tres horas que marcaba el del 90, aunque aquí hemos de criticar esa va- riación que se ha introducido en la reforma del precepto en la Ley Orgánica

cuando dice que a «la defensa se le pondrá la Causa de manifiesto», cuando entendemos que era más normal que se le entregara la Causa como antes se decía, para poder con más comodidad, ya que el plazo aún sigue siendo corto, estudiarla y confeccionar el escrito, ya que, por otra parte, parece interpretarse como una desconfianza y no como un deseo de acelerar el trámite.

Las modificaciones de este precepto, que muy someramente hemos comentado y que creemos que con las mismas ha quedado más de recibo que con las exigencias que se contenían en los anteriores Códigos, son las únicas que contenían el proyecto de Ley.

MODIFICACIONES QUE INDIRECTAMENTE AFECTAN AL SUMARISIMO

De un estudio más detenido de cómo queda el Código después de esta Ley reformadora, en seguida notamos que se han producido más modificaciones en la regulación de este procedimiento, aunque no directamente en su articulado, pero sí en otros preceptos que lo condicionan. Así, la innovación sustancial que ha introducido la misma, referente a la supresión del Fiscal Militar en tiempo de paz, ha sido deficientemente reflejada en el articulado del Código que a dicha institución se refiere, ordena que «queda suprimido en tiempo de paz el cargo de Fiscal Militar, cuyas funciones serán asumible por el Fiscal Jurídico Militar», luego en los artículos referentes a dicho Fiscal suprimido le da un tratamiento distinto; en efecto, en los artículos 122 y ss. es consecuente con tal supresión y no hace referencia alguna a dicho cargo en lo relativo al Consejo Supremo de Justicia Militar, mientras que en los artículos 144 y ss., que se refieren al Fiscal Militar que se designa para cada procedimiento, conserva su regulación, como si no se hubiese suprimido. A tal diversidad de tratamiento se nos podrá argüir que el Código también ha de regular los procedimientos en tiempo de guerra y que, por tanto, en tales ocasiones renacerá dicha figura, pero si lo examinamos como debemos en relación con el sumarísimo en tiempo de guerra hemos de considerar que el Consejo Supremo puede conocer de tales procedimientos en los casos en que por la categoría de los encausados así corresponda, y vemos con extrañeza que en ese alto organismo de la Justicia se ha suprimido el cargo (art. 122) y no acertamos a resolver la duda, pues si pensamos que en tiempos de guerra hay que designar tales Fiscales, igual habrá que hacerlo tanto para el Consejo Supremo como el que se nombra en las Regiones para cada Causa; bien es cierto que en el Consejo Supremo el cargo estaba institucionalizado y en el nivel Región se designa individualmente y, por tanto, para suprimirlo basta con no designarlo. Todo lo cual nos hace pensar que la reforma no ha sido lo suficientemente escrupulosa en cuanto a la debida adaptación del criterio, evidentemente derogatoria y acertado, en cuanto no ha quedado debidamente reflejado en todos los artículos en que así debió quedar.

Otro tanto pudiéramos decir de las contradicciones que quedan subsistentes en el Código en cuanto a la figura de los Jueces Instructores y que, naturalmente, también afecta al procedimiento que estudiamos. Estamos seguros que lo que ha querido el legislador es suprimir a los Instructores no profesionales del Derecho, creando la figura del Juez Togado Militar de Instrucción, que según se desprende de los artículos 136 del Código y sus concordantes relativos a la materia ha de tener la condición de jefe u oficial del Cuerpo Jurídico Militar y que necesariamente es el único que puede instruir las Causas criminales en nuestra Jurisdicción, y al igual que dijimos para el Fiscal decimos ahora para el Instructor, ya que en el artículo 922 se habla de dicho Juez Instructor, e igual sucede en los artículos 924 y 928, cuando, tal como ha quedado el sistema instructor de Causa en nuestra Jurisdicción, sólo podrán tramitarla los Togados y, si en el supuesto de carencia de Auditor y de Vocal Ponente, en los casos límites (arts. 52 y 87) se resuelve con un criterio amplio la validez de las resoluciones adoptadas, estimamos que en el caso en que no sea posible designar Juez Togado podrá entrar en juego el artículo 139, que, aunque no exactamente, sí recoge el supuesto de que no existan oficiales del empleo correspondiente en los casos de plazas sitiadas o bloqueadas, y, por supuesto, abona este criterio también las designaciones de Jueces Instructores en los casos en que se instruyan por causa de abordaje y naufragio y en aquellas que se instruyan por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Otro tanto podemos decir en lo referente a los Secretarios que deben de actuar, ya que si el artículo 922 dice que el sumarísimo se ajustará, en cuanto a su tramitación, a las normas del procedimiento ordinario en todo aquello que no esté modificado por las reglas que señala, y como entre dichas reglas nada se habla ni del Juez, ni del Secretario, luego regirá la norma general, y ésta, después de la reforma de la Ley Orgánica, no es otra que la contenida en el artículo 12 de la misma, que prescribe que los Juzgados Togados Militares de Instrucción serán asistidos por uno o dos oficiales de dicho Cuerpo Jurídico como Secretarios Relatores, que tendrán encomendadas las funciones de auxiliar al Juez en el desempeño de su misión además de las que se señalan en el artículo 490 del Código, cuando les encomienda deberes y obligaciones concretas y pormenorizadas a dichos Secretarios; así, pues, vemos que en el sumarísimo, en cuanto al Secretario, debe de regir la norma general de ser oficial del Cuerpo Jurídico, pero si, como vimos antes en el artículo 139 para los casos de plazas sitiadas o circunstancias excepcionales, no lo hubiere de su empleo (o Cuerpo, diríamos mejor) podrá nombrarse de empleos inferiores (o de distinto Cuerpo), teoría perfectamente comprensible en cuanto a la excepcionalidad del procedimiento y que está avalada por los artículos 150, 151 y 152 del Código, que se refieren a Jueces y Secretarios como si no hubiese habido modificación alguna en sus requisitos de idoneidad.

Si seguimos contemplando los distintos artículos que pueden tener rela-

ción con las figuras protagonistas en el proceso militar que han sido suprimidas o sustituidas observamos que tal supresión o cambio, con ser necesaria y urgente, no ha sido suficientemente madurada, como lo atestiguan los errores que en su articulado conserva el Código. Así, por ejemplo, no ha previsto el legislador cómo se harán los nombramientos del Fiscal Militar para las Causas en que, según el artículo 145, debe intervenir, ya que correspondiendo la facultad de designarlo, según el también modificado artículo 52 a la autoridad judicial, sin embargo, al ser suprimido para tiempo de paz el número 2.º de dicho artículo, que era el que atribuía la prerrogativa de su nombramiento, se ha suprimido. También contemplamos cómo después de suprimir el artículo 122 del Código (el Fiscal Militar del Consejo Supremo de Justicia Militar), luego en el artículo 844 y ss. se regulan las facultades del mismo ante el Consejo o Sala correspondiente, y mal podrá contemplarse la función cuando ha sido suprimido.

Así, pues, vemos que la Disposición final primera de la Ley Orgánica 555, que prevé la elaboración de un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la Justicia Militar, deja sentir su necesidad de una manera inaplazable, ya que, aunque la reforma que someramente estamos contemplando ha tratado y conseguido en gran parte adaptar nuestra legislación militar en las tres áreas: orgánica, penal y procesal, al imperativo mandato constitucional, por otra parte, ha desorganizado aún más la ya complicada trama del Código.

Pero seguimos con modificaciones indirectas que afectan al propio artículo 927, pues cuando, tal como estaba expresamente ordenado, no podía el procesado designar defensor hasta que se le requería para ello, mientras se evacuaban los trámites de acusación y prueba por el Fiscal, ahora vemos en el artículo 154 que: «los detenidos o procesados podrán nombrar para el ejercicio del derecho de defensa a Abogado...», y posteriormente, en el mismo precepto se hace referencia a que todo detenido o preso tendrá todos los derechos que la Constitución reconoce en los artículos 17,2,17,3 y 24,2, entre los cuales no cabe duda que se garantiza la asistencia de la defensa desde el momento de la prisión, que, como vemos en este procedimiento, preceptivamente se mantiene desde su iniciación (art. 922, regla 1.ª), y, aunque establece el anterior artículo especialidades del procedimiento sumarísimo con respecto al normal militar, también es cierto que en este punto no hace excepción alguna y, por tanto, han de seguirse las normas y criterios que con carácter general se establecen.

También vemos, con respecto a la regulación que el artículo 13 de la Ley Orgánica hace del nuevo recurso de casación ante la Justicia Militar para la sentencia en que se imponga pena superior a tres años o de separación del servicio, que, tal como queda expresado en dicho precepto, en las sentencias dictadas en sumarísimo cabría dicho recurso, pero tal posibilidad queda abrogada por lo resuelto concretamente para este caso en el número 10 del artículo 152 del Código cuando, al enumerar las facultades de las autorida-

des judiciales, señala que la prerrogativa que tienen para aprobar la sentencia dictada en tal juicio impide que se pueda interponer ulterior recurso de casación ante la Justicia Militar, y, aunque nuestro Código no dice nada, entendemos que por un perdonable olvido, de la posibilidad de interposición de dicho recurso contra la sentencia que en tales juicios dicte el Consejo Supremo, a través de su Sala de Justicia, cuyo recurso habría de resolver la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, según prescribe el artículo 14 de la Ley Orgánica, y cuyo recurso habría de tener la tramitación que señala el artículo 847 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendemos que por los mismos fundamentos que no es posible interponerlos ante la Justicia Militar tampoco será posible hacerlo ante aquella Sala del Tribunal Supremo, pues sería aceptar un tratamiento discriminatorio si fuese aceptado.

LIMITACION A CASOS DE GUERRA

Aunque el procedimiento sumarísimo tiene singulares diferencias con el normal, que se regula en nuestro Código, sin embargo, no es nuestra idea señalar estas diferencias, pero sí hemos de resaltar una última modificación que se ha introducido en esta parcela de nuestro ordenamiento procesal: el Título XVIII del Libro III enunciaba el contenido del mismo como: «El Procedimiento Sumarísimo», pues bien, el proyecto de reforma que se envió al Parlamento para su discusión, aunque, como hemos visto, proponía la modificación expresa del artículo 927 y la de otros artículos que lo afectaban, como hemos visto, nada decía con respecto al enunciado de dicho Título, pero se presentó una enmienda en el sentido de que se sustituyese tal expresión por la de: «El Procedimiento Sumarísimo en caso de guerra», que, aunque no fue aceptado por la Ponencia encargada de informarlo ni tampoco por la Comisión de Justicia, sí obtuvo el derecho a ser mantenida la enmienda ante el Pleno de la Cámara, y así se hizo, defendiéndola arduamente el grupo socialista a través de su portavoz, manifestando éste que, aunque defendía la oportunidad del procedimiento, sin embargo, entendía que sólo debía ser aplicable en caso de guerra, para lo cual argumentaba que en la jurisdicción ordinaria este tipo de procedimientos sumarios o abreviados sólo se utilizaban cuando se referían a delitos menos graves o aquellos otros que, sin revestir especial gravedad, sin embargo, tenían la concurrencia de la circunstancia de ser «flagrantes», aunque más que este argumento utilizaba el de que se había en algunas ocasiones abusado del empleo de tal procedimiento en tiempo de paz, citando para reforzar su aserto aquellas disposiciones que atribuían el conocimiento de algunos hechos delictivos a la jurisdicción militar y precisamente tramitándolos con las reglas de dicho procedimiento (Ley de 2 de marzo de 1943 y las de 18 de abril de 1947, 21 de septiembre de 1960 y 26 de agosto de 1947, para la represión todas ellas del terrorismo), y seguía argumentando, con los más diversos ejemplos, la ne-

cesidad de que sólo fuese utilizado en tiempo de guerra, y a cuyos argumentos se opuso algún otro grupo, alegando que en situaciones de emergencia e indisciplina militar tal procedimiento es imprescindible, precisamente para restablecer la normalidad y equilibrar la disciplina, además de que habida cuenta de la organización jerárquica, y además basada en la disciplina, obediencia y amor a la Patria, incluso hasta el sacrificio de la vida, era necesario mantenerlo aun en tiempo de paz, siquiera en situaciones «límite» de gravedad y en aras de la ejemplaridad, siendo, por fin, aceptada la enmienda y quedando definitivamente tal procedimiento sólo para el caso de guerra.

El comentario que podemos hacer de esta solución no puede ser otro que el que también se hizo entonces en la discusión y es que la Justicia Militar, en su ámbito propio, es estrictamente indispensable que conserve sus procedimientos fundamentales, bien es cierto que al quedar abolida la pena de muerte en situaciones de paz será más difícil definir y delimitar los condicionantes requeridos para que entrara en juego el mencionado sistema de enjuiciamiento.

Ahora bien, nosotros pensamos que, tal como se decía en la exposición de motivos del Código de 1945, «sin perjuicio de la rapidez, que es la característica de estos procedimientos, se han introducido las mayores garantías posibles, en evitación de cualquier error judicial», y además, como recuerda VALENCIANO ALMOYNA en su «Libro de la Reforma de la Justicia Militar», no hay que olvidar que en la tramitación del sumarísimo se sigue en esencia, con arreglo al artículo 922, la tramitación del juicio ordinario; y creemos que la supresión en la Cámara de la posibilidad de conservarlos en tiempo de paz fuera acaso apasionadamente influenciada por el recuerdo de los «Sumarísimos de Urgencia», suprimidos en nuestra jurisdicción, y que indudablemente pesaron en el ánimo de los Diputados que asistieron a aquellas sesiones, pero no cabe duda que las actuales legislaciones penales procuran introducir en sus Códigos procedimientos abreviados y, naturalmente, por razones obvias, los mismos contendrán todas las garantías procesales con que nuestra Constitución tutela los derechos fundamentales de la persona y así, naturalmente, entendemos que en nuestra jurisdicción castrense habrá que instaurar un procedimiento más breve que el normal para poder enjuiciar algunos tipos de delitos que por tener la cualidad de flagrantes necesariamente hacen menos pesada la carga de la prueba y, por tanto, innecesaria la prolongación de los trámites conducentes a la averiguación del delincuente.

Pero analizaremos, siquiera sea someramente, los problemas y dudas que nos plantea la limitación de tal procedimiento solamente a los casos de guerra.

Ya la Constitución, en su artículo 15, introduce una primera duda, en cuanto ha adoptado en relación con la abolición de la pena de muerte una fórmula transaccional que puede dar lugar a dudas en cuanto a su alcance. La Constitución de la República italiana, de 27 de diciembre de 1947, que parece que es la que ha inspirado la fórmula de la nuestra, decía en su artículo 27, párra-

fos 3.º y 4.º: «las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado. No es admisible la pena de muerte; salvo en los casos previstos por leyes militares de guerra». En la elaboración de nuestra Constitución este tema fue muy discutido y la fórmula final muy elaborada y transigida. En el texto del Anteproyecto, publicado en el Boletín Oficial del Congreso con fecha 5 de enero de 1978, no se hacía una referencia clara a la abolición, aunque latía en el mismo el deseo de incluirla; igual pasaba con el texto de la Ponencia encargada del estudio y, por fin, en el Dictamen de la Comisión se redactaba un inciso final que concretamente decía: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para delitos cometidos por personas sometidas por su propia condición al fuero castrense.» Tal fórmula no pudo alcanzar la anuencia en la Cámara, ya que el militar profesional, que es a quien parece referirse la propuesta cuando dice: «por su propia condición», no es quien ostenta el monopolio de la defensa de la Patria y, por tanto, si el Ejército en las situaciones «límite» es el pueblo en armas o, empleando la frase de CLAUSEWITZ, «que la guerra se hace con toda la potencia de la nación», no parece, ni medianamente justo, el hecho de que a él solamente se le pudiese aplicar la pena capital, ya que quebrantaría la norma de igualdad a ultranza que proclama el artículo 14 de la Constitución, que es precisamente el inmediatamente anterior al que contempla la abolición. Y, naturalmente, así se impuso en la Comisión del Senado, quedando el artículo 14 definitivamente redactado con el siguiente tenor: «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares en tiempos de guerra», que indudablemente se parecía más al texto de la Constitución italiana, pero la decisión final la introdujo el Pleno de la Cámara Alta y la intervención final de la Comisión Mixta, que, no sabemos porqué, ya que no son publicados sus debates, cambió o, mejor dicho, substituyó la frase «en tiempos de guerra» por la de «para tiempos de guerra».

CONCEPTO DE TIEMPOS DE GUERRA

Es interesante analizar este concepto, ya que no sólo sirve para aclarar indubitadamente en qué circunstancias queda abolida la pena de muerte, sino que también hemos de ponderar que el procedimiento sumarísimo del Código Marcial, al que la circunstancia de estar penado el delito en algunos casos con la pena de muerte hace posible, en unión de la flagrancia del hecho, el definir los casos de aplicación de este urgente procedimiento, para lo cual también se requieren que se produzca lo que se entiende por «caso de guerra».

Primeramente hemos de analizar la circunstancia de que el artículo 117, número 5, de la Constitución, al proclamar la unidad jurisdiccional, prescribe que «la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito es-

trictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». Así, pues, vemos que nuestra Constitución prevé dos situaciones en las que toma vida nuestra jurisdicción: 1.º tiempos de normalidad, en que se regulará por Ley su ejercicio, y esa Ley no puede ser otra que el Código de Justicia Militar vigente, y 2.º en los supuestos de estado de sitio, y aquí es donde podemos contemplar la diversidad de situaciones que pueden plantearse.

Con referencia a este punto segundo, y en concordancia con el precepto constitucional que comentamos, vemos que en el artículo 116, número 1.º, se dice que «una Ley Orgánica regulará los estados de alarma, excepción y sitio y las competencias y limitaciones correspondientes», y más adelante, en el párrafo 4.º de dicho artículo se prescribe: «el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones». Pues bien, esa Ley Orgánica a que se refiere la Constitución que ha de ser reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio se publicó con tal carácter bajo el número 4/1981, con fecha 1.º de junio, y en la cual, después de tratar de los dos primeros supuestos de emergencia, viene a regular en los artículos 32 a 36 el llamado estado de sitio, que en dichos preceptos se contempla como las normas a seguir cuando se «produce o amenaza producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no pueda resolverse por otros medios el Gobierno pondrá al Congreso tal declaración»; y más adelante prescribe que el Gobierno designará a la autoridad militar que ejecute los actos encaminados a resolver tal situación y que dicha autoridad publicará los Bandos que han de contener las medidas y prevenciones que de acuerdo con la Constitución, la propia Ley que examinamos y las condiciones del estados de sitio han de ejecutarse. Dicha Ley Orgánica deroga los artículos 25 al 51 y otros preceptos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y estos artículos que deroga se refieren a los estados de «excepción» y «guerra» que aquella contenía y, por supuesto, suprime también los llamados Tribunales de Urgencia, que igualmente regulaba; Tribunales que estimamos que ya prácticamente estaban extinguidos, porque así taxativamente lo disponía la Constitución en el párrafo 6 del artículo 117.

Vemos pues, para tratar de centrar el tema, que la Constitución, cuando en su artículo 15 se refiere a la pena de muerte, habla de lo que «puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra» y cuando, en su artículo 117,5, se refiere a la circunstancia en que puede entrar en juego excepcionalmente la jurisdicción militar, o sea en tiempos de anormalidad, habla de estado de sitio. Y si tratamos de compaginar ambos conceptos, creemos que el estado de sitio, desde un punto de vista teórico, es una situación preventiva, prevista por la Ley, partiendo de la ficción de considerar una situación anormal como si fuera una situación de guerra o de plaza asediada, caracte-

rizada por un reforzamiento del poder ejecutivo, consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces atribuidas a la autoridad civil; esta definición teórica la utiliza GARCÍA PELAYO y en contraposición de la misma JIMÉNEZ ASÚA dice que tiempo de guerra es aquel en el que el país se encuentra en guerra con otra potencia, es decir, cuando existe un conflicto internacional; es, por tanto, una situación real y no ficticia, como la del estado de sitio.

No obstante estas diferencias teóricas, ambas situaciones son en la realidad difíciles de delimitar, más teniendo en cuenta que en muchas ocasiones las guerras no se declaran formalmente. Pero siguiendo en la sutileza de la distinción, y considerando que si una inicialmente situación de estado de sitio no consigue el objetivo para el que fue declarado deviene en una guerra (huimos de la frase «estado de guerra», ya que ha desaparecido el mismo en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981) y ambas llegan a un momento límite en que se confunden, por lo que entendemos que cuando el artículo 15 constitucional ha ampliado el término de «tiempos de guerra» frente a «tiempo de guerra», que también recoge nuestro Código de Justicia Militar en el artículo 256, como asimismo recoge la frase de «frente al enemigo», «estado de guerra», «operaciones de campaña», «misión de guerra», «fuerza en actitud rebelde o sediciosa aun cuando no hubiere precedido formalmente la declaración de estado de guerra», «en campaña»..., vemos pues, que la complicación es tanto mayor cuanto más tratamos de delimitar criterios, pero podemos concluir, con las reservas que esta afirmación debe tener, que estamos completamente de acuerdo con el comentarista SERRANO ALBERCA cuando dice que la expresión «tiempos de guerra» ha de significar que la ley penal militar al definir las conductas punibles con pena de muerte deberá referirse a estas situaciones de guerra y podrá incluir conductas (rebelión, sedición) que generalmente darán lugar al estado de sitio, porque lo esencial es la legalidad y tipicidad de la situación, que deberá ser concretada por la Ley. En resumen, creemos que cuando se produzca una situación de enfrentamiento real entre dos facciones, que podamos afirmar que se está en combate frente a un enemigo, bien sea en la situación de guerra real y formalmente declarada, o bien sea el estado de sitio, igualmente declarado, o, en fin, en una situación de hecho que no admita duda respecto al enfrentamiento armado, entra en juego la circunstancia constitucional de tiempos de guerra, y al producirse éstos los Bandos que dicte la autoridad militar que entra en acción, en virtud de las previsiones constitucionales, contendrán las prevenciones relativas al ejercicio extensivo de la jurisdicción militar, con la consiguiente vigorización del precepto que imponía la abolición para tiempos normales, y al restablecerse, dentro de este ámbito restrictivo temporal, la pena de muerte necesariamente se produce que, sin que sea interrumpido el funcionamiento de los poderes públicos, sí se opera, en cambio, un reparto de competencias entre la jurisdicción normal y la especial militar, toda vez que la razón de aludir en el número

5 del artículo 117 de la Constitución a los tribunales militares se debe a una justificación de ese reparto de competencias entre ambas jurisdicciones; y si se amplía el campo de actuación de la singular jurisdicción, convirtiéndola casi en la normal, ya que ha de corregir las deficiencias punibles que, naturalmente, se producen en estos estados de emergencia, pues claramente tienen que utilizarse todos los medios que tiene ésta a su alcance para emplearlos cuando ha sido requerida formalmente para tratar de restablecer el normal desenvolvimiento de las Instituciones, y entre esos medios uno de los primeros que surgen es el procedimiento sumarísimo para investigar y juzgar los graves delitos que generalmente se producen, ya que, de otra forma, quedaría el instrumento de la Defensa Nacional privado de una de sus legales instituciones, cual es el funcionamiento del poder judicial con uno de los instrumentos más valiosos que tiene en su ordenamiento para caso de guerra.

Hemos dicho que admitíamos, con reserva, la laxa interpretación de la ampliación del concepto de situación de guerra, pero es que no cabe otra interpretación, a nuestro modo de ver, pues cuando el Ejecutivo recurre al brazo armado de que lo ha dotado la Constitución no cabe duda que si ha querido limitar su función expresamente la limitará al poner legalmente en funcionamiento el mecanismo que lo dinamiza. Por otra parte, debemos contemplar la situación en que en estos casos se coloca al jefe militar al que se le entrega por el poder ejecutivo la facultad de dirigir en el aspecto militar las órdenes de mando que asume el Gobierno; si a este jefe se le hace en la actividad que se le confiere responsable de todo, debe estar investido de este mando que se le ha delegado, pues, como muy bien dice el comentarista de Derecho Militar SERAFÍN OLAVE: «si todo se le exige, todos los medios se le deben entregar, y así no cabe duda que la facultad judicial debe tenerla en plenitud». Ahora bien, no podemos dejar de considerar que con la legislación actualmente en vigor, en el caso improbable de desencadenarse un conflicto armado, que no llevara todos los condicionamientos del Congreso, declaración de guerra por el Rey (art. 63, núm. 3), exposición indubitada de facultades legislativas (Bandos), ejecutivas (mando civil en zona de combate) y judiciales (ampliación de la jurisdicción), siempre se puede estar actuando con la amenaza que significa el poder estar quebrantando, siquiera sea culposamente, el mandato del artículo 34 de nuestras Ordenanzas, que prescribe que «ningún militar está obligado a obedecer órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delitos particularmente contra la Constitución y, en todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.

ESPECIAL CONSIDERACION DEL ARTICULO 338 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

No resistimos la tentación de traer en este punto a colación el contemplar un precepto del Código de Justicia Militar que se incluye bajo el número

338, en el Título XI, Capítulo Unico del Libro 2.º del Código Castrense, bajo el epígrafe general de «Delitos contra el Honor Militar». Dice el mencionado precepto: «el que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás». Y así, vemos que este precepto se trae aquí de una manera consciente y meditada, ya que contempla situaciones de guerra en las que vemos que «de jure» se aplicarán de forma preceptiva las reglas del sumarísimo cuando se den los requisitos que en él se exigen: pena gravísima (muerte o 30 años) y delito flagrante, y ambos requisitos en cualquier caso serán en el delito de cobardía que hemos transcrito, definido sensiblemente igual entre los que recoge el artículo siguiente, 339, en su número 1.º: «el militar... que vuelva la espalda al enemigo» incurrirá en la pena de reclusión mayor a muerte. Pues bien, como hemos dicho, estos delitos, que son de tiempo de guerra, estado de sitio... o que de esta manera se consideren en nuestro Código, Constitución o en la propia Ordenanza, que en su artículo 127 al tratar del combate dice claramente que «el militar que tuviera orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance lo hará», no es que podrán juzgarse en sumarísimo, sino que tendrán preceptivamente que juzgarse en tal procedimiento, porque el mencionado trámite procesal es el arma decisiva con la que cuenta las autoridades militares para investigar y enjuiciar este tipo de delito, cuya sanción ha de aportar argumentos que hagan posible el rápido restablecimiento de la disciplina por la ejemplaridad de la pena, que inmediatamente se cumple una vez impuesta. Y, además, vemos la rapidez que entraña el procedimiento y en algunas situaciones extremas o límites la abreviación de los trámites y la distinta forma de adoptar los acuerdos, en aplicación de las normas que conceden excepcionales prerrogativas a las autoridades que tienen función encomendada en la aplicación de la Justicia.

Así, pues, frente a las autoridades judiciales en situaciones de normalidad, ya sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra, que se desarrolla por cauces de normal «anormalidad» y que se enumeran en el artículo 49 del Código, y las atribuciones de que se encuentran investidas, contenidas en el artículo 52, hemos de considerar aquellas autoridades que sin ostentar tal cualidad normalmente, sin embargo, aunque no tienen la jurisdicción amplia como aquéllas (capitanes generales de las Regiones, generales en jefe de Ejército y generales con mando de tropa a quienes expresamente se les haya conferido la jurisdicción), se les atribuye también ésta, con las mismas facultades que se expresaban en el artículo 52 citado a aquellas otras que, aunque no tengan la jurisdicción territorial, tienen atribuidas las mismas facultades que se contemplaban en el artículo 52, y son las que se encuentran con mando en situaciones ante el enemigo (art. 55 del Código) y suelen ser de rango muy inferior a aquellas otras. Si lo estudiamos vemos que todas tienen la facultad de ordenar instruir procedimiento, nombrar jueces, tomar acuerdos en relación con situaciones personales, ejecutar sentencias que previamente también han podido aprobar (todas estas facultades están conte-

nidas en el repetido art. 52) se supone que normalmente, tal como dice el artículo 50, previo dictamen de su auditor. Examinando a fondo dichas facultades vemos que en tiempo de guerra pueden hacer ejecutivos algunos de sus acuerdos aunque no estén conformes con su auditor, o sin necesidad de dicho informe si no hubiese funcionarios que puedan emitirlo, y más adelante, en el artículo 81, se regula que en situaciones de guerra, para los cargos de Presidente de los Consejos de Guerra Ordinarios y de Oficiales Generales no es necesario respetar las graduaciones que normalmente se exigen, y en cuanto al número de Vocales de tales Consejos, si no fuese posible por las reglas normalmente aplicables constituirlos, podrán serlo con el Presidente y dos Vocales (art. 82) y, aún más, si no hubiese del empleo correspondiente podrá recurrirse a los de empleo inferior (art. 82) y, por fin, en el mismo artículo se prevé que si no hubiese oficial de alguno de los Cuerpos Jurídico-Militares para desempeñar las funciones del Vocal Ponente o hubiese uno sólo que tenga que actuar de Auditor se designará un Letrado, funcionario de la justicia del orden civil, para que actúe en tal función y, si no pudiese nombrarse, se celebrará el Consejo sin Ponente. También vimos que el Fiscal Militar está subsistente para casos de guerra y este nombramiento recaerá en un oficial de las Armas y, por fin, el defensor también vimos, cuando analizábamos el artículo 927 en relación con el 154 que en caso de plazas sitiadas o bloqueadas podrá designarse un jefe u oficial, no Letrado. Hemos hecho este recorrido analizando las distintas situaciones extremas que hacen posible que el sumarísimo se celebre en algunos casos, reduciendo las garantías de todo tipo que normalmente hay que exigir, habida cuenta de la necesidad de seguir impartiendo justicia en tales situaciones.

Y esta suspensión de garantías, que vimos que exige toda Constitución y las Leyes de ella derivadas, no es una caprichosa forma que se prevé para tratar de infringir lo ordenado, puesto que la suspensión de cualquier derecho ha de tener una fundamentación que haga posible sustentar una medida de tal gravedad, que deroga lo que la Constitución expresa o tácitamente ordena, por una razón fundada y que, por lo general, suele ser el orden público alterado. Pero estas situaciones excepcionales que hacen que quiebre el principio de la legalidad también son situaciones sometidas a Derecho, no sólo en cuanto al poder ejecutivo, al que, pese a la quiebra de la normal legalidad, no se le otorgan poderes ilimitados, sino también en cuanto al legislativo, pues no quiere decir que se sustituye al legislador ordinario por uno extraordinario, y de ahí que las medidas que se adoptan no tengan fuerza de Ley por sí y necesiten, siquiera con carácter general, estar autorizadas y reguladas por la propia Ley. Es un Estado de Derecho anormal, pero regulado. No cabe duda que parece un contrasentido el que la propia Ley prevea cómo han de incumplirse sus propios mandatos. Pues bien, igual sucede en el ordenamiento militar, en que en algunas ocasiones surgen la excepción de aquellas normas de carácter general.

En tiempos de paz y también en tiempos de guerra la instrucción, fallo

y ejecución de un procedimiento penal exigen necesariamente una serie de garantías formales o rituales y, por supuesto, también de fondo para que la resolución final (ejecución) esté rodeada de las necesarias formalidades que se exigen en cualquier resolución en Derecho; y así necesariamente tenía que suceder en nuestra legislación militar y tanto en el procedimiento normal como en el sumarísimo se dan todas las garantías que requiere el contenido de nuestra Constitución, que tiene en este punto un criterio extremadamente culpabilista, frente a los hasta ahora criterios más o menos defensistas que se vienen conservando en muchos textos legales.

Pero no cabe duda que la guerra es una situación anormal, por lo excepcional de su génesis y por la especial singularidad de las normas que la regulan, y así vemos que es difícil contener en un Cuerpo Legal toda la casuística que una situación atípica requeriría para que podamos decir que estaba jurídicamente regulada, por lo que necesariamente hay que dejar en manos de la autoridad excepcional a la que se encarga de desarrollar esta guerra la posibilidad de dictar disposiciones del rango que sea, pero eficaces y prácticas, para hacer posible que dentro de la inevitable quiebra del principio de legalidad exista, sin embargo, la posibilidad de que su desarrollo discorra por cauces normados y no que la guerra sea una situación antijurídica también en cuanto al tratamiento que incluso en esos tiempos hay que dar a la justicia.

Pues bien, en tales tiempos también hay normas limitativas y previas; esas normas son los Bandos de guerra, que no son sino la manifestación de una facultad legislativa, siquiera sea con carácter restrictivo, que en tales supuestos se traslada de las Cámaras legislativas a las autoridades militares para hacer posible que la ley impere también en estos casos.

No nos sorprende esta afirmación que estamos haciendo, que a nadie debe escandalizar, pues ya sabemos que la guerra, con lo que tiene de cruel, dura y sangrienta, la Historia ha demostrado que tiene también una característica, siquiera sea fatalista, que es la de ser inevitable en muchas ocasiones; y así hace toda la argumentación expuesta que al hilo de la misma contemplemos de una manera más clara el precepto, artículo 338 del Código, al que aludíamos, que, por supuesto, no están de acuerdo todos los autores, pero que a nosotros nos lleva a considerarlo como un procedimiento especialísimo, por supuesto, sólo concebible en casos de guerra y, dentro de ella, en una muy singular situación, igual que el sumarísimo, ha quedado reducido por la reforma que comentamos para situaciones bélicas, en este caso que se analiza de la «cobardía frente al enemigo» se requiere todavía más excepcionalidad. Ya hemos dicho que pocos comentaristas que se han ocupado sobre la naturaleza jurídica de esta figura que ya recogía el Código del 90 en su correlativo artículo 294 y que además se ha venido recogiendo también en todas las legislaciones militares de nuestra Patria y en muchas extranjeras. MONSEM recordaba que en la antigua Roma «al desertor con las armas en la mano podía dársele muerte en cualquier momento, igual que

podía dársele al espía enemigo», y así ha ido conservándose en muchas legislaciones, en la que no es nuevo darle un tratamiento especial, gravísimo y atípico a tales conductas de cobardía; citaremos en nuestro Código los artículos 358, número 1.º (abandono de puesto frente al enemigo), 384 (el militar que en campaña no preste auxilio a fuerza comprometida pudiendo hacerlo), 392 (el militar que en tiempo de guerra, sin causa legítima, dejare de cumplir la misión que se le confió) y otros, entre los que destaca entre todos el que recoge los casos especiales de cobardía y contra el honor en general, el 339, pero todos recogen las conductas e incriminan al delincuente o infractor por las normas generales que da a los procedimientos nuestro Código, salvo el terminante artículo 338, en que además se crea un procedimiento especial de *incriminación y ejecución casi simultánea cuando se produzca la concreta situación que allí se contempla: «ser el primero por cobardía en volver la espalda al enemigo»*. El tipo de delito está perfectamente definido, es necesario que se produzcan tres condiciones, que, como veremos, se reducen a una. Primero, la existencia de la cobardía, condición muy fácil de apreciar y muy difícil de probar, ya que habría que distinguir entre tal cobardía y la simple reacción defensiva; segundo, volver la espalda, acto físico, formal, que viene a confirmar y expresar gráficamente esa falta de valor, exigible a todo soldado, y tercero, que sea frente al enemigo, porque estimamos que debe haber una circunstancia concurrente que es la que sea tiempo de guerra, sea cual fuere su definición y condiciones. Así vemos cómo en una sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 12 de diciembre de 1946 se excluye la justificación del empleo del artículo 338 en el caso de un jefe de la Guardia Civil que ordenó el fusilamiento sin instruir causa criminal de un cabo y varios guardias que se rindieron a una partida de bandidos que los sorprendieron y entregaron las armas, municiones y correajes, ya que no se aprecia la circunstancia de guerra y el acto físico de volver la espalda, pues, como hemos dicho, la aplicación tiene que tener un criterio restrictivo al máximo, ya que para esa conducta, sin las circunstancias indispensables que han de concurrir, se puede emplear el artículo 339 con su procedimiento normal.

Dice seguidamente el precepto, después de señalar la tipificación del delito, que el que lo cometa incurrirá en la pena de muerte, señalando así una pena única e indivisible, y además observamos que la infracción la recoge en dos artículos sucesivos, en este 338 y en el número 1 del artículo 339, en que vuelve a definir el citado supuesto, penándolo en este segundo precepto con tal pena de muerte o con la de 30 años de reclusión.

Y nos preguntamos, ¿qué diferencia existe entre ambos preceptos? Pues, sencillamente, en el segundo de ellos se respeta el enjuiciamiento y la ejecución de la pena, tal como se recoge en la parte procesal de nuestro Código, o sea tramitándolo como procedimiento sumarísimo (pues ya dijimos que es preceptivo este procedimiento si se dan los requisitos que exige, pena grave

y fragancia del hecho), y en el otro precepto deja la ejecución en manos del que manda la tropa.

Trataremos de conjugar la situación que define el precepto con la Doctrina táctica vigente. Dice el artículo primero de la Doctrina sobre el Empleo Táctico y Logístico de las Armas y Servicios (D-O-O-1) que los principios fundamentales del arte de la guerra son la voluntad de vencer, la libertad de acción y la capacidad de ejecución y termina diciendo, «desatender cualquiera de éstos (principios) puede conducir al fracaso», y contemplamos este enunciado porque luego aclara que esta voluntad de vencer se entenderá como el firme propósito del mando y de las tropas de imponerse al adversario en cualquier situación, por desfavorable que sea; vemos que está exigiendo la Doctrina la obligación del deseo de vencer contra cualquier evento y circunstancia; se exige el valor y se proscribe la cobardía. Y además hemos de distinguir entre esta retirada cobarde que contempla el precepto y la que nos define la Doctrina, ya que no es lo mismo «volver la espalda» que hacer, tal como define el apartado 12.3.2 de la misma, «la retirada es movimiento retrógrado que se efectúa ordenadamente para recuperar la libertad de acción, alejándose del adversario», y continúa después diciendo que tal decisión corresponde exclusivamente al mando que impuso la misión y no pudiendo los jefes subordinados, en ningún caso ni por ningún motivo, tomar la iniciativa para llevar a cabo una acción de esta naturaleza. Así, pues, vemos que una cosa es desordenada, torpe, punible, mientras que la que define la Doctrina como retirada es consciente, meditada, estratégica, a fin de obtener una situación más estable y, en definitiva, recuperar la iniciativa; y aquí no está de más recordar la definición que da ALMIRANTE de la «huida», que, según él, es «el abandono de una posición o puesto con miedo o cobardía ante el enemigo», y DAVILA comenta esta situación diciendo que debe mantenerse la exigencia del heroísmo, pues si no se expone el que huye a una muerte segura (la que le imponen los suyos), frente a una muerte probable (la que puede darle en combate el enemigo). Y nuestra misma Ordenanza en algunos de sus artículos obliga a tener valor, exigiéndole además al militar heroísmo, artículo 27 («tendrá presente el valor... aunque le exija aun el sacrificio de la vida»), o el 29 («llevará el sentimiento del honor al más exacto cumplimiento del deber»); el artículo 49 cuando habla del soldado o marinero y afirma «que de su valor y preparación depende en gran parte la eficacia de las Fuerzas Armadas»; también el 122, «el valor, la acometividad, la serenidad y el espíritu de lucha son cualidades que tiene que tener el buen combatiente. Sobre esas cualidades forjarán el heroísmo...», y, por fin, el artículo 127, escueto y terminante, de cuya lectura claramente se deduce toda la grandeza de la siempre exigible servidumbre del militar: «el que tuviere orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance lo hará».

Hemos contemplado estas exigencias de valor y el no concebir la cobardía en situaciones límite para justificar algo que con el Código, y sobre todo con la Doctrina en la mano, parece, en principio, que tiene poca justifica-

ción y que, sin embargo, cuando lo contemplamos friamente vemos que el precepto que comentamos es una consecuencia lógica de la exigencia del valor al militar. Este precepto, que, como hemos visto, no es nuevo, ya lo recogía, además del Código del 90, el artículo 112 de las viejas Ordenanzas: «el que por cobardía fuese el primero en volver la espalda sobre acción de guerra, bien empezada ya, o a la vista del enemigo, marchando a buscarlo, o esperándolo en la defensiva, podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás». Venimos observando al comentar el precepto cómo tiene tradición en nuestras leyes militares una forma de llevar a cabo la ejecución de la pena que corresponde a este tipo de delito (que tiene un elemento físico, «volver la espalda», y una motivación anímica, «cobardía frente al enemigo»), y esta manera de llevar a cabo la ejecución de la pena no cabe duda que tiene que tener un soporte procesal o precedimental, que hace necesario un enjuiciamiento previo, sin el cual no puede imponerse el castigo de aquella infracción, y aunque algún comentarista trata de fundar la legalidad de esta ejecución en alguna eximente, bien el estado de necesidad, o bien en el incumplimiento del deber o, por fin, en la exención de la responsabilidad, que se recoge como típicamente militar en el artículo 434 del Código al tratar de las faltas graves cuando dice, al definir en dicho artículo la falta grave de abuso de autoridad: «el que maltrata de obra a un inferior será castigado con arresto militar, a no constituir el hecho delito», y luego continúa: «quedará, sin embargo, exento de pena, cualquiera que sea el resultado del maltrato», si se prueba que tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario los delitos en asunto del servicio, cobardía frente al enemigo, devastación o saqueo». Pero vemos que estos argumentos son los que tratan de exculpar de la pena que pudiera corresponderle a quien se ha colocado en una situación presuntamente delictiva y se le aplica cualquier eximente, pero dando por probado que su acción fue antijurídica, y, en cambio, en el precepto comentado, 338 del Código, da por hecho que la conducta antijurídica a quien es achacable no es a quien ejecuta la muerte del cobarde, sino al mismo cobarde, que, contrariamente con la teoría de la aplicación de las eximentes, sería víctima inocente.

Así, podemos afirmar, con muy pocas reservas, que la verdadera naturaleza jurídica que tiene este precepto, único en nuestro Código de tal naturaleza, es el de un procedimiento, más que sumarísimo, excepcional y especial.

A quien se juzga es al cobarde y no al que lleva a cabo la ejecución. Bien es cierto que el precepto está incluido en el libro 2.º del Código, que trata de los delitos, y no en el 3.º, que se refiere a los procedimientos, pero tal anomalía se justifica teniendo en cuenta que es una instrucción y ejecución casi simultánea con la infracción, o sea, que es una cadena ininterrumpida que conduce a la ejecución. Podrá argumentarse que no hay procedimiento por que faltan los órganos idóneos que lo instruyan, pero a tal objeción hemos de oponer que, como antes hemos argumentado, en el proceso sumarísimo hay circunstancias excepcionales en que por razones de ejemplaridad,

disciplina, rapidez, etc., no interviene en el mismo ni Instructor letrado, ni defensor, ni Fiscal, ni Auditor incluso que tengan tal condición y que todo el camino procesal se recorre sin intervención del personal idóneo requerido para casos normales; podemos afirmar que en este procedimiento de extrema urgencia, de carácter defensivo de los intereses comunes por encima de las garantías personales, utilizable sólo para un caso excepcional, restrictivo y, por supuesto, sólo aplicable cuando la necesidad lo imponga, concurren en una sola persona los cometidos de autoridad judicial, Juez Instructor, Fiscal, defensor, Tribunal sentenciador, Auditor, testigos, etc., ya que al resultado, necesariamente siempre irreparable de esta infracción, se llega después de un proceso en el que la misma persona, el jefe militar, encargado de la actuación táctica en combate asume para sí todos estos variados cometidos durante un corto espacio de tiempo, que variará según las circunstancias lo exijan, pero que si lo estudiáramos detenidamente lo identificaremos en cada momento con el sujeto apropiado: él mismo, es el que al producirse el hecho iniciará la ponderación de su gravedad y oportunidad, tratará de reprimirlo para evitar sus consecuencias, ponderará, caso de que no sea posible restablecer la situación, los pros y los contras de lo acaecido, mentalmente irá haciendo el papel de Fiscal y defensor en el proceso mental del enjuiciamiento de la conducta y, por fin, tomará una determinación final, sentenciará el asunto; esta resolución podrá tener dos vertientes: o bien considerará que no es necesario aplicar las consecuencias ejecutivas del precepto y, por consiguiente, no estimará que todo el proceso mental que hemos descrito ha sido un enjuiciamiento y, por tanto, se reiniciará «a posteriori» con los trámites normales, o bien estimará que por las circunstancias que concurren es necesario hacer uso de la difícil autorización de utilización del precepto y ejecutará la sanción, siempre la muerte, en el mismo acto; perfeccionará el camino procesal. Para aplicar este precepto se requiere una situación que excluya racionalmente cualquier otra posibilidad de incriminación, porque la misma no permita ni una indecisión o duda; tendrá que estar convencido de que no hay otra alternativa que aplicar el precepto. En el caso de que concurren estos elementos, el sujeto activo, que deviene en aparato procesal y ejecutor de la propia sentencia que dicta en conciencia, ha obrado dentro de los límites que señala el ordenamiento jurídico.

Por todo ello, se ha de procurar en los militares de Armas una formación no sólo encaminada a la táctica combativa, sino también haciéndola compatible con una formación humana irreprochable, que hagan que ese hombre que, como sabemos, en los momentos decisivos del combate tiene que escoger, después de los asesoramientos pertinentes, la línea de acción más conveniente y esta decisión la hace solo, sin influencia extraña alguna, y es de su exclusiva responsabilidad, también puede resolver cualquier situación de justicia, por grave que sea, y esta es en que lo puede colocar en alguna ocasión el artículo 338 del Código lo es.

Tal situación es respetada en nuestro ordenamiento penal militar, la contempla la Ordenanza y no la ha abolido la Constitución; así, pues, vemos que, dentro de su rudeza, es legal y exigible; la guerra es dura, hay que tomar en ocasiones a primera vista crueles decisiones que no son más que consecuencia, fatal, por supuesto, de algo que según vemos en la Historia, antigua y moderna, parece irremediable.

Hay personas en todos los países que tratan de ridiculizar la justicia militar, resaltando los defectos que pueda tener, como toda justicia aplicable por hombres, frente a la jurisdicción ordinaria en su vertiente penal, que, naturalmente, se podrá aplicar con una serena medida que en algunos casos no es posible en la militar, pues por la propia estructura que exige una organización militar, para que subsista es necesario que la disciplina sea mantenida con rigor y restablecida con rapidez; así, vemos que no podemos tolerar esa deserción, ya que no podemos darle el simple tratamiento que algunos tolerantes preconizan, pues no podemos olvidar que al pretender escapar ese hombre de la muerte está poniendo en peligro la vida de otros militares y también civiles y, en concreto, la seguridad del Estado, y tal conducta no es un simple absentismo, justificable en el orden privado. Las Fuerzas Armadas son una gran empresa de todos, con un objetivo claro, terminante y diverso señalado en el artículo 8.º de nuestra Constitución, y para conseguirlo hemos de cumplir con exactitud el postulado de la disciplina y obediencia, que es la base que trata de defender la justicia militar por que es el fundamento de la organización del Ejército. En algunos textos se repite en ocasiones en tono humorístico la frase atribuida a CLEMENCEAU: «La justicia militar es a la justicia civil lo que la música militar es a la música de cámara», omitiendo otra fórmula del mismo CLEMENCEAU, viendo en la institución de los Tribunales Militares «la consecuencia lógica de esta necesidad que es el Ejército», y es que no cabe duda que el político francés llevaba razón en parte, porque no es posible pensar que pueda aplicarse el mismo tipo de música en todas las circunstancias y no cabe duda que, siendo siempre necesaria la justicia, y, por supuesto, atractiva la música, también sonarían mal en el fragor del combate los arpegios delicados de un violín, que, naturalmente, harían las delicias de un fondo de película romántica.

Pero estamos entrando en el campo de la justificación de la justicia militar y no es ése nuestro propósito, ya que su existencia la proclama, como dijimos, la Constitución y lo que nosotros pretendemos es comentar las limitaciones y los principios que informan nuestro procedimiento sumarísimo, que es una de las materias en que más decididamente ha influido la Ley Orgánica 9/80, no tanto en su parte procesal, ya que sólo ha pretendido aumentar las garantías del procesado y tal pretensión siempre es loable, sino a reducir su campo de aplicación a situaciones exclusivamente de guerra, que con un criterio restrictivo de tal término, y es el único que se le puede dar, no podemos extender su alcance más que al que le concede el inciso final del artículo 15 de nuestra Constitución cuando dice «tiempos de guerra».

que ya hemos comentado y que, por supuesto, no es ni el formalista y ritual que puede significar «el declarar la guerra», que señala el artículo 63 entre las prerrogativas del Rey, ni, por supuesto, abarcará todos los estados de enfrentamientos que puedan producirse entre fuerzas militares más o menos regulares. Pensemos, por último en la degeneración que ha sufrido este término y cuyos conceptos no pueden incluirse: guerra fría, guerra psicológica, guerra atómica, guerra económica..., de acuerdo en que lo que se necesita es una real situación de enfrentamiento bélico, que tampoco hemos de exigir que lleve consigo una declaración formal y ritual, ya que no está de más recordar que hay guerras indudables que incluso no se han declarado oficialmente (la guerra de Corea).

JUSTIFICACIONES DEL PROCEDIMIENTO

Es el sumarísimo un procedimiento de excepción que, aunque tiene todas las garantías del proceso normal, sin embargo, acorta su plazos y sacrifica su ritualismo en aras de una más rápida y eficaz aplicación de la pena, que ha de tener una finalidad más bien intimidatoria y restablecedora de la disciplina y obediencia, que un deseo de hacer posible la mejora del delincuente y su posterior inserción en el colectivo social, y además destaquemos también que es un procedimiento en el que se juzgan conductas a veces no delictivas en tiempo de paz, por supuesto, casi siempre delitos artificiales, y que se instauran con tal categoría de antijurídico y, en consecuencia, punibles, por su creación temporal en virtud de los Bandos de guerra que contienen tales conductas, bien creándolas o agravando otras existentes o que incluso someten a la competencia de la jurisdicción militar a personas que en tiempos normales no estarían sometidas a este fuero.

Y en este punto queremos resaltar la imposibilidad legal de someter a este tipo de juicios a los prisioneros de guerra, ya que, de acuerdo con los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, ratificados por España el 4 de agosto de 1952, y los Convenios de La Haya, de 14 de marzo de 1954, ratificados el 7 de julio de 1960, señalan una serie de garantías para los prisioneros que necesariamente hemos de observar, y entre estas garantías que señala el tercer Convenio de La Haya se encuentra la de la imposibilidad de someter a juicio sumarísimo a los prisioneros como consecuencia de que hay que comunicar a la potencia protectora, al menos con tres semanas de antelación, la circunstancia de la celebración de la vista por el Tribunal que ha de intervenir y el lugar y día en que se ha de celebrar el juicio. Piénsese además en la casi obligatoriedad que tiene el prisionero de intentar evadirse y adoptar una postura obstruccionista con los que lo capturaron (art. 142 de nuestras Ordenanzas: «sólo estará obligado a facilitar, nombre, categoría, filiación y fecha de nacimiento. Empeñará todos sus recursos para evitar res-

ponder a otras preguntas. Hará todo lo necesario para evadirse y ayudar a que sus compañeros los hagan») y, por tanto, difícilmente se puede crear un tipo antijurídico y grave para juzgar a estos prisioneros.

Luego ya vemos que dentro del criterio restrictivo de utilización del procedimiento sumarísimo, que requiere las tres clásicas condiciones de delito flagrante, pena gravísima, y la última que le ha añadido la Ley Orgánica, de «tiempo de guerra», surge esta otra limitación que aportan los Convenios Internacionales, fuente en tiempo de guerra, también de derechos del mismo rango que aquellas reglas de Derecho interno. Y, sobre todo, al llegar al estudio del sumarísimo se nos enfrenta una incuestionable situación y es que la supresión de la aplicación de sus normas al tiempo de paz deja un gran vacío en nuestra realidad diaria, porque entendemos que se ha ido más allá de lo necesario al introducir esta modificación. Si vemos que el procedimiento sumarísimo contiene todas las garantías que informan los procedimientos ordinarios (militares y no militares), si ya por imperativo del mandato constitucional la pena máxima a imponer (en tiempo de paz) es la de treinta años y, por tanto, no es irreparable cualquier error judicial, pensable en cualquier campo y jurisdicción, nos preguntamos el porqué de ese afán desmedido de desterrar este tipo de procedimiento en tiempo de paz, más creemos que el deseo de hacer olvidar la desmesurada amplitud que tenía su campo de competencia en virtud de leyes oficiales que el prurito de garantías que propugnaba el portavoz que defendió su supresión en tiempo de paz, ya que es obvio, y así se dijo en aquella discusión, que existen delitos en tiempos de paz de extraordinaria gravedad, algunos de ellos directamente atentatorios a la disciplina; en tales casos es absolutamente imperioso su restablecimiento inmediato, a través de un procedimiento rápido que haga posible el que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito, para una pronta y necesaria ejemplaridad; y es que, como dice el comentarista de Derecho Militar LANDIN CARRASCO, «la ejemplaridad es una de las pretensiones primordiales de la pena y hay ocasiones en que, por la conmoción social o corporativa que la gravedad de algunos delitos origina, es necesario, para conseguir más eficazmente la intimidación, reprimir la transgresión cometida con toda la prontitud posible, sin anular por ello las garantías esenciales que debe ostentar todo procedimiento judicial». Ya que además, por otro lado, la mayor rapidez no se basa tan sólo en esa necesaria ejemplaridad, fruto de la cual deviene una más eficaz intimidación, o en la necesidad de la prontitud en el restablecimiento de la disciplina tan gravemente alterada, tanto en tiempo de guerra como en la paz, sino que se fundamenta además en que se trata de un delito flagrante, que por tal condición hace que se pueda prescindir de ciertos trámites probatorios o, por lo menos, aligerarlos de ritualismo, pues los mismos quedan suficientemente suplidos con la evidencia del hecho; además de que podemos afirmar que existe en nuestro Derecho procesal común una tendencia normal y, por supuesto, conveniente a establecer procedimientos sumarios o abreviados en caso de deli-

tos flagrantes, y vemos que se produce la sorprendente coincidencia de que en el mismo Boletín Oficial del Estado en que se publica la Ley Orgánica 9/1980, que modifica nuestro Código de Justicia Militar, entre otros en ese punto concreto se publica la también Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, relativa al enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes mediante un procedimiento abreviado, precisamente el mismo día en que se suprimía nuestro sumarísimo, dejándolo relegado sólo para épocas de guerra.

También vemos que puede verse influenciado el sumarísimo de las prescripciones del Juicio de Revisión, que se contiene en el Título XXI del Libro III, ya que no excluye de su posibilidad revisoria y, por supuesto, tampoco de la posibilidad de indemnización de los daños causados por la sentencia revisada, que podrán hacer efectivo los herederos, tal como se proclama en el artículo 979 de dicho Título.

En fin, podemos afirmar que en este procedimiento rigen las normas, condicionantes y beneficios, que el Código señala para los encartados en procedimiento normal y, por tanto, no es aventurado hacer la afirmación terminante de que en los mismos existen casi las mismas garantías que en los normales.

Resumiendo las ideas que hemos ido aportando a lo largo de este recorrido a través de las modificaciones que se introducen en este tema concreto del sumarísimo, entendemos que, aun estando lejano y muy improbable un enfrentamiento bélico de cualquier tipo, entendemos que debe estudiarse este tema para tratar de comprenderlo y, por supuesto, también de regularlo adecuadamente y no olvidarlo y despreciarlo, como si diéramos a entender que la guerra es sólo un desencadenante inevitable, pero tan injusto, e inhumano que no puede someterse a regla alguna; en concreto, ¿por qué hemos de pensar que el juicio sumarísimo es un conjunto de normas ritualistas e ineficaces que cuando se desencadene, si es que, desgraciadamente, se desencadenara algún día, la guerra, sea del tipo que sea, no hemos de poder aplicarlas? En efecto, la guerra es cruel, dura, inhumana, injusta casi siempre, pero por todos estos motivos no la hemos de dejar que actúe a su aire, sin más regla que la improvisación. La humanidad ha sido incapaz de evitar las guerras y, por tanto, ante la inevitable de tales conflictos, hasta ahora se ha preocupado y en adelante se debe esforzar un potenciar el «*ius ad bellum*», para hacer posible la humanización de los medios que en ella se emplean y sus fatales consecuencias. Se dice que cuando a EINSTEIN le preguntaron que cuáles serían las armas a emplear en la próxima guerra que se produjera contestó terminante: «las que se empleen en la próxima no lo sé, pero en la siguiente, las piedras». Pero aunque pensemos que las próximas guerras van a ser tan destructivas que casi acabarán con la humanidad, reduciéndola casi a las cavernas, no podemos inhibirnos de los detalles de su regulación alegando que tales normas, que tanto cuesta elaborar, van a ser infringidas inmediatamente de producirse.

Cuando surge la Segunda Guerra mundial los Estados beligerantes, y aun los neutrales, se encuentran con la triste realidad de la falta casi absoluta de normas para hacer más llevadera la contienda, agravado esto por las nuevas problemáticas que en dicha guerra aparecen, los bombardeos masivos, los nuevos artefactos dirigidos, V-1 y V-2, cuya utilización no estaba prevista, ni, por supuesto, tampoco lo estaba la utilización de la bomba atómica sobre las poblaciones civiles, la utilización del paracaidismo de ataque, la creciente guerra submarina...; en fin, todo el Derecho de la guerra estaba desbordado y podemos afirmar sin exageraciones, siguiendo al profesor FERNÁNDEZ-FLORES, que la Segunda Guerra mundial se desarrolló sin leyes de guerra, aunque también hay que admitir que las escasas normas aplicables a las nuevas situaciones que se crearon generalmente fueron respetadas.

Así, pues, aunque creamos que estamos trabajando en balde, aunque creamos firmemente que al producirse la contienda (si, desgraciadamente, se produjese) los intervinientes no cumplirán las normas vigentes y, muy concretamente, el artículo 22 de la IV Convención de La Haya («el derecho de las beligerantes a adoptar todos los medios para dañar al enemigo no es ilimitado»), aunque aleguemos que la guerra no vale la pena regularla porque de todas formas esa normativa será violada; todo ello es una afirmación falsa y un soborno de conciencia. Igual puede suceder con otras normas de Derecho internacional y de Derecho interno y, sin embargo, nos esforzamos en estudiarlas para perfeccionarlas, aunque tengamos el convencimiento que en muchas ocasiones pueden se quebrantadas.

La guerra existe, es una amenaza real y, por tanto, hay que regularla y mentalizar a los ciudadanos de sus miserias e injusticias, pero sin olvidar su fatal posibilidad, y así tendremos que procurar seriamente que las normas a aplicar en estos casos sean claras y no den lugar a vacilaciones o torpezas. Todo ha de ser natural y sencillo, de una manera preferente en el campo de la justicia.

Si el procedimiento sumarísimo ha quedado relegado a un procedimiento urgente, para determinadas y graves situaciones de guerra, hemos de procurar que los hombres que en él deben de intervenir (letrados y no letrados) tengan una adecuada preparación jurídica, humanística y, sobre todo, militar, ya que siendo ellos los que han de juzgar a hombres idénticos a ellos puedan valorar, frente a las necesidades de la Patria, con los sacrificios y a veces heroísmos que ésta nos exige, incluso el desprendimiento de la vida, valorar, como decimos, adecuadamente las situaciones anímicas que en cada momento puedan producirse en los combatientes. Tendremos que tener jueces ecuanímenes, preparados, conocedores del campo especial en que actúan. El papel del Derecho en relación con la guerra está en alza, pero hay que potenciarlo aún más; cuenta el malogrado profesor GARCÍA ARIAS que estando TALEYRAND, en el año 1815, en el Congreso de Viena alguien, lleno de sorna y excepticismo, le preguntó: ¿«Pero qué hace aquí el Derecho»? y con rapidez contestó: «Gracias al Derecho podéis estar aquí hablando de

paz en Europa». En resumen, debemos preparar a los hombres para todos los campos de la guerra, pues su destierro del mundo hoy es pura utopía.

CONCLUSIONES

Pero lo que sí debemos de hacer realmente es sistematizar y aclarar en las Leyes Penales Militares aquellos conceptos que estén poco claros o pueden provocar dudas, elaborando, como, decía la disposición final de la Ley Orgánica, un plan de informes y anteproyectos relativos a la reforma legislativa de la Justicia Militar, cuya misión será elaborar un Proyecto de Código, o Códigos, ya que no tienen porqué ir unidos la parte orgánica, la propiamente penal y la procesal, y quitando de estos textos aquellos aditamentos hoy existentes que no son propios de un Código, y que hay que hacerlo, como muy bien decía aquella previsora disposición, reflejando en ellos los principios jurídicos que informan nuestra Constitución, los de autonomía y especialidad de la jurisdicción Militar, equilibradamente ponderado con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial.

Por lo que respecta a la materia que hemos examinado a través de este trabajo, entendemos que deben quedar bien claros, por medio de una terminante regulación, una serie de conceptos que están necesitando de perfeccionamiento, depuración o, en fin, su nueva formulación:

- 1.º Debe establecerse una terminología adecuada para que la frase «para tiempos de guerra» que señala nuestra Constitución quede reflejada indubitadamente en el Código, que, por otra parte, deberá dejar bien definido los conceptos de «campana», «estado de sitio», «estado de guerra», etc., para evitar interpretaciones analógicas que en Derecho Penal deben desecharse.
- 2.º Deberá sistematizarse en los tres Códigos: Orgánico, Penal y Procesal, los rasgos de cada una de las situaciones posibles en que deba aplicarse nuestro ordenamiento penal, señalando con gran claridad las reglas que son aplicables, según sea en tiempo de paz, o en tiempo de guerra.
- 3.º Debe aclararse concretamente si el estado de sitio que contempla nuestro Código, y el que se ha definido en la Ley Orgánica 4/1981 son iguales en cuanto a su alcance procesal, señalando las especialidades de cada uno, en su caso.
- 4.º Debe configurarse también sistemáticamente la figura especializada del delito de cobardía frente al enemigo, con la posibilidad inmediata de ejecución de la pena impuesta, completando el terminante artículo con los aditamentos necesarios para evitar situaciones comprometedoras.

- 5.º Habrá que aclarar y perfilar la idoneidad de los Jueces instructores en tiempos de guerra y sobre todo en lo referente al sumarísimo en plazas aisladas o bloqueadas. Igualmente deberá hacerse con la figura del secretario de causas. Deberá desarrollarse y configurarse adecuadamente la figura del Fiscal militar para tiempos de guerra, que no ha sido derogado expresamente, aunque sí se ha derogado para el Consejo Supremo de Justicia Militar, pero que tampoco creemos que ha quedado muy claramente definida después de la reforma, y sobre todo habrá que regular muy concretamente su intervención en el sumarísimo.
- 6.º También deberá adaptarse el procedimiento sumarísimo a la realidad jurídica existente, ya que el que se conserva en nuestro Código es casi idéntico al que se configuró hace más de un siglo, y sobre todo deberá arbitrarse, dando por supuesto que es intocable, porque así lo impide la Ley Orgánica 9/80, el que el sumarísimo se extiende a situaciones que puedan producirse en tiempo de paz, un procedimiento sumario que permita con todas las garantías procesales enjuiciar esas conductas flagrantes que se incriminan en este tipo de procedimientos en la mayoría de las legislaciones comunes y militares.
- 7.º Deberá regularse la potestad de dictar Bandos, en los casos en que así se requiera, y con los condicionamientos necesarios para su validez, ya que, imponiéndose en ellos, por lo general, penas gravísimas, deberá quedar aclarada suficientemente la referida potestad.
- 8.º También deberá procurarse en la parte Orgánica establecer para casos de guerra una sistemática organización procesal, que deje sentado de una vez para siempre qué autoridades judiciales intervienen en la Administración de la Justicia, con qué rango, con qué elementos y garantías y en evitación de que se solapen funciones al dejarlo todo a la improvisación de las disposiciones extraordinarias que dictan los Bandos.
- 9.º También deberá procurarse que no pase más tiempo sin regular definitivamente en nuestra legislación la objeción de conciencia (tanto para tiempo de paz como para tiempo de guerra), tal como se ordena en el artículo 30 de nuestra Constitución.

Y entendemos que para llevar a cabo estas reformas no es necesario, como nos dice lleno de razón el profesor RODRIGUEZ DEVESA, acudir a Leyes Orgánicas, ya que entiende que no son necesarias para las reformas penales, y el inconveniente que tienen es que en ellas se hacen concesiones y pactos para llegar a acuerdos que en ocasiones rompen la sistemática penal y procesal. Todas estas reformas, así como las de los Códigos en general se han debido producir por Leyes de Bases, que una vez aprobadas serían luego desarrolladas en el debido articulado, pues, por lo demás, es imposi-

ble y contrario a las más elementales reglas de técnicas legislativas el que unos órganos que desconocen al detalle el Derecho examinen y discutan artículo por artículo un Código; en este campo hay que retornar a las Leyes de Bases y comisiones reducidas, no políticas, que traten de dar esmerado desarrollo a unas directrices aprobadas por los partidos en el Congreso.

Y, en fin, debemos procurar, como ya hemos apuntado anteriormente, que se imparta a los oficiales de las Armas una formación de tipo práctico en todo el terreno que abarca el campo de la Justicia, para que en esta sagrada misión de ser protagonistas de la administración de la Justicia no sean meros espectadores y puedan contrastar y adecuar sus criterios y conocimientos de la táctica militar con los necesariamente exigibles para la aplicación de las normas de la Justicia con unas necesarias garantías de idoneidad y preparación, ya que estamos seguros que todos y cada uno de nuestros oficiales, en cuanto a garantías morales y altruistas, son acreedores a aquellas frases que en el zaguán de la primitiva casa de la ciudad toledana fueron colocadas por su primer corregidor, don Gómez Manríquez, y cuyos versos son atribuidos a Jorge Manrique y que sirven como guía y recordatorio a los hombres que entonces administraban la Justicia y que en todos los campos desde siempre vienen impartiendo, con la conciencia puesta en el acierto y en el amor a esa Justicia y a España.

«Nobles, discretos varones
Que governáys a Toledo
En aquestos escalones
Desechad las afysiones
Codicias, amor y miedo
Por los comunes provechos
Dexad los particulares
Pues os fixo Dios pilares
De tan firmísimos techos
Estad firmes y derechos.»

Vigias constantes de la Justicia, paladines de lo justo y del amor a la Patria; no se os puede pedir más, aunque, por supuesto, tenemos que darlo todo; la vida incluso.

