

EL MANDO MILITAR ANTE EL RECURSO DE CASACION

José Francisco de QUEROL Y LOMBARDEO
General Consejero Togado

SUMARIO

I. ANTECEDENTES.- II. LA NUEVA LEGISLACION.- III. EL MANDO MILITAR COMO PARTE EN EL PROCESO.- IV. FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACION PROCESAL DE LOS MANDOS MILITARES.- V. LOS CONCEPTOS DE LA DISCIPLINA Y DE LOS INTERESES DE LAS FUERZAS ARMADAS.- VI. LOS MANDOS MILITARES SUPERIORES LEGITIMADOS. A. Quiénes son. B. Ambito de sus respectivas facultades.- VII. LOS MOTIVOS DE CASACION. A. Consideraciones generales. B. Infracción de Ley y Quebramiento de Forma.- VIII. RESOLUCIONES IMPUGNABLES.- IX. POSTULACION.- X. TRAMITACION DEL RECURSO. A. Notificación a los Mandos Militares Superiores. B. Preparación del recurso. C. Interposición. D. Fase de sustanciación. E. La Adhesión. F. Fase decisoria. G. Desistimiento. H. Sentencia.

I. ANTECEDENTES

Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra(1), ha sido tradicional en el proceso

(1) BLANCO SERRANO, Eugenio. "Los recursos de apelación y casación en la Jurisdicción de Marina". *Revista General de Marina*, octubre 1935. Comentaba al respecto que estas reformas parecían contagiadas de un carácter especial y de una naturaleza nueva; pues vemos por ellas cómo se mezclan el recurso ordinario con el extraordinario, la apelación con la casación y el Tribunal de esta índole se mitifica con el de segunda instancia.

militar la inexistencia de *pluralidad de instancias*(2). Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley: escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc...(3). El único *control* procesal que establecían las Leyes Militares de la *legalidad* de las sentencias correspondía al Auditor y a la Autoridad Judicial (bien ambos de común acuerdo, o cualquiera de ellos) en virtud de la institución peculiar del ordenamiento procesal militar que era el *disentimiento*.

Se configuraba el *disentimiento* como una facultad excepcional del Auditor y Autoridad Judicial, que podían ejercitar en el trámite de “aprobación de sentencia”(4). Según el art. 798 del Código de Justicia Militar, después de dictada sentencia por el Consejo de Guerra, en los trámites posteriores, “el Juez Instructor remitirá la causa al Auditor, quien, con su dictamen, la elevará a la Autoridad Judicial para su resolución, proponiendo la aprobación de la sentencia... o la remisión de los autos al Consejo Supremo, en otro caso, o en el de *no considerarla ajustada a la Ley*(5). Es esta última frase (“no ajustada a la Ley”) la que define la naturaleza jurídica del *disenso*, como control de la legalidad, que, sólo en cierto modo, lo hace semejante al recurso de casación *por infracción de Ley*. La motivación de ambas instituciones (casación y *disentimiento*) son prácticamente coincidentes, como venía a aclarar el artículo 794 del Código castrense, al excluir de la fundamentación del *disentimiento* la discrepancia en la apreciación de la prueba si no aparecía *error notorio* en ellas, que es expresión equivalente a la de *equivocación evidente* que utilizaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 849-2.º).

Quizás por ello, autores como ALMAGRO, al tratar de la legitimación especial de los mandos militares para interponer recurso de casación que,

(2) El Código de Justicia Militar regulaba algunos recursos, como los de alzada contra autos del Instructor (en materia de procesamiento, denegación de pruebas, etc.), pero éstos no constituían en realidad una segunda instancia, toda vez que el órgano judicial propiamente dicho era la Autoridad judicial —con su Auditor— actuando el Juez Instructor por delegación y nombrado para cada caso.

Tampoco tenía naturaleza de recurso el escrito de alegación que podían formular el Fiscal o la Defensa ante la Autoridad Judicial, después de ser notificada a los mismos la sentencia del Consejo de Guerra; porque la Autoridad judicial debía pronunciarse en todo caso (con o sin alegaciones) sobre la sentencia, para aprobarla o disenterla; por tanto, los autos no le llegaban por vía de recurso.

(3) El punto 6.º del artículo 107 del Código de Justicia Militar atribuía a la Sala de Justicia del Consejo Supremo “conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales o Autoridades de los Ejércitos por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan”.

(4) QUEROL y DURAN, Fernando. *Principios de Derecho Militar*. Tomo I, pág. 106, matizaba que los Consejos de Guerra dictan resolución que, aún adoptando el nombre y forma de “sentencia”, no es en rigor más que un proyecto o propuesta que podrá o no convertirse en acuerdo definitivo. Para aclararlo precisará la conformidad del dictamen del Auditor y la aprobación de la Autoridad Judicial.

(5) Vid. *Derecho Procesal*. Tomo II, 2ª Edición. Editorial Tirnat lo Blanch. Valencia, 1988, de GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Victor, ALMAGRO NOSETE, Jose y CORTES DOMINGEZ, Valentín.

como innovación, introduce el artículo 111 de la Ley Orgánica 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, consideran que esta legitimación se introduce como *compensación* a la privación del poder jurisdiccional directo que por medio de la aprobación correspondía a los Mandos Superiores(6).

Es evidente que las facultades conferidas a las Autoridades Judiciales en orden a la aprobación o discrepancia de las sentencias de los Consejos de Guerra(7) es un antecedente directo de la institución que ahora contemplamos. La Autoridad Judicial que “velaba jurisdiccionalmente por la protección de los intereses militares” continúa —como secuela de esta función— conservando, aunque más limitadamente, su función de “defensor” de estos intereses, pero ya sin el carácter de órgano judicial. La facultad de disentir ha evolucionado a la de poder recurrir en casación.

No obstante, hemos de advertir que, aunque podemos encontrar, como se ha dicho, rasgos comunes entre casación y disenso (como son: necesidad de una motivación fundamentada en infracción de ley o en error de hecho que sea notorio y el constituir un remedio extraordinario y no una segunda instancia del proceso, sin efecto devolutivo), ambas instituciones ofrecen sustanciales diferencias:

a) La casación es un recurso que interponen las partes, mientras que las causas que la Autoridad Judicial remitía al Supremo Militar lo eran por prescripción de la ley o por consecuencia del desacuerdo del Auditor o de la Autoridad Judicial. Es decir, en frase de QUEROL y DURAN: por actos de *magistrados* y no de *partes*(8).

b) En la casación, el Tribunal Superior no tiene facultades para dictar sentencia tan sólo por discrepar del criterio del Tribunal *ad quo*, sino que debe limitarse a casar la sentencia recurrida por uno o varios de los motivos taxativamente señalados en la ley. Solamente en el recurso por infracción de ley, por haberla casado, queda nula la sentencia del inferior y es cuando puede dictar otra sobre el fondo del asunto. En el proceso militar, en cambio, el Consejo Supremo, al decidir sobre disensos venía resolviendo con cabal amplitud acerca del hecho y del derecho, de la calificación y de la prueba; de todo: en una palabra(9). No ha sido infrecuente que el Alto Tribunal Militar haya resuelto en este trámite cuestiones de índole formal, de competencia, decretar nulidad de actuaciones, etc...

c) En el aspecto *formal*, frente a la minuciosidad que se regula en la ley común el recurso de casación, el Código de Justicia Militar solamente exigía que el disenso fuera razonado y se remitieran las actuaciones al Supre-

(6) El defecto de forma podría apreciarse directamente, sin disenso.

(7) Es de señalar que no todas las sentencias de los Consejos de Guerra estaban sometidas a la aprobación de la Autoridad Judicial. El punto 9.º del artículo 52 del Código de Militar excluía las que imponían pena de muerte o pérdida de empleo o separación de servicio. En estos casos los autos debían remitirse preceptivamente al Consejo Supremo.

(8) QUEROL y DURAN, Obra citada, pág. 106.

(9) QUEROL y DURAN, Obra citada, misma página.

mo, sin necesidad de personamiento o comparecencia, formalización y asistencia a la vista para defender la pretensión.

Precisamente esta dicotomía disentimiento-casación ha sido uno de los problemas planteados con la extinción del Consejo Supremo de Justicia Militar y que las normas de la nueva Ley Orgánica no resuelve, puesto que sus *disposiciones transitorias* no tratan ni del trámite, ni de la competencia, ni de la forma de fallarse las causas pendientes de disentimiento.

En efecto: la transitoria 1.^a ordena remitir todas las actuaciones, cualquiera que sea su estado procesal, a los órganos judiciales que resulten competentes con arreglo a la nueva organización. Pero la nueva organización omite toda referencia a la cuestión relativa al disentimiento, y cabe preguntar: ¿qué Tribunal resulta competente: la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo o el Tribunal Militar Central? Porque la mayoría de las competencias que venían atribuidas al Consejo Supremo de Justicia Militar corresponden ahora a la Sala de lo Militar, pero algunas han sido conferidas al Tribunal Central. Pues bien, ni en el artículo 23 (competencias de la Sala de lo Militar), ni en el 34 (competencias del Tribunal Central) se incluyen los supuestos de disensos pendientes de resolución. Supuestos que tampoco incluye la transitoria 2.^a, referente a los recursos de casación y revisión pendientes.

La Sala de lo Militar, no obstante —lo que supone un implícito reconocimiento de que la legitimación de los mandos militares para interponer recurso de casación es en cierta forma una sustitución de la que antes, como Autoridades Judiciales, tenían para discrepar de las sentencias de los Consejos de Guerra— viene encauzando las causas disentidas por la vía del recurso de casación. A nuestro juicio, esta es la solución más adecuada y práctica, que llena eficazmente un vacío legislativo que no podía aceptarse desde el punto de vista jurisdiccional, por no ser permisible que queden los procesos sin fallo definitivo aun en los supuestos de insuficiencia de la ley. Por esta razón ya no hay disentimientos pendientes de fallo, porque los aún no resueltos, según el criterio de la Fiscalía Togada y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, han recibido de pleno el tratamiento de recurso de casación. La solución es aceptable cuando la Sala Quinta estime el disenso (casación), y dicte la correspondiente sentencia firme. Pero cuando lo desestima se produce una circunstancia anómala, aunque inevitable: deviene firme la sentencia pronunciada por el Consejo de Guerra, por no ser ya posible la posterior aprobación por el Auditor y la Autoridad Judicial (Instituciones éstas ya desaparecidas en virtud de la nueva organización jurisdiccional militar).

La interesante sentencia n.º 17 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1988 contiene el siguiente fundamento:

“El recurso que ahora se resuelve se ha interpuesto por el Capitán General de la Región Militar Sur, a través de su Asesor Jurídico, porque, habiendo expresado el primero su disentimiento con la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra y ordenado la elevación de la causa al Consejo Supremo de Justicia Militar, sobrevino la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/

1987, de 15 de julio, que ha modificado profundamente la estructura de la Jurisdicción Militar, antes de que dicho disentimiento como consecuencia de la mencionada reforma legislativa, a cuyo evento, presentado en una pluralidad de casos, ha salido al paso la doctrina del Consejo Supremo y de esta misma Sala que, resolviendo este específico problema de derecho transitorio o intertemporal, determinó que las discrepancias que se hubiesen manifestado al amparo del artículo 798 del Código de Justicia Militar de 1945 y aún estuviesen pendientes, pudiesen encauzarse por la vía casacional que el artículo 111 de la Ley Orgánica 14/1987 ofrece a los mandos Militares Superiores designados por Real Decreto, en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar. Lo que pende ante nosotros, en consecuencia, es una alzada derivada de la antigua institución del disentimiento, revestida por cierto de la forma procesal que le presta el recurso de casación, porque así lo exige la necesidad de que la discrepancia del Capitán General encuentre una adecuada respuesta judicial, pero no un recurso de casación en sentido estricto preparado e interpuesto en el marco del citado artículo 111 de la Ley Orgánica 14/1987. Ello explica que ni el recurrente haya creído necesario fundamentar la legitimidad por razón de la materia que le asiste para impugnar que interpone el recurso "en defensa de la disciplina" ni esta Sala se detenga a examinar tal aspecto de la cuestión.

II. LA NUEVA LEGISLACIÓN

Las últimas y profundas reformas llevadas a cabo en Derecho Militar, que afectan tanto al aspecto orgánico-jurisdiccional como el sustantivo-penal, comienzan con la promulgación de la Ley Orgánica 9/80 de 6 de noviembre. Comparada con las leyes posteriores (orgánica y penal), las innovaciones que aquella trae, al derecho positivo militar, son parciales, afectando principalmente materia competencial (reduciendo los supuestos de competencia de la Jurisdicción Militar) y al poder jurisdiccional de las Autoridades militares, que limita en un doble sentido: a) creando un nuevo órgano, que ejerce jurisdicción propia (y no delegada) como el es Juez Togado, y b) restringiendo las facultades decisorias de las Autoridades Judiciales, respecto a la aprobación o disenso, al regular el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra, que podían interponer el Ministerio Fiscal y los condenados(10). No contemplaba la posibilidad de re-

(10) La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 76/82, de 12 de diciembre, decretó la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley Orgánica 9/80 que limitaba el ejercicio del derecho de casación, haciéndolo extensivo a todas las sentencias sin limitación para el condenado a la duración de la pena o su naturaleza.

"El recurso de casación en el ámbito de la jurisdicción militar constituye una novedad en el procedimiento penal militar que fue introducida por la Ley Orgánica 9/80 a fin de cumplimentar en esa parcela jurisdiccional el mandato constitucional contenido en el artículo 24 de la Constitución española, que consagra el derecho de la tutela efectiva". RAMOS GANCEDO, Diego. "El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista General de Derecho*. n.º 528. Septiembre 1988.

curso por parte de la acusación particular, ni por el responsable civil(11); y decimos que la instauración de este recurso supone una limitación a las facultades decisorias de la Autoridad Judicial por cuanto el planteamiento de cualquier recurso de casación por infracción de ley suprimía prácticamente la facultad de aprobación o disenso de la sentencia. La Ley Orgánica se limitaba a disponer que estas facultades quedaban suspendidas con la interposición del recurso de casación, pero lo cierto es que si el recurso de casación se desestimaba por el Consejo Supremo, por entender que la sentencia no contenía infracción de Ley, ¿no resultaría contradictorio que, posteriormente, la Autoridad Judicial —órgano judicial subordinado funcionalmente— considerase que sí existía dicha infracción al fundamentar el disenso, y elevase para resolución los autos al Tribunal Supremo que ya se había pronunciado sobre la adecuación de la sentencia a la Ley?

La Ley Orgánica 4/87 (competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) suprime ya de modo definitivo todas las atribuciones jurisdiccionales de los Mandos Militares. No los aparta, sin embargo, de modo total de intervenir en los procesos penales, permitiéndoseles excepcionalmente poder actuar en defensa de intereses militares esenciales, cuando afecten al territorio y al personal militar a sus órdenes. Lo que hace la Ley, en este caso, es una mutación orgánica del carácter con que la Autoridad Militar puede manifestar su discrepancia con una determinada Sentencia dictada por un Tribunal del Orden Castrense. Antes la discrepancia se producía desde dentro del Organismo Procesal y trascendía desde el proceso, y se hacía en virtud de competencia jurisdiccional propia. Ciertamente, se recurría ante un Tribunal Superior, pero no como parte, sino por *propio imperium*, por el ejercicio de una atribución legal de carácter jurisdiccional en virtud de la cual podía diferir su competencia al Tribunal Superior, en cuando al fallo de la causa.

A falta de potestades decisorias, la Autoridad Militar, en el sistema actual vigente, actúa desde fuera del Organismo Judicial (y desde fuera del proceso, porque hasta el momento de la Sentencia le ha sido ajeno y todavía no era parte en él).

El debate del Congreso de los Diputados sobre el proyecto de la última citada Ley Orgánica, al discutir enmiendas, se dijo, respecto de los Mandos Militares, que “si es parte en el proceso, tiene legitimidad para actuar; pero, si no es parte en el proceso, ¿por qué tiene una legitimación ex-post para que una vez que se ha hecho todo el trabajo venga el Capitán General y revoque la sentencia? (Diputado Sr. SARTORIUS). Sobre este tema, la consideración del Mando Superior como parte en el proceso militar, nos ocuparemos más adelante.

La regulación de la legitimación especial de los mandos militares en la Ley Orgánica 4/87, es la siguiente:

TITULO VI

Art. 111.- “En defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar, los Mandos Militares Superiores que se designen por Real Decreto estarán *legitimados para interponer recurso de casación* contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y *el inculpado pertenece al mismo Ejército.*”

Art. 112.- “Si en el procedimiento estuvieran inculpadas personas de distinto Ejército o existiere pluralidad de lugares en que se haya cometido el delito, estarán legitimados para interponer el recurso de casación todos los Mandos Militares Superiores en que se den las condiciones del artículo anterior.

En todo caso tendrá la misma facultad, sin especial designación, la Autoridad Militar que señale el Gobierno en el supuesto de declaración de estado de sitio.”

Art. 113.- “A los Mandos Militares Superiores señalados en artículo 111 se les asignará o destinará a sus órdenes un *Asesor jurídico* perteneciente a los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos que, sin perjuicio de otras funciones que desempeñe, será el encargado, por sí o por sus subordinados, *de preparar redactar, articular, interponer y defender en todas sus fases el recurso de casación, personándose en autos en representación del Mando Militar Superior a cuyas ordenes actúe.*”

Art. 114.- “Para la efectividad de lo que se dispone en este título (1) los órganos judiciales militares que dicten sentencias o autos de sobreseimiento definitivo o libre comunicarán por el medio más rápido posible, a los Mandos Militares Superiores que se expresan en el artículo 111, las resoluciones íntegras que hayan adoptado y los votos particulares, si los hubiere, *dándose fe en autos por el Secretario-Relator del Juzgado o Tribunal con expresión de la fecha, la hora y el medio empleado.*”

Con algunos matices de redacción (no insustanciales), estos preceptos coinciden en líneas generales con los artículos 110 a 113 del Proyecto. Es de notar, en primer lugar, la diferencia de *la rúbrica*, que en el proyecto era: “*del recurso de casación especial que corresponde a los mandos superiores.*” Afortunadamente la rúbrica ha sido modificada, alcanzando un sentido técnico-jurídico más adecuado. Porque, efectivamente, no se regula un recurso de casación específico, distinto del general a que se refiere el artículo 13 y siguientes de la Ley Orgánica 9/80 en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tenga distinta naturaleza o trato procesal. Se trata exclusivamente de ampliar los sujetos que tienen acceso, como partes, al recurso de casación. Además del Ministerio Fiscal y de las restantes partes puede tam-

bién el Mando Militar interponer el recurso y para ello la Ley lo legitima especialmente, aunque esta legitimación, como hemos de ver más adelante, no es absoluta, sino condicionada a unos presupuestos que también analizaremos con mayor detenimiento. La Ley, pues, les otorga facultad de ser parte legítima en el recurso de casación. La nota de *especialidad* (como destaca la rúbrica) está *en la legitimación, no en el recurso*. Razón que justifica la supresión por innecesaria de la frase contenida en el artículo 110 del proyecto: “este recurso procederá por los mismos motivos previstos con carácter general.”

III. EL MANDO MILITAR COMO PARTE EN EL PROCESO

Si partimos de la dualidad: organismo judicial y partes, como elementos personales de los actos jurídico-procesales, y habiendo perdido las Autoridades Militares su carácter de “judiciales”, al carecer ya de cometido jurisdiccional, parece lógico convenir que su actual intervención en el procedimiento, limitada a la casación, lo hace en concepto de “sujeto” y no de órgano(11). Interviene, pues, en *calidad de parte*. La misma expresión “*legitimación*”, que emplea la Ley, matiza esta calidad, al suponer dicha legitimación la doble capacidad o aptitud: *capacidad procesal* y *capacidad para ser parte*.

Una advertencia previa: el concepto de parte, en el proceso penal no coincide con el mismo concepto aplicado al proceso civil. En el primero, según la doctrina más generalizada entre los tratadistas, se trata tan sólo de un *concepto formal*. No resulta posible en el proceso penal hablar de partes procesales en el sentido de ser las que ejercitan la acción a partir de la titularidad de derechos subjetivos(12). En este orden, no puede soslayarse que el único titular del *ius puniendi* es el Estado, y el ejercicio de este derecho viene atribuido a los Tribunales (y, en cierto modo, al Fiscal, titular de la acción penal) a través del proceso penal, único medio de satisfacerlo. Como afirma PRIETO CASTRO(13), tan sólo cabría atribuir calidad de parte al procesado, al que se le imputa la comisión de un hecho punible, toda vez que el derecho a una sentencia favorable, que se pronuncie su absolución, siendo inocente, sí constituye un derecho personal suyo. El Ministerio Fiscal, e incluso el acusador particular, ejerciendo la acción penal, lo hacen como instrumento del Estado. Lo mismo puede decirse en esta ocasión de los Mandos Militares.

El criterio clásico de la *dualidad de partes* se traspolo al proceso penal, para que surjan los elementos subjetivos de la controversia propia del siste-

(11) Comenta PRIETO CASTRO que deliberadamente emplea el concepto *sujeto* del proceso penal, eludiendo el de *parte*, porque si este término es perfectamente aplicable para otras órdenes del Derecho Procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existan partes con la misma significación que en aquellos otros. PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Penal*. 2.ª Edición. Editorial TECNOS. Madrid, pág. 109.

(12) Obra citada, Tomo 1, pág. 110.

(13) PRIETO CASTRO, Obra citada, pág. 110.

ma acusatorio: *acusación y defensa*. Esta configuración es, empero, extremadamente simplista, porque no siempre la parte considerada comúnmente como acusadora (Ministerio Fiscal), y que es garante del sistema acusatorio, interviene en el proceso solamente para ejercitar la acción penal instando la condena del procesado; ya que su cometido (art. 24 de la Constitución) es el de velar en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la Ley de la independencia de los Tribunales y la satisfacción del interés social(14).

Esta referencia que venimos haciendo del Ministerio Fiscal no es en modo alguno superflua, porque, como hemos de comentar, cabría plantearse el problema de si la intervención del Ministerio Fiscal, que al defender los intereses públicos tutelados por la ley, puede y debe obviamente defender los intereses militares y la disciplina, hace innecesaria la intervención del Mando Militar. No olvidemos que el Fiscal y el procesado son *partes necesarias* en el proceso penal, y las restantes partes son en cierto modo tan sólo contingentes, de tal forma que su abstención procesal no afecta a la esencia del proceso. Los Mandos Militares superiores, al estar legitimados para recurrir en casación, están conferidos de una *facultad*, que, como tal, es discrecional, sin carácter imperativo.

Ahora bien, aun siendo los Mandos parte en el proceso, en sentido formal, constituyen una parte *sui generis*, de difícil encuadramiento en la clasificación tradicional. No tienen completa capacidad procesal, ya que está condicionada a un solo período (posible y no necesario) del proceso penal: el del recurso de casación, sin posibilidad de intervenir como parte en momento alguno anterior al que le haya sido notificada la sentencia o el auto de sobreseimiento definitivo. No es tampoco incluíble en exclusividad en uno de los dos grupos de la contienda: acusador o defensor, porque la disciplina y los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas, que son los que defienden los expresados mandos, exigirá en ocasiones que se inste una condena y, en otras, que se revoque, o se absuelva al reo. Por último, son parte tan sólo en cuanto se relacione con la acción penal, porque los derechos que puedan reclamarse o impugnarse respecto a la responsabilidad civil dimanante de delito, cuestiones de carácter patrimonial, no están incluidos dentro de los conceptos morales de disciplina o intereses esenciales de las Fuerzas Armadas. El ejercicio de la acción civil a favor del Estado corresponde al Ministerio Fiscal, que la ejercita conjuntamente con la penal; cuando exista reclamación en contra del Estado, su defensa compete a la Abogacía del Estado(15).

(14) Según su Estatuto Orgánico (Ley 50/81, de 31 de diciembre) corresponde al Ministerio Fiscal "ejercer las acciones penales y civiles dimanantes de los delitos y faltas u oponerse a las ejercidas por otros, cuando proceda".

(15) La Abogacía del Estado no es titular de la pretensión punitiva y sólo le incumbe defender los derechos del Estado (y entes integrantes del mismo) como parte acusadora o acusada como actor civil y como sujeto responsable civilmente, sin ningunas especialidades procedimentales. PRIETO CASTRO, Obra citada, págs. 126 y 127.

Es digno de tenerse en cuenta la Ley Orgánica 2/89, Procesal Militar, al tratar de las partes, en el Título V del Libro Primero, contempla tan sólo a la Fiscalía Jurídico Militar, al inculpado o procesado y su defensor, a la acusación particular y actor civil, así como a la defensa del Estado como responsable civil; pero no incluye a los Mandos Militares.

Sin embargo, la propia Ley procesal amplía en cierto sentido la posibilidad de actuación de los Mandos Militares, por cuanto, sin concederles expresamente cualidad de parte, los faculta para interponer *recursos de apelación* contra las resoluciones de los Jueces Togados Militares que, en las diligencias previas reguladas en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo, acuerden algunas de las medidas a las que se refiere el artículo 141. Esta facultad de recurrir, únicamente concedida en el marco de las diligencias previas, no se constituye tan sólo a los llamados Mandos superiores, sino a cualquier Mando militar que hubiese dado parte.

IV. FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN PROCESA DE LOS MANDOS MILITARES

Punto de partida para comprender la filosofía inspiradora de los preceptos cuyo comentario nos ocupa pudiera ser lo que QUEROL y DURAN expone al tratar del contenido del Derecho Militar con sustantividad propia(16). Administración, Mando y Justicia en los institutos armados representan, respectivamente, el instrumento de proporcionar los medios de la defensa nacional, la *dirección* que adiestra y utiliza en su caso tales medidas para el fin que les es propio, y la *garantía* que mantiene y ampara su existencia eficaz y ordenado desenvolvimiento.

La Administración crea, sustenta y equipa al Ejército; el Mando lo emplea y dirige en su día, y en el entretanto lo adiestra y gobierna planeando su más eficaz utilización. La función de la Administración es de gerencia; la del mando, esencialmente técnica y rectora.

La Justicia se caracteriza por ejercer una función esencialmente jurídica; es la defensa del orden jurídico que la Ley consagra; su fin es amparar, reintegrar y vindicar el derecho controvertido, contrariado o lesionado.

Supone siempre una contienda, u oposición de pretensiones o supuestos, determinar acerca de cual *decide*, definiendo y *restableciendo la legalidad y castigando* a los que, en forma culpable, han atentado contra ella.

La íntima relación entre estas tres potestades había propiciado el hecho de que actuase en el ejercicio de todas o varias de ellas *una misma autoridad u organismo*. Los Capitanes Generales de Regiones Militares y Zonas Marítimas y Aéreas, Jefe de la Jurisdicción Central de Marina y Comandante General de la Flota, eran, en su territorio o en sus fuerzas, las máximas autoridades en el triple orden de administración, mando y jurisdicción. Al quedar ahora, en virtud de la nueva organización judicial, apartados de atribuciones jurisdiccionales, conservan no obstante y en general las atribucio-

(16) Obra citada, págs. 22 y 23.

nes administrativas, y de mando y, entre ellas, la de velar por los intereses militares, como reconoce expresamente el preámbulo de la Ley Orgánica 4/87:

“La jurisdicción militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos Permanentes y ha sido siempre un jurisdicción *especializada*, carácter que se deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce...”

Teniendo en cuenta lo que luego hemos de comentar, conviene destacar, del texto de este primer párrafo del preámbulo, dos expresiones:

— La jurisdicción militar ha sido siempre una jurisdicción *especializada*.

— Carácter que se deriva de la *naturaleza* del Derecho que se aplica y del ámbito institucional en que se ejerce.

No debe, pues, extrañar que la legislación militar contenga instituciones especiales, propias de la naturaleza genuina del derecho que se aplica y del ámbito en que se ejerce. El diputado Sr. BUSQUETS, al defender esta materia en el Congreso, manifestó al respecto que “las leyes para el funcionamiento de la institución militar son leyes que tienen cierta *especificación*, por que si no la tuvieran no sería necesario hacerlas; añadiendo: “resulta evidente que la disciplina, desde el punto de vista militar, es un bien que hay que proteger...”.

El preámbulo de la citada Ley Orgánica en su cuarto párrafo expone:

“Se atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de la jurisdicción. Se reconoce, no obstante, legitimación especial en el recurso de casación a los Mandos Militares Superiores, al objeto de que éstos puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos.”

Vemos, pues, que también el criterio de conservar ciertas tradiciones lo que hace mantener también la especialidad en el derecho castrense es utilizado por el propio legislador, sobre todo cuando se trata de una tradición consolidada por la necesidad de que los mandos militares ejerzan de continuo un control y una vigilancia escrupulosa en el mantenimiento de los valores esenciales inherentes a la milicia.

En parecido sentido se pronuncia MILLAN GARRIDO(17) cuando opina que la jurisdicción militar, sin perjuicio de particularísimos inevitables derivados de su *especialidad*, ha de responder plenamente a los principios constitucionales que informan la total actividad del Estado. Dentro de esta idea y reconociendo, sin embargo, el legislador, la especial función de la Autoridad militar, le confiere legitimación especial para que, a través del recurso de casación, pueda velar por los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas.

(17) MILLAN GARRIDO, Antonio. *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*. Editorial TECNOS. Madrid. Prólogo, pág. 25.

No cabe duda que uno de los fines del Derecho Militar es la defensa de la disciplina e intereses esenciales de los Ejércitos, ya que éstos, para mantenerse eficientes a sus propios fines, necesitan conservar sin fisuras la solidaridad de sus miembros, guardar incólumes sus valores morales y su prestigio; necesitan que en la dinámica humana con que actúan cada voluntad y cada servicio funcione sin desviación, “para que el conjunto de la máquina militar marche siempre con perfecto engranaje entre todas sus piezas”(18). Se comprende, por tanto, que los intereses de los Ejércitos, y por ende de quienes encarnan su mando, sean extremadamente sensibles a todo daño material o moral que, con violación de su propio orden castrense, les produzca cualesquiera delito(19).

Podría objetarse, como ya hemos apuntado anteriormente, que los intereses militares están tutelados por el Ministerio Fiscal e incluso por el Ministro de Defensa, que puede dar al respecto instrucciones y órdenes al Fiscal Togado(20).

Este argumento no es válido. Las atribuciones, facultades u obligaciones del Fiscal, actúe o no por propia iniciativa, o sea, instigado por instrucción u órdenes del Ministro de Defensa no son incompatibles con la intervención del Mando Militar. Nada queda desvirtuado en el proceso por el hecho de que, además del Fiscal (que, indudablemente, en defensa de los mismos intereses puede ejercitar el derecho a impugnar casacionalmente una sentencia), el Mando Militar interponga también recurso de casación. Sucede así, igualmente, en relación con otras partes: la promoción de un recurso por el procesado, por la acusación particular o por el acto civil, no excluye la del Ministerio Fiscal, ni la de éste hace innecesaria la de las otras partes. Al contrario, es conveniente, y razón de mayor garantía, el que todos los que tengan un interés legítimo puedan acudir a la casación con independencia, aunque arguyan los mismos motivos. Y no cabe duda que, de cuanto llevamos expuesto, los Mandos Militares aparecen revestidos de un interés legítimo (que la Ley consagra) para defender la disciplina y los valores militares esenciales. Constituye una particularidad propia del ordenamiento jurídico penal militar que se deriva del carácter *institucional* de la colectividad militar, cuya especialidad debe trascender a su legislación específica. GROIZARD encuentra el fundamento de la ordenanza militar en la *necesidad*, que es la más imperiosa de las leyes y causa justificativa de esta excepción, que todos los pueblos han admitido. Como señala BISHOP, una de las razones fundamentales para la existencia de un sistema separado e independiente de justicia militar es la necesidad de contar con un dispositivo rápido y sumario para el mantenimiento de la disciplina. Como quiera que en el ámbito jurídico penal se hace preciso adecuar el procedimiento a los principios informadores del derecho penal sustantivo, ya que el derecho procesal

(18) QUEROL y DURAN. Obra citada, pág. 54.

(19) QUEROL y DURAN. Obra citada, pág. 54 y siguientes.

(20) Art. 92 de la Ley Orgánica 4/87.

participa también de la esencia de ese sustantivo *penal stricti sensu*, hasta el punto que uno de los postulados penales del principio de *legalidad* es el de *nulla pena sine legale iudicio*, cabe también aplicar al proceso penal militar aquella definición de VEUTRO(21) sobre el Derecho penal militar: “aquella rama de derecho penal que asegura las condiciones esenciales para que las Fuerzas Armadas existan, sean subordinadas y eficaces, actuando estrictamente en el ámbito de los fines del Estado”. Dentro, pues, de la sustantividad y autonomía(22) de esta disciplina jurídica, consecuencia del carácter peculiar de la institución militar, tiene perfecta justificación el derecho concedido al Mando para que, con independencia del Ministerio Fiscal, velando por la disciplina e intereses esenciales de la milicia, como titular de *intereses jurídicamente protegidos*, pueda impugnar determinadas resoluciones judiciales.

En la “Introducción Histórica” del ejemplar de las Reales Ordenanzas editada por los Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, comenta MILLAN GARRIDO el proceso de revisión y actualización de las antiguas ordenanzas, y expone: “Toda esta labor se inscribe en el marco del ordenamiento jurídico general, pues la legislación militar, por específica que sea, se subordina a la Constitución del Estado, al que las Fuerzas Armadas sirven, y se realiza en una línea de continuidad que permite soldar con acierto el pasado y el porvenir, conservando intacto el acervo histórico de una tradición militar ligada ayer a la forja de nuestra nacionalidad y que nos obliga hoy a la defensa de la unidad e integridad de la Patria común...” “Para alcanzar este objetivo, las nuevas Ordenanzas, como todas las que las precedieron, ponen acento... en la *disciplina*, que nos obliga a todos por igual, pues como dijera SANCHO DE LOROÑO, sería andar por las ramas hacer Ordenanzas y Estatutos para enfrentar y tener a raya a los que han de obedecer, si no se introducen primero todos los necesarios en los que han de mandar...”

Una razón fundamental nos mueve a traer aquí a colación las Reales Ordenanzas, aunque ni constituyan ley penal ni ley procesal. Y es que de las Ordenanzas hemos de extraer, como de la primera fuente, los motivos que hemos calificado como condición indispensable para la interposición del recurso de casación para el que el Mando Militar está legitimado. Es en las Ordenanzas donde principalmente encontramos el desarrollo de los conceptos morales que integran *la disciplina y los intereses esenciales* (los que contienen la esencia, *el modo de ser*) de las Fuerzas Armadas. No es por tanto inoportuno considerar el especial significado de las Ordenanzas dentro

(21) Los autores GROIZARD, BISHOP y VEUTRO aparecen citados en el artículo de RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis: “Ley Penal y Derecho Penal”. *Revista General de Derecho*, n.º 524.

(22) La especialidad del Derecho Militar se deriva también de la propia y especial misión constitucional de las Fuerzas Armadas. “Garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”. (art. 8 de la Constitución Española).

de la legislación general; como escribe CASADO(23) “las Ordenanzas, según sus propias palabras, constituyen la regla moral de la institución militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros, teniendo por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor. Son la savia que vivifica e impregna toda la actividad castrense. Por eso las Ordenanzas se autocalifican de regla moral (de Código deontológico hablan algunos...)(24)”. A esta deontología peculiar de los institutos armados la nueva Ley ha querido dotar de medios también peculiares de defensa, reconociendo su trascendencia que se hace aún más notoria teniendo en cuenta las altas misiones que a las Fuerzas Armadas confiere nuestra Constitución. Es también justificado que encarnen este interés quienes, por ostentar supremacía en la jerarquía militar, representan *per se el modo de ser de los Ejércitos*, del que, según las Ordenanzas, son depositarios(25).

No ya sólo en las Ordenanzas, sino en el conjunto de la legislación militar actual, se destaca la íntima relación *mando-disciplina*, y se configura al primero como vigilante y mantenedor de la disciplina, dotándole de los mecanismos jurídicos necesarios para que pueda realizar este cometido con la eficacia que su importancia recaba. Dentro del *derecho sancionador* correspondiente a los Ejércitos, es el mando quien tiene conferidas las facultades disciplinarias, para actuar con facultades represivas de imponer correctivos sancionando a los infractores. Aparece, en nuestro ordenamiento jurídico, una doble protección de la disciplina:

a) la disciplinaria, y b) la penal.

Está regulada la primera por la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre, cuyo artículo 1.º define el objeto del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: “garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda y del ejercicio de las facultades disciplinarias judiciales”. Como expresan ALVAREZ ROLDAN y FORTUN ESQUIFINO(26), la disciplina entendida en su acepción jurídica amplia es el *conjunto de deberes especiales que impone al militar su permanencia en el Ejército* y, en sentido jurídico estricto, el *conjunto de deberes que dimanar del vínculo de subordinación jerárquica que les une*. Este doble concepto de

(23) PABLO CASADO, Comandante Auditor. “Diez años de Constitución y Reales Ordenanzas”. *Revista Española de Defensa*. n.º 10. Diciembre 1988.

(24) La Ley de Criterios Básicos de la Defensa (6/8 de 1 de julio) señalaba que “las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las Unidades, se determinará en las Reales Ordenanzas, regla moral de la Institución Militar”.

(25) Arts. 10, 11, 15 y 24 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

(26) ALVAREZ ROLDAN, Luis, y FORTUN ESQUIFINO, Ricardo. *La Ley Disciplinaria Militar*. Editorial Aranzadi, 1986. pág. 47.

la disciplina, que igualmente señala RODRIGUEZ DEVESA(27), parece haber sido tenido en cuenta por los redactores de la Ley 7/87, cuando motivan la casación en la defensa de la disciplina y de los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas, porque esos intereses esenciales son los constitutivos de la disciplina en su concepción más amplia (que abarca todos los deberes de los militares y, entre ellos, los del honor, lealtad, probidad, obediencia, discreción, etc.) para no confundirlos con la disciplina estricta, entendida dentro del concepto de jerarquía y subordinación. Prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal Militar atentan a la disciplina en su acepción más extensiva (lo más *estrictamente militar* que justifica la existencia de una jurisdicción militar es precisamente *la disciplina*). En el catálogo de delitos del Código Penal Militar solamente aparecen como *delitos contra la disciplina* los de *sedición militar, insubordinación*, en sus dos vertientes de *insulto a un superior* y *abuso de autoridad ...* (Título V). No cabe duda que los conceptos incluidos en todas las demás rúbricas de los Títulos y Capítulos del Libro Segundo del Código Penal Militar afectan al concepto más amplio de disciplina, y que el bien-jurídico protegido en cada caso por el precepto punitivo constituye siempre un interés esencial de los Ejércitos.

El delito y la falta disciplinaria, en la mayoría de los supuestos, se diferencian tan sólo en la *intensidad* y no en la *cualidad*(28). Infracciones de igual naturaleza (y de parecida definición legal) se distinguen por la mayor o menor gravedad, cuantía, trascendencia, etc.(29). El interés del mando, ante ambas formas de ilicitud, no difiere, pues, sustancialmente. Cuanto más grave sea el quebranto de la disciplina, mayor interés deberá tener el mando en su eficaz corrección. Interés, por tanto, digno de ser protegido y en el que el mando militar debe conservar algún protagonismo; así lo entiende de modo implícito la Ley que, al privarle de las facultades jurisdiccionales (porque la materia penal queda sometida al imperio de los Tribunales), le otorga una atribución que le es connatural: "la defensa de la disciplina e intereses esenciales de las Fuerzas Armadas", legitimándole en el proceso y facilitándole la oportuna *postulación*, mediante la representación y defensa técnica que confiere a sus Asesores Jurídicos.

V. LOS CONCEPTOS DE DISCIPLINA Y DE INTERESES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Insistiendo en lo ya dicho, y como quiera que sin la concurrencia de la finalidad de defensa de los intereses del enunciado no procede la interposi-

(27) RODRIGUEZ DEVESA, José María. "La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar Español". *Revista de Derecho Militar* n.º 7. Enero-junio 1959.

(28) MOZO SEOANE, Antonio, se cuestionaba si existe en el Derecho Militar español vigente un ámbito punitivo distinto al penal. Citado por ALVAREZ ROLDAN y FORTUN ESQUIFINO. Obra citada, pág. 34.

(29) La gran diferencia que representa trazar la línea fronteriza entre el derecho penal militar y el disciplinario estriba en la frecuencia con que uno y otro utiliza conceptos valorativos indeterminados. RODRIGUEZ DEVESA, José María. "Algunas consideraciones sobre el Código Penal Español de 1985". *Revista General de Derecho*.

ción de recurso de casación por parte de los Mandos Militares Superiores, es preciso concretar el significado de las expresiones “disciplina” e “intereses esenciales” de las Fuerzas Armadas.

Como punto de partida hemos de enunciar un principio que nos parece a todas luces evidente: si los delitos tipificados en la ley penal militar no afectasen en su lesión a los intereses de los Ejércitos, no serían realmene delitos militares. Por ello nuestras leyes castrenses han acudido, como módulo sistematizador, a la consideración de los intereses dañados por el delito; y han acudido también a la diversa naturaleza del deber incumplido; o sea, de la *virtud militar* directamente ultrajada por la infracción(30).

Hemos anticipado los conceptos amplio y restringido de la disciplina militar, siempre como virtud fundamental de la milicia. En similar sentido se manifiesta ALMIRANTE(31) al decir que la disciplina militar es “la completa instrucción de todo lo que deba practicar la tropa y el *puntual y riguroso cumplimiento de todos los deberes militares*”.

Dentro de esta definición amplia caben dos aspectos: el objetivo y el subjetivo.

En el sentido objetivo, la disciplina consiste en la ordenada y exacta observancia, de hecho, dentro de una colectividad organizada (o dentro de la institución armada, si de disciplina militar se trata) de todas aquellas normas, sistemas de obrar y reglamentación de servicios que aseguran y presiden el adecuado funcionamiento de una corporación en orden a la más eficaz consecución de sus fines.

Como escribía VILLAMARIN(32) la disciplina “no se crea en un solo día; es efecto de la *constumbre y la educación moral del Ejército*; es el resultado de la *acción lenta e incesante del mando*”.

Recogiendo esta idea de VILLAMARIN, resulta perfectamente coherente esta acción incesante del mando en la promoción y defensa de la disciplina, con la legitimación que le concede en la ley para hacerla eficaz ante los Tribunales, mediante la interposición de recurso de casación.

En sentido subjetivo, la disciplina es una virtud. De esta forma la definen las antiguas y las nuevas Ordenanzas. Más bien podemos afirmar que es *virtud de virtudes militares*, que comprende otras muchas (una obediencia pronta, puntual, espontánea y diligente, una adhesión a la autoridad y mando legítimos; ahínco que lleva al escrupuloso cumplimiento de los deberes y el espíritu de aceptación y satisfecha conformidad con que se ejecutan los actos o servicios ...)(33).

En la milicia no basta ya una disciplina elemental, sino una religión. Se

(30) QUEROL y DURAN, Obra citada, pág. 278.

(31) En su *Diccionario Militar*.

(32) *Nociones de Arte Militar*. Citado por QUEROL y DURAN, Obra citada, pág. 527.

(33) QUEROL y SANTAOLALLA. *Derecho y Legislación Marítimas*. Cartagena, 1926. Pág. 351.

ha dicho(34) que “un Cuerpo Armado sin disciplina no es un Ejército, es una horda”.

Vemos, pues, que si tomamos la disciplina en su más amplio sentido y entendemos que las normas de las mismas alcanzan a todos los deberes del servicio, hemos de concluir que todos los delitos militares son *delitos contra la disciplina* y, en todos ellos tiene interés legítimo el mando militar.

VI. LOS MANDOS MILITARES SUPERIORES LEGITIMADOS

A. *Quiénes son:* No los designa el artículo 111 de la Ley, que se remite a Real Decreto posterior que las determina. En cumplimiento de ello, el Real Decreto de 29 de abril de 1988 establece que dichos Mandos Militares Superiores son:

1. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa.
2. En el Ejército de Tierra: a) el Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra; b) los Capitanes Generales de Región Militar y de la Zona Militar de Canarias; c) el Comandante General de Baleares.
3. En la Armada: a) el Jefe de Estado Mayor de la Armada; b) los Capitanes Generales y Comandantes Generales de las Zonas Marítimas; c) Almirante de la Flota; d) el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central.
4. En el Ejército del Aire: a) el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire; b) los Capitanes Generales de Región Aérea; c) El General Jefe de la Zona Aérea de Canarias.

Es de advertir que el señalamiento de los Mandos Militares legitimados para interponer recurso de casación se ha hecho respetando, en principio, a los que en la legislación precedente tenían consideración de Autoridad Judicial; pero se ha hecho respetando, en principio, a los que en la legislación precedente tenían consideración de Autoridad Judicial; pero se ha extendido, además, al Jefe de Estado Mayor de la Defensa y a los Jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos, como reconocimiento a su superior categoría y mando militar.

B. *Ambito de sus respectivas facultades.*

Tres circunstancias determinantes de estas facultades recoge la Ley:

a) *territorio:* el lugar de comisión de los hechos atribuye en este caso la competencia al Mando territorial. Este factor concurre siempre en los Jefes de Estado Mayor; por el contrario, salvo delitos cometidos a bordo o en sus propias dependencias, no concurre en el Almirante de la Flota.

b) *subordinación jerárquica:* el inculpado debe estar subordinado al Mando Militar, para que éste resulte legitimado. Subordinación que existirá siempre respecto al Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

(34) QUEROL y DURAN. Obra citada. Tomo I. Pág. 428.

c) *pertenencia del inculpado al mismo Ejército* que el Mando Militar.

En realidad, estos tres factores no tienen necesariamente que concurrir en cada supuesto; el mando militar estará legitimado en dos ocasiones, porque así debe interpretarse gramaticalmente la disyuntiva “o”, de la expresión “si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo Ejército”.

Es decir: en el caso de subordinación jerárquica del inculpado, no es preciso que concurren además las otras circunstancias de territorio y pertenencia al mismo Ejército. Legítima por sí sólo la razón de subordinación.

El factor territorial, en cambio, no es por sí sólo suficiente (aquí juega gramaticalmente la copulativa “y”), siendo necesario, además, que el inculpado pertenezca al mismo Ejército que el Mando territorial.

Fácil es advertir la posibilidad de que frecuentemente sean varios los Mandos que aparezcan legitimados para interponer recurso de casación en una misma causa y por los mismos motivos. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa podrá siempre concurrir con cualquiera de los otros Mandos; y los Jefes de Estado Mayor del Ejército, de la Armada y del Aire con los restantes Mandos de sus respectivos Ejércitos. El problema que se plantea, cuando se interpongan contra una misma resolución diversos recursos de casación por Autoridades distintas, se centra en si es o no admisible la legitimación plural del mando militar: ¿deberán admitirse, tramitarse y resolverse todos ellos, considerándose independientes?; en otro caso: de entre los diferentes recursos, ¿cuál de ellos tendrá preferencia y virtualidad?

Aunque la Ley habla de *Mandos Militares Superiores*, en plural, ¿no habrá de entenderse que, en su carácter institucional, el mando es único, como se entiende, por ejemplo, la unicidad del Ministerio Fiscal, aunque sean muchos quienes encarnen esta institución? ¿Acaso no eran varias las Autoridades Judiciales dentro de una Jurisdicción Militar, y solamente, en cada caso, actuaba una de ellas, aunque hubiere concurrencia de fuentes de competencia? Claro está que la unicidad del Ministerio Fiscal resulta expresamente regulada en su legislación específica, y que la posible concurrencia de Autoridades Judiciales en torno a la competencia de un determinado asunto se resolvía a través de normas legales que establecían motivos y preferencias y mediante el procedimiento de las cuestiones de competencia.

Entre los Mandos Militares no parece que quepa mantener conflicto de atribuciones, ni es posible pensar en su viabilidad teniendo en cuenta el término preclusivo de cinco días en que debe prepararse el recurso de casación. Nuestra particular opinión es contrario a la multiplicidad de Mandos Militares recurrentes; porque el “mando militar”, aunque pueda encarnarse en diversas personas, actúa en el proceso con carácter institucional, siendo por tanto conveniente que aparezca en el proceso con una sola representación.

Sin embargo, la solución legal (del art. 112) es precisamente la contraria:

“Si en el procedimiento estuvieren inculpadas personas de distinto Ejército o existiese pluralidad de lugares en que se haya cometido el delito, *estarán legitimados para interponer el recurso de casación todos los mandos superiores en que se den las condiciones del artículo anterior*”.

No está pues excluido en este sistema procesal lo que pudiéramos llamar *litisconsorcio de Mandos Militares Superiores*.

Un tema conflictivo, y que entendemos todavía no resuelto, es el de la determinación de cual sea el Mando Superior legitimado para interponer recurso de casación contra sentencia dictada en causa seguida contra miembros de la Guardia Civil. En sentencia de 15 de diciembre de 1988, la Sala Quinta de lo Militar fundamenta lo siguiente: “Descartado que el procesado, Capitán de la Guardia Civil, pertenezca al Ejército de Tierra, de cuya Región Centro ostenta la Capitanía General el Mando cuya legitimidad ahora se discute, hemos de preguntarnos si el procesado estaba, en vigor, jerárquicamente subordinado al Capitán General impugnante en el momento de la interposición del recurso. Nuestra respuesta, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa Nacional y la Organización Militar, en los artículos 5 y 19.2 de la Ley Orgánica 9/86, de 13 de marzo, de fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tiene que ser forzosamente negativa, por cuanto de ese conjunto normativo se deduce, en tiempo de paz, el entronque jerárquico exclusivo de los miembros de la Guardia Civil, a través de su Director General, con el Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que aquél o el Gobierno le encomienden, y con el Ministerio del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden público y seguridad de los ciudadanos, siendo claro, por otra parte, que la definición de la Guardia Civil como “Instituto Armado de naturaleza militar”, aún teniendo el efecto de someter a sus miembros al Derecho sancionador Militar, tanto penal como disciplinario, no supone la inclusión del mencionado Cuerpo en las Fuerzas Armadas en sentido estricto, en uno de cuyos ejércitos ejerce mando regional la autoridad recurrente. No acepta, pues, la Sala la legitimación del Capitán General de la Región Militar Centro, “circunstancia —dice— que pudo ser causa, en su momento, de *inadmisión* y que se convierte ahora (en la sentencia) en causa de desestimación”.

A nuestro juicio, esta sentencia no despeja del todo la cuestión, por cuanto aborda el tema de la *subordinación* como causa excluyente de la legitimación y el de la no pertenencia del inculpado al mismo Ejército que el Mando Militar. Queda un tercer ámbito de competencia, el *territorial* (lugar de comisión de los hechos), que pudiera ser insuficiente para legitimar a los Mandos Militares dada la colisión de Autoridades Militares de los tres Ejércitos en todos los puntos territoriales del país. El criterio territorial no es unitario, al expresar la copulativa “y” en las últimas frases del artículo 111 de la Ley Orgánica 4/87: “el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo Ejército”.

En espera de que la futura jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo complete la orientación sobre esta materia, parece muy difícil hallar un supuesto en que alguno de los Mandos Militares Superiores pueda interponer recurso de casación en causas seguidas contra miembros de la Guardia Civil.

VII. LOS MOTIVOS DE LA CASACIÓN

A) *Consideraciones generales.*

Siguiendo a PRIETO CASTRO(35) podemos decir que este recurso no se concede con el fin de obtener que el órgano superior revoque o modifique la resolución impugnada por haberse cometido en ella cualquier tipo de infracciones de fondo o procesales, sino que *las causas* en que se pueda fundar y los *motivos concretos* que cabe esgrimir contra la sentencia de instancia son causas y motivos *taxativos*, lo que constituye la primera nota determinante de que a este recurso se le califique de *extraordinario*. Este carácter de extraordinario que le asignan la mayoría de los autores(36) se acentúa más cuando el recurso sea interpuesto por los Mandos Militares dentro del proceso militar, por cuanto a la especialidad propia de esta jurisdicción se une la especialidad de la legitimación conferida a dichos Mandos, si como la del *motivo genérico* y genuino que la justifica, y que no es otro que *la condition sine qua non* de que concurra como *causa* (finalidad perseguida por la especial legitimación) el hecho de que la resolución impugnada afecte a la disciplina o intereses esenciales de las Fuerzas Armadas. No se trata aquí de un derecho a discrepar de una sentencia errónea o no ajustada a derecho; el Mando militar no tiene facultades impugnatorias para que las sentencias sean acordes con la Ley, pues la misión de velar por el cumplimiento de la misma corresponde al Ministerio Fiscal, el Mando militar persigue una finalidad específica trascendente, de intereses superiores de los Ejércitos, y no representa a la Ley, sino a dichos intereses. En cierto sentido nos hallamos ante una forma de recurso donde hay una manifestación de *iniciativa oficial* de casación(37), con su matiz de medio para evitar que los Tribunales militares infrinjan las normas jurídicas en demérito de los intereses esenciales militares.

Entendemos, pues, que, al interponer el recurso de casación el correspondiente Asesor Jurídico debe cuidar de alegar especialmente, como causa genérica y *presupuesto* de su legitimación, el motivo de *defensa de la disciplina o intereses esenciales de la Institución Militar*, con sucinta exposición de los argumentos que expliquen que los indicados valores resultan afectados por la resolución que se impugna. Es indudable que la Sala de lo Militar, al

(35) Obra citada, pág. 393.

(36) Vid. CORTES DOMINGUEZ. Obra citada, págs. 606 y 607.

(37) Expresión que emplea PRIETO CASTRO respecto al recurso que puede interponer el Ministerio Fiscal al solo efecto de "formar jurisprudencia". Obra citada, pág. 394.

pronunciarse sobre la *admisión* del recurso no debe detenerse solamente en el estudio de la procedencia de admitir o no los motivos de infracción de ley que se hayan alegados (y, en su caso, los de quebrantamiento de forma), si no que también debe analizar si se cumplen los requisitos que acrediten el interés jurídico del Mando Militar Superior que justifique su legitimación. Implícitamente, esta doctrina resultaba de la sentencia de la Sala de lo Militar anteriormente referida de 18 de noviembre de 1988. Con mayor concreción, en la sentencia de 19 de enero de 1989 la Sala considera que “antes de entrar a analizar las cuestiones planteadas en el recurso, parece oportuno que la Sala haga, de oficio, algunas consideraciones previas *sobre la legitimidad* que puede amparar a la Autoridad Militar recurrente. “Reconoce el Tribunal su deber de interpretar la expresión “en defensa de la disciplina y otros intereses especiales de la Institución Militar”, aludiendo al referirse al artículo 111 de la Ley Orgánica 4/87, a que se trata de una “norma cuya excepcionalidad demanda una interpretación atendida a la estricta literalidad de sus términos”. Así, por ejemplo, cuando el mando recurrente *no pretende* someter a revisión casacional la procedencia de calificar o no como deserción un determinado comportamiento, *sino la de apreciar en el procesado una causa de inimpugnabilidad*, que habría de determinar, caso de asistir razón al recurrente, la declaración de una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, parece al menos dudoso que esté actuando en *defensa* del interés que se incorpora al deber militar de presencia, resultando seguramente más apropiado caracterizar dicha actuación como *defensa de la legalidad*.

B) *Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma*

Legitimados los Mandos, debe entenderse que lo están en igualdad con las restantes partes y Ministerio Fiscal. Con todas las consecuencias previstas en las leyes; el artículo 111 de la Ley Orgánica de Tribunales Militares no hace distinción entre los dos tipos de recurso de casación: infracción de ley y quebrantamiento de forma. Sin embargo, dada la finalidad que justifica la legitimación procesal se atente a la disciplina e intereses militares esenciales.

Al tratarse de una legitimación *post-sentencia*, y al no ser parte hasta ser notificado de la misma, no tiene el Mando Militar posibilidad de intervenir, ni en concepto de parte ni en cualquier otro, en las fases anteriores precedentes, y por ende la tramitación procesal, las distintas actuaciones (autos, providencias o diligencias) practicadas, han sido cuestiones totalmente ajenas. No resulta, pues, posible que supuestos defectos formales que pudieran existir sean denunciados casacionalmente por quien no estaba legitimado cuando se produjeron, y que no pueden afectar a sus garantías procesales, que su ajeneidad al proceso excluía. No son, en esta ocasión, de aplicar los motivos de quebrantamiento de forma que señala el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; sin embargo, y aunque faltaría siempre el requisito preceptivo del tercer párrafo de dicho precepto, de haberse formula-

do la oportuna reclamación contra el trámite impugnado(38), la Ley Procesal, en su artículo 327, dispone que la falta de reclamación de subsanación o la oportuna protesta no será motivo de inadmisión del recurso interpuesto por los Mando Militares.

Distinto es el caso de los motivos del artículo. 851, también de quebrantamiento de forma(39). Los defectos formales incluidos en el texto de este artículo afectan a la Sentencia misma, que es notificada, y por tanto conocida, al Mando Militar. A pesar de constituir infracciones formales, estas infracciones afectan a la sentencia misma y pueden ser decisivas como determinantes del pronunciamiento que la sentencia conlleve. Será, no obstante, necesario que exista una relación directa con los fines de los intereses que a los Mandos Militares compete defender, de tal forma que la subsanación, mediante el recurso, del defecto formal permita la eficacia de dicha finalidad.

En el estudio de este tema, sin embargo, lo verdaderamente importante es la motivación de recurso de casación por infracción de Ley, por cualquiera (o por ambos) de los dos motivos del artículo 849 de la Ley Procesal Común(40), aunque comprendemos la dificultad de articular el recurso en *error de hecho* sin haber conocido antes las actuaciones para poder calibrar si en la apreciación de la prueba ha existido o no la equivocación de que habla la Ley y citar, en su caso, los documentos o actuaciones concretas que evidencian el error.

(38) Dispone el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma:

- 1.- Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.
- 2.- Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.
- 3.- Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.
- 4.- Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado el juicio.
- 5.- Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

(39) El artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa:

- 1.- Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.
- 2.- Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.
- 3.- Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.
- 4.- Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.
- 5.- Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrado que el señalado en la ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exige.

VIII. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

La Ley Orgánica 9/80, al introducir en la Justicia castrense el recurso de casación, solamente lo permitía contra la sentencia (y, como se ha dicho, limitada a determinadas condenas en cuanto a su interposición por el proceso). La propia Ley Orgánica remitía la tramitación de la casación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que resultaba insuficiente en cuanto omitía particularidades propias de la jurisdicción militar, como hacía constar la ponencia: "El recurso de casación en la Jurisdicción Militar" de las Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas(41). En dicha ponencia se resaltaba la necesidad de recurrir también los decretos auditorios acordando el sobreseimiento definitivo de las causas.

El artículo 847 de la Ley Procesal Ordinaria autoriza la interposición del recurso de casación contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia. También lo autoriza contra los autos de sobreseimiento en el solo caso de que fuese libre el acordado y alguien se hallare procesado como culpable.

Al aplicar estos preceptos al proceso militar, y a la vista del artículo 111 de la Ley Orgánica 4/87, debemos hacer las siguientes observaciones:

a) Que las resoluciones recurribles pueden ser en todo tipo de causas en procedimientos por delito que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Territoriales y los Jueces Togados Militares.

b) Que no cabe recurso de casación, cual sucede en la Ordinaria, para las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contra sentencias de la Sala de lo Militar de dicho Tribunal.

c) Que, aunque el artículo 111 de nuestra Ley Orgánica no hace referencia a que deba existir alguien procesado, para impugnar casacionalmente los autos de sobreseimiento libre, pudiera entenderse implícito este requisito, porque no cabe dar mayores facultades a los Mandos Militares que la conferida a las restantes partes. Los Mandos tienen especial legitimación, pero no hay especialidad en cuanto a la propia naturaleza del recurso. No obstante, en esta ocasión la Ley Procesal Militar resuelve el problema y, separándose del criterio de la Ley Procesal Común, dispone, para todas las partes,

6.- Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

(40) El artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece: Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponer el recurso de casación:

1.- Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.
2.- Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

(41) Ministerio de Defensa. Enero 1985.

que en los autos de sobreseimiento definitivos *no será necesario que se halle procesado persona alguna* (art. 326).

d) Que la expresada legitimación está limitada a los supuestos concretos del artículo 111 y por tanto no están facultados para recurrir otras resoluciones que preceden o evitan la sentencia. Es decir, quedan fuera de esta legitimación otros casos específicos, contemplados por la Ley común, como son los del artículo 676 (autos que deciden sobre declinatoria, prescripción, amnistía, indulto) y los autos de inhibición a favor de otros órganos (art. 25 III). Sí, en cambio, pueden apelar resolución de Jueces togados en diligencias previas cuando el Mando Militar recurrente hubiera sido el que haya dado el parte.

IX. POSTULACIÓN

El artículo 113 de la Ley Orgánica 4/87 confiere a los Asesores Jurídicos de los Mandos Militares Superiores la representación y defensa de los mismos, siendo los encargados de:

- Preparar,
- Redactar,
- Interponer y
- Defender,

en todas sus fases el recurso de casación a cuyo fin deberá *personarse* en los autos.

Los Mandos Militares Superiores tienen asignados y destinados a sus órdenes a los correspondientes Asesores Jurídicos, pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa. Además de las funciones que les correspondan en sus cometidos asesores, les atribuye ahora la ley la específica de completar la postulación de los Mandos Militares al exclusivo fin del recurso de casación, cometido nuevo que, en cierto modo, viene a sustituir el que antes tenían los Auditores de promover y fundamentar el disenso de la sentencia.

En tanto no se dicte el oportuno reglamento o Estatuto del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, y aunque no está vigente ni el primer Libro del Código de Justicia Militar, ni los Reglamentos de los Cuerpos Jurídicos del Ejército, Armada y Aire (que han quedado sin contenido) habrá de entenderse que los Asesores de los Mandos, al perder tan solo sus cometidos jurisdiccionales, continúan con sus atribuciones anteriores, especialmente en sus funciones asesoras, debiendo emitir juicio en todos los casos de interpretación y aplicación de las Leyes(42).

Confluyendo en los Asesores Jurídicos las funciones propias de Procurador y Abogado (postulación)(43), se completa la capacitación procesal de

(42) Art. 60 del Código de Justicia Militar.

(43) *Postulación* equivale a petición, instancia, súplica de todo género. *Postular*, a pedir, instar, demandar. *Enciclopedia Jurídica Española*. FRANCISCO SEIX.

los Mandos Militares Superiores, por lo que, salvo el trámite inicial de comunicación de la sentencia o auto de sobreseimiento definitivo, el órgano judicial (tanto el Tribunal *a quo* como la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo) habrán de entender las sucesivas diligencias directamente con el correspondiente Asesor Jurídico.

Una vez recibida de su Mando Superior la orden o mandato para iniciar el camino procesal de la casación, el Asesor Jurídico deberá *personarse* (comparecer personalmente) ante el órgano que dictó la resolución, a fin de *preparar* el recurso, manifestando su intención de ser tenido como parte en la representación legal que ostenta y presentando el correspondiente escrito de preparación. La Ley admite un *sub-mandato*, en cuanto permite que las funciones del Asesor Jurídico las realice por sí o por *sus subordinados*. Está claro que aunque la Asesoría Jurídica puede contar con personal de diferente índole, el subordinado que actúe en estos casos debe también pertenecer al Cuerpo Jurídico, como exigencia de la función técnico-jurídica de que se trate. Por supuesto que el subordinado, en cada caso, deberá justificar documentalmente el mandato recibido y su condición a medio de la credencial o certificado pertinente.

X. TRAMITACIÓN DEL RECURSO

A) Notificación a los Mandos Militares Superiores

El artículo 114 de la Ley 4/87 preceptúa que los órganos judiciales militares *comuniquen* las sentencias y los autos de sobreseimiento definitivos por el medio más rápido posible a los Mandos Militares Superiores.

Obsérvese que la Ley no dispone que *se notifique*, que parece fórmula procesal más correcta. El significado de *comunicación* es mucho más amplio y menos sometido a formalidades. En este caso, como el precepto ordena el trámite urgente —*por el medio más rápido posible*—, debe admitirse cualquier modo de comunicar: escrito remitido por vía ordinaria, entregado en mano, e incluso el mensaje por telegrama y por “telex”. Lo que sí se precisa en esta especial comunicación es que conste el contenido *íntegro* de las resoluciones y votos particulares, si los hubiere, y que certifique el correspondiente Secretario-Relator, dando fe en autos, expresando asimismo la fecha, la hora y el medio empleado. Esta constancia de fecha y hora no es, empero, la determinante del plazo procesal para la preparación del recurso —cinco días—, que empezará a contarse no desde la expedición de la comunicación, sino a partir del día siguiente al en que llegue al Mando Militar destinatario de la misma. En pura técnica jurídico-procesal sería más adecuado que la notificación se hiciera directamente por el Secretario-Relator cuando el Mando residiera en la misma sede; y por medio de exhorto al oportuno Juez Togado, caso de residir en localidad distinta. Parece, no obstante, que ha primado una razón de urgencia (“por el medio más rápido posible”).

El plazo de cinco días antes señalado resulta extremadamente corto, y

ofrece dificultades para la preparación del recurso por el Asesor Jurídico. Pues debe tenerse en cuenta que, una vez recibida la comunicación por el Mando Militar Superior, tiene éste que decidir, en primer lugar, sobre la conveniencia de iniciar o no la casación, para lo cual habrá de consultar previamente con un Asesor; tiene, después, que formular el mandato o dar la orden de recurrir, puesto que el Asesor, como mandatario que es, aunque legal, debe atenerse a las instrucciones de quien representa. A continuación (y, naturalmente, necesitando un estudio suficiente del asunto, siempre incompleto por no tener las actuaciones a la vista) formular el escrito de preparación, trasladarse a la sede del Tribunal sentenciador, personarse y presentar el escrito. Cualquier descuido burocrático en las oficinas del Mando Superior, en su registro o en la distribución de los asuntos que tengan entrada oficial, puede dar al traste con el exiguo plazo. Es de esperar que este plazo sea ampliado en la legislación procesal en proyecto. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es al efecto la aplicable, no podía haber tenido en cuenta la especialidad de esta legitimación para interponer recurso de casación y, por ende, no ha dispuesto de un término procesal más conveniente. Las restantes partes ajenas al Mando *ya están personadas* en el proceso, conocen las actuaciones, tienen su representación formalizada en el Tribunal y, por lo normal, un criterio ya formado, incluso antes de la sentencia, del comportamiento procesal que hayan de adoptar según resulte el pronunciamiento; para estas partes tiene, pues, justificación de un plazo corto, porque debe bastarles. Pero es evidente que ese plazo debe ser notoriamente más extenso para los Mandos Militares; máxime si no residen en la misma localidad que el Tribunal *a quo*, y el Asesor Jurídico tenga necesidad de desplazarse para hacer la preceptiva *personación*. Desplazamiento que, por ser de carácter oficial, precisará la orden de comisión, el despacho de pasaporte, lista de embarque, etc. No puede dejar de considerarse la gran extensión territorial de los Mandos Superiores Militares y de los Tribunales Territoriales Militares, así como la competencia, en todo el Territorio Nacional, Islas Baleares e Islas Canarias incluidas, del Tribunal Militar Central. La Ley procesal (art. 327) facilita una posibilidad de *prórroga* de ese plazo de cinco días, a petición del Mando Militar, si la complejidad del procedimiento así lo hiciera aconsejable.

B) *Preparación del recurso*

La fase de preparación se desarrolla ante el órgano judicial *a quo* o sentenciador. El Asesor Jurídico deberá pedir, dentro de ese plazo de cinco días (hasta que la futura legislación lo amplíe), testimonio de la resolución definitiva manifestando la clase de recurso o recursos que trate de utilizar (infracción de Ley o quebrantamiento de forma(44)).

Las circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo 1/54, de 28 de febrero,

(44) Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 855.

y 5/66, de 14 de octubre, exponen y justifican el requisito ineludiblemente exigido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que en la preparación del recurso de casación por infracción de ley en materia criminal se exprese en cuál de los números del artículo 849 de la Ley Procesal se apoya.

Presentando el escrito el Tribunal *a quo*, una vez cumplidos los trámites antes mencionados, tendrá por preparado el recurso *si la resolución es recurrible en casación*.

Distinto es este trámite que *el de admisión* (que corresponde a la Sala de lo Militar). El Tribunal *a quo* no puede denegar el trámite en atención al contenido del recurso y a los motivos aducidos; tan sólo debe atenderse a los artículos 847 y 848 de la Ley de Enjuiciar, en cuanto se trate de resoluciones recurribles en casación, pero haciendo total abstracción de *cualquier otra causa de inadmisibilidad*.

Si estima el órgano judicial que no se trata de resolución casable, lo denegará por auto motivado, susceptible de ser recurrido *en queja*(45) ante la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

C) Interposición

Una vez que el Tribunal *a quo* declare tener el recurso por preparado y deducido el testimonio de la sentencia o auto de sobreseimiento recurrido, se emplazará a las partes para que comparezcan ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, dentro de los plazos señalados en el artículo 859(46). Plazos éstos que tienen el carácter de preclusivos(47), pues si no se usan la resolución impugnada deviene firme y consentida.

Dentro de los plazos aludidos, el Asesor Jurídico postulante deberá *personarse* ante la Sala de lo Militar y presentar el correspondiente escrito interponiendo el recurso de casación. Se trata de trámites conjuntos, personalamiento e interposición, que deben hacerse al tiempo, sin que *al comparecer puede admitirse la protesta de presentarlo*.

El *escrito de interposición* ha de contener, en párrafos numerados, claros y concisos, los motivos de casación(48), encabezados con un "breve extracto de su contenido"(49), cita del precepto que autoriza el motivo, presentación del testimonio de la resolución impugnada y copia literal del mismo y del recurso por cada una de las demás partes. La Ley impone una sanción que nos parece excesiva: la falta de presentación de copias producirá la desestimación del recurso(50).

(45) Art. 862 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(46) Quince días, si se refiere a resoluciones de Tribunales que residen en la Península; veinte días, si en las Islas Baleares; y treinta en Canarias.

(47) PRIETO y CASTRO. Obra citada. pág. 402.

(48) También habrá de hacerse mención del motivo genérico de actuar en defensa de la disciplina o de los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas.

(49) PRIETO CASTRO comentaba que esto constituye un *requisito metajurídico* de difícil justificación. Obra citada, pág. 202.

(50) También, respecto de esa norma, exclama PRIETO CASTRO: ¡aún más metajurídico requisito ...! Obra y pág. citadas.

D) Fase de sustanciación

Se desarrolla en la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo e incluye el tratamiento sobre *admisibilidad* del recurso, designación de Magistrado Ponente, formación de la nota secretarial, nombramiento de Abogado y Procurador para la defensa del procesado cuando no sea recurrente ni haya comparecido, instrucción de las partes, manifestación en su caso de no necesidad de vista, y decisión sobre la admisibilidad del recurso(51).

La Ley Procesal establece como *causas de inadmisibilidad*.

Art. 884. El recurso será inadmisibile.

1.º Cuando se interponga por causas distintas de las expresadas en los artículos 849 a 851.

2.º Cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848.

3.º Cuando no se respeten los hechos que la Sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el n.º 2.º del artículo 849.

4.º Cuando no se hayan observados los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición.

5.º En los casos del artículo 850, cuando la parte que intente interponerlo no hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta.

6.º En el caso del número 2.º del artículo 849, cuando el documento o documentos, no hubieren figurado en el proceso o no se designen concretamente a las declaraciones de aquellos que se opongan a las de la resolución recurrida.”

La resolución de la Sala puede ser en el sentido de “admitido y concluso para la vista y fallo”, o en el de “no haber lugar a la admisión”. Si es admisible, la Sala lo decide de plano mediante providencia y efectúa el señalamiento para la vista y fallo; en el caso de que haya admisión parcial o sólo respecto de algunos recurrentes, se procederá congruamente a estas situaciones(52). Para la denegación o inadmisión del recurso, es preciso que la Sala lo acuerde por unanimidad. Cualquiera que sea el acuerdo, no podrá entablarse contra él recurso alguno.

E) La adhesión

Constituye la adhesión una forma especial de *interposición* del recurso de casación, sin haber efectuado el trámite preceptivo de su preparación ante el órgano *a quo*. Supone, sin embargo, que alguna de las restantes partes del haya entablado, en cuyo supuesto el no recurrente puede adherirse dentro del plazo previsto para la personación ante la Sala Quinta de lo Militar, o en el momento de evacuar el trámite de instrucción, alegando los

(51) Art. 893 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(52) Arts. 896 y 897 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

motivos que le convengan en el correspondiente escrito que, de acuerdo con el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser en los mismos términos que lo establecido para el recurrente.

Se plantea el problema en torno a si esta forma de interposición de recurso, mediante la adhesión a otro formulado por distinta parte, es hábil para el Asesor Jurídico que representa al Mando Militar. Si éste no ha considerado oportuno recurrir, evidente es que, en principio, el Asesor carece de mandato. Por otra parte, no habiéndose personado para preparar el recurso, *no se ha mostrado parte en la causa*, y consecuentemente las sucesivas diligencias no se entienden con él. Parece, pues, que el camino de la adhesión está vedado, en este caso. Sin embargo, nada impide que, en el trámite de instrucción, habiendo sido recurrente el Asesor Jurídico, y a la vista de otros recursos que interpongan otras representaciones (Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes), pueda asumir también otro u otros de los motivos aducidos por ellas, ampliando los de su propio recurso, lo que también constituye una forma de adhesión. Las facultades de defensa del Asesor Jurídico del mando castrense, una vez que se ha personado y preparado el recurso de casación, se extienden por prescripción legal a *todas las fases* del procedimiento, y por tanto, con todos los derechos que en ellas ostentan las partes y todas las consecuencias inherentes a la sucesiva tramitación.

F) Fase decisoria

Comprende *vista* y *sentencia*, y exige primero la determinación que ha de hacer la Sala sobre si prescinde o no del trámite de la vista, teniendo en cuenta las manifestaciones de las partes. Para acordar que se prescinda de la vista es necesario que el acuerdo se tome por unanimidad(46).

La vista se desarrolla con asistencia del Ministerio Fiscal y de los defensores de las partes, entre ellos el Asesor Jurídico, sin que la incomparecencia injustificada de ellos sea motivo de suspensión de la vista, si la Sala así lo estima.

En la vista informan las partes (preferencia de recurrente sobre el recurrido, e inicialmente el Ministerio Fiscal si es recurrente). Todos ellos, por el orden de su intervención posterior, y el Presidente, por sí, o a requerimiento de cualquier Magistrado, podrá solicitar del Fiscal y de los Letrados (entre ellos, al Asesor Jurídico) un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, formulando concretamente la tesis que ofrezca dudas al Tribunal (47).

PRIETO CASTRO(53) opina que es de gran interés para la justicia penal la posibilidad de estas "actuaciones complementarias de la vista" y que, en cambio, ofrece cierto peligro, por causa de que puedan mediar interpretaciones restringidas, la "impermisión" de "discusión alguna sobre los hechos consignados en la resolución recurrida, salvo cuando el recurso se hubiere interpuesto por el motivo segundo del artículo 849 (error en la apreciación probatoria) y llamará al orden a quien intente discutirlos, pudiendo llegar a retirarle la palabra."

(53) Obra citada, pág. 404.

G) Desistimiento

MAJADA sostiene(54), a propósito de la rectificación verbal de las partes, que cabe renunciar "in voce" a alguno o a algunos de los motivos del recurso, en el acto de la vista(55), en cuyo supuesto el informe quedará reducido en las alegaciones con base al motivo o motivos que continúen subsistentes. Lo que no procede en el acto de la vista es la *renuncia verbal de todos los motivos*, ni tampoco al único por equipararse entonces sus efectos al desistimiento(56).

Como declaró la antigua jurisprudencia, aunque en el acto de la vista el Defensor del recurrente desista del recurso, no tiene representación bastante para hacerlo en forma(57), lo que actualmente se desprende del artículo 861 bis c) de la Ley Procesal Penal Común.

Este criterio nos hace opinar que los Asesores Jurídicos de los Mandos Militares Superiores no tienen facultad para desistir del recurso una vez planteado por medio de su preparación, puesto que la representación que le confiere la Ley es general, sin tener expresa una facultad de desistir que, por otra parte, no parece conforme con los altos fines que persigue esta específica legitimación, y que constituyen materia no transigible.

H) Sentencia

La Sentencia se dicta, como es obvio, cuando ya ha concluido el cometido del Asesor Jurídico, en representación del Mando Militar a quien está subordinado. No es, pues, de señalar ninguna particularidad al respecto cuando el contenido del fallo atiende tan sólo a motivos de infracción de Ley. Casada la Sentencia, se dicta una nueva sobre el fondo, y concluye la causa en su fase decisoria, para entrar en la de ejecución, en la cual ya no tiene intervención el Mando Militar. Nos encontramos ante la *cosa juzgada* formal y material.

Si se aprecia en la Sentencia quebrantamiento de forma, también cesa por el momento el cometido del Asesor Jurídico, pues ninguna intervención o trámite hay para él en la subsanación del defecto formal. La causa volverá a la fase en que pueda efectuarse la subsanación y el Mando Militar Superior dejará de ser parte en el proceso.

Sin embargo, puede caberle nueva oportunidad cuando el Tribunal *a quo* vuelva a dictar resolución susceptible de recurso de casación y le sea nuevamente comunicada, siempre, claro está, que subsistan los motivos que legitiman al Mando: defensa de la disciplina e intereses esenciales de las Fuerzas Armadas.

(54) MAJADA. *Práctica Procesal Penal*. Bosch. 4.ª edición. Barcelona, 1980. pág. 328.

(55) Sentencias de 16 de abril de 1875, 4 de octubre de 1876 y 21 de febrero de 1877. Citadas por MAJADA.

(56) Ponencia: "El recurso de casación en la Jurisdicción Militar". Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa. Madrid, enero 1985.

(57) Sentencia de 5 de octubre de 1989.