

Perfil actual del fuero Penal Común

E. JIMENEZ ASENJO

Abogado-Fiscal del Tribunal Supremo y
Catedrático de la Escuela Judicial

SUMARIO: I. *Acepciones.*—II. *Nota retrospectiva.*—III. *El histórico decreto de unificación de fueros.*—IV. *Su concepción técnico-jurídica.*—V. *Justificación del fuero único.*—VI. *Su morfología legal:* A) El fuero en su aspecto externo: a) Normas generales. b) Desafuero internacional. c) Sistema resolutorio de los conflictos internacionales. d) Jurisdicción consular. e) El fuero en circunstancias especiales. B) El fuero general en su aspecto interno: a) El fuero eclesiástico. b) El fuero militar. c) Normas ordinarias distributivas del fuero: a') Por razón del delito. b') Por razón de la persona. c') Por razón del lugar. d) La excepción y el concurso en las competencias: 1) El desafuero militar. 2) La conexión procesal. e) Sus notas típicas. f) El fuero administrativo: 1) La jurisdicción de contrabando y defraudación. 2) La de delitos monetarios. g) ¿Existe fuero universitario? h) Colofón final.

I. ACEPCIONES

Con la palabra “fuero” (1) se han designado, históricamente, varias ideas: uso y costumbre seguida por una comunidad; carta puebla de un lugar o villa determinados; escritura de donación otorgada en favor de monasterios o particulares y, sobre todas, privilegio o instrumento de exención de gabelas, concesión de gracias, franquicias o libertades a un territorio, lugar o personas determinadas (Isabal). En todos estos significados late siempre la común circunstancia de que el fuero es una ley particular o privada que sustrae, a quienes se otorga, de las normas del derecho que rige la vida de todos los que componen la gran comunidad de una nación. Es, por tanto, una excepción de la regla general que representa la ley, común y normal, de un país.

Referido al campo penal, la idea del fuero logra un superlativo carácter o significación social, ya que en el derecho viejo se encuentran alusiones al mismo con el nombre de “fuero de sangre”, “fuero ma-

(1) Los sabios antiguos pusieron nombre (de) fuero en latín por el mercado do se ayuntan los homes a comprar et a vender sus cosas; et de este lugar tomó este nombre fuero quanto en España; et así como el mercado se face públicamente, así ha de ser el fuero, paladinamente et manifesto (P.^a 1.^a, tít. II, ley IX).

yor” y hasta “fuero real”, como contrapuesto a los demás. Este fuero se confundía con el poder del Rey, como señor de vidas y haciendas, se asimilaba a su soberanía real, que luego fué nacional, con el feliz triunfo de las ideas liberales del siglo pasado. A este sentido eminentemente inderogable se refería el Fuero Viejo de Castilla (1250)... al decir que “*cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que non las debe dar a ningun ome nin las partir de si, ca pertenecen a el por razon de Señorío natural: Justicia, moneda, fonsadera e suos yantares*”. (Ley I, tít. I, libro 1.º). Texto en donde aparecen ya expresos los caracteres técnicos fundamentales de la Justicia legal o del fuero Real, que es inherente o consustancial a su soberanía (señorío natural): es inalienable e inpartible con otro y de carácter absoluto, los que la doctrina política del siglo XIX articulará dogmáticamente. A esta Justicia o fuero se refiere también el Ordenamiento de Alcalá de Henares (Ley II, tít. XXVII), al que denomina Justicia Mayor, “que vendría a ser como la fuente de las demás”.

Fuero, en este sentido concreto, se asimila o equipara a un derecho penal peculiar de un territorio o lugar (fuero real) o de una persona o comunidad (fuero personal), que es independiente o separado del común o general. Es el fuero penal general o fuero civil, que se ha realzado en las luchas políticas de estas últimas centurias en contraposición al fuero penal castrense, como fuero personal o especial. Se ha usado y se usa esta palabra porque saca “fuera” de la ley a sus favorecidos y, con el tiempo, la denominación se sustantivó, tal como hoy la conocemos.

La técnica procesal moderna aplica, además, la palabra a diversos órdenes de ideas que poseen la nota común de poseer un sistema legal propio o particular, no obstante sus diferencias específicas. Así se habla del fuero como referido a una normativa legal peculiar de ciertas relaciones jurídicas de una misma clase; así cuando se habla del fuero de las acciones personales, reales o mixtas en las competencias o del fuero de comisión del delito, del fuero de la conexión —“*forum conexitatis*”—, etc. Es el fuero formal o normativo de aquellas relaciones. También se usa esta voz cuando se pretende determinar el derecho particular de una profesión, fuero médico, o de una actividad, fuero de la casa, o de un acto, fuero del fútbol, o de un quirófano, etc. Se refiere a la ley propia que, por su naturaleza intrínseca, hay que aplicar en cada uno. Fuero real u objetivo. Y, por fin, se denomina también fuero al que históricamente surgió como singular de un grupo de personas o de una persona determinada, como el nobiliario, el de una familia, etc. Es un fuero de carácter privilegiado, por personal, con lo cual se vulneraba el axioma jurídico de la igualdad total de todos los hombres ante la ley. Este se ha agostado por efecto de las luchas políticas liberales y ya casi apenas queda como un eco, y no puro, el fuero profesional o de clase, cuando se presenta como un favor legal frente al común nacional. Sólo éste es el que posee valor doctrinal en el sentido en que se considera en este trabajo. Fuero activo y pasivo, según se le considere como un derecho o un deber de cierta

persona de someterse a la ley especial. El militar es a la vez pasivo y activo, puesto que comprende tanto el derecho como el deber de someterse a su jurisdicción propia.

II. NOTA RETROSPECTIVA

Históricamente, el Fuero Real fué el centro y eje de todos los demás. La Edad Media, no obstante la tradición romana de unidad y concentración jurisdiccional, se manifiesta como un mosaico disgregado y abigarrado de fueros personales, locales y territoriales en pugna constante entre sí, cuando no con el Real, al cual pusieron en jaque muchas veces e incluso en peligro de subsistir, que a tanto llegó su osadía. Los mismos súbditos, en constante alarma y preocupación por sus querellas internas, llegaron a preferir el triunfo del Rey para liberarse de tener tanto Señor. El panorama de disgregación foral o soberanía ofrece un acusado espectáculo de anarquía en cualquier país que se considere. La Alemania de la época, seccionada entre incontables reinos, principados, señoríos, ciudades exentas, no logra su unidad jurisdiccional o soberana sino bajo la presión de la invasión napoleónica. A pesar de la fortaleza del Canciller de Hierro, más tarde. Los "fueros" regionales logran pervivir, aun bajo la forma larvada del federalismo hasta nuestros días. La Italia contemporánea se dividió en republiquetas recelosas y émulas de poder entre sí, que prorrogan su triste espectáculo de continuos conflictos jurisdiccionales, incluso en armas, hasta la gloriosa aventura de su "Risorgimiento", en que logra una constitución política inspirada en el unitarismo francés de la revolución, aún persistente. De igual modo, la soberanía nacional encarnada en el Rey, ofrece semejante complicación y división entre ciudades, personas y familias nobles del país, en Francia como en Inglaterra, país este último que, en su excesivo respeto a la tradición, lo conserva, aunque, si bien atenuada en su actual constitución política. La historia de la unificación del fuero nacional es la misma historia del país.

En España, la división y atomización del Fuero Real llega hasta el siglo XIX, en cuyo apasionado clima, por la liberación nacional de los prejuicios históricos, llega a lograrlo vaciando el sistema jurisdiccional en el modelo que París ofrecía al mundo de su revolución, que luego Napoleón tuvo el genio político de encarnar y hacerlo realidad viva.

Las constituciones políticas del pasado siglo todas fueron unánimemente fieles al principio de esta unidad jurisdiccional, como consecuencia natural de la unidad soberana. La de 1812 declara francamente que sólo se reconocería un fuero único para conocer de los "negocios comunes" civiles y criminales (art. 248), permitiendo que los eclesiásticos y militares continuasen gozando del fuero particular de su estado respectivo, en los términos permitidos en las leyes (arts. 249 y 250). "La comisión (redactora) no necesita, decía en el luminoso discurso preli-

minar, detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el falto de abuso de los fueros privilegiados, introducidos para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos. Esta gran reforma (unidad de fueros) bastará por sí sola para restablecer el respeto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobre manera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos Estados dentro de un mismo Estado, que tanto se opone a la unidad del sistema en la administración, a la energía del gobierno, al buen orden y tranquilidad de la monarquía."

Después, la unidad de fueros constituye en las aspiraciones políticas el desideratum de la hora, aunque permanecerían durante toda la centuria y la siguiente, sin verla totalmente lograda. Se refiere expresamente a ella la Constitución de 1837 (art. 4.º) y el 5.º de la no promulgada de 1856, donde se formulaban preceptos tan terminantes como el de que "unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía y en ellos no se establecerá más que un fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales". Este precepto no se encuentra en la del 1845, pero, como se dijo en el preámbulo del Decreto-Ley de 1868, no fué porque el gobierno y la comisión que entendieron en ello no abrigasen el mismo convencimiento, sino porque no consideraron la declaración como objetivo propio de la ley constitutiva del Estado.

Llega el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 en brazos de la gloriosa revolución liberal de esta fecha y se encara con el problema, ya viejo, unificador del fuero nacional, que arrastraba su vida entre los episodios nacionales de vergonzosa conducta política y apremiaba su realización, decidiéndose definitivamente por su unificación, que, no obstante los esfuerzos por lograrla, habría de ser olvidada posteriormente. Tras él, la Constitución de 1869, pariente directa inmediata del Decreto-Ley (art. 91) y la de 1876, de un neoliberalismo más templado (art. 75) sancionan otra vez el anhelo aún vivo unificador foral. Finalmente, la de 1931 declaró: La administración de justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas, ni de los lugares. Se exceptúa el caso del estado de guerra con arreglo a la ley de orden público (art. 95). La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados". (Idem): Es el punto más alto en la progresión histórica unificadora.

III. EL HISTORICO DECRETO DE UNIFICACION DE FUEROS

En el cargado ambiente político del pasado siglo se mantuvo siempre vivo el anhelo de lograr una auténtica unidad jurisdiccional, un fuero nacional único, cancelando así una larga y nada ejemplar fase

histórica del progreso jurídico de la nación. El tradicional estatuto legal no podía subsistir, desprestigiado por sus propias culpas, y se acechaba la ocasión propicia para lograrlo. Esta vino entre los ardientes vientos liberales de la revolución de 1869, que destronó a Isabel II.

Perduraban aún en torno al trono, encastillados en viejos privilegios jurisdiccionales que habían logrado subsistir a la marcha corrosiva del tiempo. La de la Santa Hermandad, instituída por fuero especial para perseguir el bandolerismo y demás malhechores, se declara extinguida en 7 de mayo de 1835, cesando sus tribunales privilegiados; el Fuero de Canales, privado de los asuntos referentes a los canales de riego y navegación, tanto civiles como criminales, fué abrogado por Real Orden de 22 de noviembre de 1836; el de Correos y Telégrafos, creado en 1776 a favor de la Junta de Correos y Postas en España e Indias, queda sometido a la jurisdicción común por R. O. de 17 de octubre de 1842; el académico, que nació en la Edad Media para regular el orden escolar, finiquita salvo en lo referente al régimen disciplinario, en el ambiente igualitario de la centuria décimonona; el de la Real Casa, llamado también del "bureo", conecedor de los asuntos contenciosos de la real servidumbre y patrimonio, fenece a impulsos de corriente unificadora, en 29 de septiembre de 1836; el de extranjería de 1615, expedido a favor de los ingleses residentes en Andalucía, se extendió, andando el tiempo, a los súbditos de otras naciones y perduró hasta que se promulgó el Decreto de este mismo nombre de 17 de noviembre de 1852; el de Hacienda o Rentas del Estado, de vieja raigambre nacional, llega hasta los umbrales del mismo Decreto unificador y, no resignándose a morir, se prorroga en el Recurso Contencioso-administrativo y los Tribunales Económicos que aún viven; el de la Cruzada, que se preocupaba de las causas relativas a la percepción de la bula, que el Concordato de 1835 derogó; el eclesiástico que perdura hasta el Decreto, el que suprime la jurisdicción temporal tanto civil como penal; el mercantil, encargado de las causas de este nombre...

El deseo unificador, tan manifiesto durante todo el siglo, no podía transigir con el espectáculo desmoralizador que esta disgregación foral ofrecía. Apenas triunfa la sublevación de Prim, Serrano y Topete y la batalla de Alcolea (20 de septiembre de 1867), decide el destronamiento de la Reina, se prepara el camino para lograrlo. El 11 de abril de 1868 se publicó una ley ordenando al Gobierno formar y poner en ejecución, en su día, una ley completa y definitiva de organización judicial y competencia de tribunales del fuero común y hacer, mientras esa ley no pudiera ponerse en práctica, aquellas reformas orgánicas que se considerasen de mayor urgencia, sobre bases, entre otras, de la supresión de los fueros de guerra y marina y extranjería, en lo relativo a los negocios civiles y de los Juzgados especiales de Hacienda y Tribunales de Comercio. Al fin, el día 6 de diciembre de 1868 se publicó el Decreto histórico de "unificación de fueros" que sanciona la más espectacular y lograda unidad jurisdiccional nacional.

El Decreto fué, sin duda alguna, un acontecimiento en el progreso jurídico del país, ya que en él hace crisis un milenario período de anar-

quía jurisdiccional y se sientan las bases de una política procesal criminal racionalizada, en la materia penal, para el futuro, que podrá, en ocasiones, desconocerse pero nunca dejará de tenerse presente, cual es la norma ordenadora de un problema que va transido de vitalidad política.

“No habiendo, decía el ministro autor, fundamento racional que justifique la existencia de juzgados especiales para la primera instancia procesal, por razón de la naturaleza e índole de los asuntos mercantiles y de la Hacienda, se suprimieron los fueros privativos de que venían gozando. Los fueros eclesiástico y militar, se redujeron a sus justos límites, declarándose que la jurisdicción ordinaria es la única para conocer: 1.º De los negocios civiles y causas criminales por “delitos comunes de los eclesiásticos”, sin perjuicio de lo que se concuerde con la Santa Sede. 2.º De los negocios “comunes” civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina. 3.º De los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y los operarios de establecimientos de marina. 4.º De los siguientes delitos que producen desafueros: delitos contra la seguridad interior del Estado y del Orden Público, cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar; de los atentados y desacato contra autoridades, tumultos, desórdenes públicos y sociedades secretas; de la falsificación de sellos, marcas, monedas, documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio, estupro; de los de injuria y calumnia a personas que no son militares; de los de defraudación a los derechos de Aduanas y contrabando de géneros estancados o de ilícito comercio, cometidos en tierra, y de los perpetrados por los militares antes de pertenecer a la milicia estando dados de baja en ella o durante la deserción o en el desempeño de algún destino o cargo público. 5.º De las faltas castigadas en el libro III del Código Penal, excepto aquéllas a las que las ordenanzas, reglamentos y bandos militares del Ejército y Armada señalan una mayor pena cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la Jurisdicción de Guerra y de la Marina. 6.º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes. 7.º De los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando y defraudación y sus anexos, excepto resistencia armada a los resguardos de costas. 8.º Negocios mercantiles...”

En este estado las cosas, la evolución jurídica de la etapa posterior ha sido ejemplar y merece estudiarse porque, aun depositaria de su esencia, no ha sabido mantenerla integralmente. La política, que fué siempre compañera fiel del fuero, ha interferido constantemente su vida profesional y ha sido demasiadas veces influido por sus necesidades y conveniencias ineludibles, que han dejado marcada su huella en la idea de la unidad tradicional.

IV. SU CONCEPCION TECNICO-JURIDICA

La concepción teórica del fuero se conecta con la de soberanía nacional, de la cual es su manifestación jurídica más sensible. Es la soberanía en acción, por la práctica judicial. Por ella participa de sus

caracteres esenciales, tal y como sucede con las aplicaciones de las ideas puras.

Modernamente, la técnica jurídica propende, con innegable fortuna, a sustituir la palabra fuero por la de jurisdicción, con la cual alternó amigablemente en su vieja vida histórica, hasta llegar a superarla en las más modernas épocas. Hoy el fenómeno está invertido. La razón de ello es evidente. El derecho público, más concretamente, el político, y del brazo suyo el procesal, señalan como función genuina del tercer poder del Estado (o de la tercera función estatal) la de declarar la norma o la ley "in concreto" o para cada caso. O sea, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que es pura función jurisdiccional, según el reparto de las competencias políticas del país. Esto es una consecuencia indeclinable del progreso jurídico de todos los tiempos, sancionado por la realidad constitucional de la inmensa mayoría de los países civilizados.

De este modo, soberanía, imperio y jurisdicción son ideas correlativas o manifestaciones de una sola, que implica el poder de mando y coerción pública, de que está investido el Estado y, en su nombre, ejercitan las autoridades y los agentes del mismo. Sólo el Estado es soberano y sólo él puede mandar en último grado. Esta manifestación del poder se llamó "imperium" en Roma.

Según Ulpiano (Dig. 2, 1, 3) éste es una facultad de Derecho Público que, por una parte, lleva anejas atribuciones de índole militar (imperium merum o potestas), y por otra, determinadas funciones de jurisdicción (imperium mixtum), entre ellas el derecho de administrar justicia, de forzar a las partes a asumir obligaciones de garantía, de adjudicar a una de ellas la posesión interina o definitiva de los bienes en litis (Ulpiano, *id.*, y 4, y Paulo, Dig., 50, 1, 26). Los pretores fueron los órganos principales de esta función jurisdiccional en cuanto magistrados dotados de poderes públicos importantes. Se les consideraba como colegas "menores" de los cónsules y, como éstos, iban revestidos de "imperium".

Esta idea de imperio experimenta una profunda alteración al reaparecer en la Edad Media entre su compleja organización feudal, mezclándose con la nueva idea de señorío, para formar una extraña y sólida aleación jurídica de donde surgirá la de soberanía, como poder mayestático de las monarquías, concentrado en los reyes por derecho divino. Definitivamente, la idea política de soberanía se consagra formalmente con el triunfo de las nacionalidades del pasado siglo, de que es expresión eminente la consagrada por la declaración de los derechos del hombre de 1789 y la Constitución de 1791, al decir "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación... La soberanía es una indivisible, inalienable e imprescriptible".

Consecuentemente, con tales antecedentes, una concepción dogmática o técnico-jurídica de la jurisdicción ha de participar de los caracteres logrados por la idea de soberanía, que es la matriz o fuente de aquélla en su forja histórica. Así aparece que la jurisdicción o el fuero es en primer término, *inherente o inseparable* de la nación a que per-

tenece. Por ello la doctrina clásica asevera que es *inalienable e imprescriptible*, que es tanto como asegurar que ni el tiempo ni la voluntad humana son capaces de extinguir, pues en tanto exista la nación subsistirá su soberanía. La nación es soberana hasta su muerte. Por su contenido *es irresistible*, puesto que representa al poder de mando o imperatividad nacional. Ontológicamente, *es absoluta*, lo que significa que sus decisiones son definitivas e incompañibles con nadie. Soberanía compartida no es soberanía, porque en último grado se carece de la última razón para resolver los conflictos entre ellos. Por esto, y de cara al extranjero, la jurisdicción *es impenetrable*, y de cara al interior, *es incompatible* con cualquiera otra. A ello no se opone la constitución federal de un país, ni las formas asimiladas a ella, porque, en definitiva, será la soberanía común, la nacional, quien decida sobre los Estados o regiones federadas. Por su actuación, *es incessante*, de tal modo que se puede afirmar que la jurisdicción ni se suspende ni duerme. Siempre está vigilante y activa, como lo representa simbólicamente el ojo siempre alerta de la justicia. Por su extensión o alcance, *es universal*, puesto que abarca a todas las tierras, mares y aire jurisdiccionales, cubre a todas las personas que se hallen en el territorio nacional y, finalmente, comprende todos los delitos cometidos en su ámbito.

Es, pues, lógica la tendencia de los monarcómacos a configurar la nación soberana, su jurisdicción, simbólicamente en el tríptico de un imperio, una ley, una espada con que Hernando de Acuña exaltó, en su célebre soneto, la majestad y grandeza del Rey Carlos I, Emperador de Alemania. También es comprensible que la vieja noción del fuero haya sido postergada a la de jurisdicción en el cuadro de los valores políticos de un país, porque, en definitiva, es una expresión más reducida de la misma. El fuero es sólo la manifestación jurisdiccional referida a un orden de relaciones jurídicas concretas o de personas determinadas dentro del seno amplio de la soberanía.

Sin embargo, todavía en el lenguaje vulgar se usa la palabra fuero en lugar de jurisdicción referida a la penal y concretamente a la inclusión o exclusión de una persona en una ley punitiva especial, o bien como el derecho-deber que poseen determinadas personas a ser juzgadas por jueces propios y diferentes de los comunes. En este sentido es como se ha hablado de "fuero civil" en contraposición al fuero excepcional o militar, en ciertos movimientos políticos, animando alguna vez sus campañas proselitistas y propugnado exageradamente por la instauración de una jurisdicción unitaria a ultranza. Solamente, en este sentido, vulgar y concreto, se mantiene el vocablo fuero, en gracia a su expresividad y sencillez, universalmente compartida por la calle.

V. JUSTIFICACION DE FUERO UNICO

En el fuero, contrariamente a lo que ocurre con la policía, concuerda la doctrina sobre la necesidad de su unificación, porque su concentración en una sola y corta corporación de jueces no implica peligro alguno, de tipo sedicioso, para la paz y libertades públicas, al carecer

como carecen de medios para imponer sus decisiones a "fortiori". La Justicia posee, fundamentalmente, un valor moral público, que actúa sólo por sus decisiones o fallos, el cual influye en la vida de las sociedades más espiritualmente prostituidas en su entrega a la fuerza bruta. En todos los pueblos, queda siempre un hábito de pudor que les impide divorciarse totalmente de estos valores morales públicos, que son, en definitiva, base y esencia de la civilidad humana.

La unidad jurisdiccional es ideal unánime desde cualquier punto de vista que se le considere:

a) *Históricamente*, la unidad jurisdiccional se nos ofrece como una lenta e incesante aspiración social de todos los tiempos y lugares, aún no lograda totalmente. El proceso integrador de la soberanía política arrastra consigo a la jurisdicción, como su consecuencia natural; pero el proceso unificador foral se retrasa por razones prácticas en relación con el de la soberanía y queda indeciso, sin lograrse definitivamente.

El impulso histórico no queda, por ello, inerte, sino simplemente adormecido por los acontecimientos y en acecho de toda ocasión propicia para lograr su definitiva victoria.

b) *Políticamente*, la unidad jurisdiccional es una proyección de la unidad legal. Del propio modo que se ha defendido y logrado en el ámbito legislativo que la ley, expresión teórica de la voluntad nacional, sea una e igual para todos, debe procurarse en su aplicación práctica o judicial, contribuyendo con ello a la afirmación y fortalecimiento de la nación y de su grandeza política.

c) *Socialmente*, la unidad del fuero pierde su apoyo principal con el abatimiento de la clase nobiliaria, como clase preponderante del país, y se logra, en este aspecto, el fuero único. Con ello se instaura una nación uniforme socialmente. El principio de que todos los hombres nacen iguales y libres posec así manifestación más lograda. La unidad jurisdiccional sanciona y reafirma la unidad social o de clases de la nación. No caben, pues, dominadores ni dominados, siervos y señores. Sólo ciudadanos, en toda la extensión de la palabra.

d) *Psicológicamente*, infunde en los ciudadanos un claro sentimiento de igualdad, que fortifica la conciencia de hermandad nacional y deposita en la conciencia de todos y cada uno un alto sentido de dignidad ciudadana, una gran confianza en la ley protectora de todos y en las instituciones públicas creadas, no para la persecución de unos contra los otros, sino de defensa de todos frente a cualquiera, que es fuente perenne de claros beneficios sociales.

Desde otro plano, la unidad contribuye a reforzar el principio de autoridad depositado en los agentes encargados de velar por la paz y orden público, porque actúan con la seguridad de que sus decisiones se hallan respaldadas por todo el imperio que emana de la ley uniforme de la nación, sin temor a resistencias o represalias autorizadas por una gravosa excepción foral, haciendo de este modo incierta su resolución. He aquí el fundamento del axioma que afirma que la calle carece de fuero, lo que significa que la policía es el único fuero e inapelable en el

ejercicio actual de su función. De donde se concluye que en su actividad funcional sólo deben obedecer a sus superiores jerárquicos.

c) *Funcional o administrativamente*, significa, de un lado, la fácil instauración de un orden oficial de funcionarios seleccionados y preparados para el ejercicio de su función, evitando con ello la actuación de varios cuerpos jurisdiccionales siempre recelosos y suspicaces entre sí. De este modo se reducen al mínimo, si no fuera posible llegar hasta la negación, los fueros privilegiados ordinariamente.

f) *Profesionalmente*, la función de administrar justicia se halla sujeta, como todas las técnicas, a la división y especialización del trabajo, y, consecuentemente, sólo debe atribuirse a Magistrados preparados para ella, consiguiendo así unos instrumentos idóneos para que los valores políticos sociales implicados en la unidad foral, posean el realce y valor que les es debido.

g) *Prácticamente*, BENTHAM (2) razonaba los inconvenientes prácticos que esta dispersión jurisdiccional trae consigo, y declaraba que la pluralidad de tribunales especiales, aparte de que la mayoría, decía, suelen ser superfluos, sólo sólo sustrayendo trabajo a los ordinarios, se pueden justificar. Al ser corta y conocida la relación de los órganos judiciales del fuero universal nacional, sitúa a los jueces cerca de los justiciables, impidiendo la incertidumbre sobre la competencia del organismo y, por fin, hace permanente la fuente de la impunidad, de que ya se quejaban los preclaros legisladores de Cádiz, al perderse la idea sencilla y primaria de la Justicia entre un laberinto de jurisdicciones especiales y confusas.

Como, de otra parte, reafirma el autor inglés, con ello disminuye la publicidad, se aflojan los resortes de la responsabilidad de sus servidores, haciendo con ello más insegura y recelosa la función ante la opinión general, que exige en ella más luz y taquígrafos que en ninguna otra misión estatal. En la vida civil común no hay más que ciudadanos y jueces para ciudadanos.

VI. SU MORFOLOGIA LEGAL

La morfología del fuero penal común puede ser considerada hacia fuera o en su vida de relación extranjera, o hacia dentro o en su vida de relaciones internas. El primero determina el alcance del fuero nacional en el seno del Derecho internacional, o sea, el fuero en el mundo, y el segundo contempla su estructura interna y las relaciones de cada jurisdicción, de las divididas entre sí, y crea cuestiones de competencia:

A) EL FUERO EN SU ASPECTO EXTERNO.

a) *Normas generales*. — Mirada hacia fuera, es evidente que la jurisdicción acaba donde concluye la soberanía nacional, o sea,

(2) BENTHAM. V. *Oeuvres*. Bruxelles, 1840, t. III.

la línea de sus fronteras de tierra, mar y aire. Esto, por consecuencia del carácter rígido de las soberanías, y es lógico que cada una juzgue sus propios delitos, por el estatuto legal que afirma que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español (art. 8.º del Código Civil).

a') *Por territorialidad*, el fuero cubre todo el ámbito nacional, porque cada delito cometido es un ataque a su *statu quo* jurídico que es preciso defender. Por ello se comprenden tanto los españoles como los extranjeros que delincan en España, llegando hasta los delitos "comenzados a cometer en España y consumados en el extranjero, pero sólo se aforan "los actos perpetrados en España que constituyan por sí delitos" (artículos 333 y 335 L. Orgánica).

b') *Por personalidad*, sigue a los españoles dondequiera que estén. Mas aunque el fuero viaja con sus súbditos, no penetra en otro país, si bien les sigue allí donde vayan, si no media jurisdicción que se interfiera. Por tanto, el español que delinca fuera de España, en otro país, queda sujeto a la ley del lugar de donde delinquirá, *forum patratí criminis*. Es como un desaforado de su nación, porque no le alcanzan sus propias leyes penales por la impenetrabilidad de las soberanías nacionales.

Consecuentemente será juzgado en España "el súbdito español que hubiere cometido un delito en el extranjero contra otro español, si no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero" (artículo 339 L. O.). Por el doble principio de acción ejercitada acción consumada, y para el caso de indulto, por un respeto de humanidad a la gracia concedida por el otro Estado soberano, que, aun herido por el delito, se lo ha conferido. Habrá que estimar, conforme al sentido natural de las cosas, que en los casos de "absolución" por sobreseimiento o cualquier otra forma procesal similar, será también válida y operante en el sentido de esta ley orgánica. En cuanto al cumplimiento de la condena de modo parcial, si este cumplimiento no ha sido por remisión judicial o política ("indulto o amnistía"), se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que, en otro caso, les correspondería cumplir (art. 337 L. O.). Se trata de fuga o evasión con refugio en su nación, en cuyo caso no existe otra posibilidad que la de cumplir la condena impuesta, y si de prisión preventiva, abonársela según la ley propia. Esta es una pena anticipada.

Además, requiérese, 1.º, "Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes". El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que "todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, etcétera. Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercerán también en forma de querrela las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados, que son siempre que conozcan de un delito que no esté per-

seguido dentro de España. Para los delitos cometidos fuera de España parece que juega el principio de la discrecionalidad política y, por tanto, sólo está obligado a querrellarse en los casos que lo considere conveniente por alguna razón de oportunidad; y 2.º, "Que se halle en territorio español (art. íd. L. O.). Lo primero, porque la ofensa del crimen sólo ha sido al particular que reclama la acción, pues el Estado no estuvo presente en el acto con su fuero y por ello no fué ofendido, y lo segundo por la territorialidad impenetrable de las soberanías, que se opone a su detención y castigo forastero.

Del propio modo, el *español que cometiere en país extranjero* un delito de los que el Código español califica de graves (hoy lo son todos, en 1870 lo eran aquellos que tenían señaladas penas superiores a los presidios o prisiones menores) *contra un extranjero* será juzgado en España si median los requisitos de presencia, estímulo y vivacidad penal exigidos para el caso anterior (art. 340 L. O.). Consiguientemente, los españoles que delincan o se refugien en España quedan vinculados inexorablemente al fuero nacional propio, condicionado a los requisitos de persecución indicados.

Consecuentemente, los extranjeros que delincan en el extranjero *contra un español* no están sujetos a las leyes patrias, ni tampoco serán perseguidos aunque delincan en España si luego se refugian bajo su propio pabellón por los mismos principios de territorialidad y personalidad debidamente conjugados. Por tanto, no cabe contra ellos la extradición, sino que la responsabilidad se remite a las leyes nacionales del delincuente. Si se refugiaren en nación distinta a la suya, como ya no existe el amparo nacional, cabe ejercitar el derecho de extradición si el tratado con la nación de refugio lo consiente (art. 826 L. E. C. y 335 y 342 L. O.).

b) *Desafuero internacional.*

Independientemente de los principios de persecución criminal que inspiran toda la ordenación del fuero internacional, aparece en la Ley Orgánica del Poder judicial (L. O.) una relación de delitos que se sustraen a sus reglas generales de competencia externa, como una consecuencia histórica de existencia universal a la defensa de la seguridad de las naciones o como instrumento jurídico de recíproca protección entre naciones.

Así, se declara que serán juzgados por los jueces y Tribunales del Reino los españoles o extranjeros *que fuera del territorio nacional* hubieren cometido alguno de los delitos siguientes: Contra la seguridad exterior del Estado; lesa majestad; rebelión; falsificación de la firma, de la estampilla real o del Regente; falsificación de la firma de los ministros; falsificación de otros sellos públicos; falsificaciones que perjudiquen directamente el crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado; falsificación de billetes de Banco... los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en el extranjero...".

De la relación se destacan como privilegiados entre privilegiados (privilegiadísimos) los delitos de lesa majestad y traición, porque podrán ser juzgados en España aunque lo hubieran sido ejecutados en el extranjero. Con ello se establece una derogación o excepción al principio *nec bis in idem*.

El desafuero, con su excepción incluso, no obstante la buena fe que inspiró su nacimiento, y que representa la doctrina tradicional interna, es una pieza anacrónica ya en el sistema jurídico penal internacional preponderante. Tratándose de delitos cometidos "fuera de España", es preciso actuar con el instrumento de la extradición, la que, naturalmente, ni se aviene hoy a reconocer preceptos unilateralmente promulgados y, desde luego, niega, si se trata de delincuentes políticos, que son la mayoría de los catalogados, su venia para ser juzgados por sus tribunales nacionales. Por tanto, el desafuero es una declaración platónica sin posibilidad de operar normalmente. Es una ilusión más fracasada del siglo de las idealidades políticas.

c) Sistema resolutorio de los conflictos internacionales.

En contraste con la organización interna, que posee su instrumento "ad hoc" para resolver los conflictos de competencia entre sus diferentes organismos jurisdiccionales, en el orden internacional se carece de ello. Teóricamente, los Estados están como en estado de guerra permanente, ya que, ni para el fuero civil existe un sistema ni organismo reconocido, en los procedimientos judiciales, para resolver jurídicamente estos conflictos entre naciones. En materia civil y bajo la consigna de que el fuero nacional es inderogable e incompatible con ninguno otro forastero, las cuestiones que se susciten de esta índole no pueden ser planteadas ni resueltas sino por prácticas consuetudinarias curiales, de dudosa eficacia práctica, puesto que dependen de la concesión graciosa de la nación competidora. Clara expresión de este criterio es la norma sancionada por el Código italiano de procedimientos (28 oct. 1940), al decir que "la Jurisdicción italiana no podrá ser derogada convencionalmente a favor de una jurisdicción extranjera" (artículo 2.º). De propio modo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española se limita a sancionar el absolutismo tradicional del fuero nacional en el artículo 51 (concordante con los arts. 267 y 268 de la L. O. y el Decreto de unificación de fueros) para conocer de las demandas que se susciten entre españoles, entre extranjeros y entre unos y otros "en territorio español". Y en este sentido lo resolvió la consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1950. Este sistema es condenado por la doctrina que, en opinión de NIBOYET (3), resulta teóricamente condenable y prácticamente imposible.

(3) NIBOYET: *Manuel de Droit International Privé*, 1928 (Trad. Ed. Reus, Madrid).

En el campo penal el problema está planteado en términos idénticos y agravados por la naturaleza eminentemente pública de la cosa. Sin embargo, la necesidad de lograr un sistema práctico para la común lucha contra el crimen, y a fuerza de mutuas concesiones entre las naciones, se ha logrado organizar un instrumento de carácter internacional para resolver los conflictos internacionales, cuando estos surjan en su vida jurisdiccional. Se trata del sistema de extradición, inspirado más por razones de utilidad y necesidad que por principios puros de derecho y justicia humana.

Teóricamente, la impenetrabilidad de las soberanías nacionales rechaza toda intromisión de las unas en las otras ni aun a título de perseguir un crimen. Soberanas todas ellas, nadie cede a nadie un ápice de su poder absoluto. Los fueros son, pues, bloques graníticos en permanente recelo entre sí.

Mas como es preciso buscar un medio que facilite la lucha internacional o universal contra el crimen, para impedir que el mundo sea un presidio suelto, es necesario que las naciones pacten entre sí, de potencia a potencia, como lo hacen los ciudadanos, y establezcan convenios, sin otro alcance que el que ellas mismas quieran conferirles, de asistencia jurisdiccional. El tratado es, pues, la única ley de este tipo que posee la solución de conflicto. Como su eficacia es de cumplimiento voluntario, sólo cabe rogar, no exigir, que se cumplan. Tras ellas no existe órgano superior y coercitivo que, con jurisdicción irresistible, pueda imponer una solución no aceptada.

El mundo internacional se resuelve, de este modo, en un complejo sistema de tratados extradictorios que ya, la costumbre internacional, ha plasmado en modelos estereotipados de tipo universal. Ellos son la mejor base para una futura legalidad jurisdiccional común. Por ellos se mantiene un frente cerrado de lucha contra el crimen de bastante buen rendimiento, a falta de otro más de acuerdo con las exigencias de la técnica judicial, a semejanza de lo que ocurre con el derecho interno de cada país.

El común esquema de la extradición se basa en las normas directrices siguientes: a) Necesidad de la existencia previa de un convenio entre las naciones soberanas. Es una solución negociada y convencional. Los contratos son ley entre los contratantes. b) El tratado debe comprender una relación fija de delitos sometidos a la extradición por el principio de legalidad. c) La extradición sólo comprende a los delincuentes nacionales o extranjeros que delincan en los países contratantes. Se excluyen los propios nacionales por el principio de protección nacional. El fuero propio es irrenunciable. d) Los delitos políticos quedan excluidos por su falta de antijuridicidad internacional, y los que ya estuvieran prejuzgados, por el principio *nec bis in idem*. e) Por principio de humanidad internacional no pueden imponerse a los extraditados penas irreparables o de muerte. f) La extradición es un favor que cada nación hace a la peticionaria, por ello no es derecho que se ejercita, sino beneficio que se solicita. Esto justifica al procedimiento mediante la vía diplomática y no de juez a juez, como en las compe-

tencias internas. g) Por exigencia de este carácter puramente gracioso es cláusula admitida que a los delincuentes entregados no debe imponerseles pena superior a la que les correspondería en el país cedente.

d) *Jurisdicción consular.*

La margen del sistema general indicado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, articula un sistema procesal consular para la persecución de delitos y faltas cometidos en el extranjero y que sean extraíbles, que es una excepción al principio de territorialidad penal predominante. Se inspira en las siguientes notas típicas: a) El sistema se aplica a "españoles que delincan en país extranjero y sean entregados a los cónsules de España". Se trata de un acto de pura deferencia internacional, porque por el principio de territorialidad del fuero nacional pudo la nación cedente juzgarla por sí. Pudo también haberse cometido el delito en el extranjero, en territorio que goce de extraterritorialidad. Es el caso más natural de la ley, b) La instrucción del sumario, como corresponde al cónsul o al que le reemplace, si no fuere letrado, con auxilio de la asesoría que la ley establece. c) El conocimiento y fallo del asunto, en juicio oral, corresponde al Tribunal español que, atendida la naturaleza del delito, sea competente y al mismo tiempo sea el más próximo al Consulado en que se haya seguido la causa. Si se tratase de faltas, las juzgará en primera instancia el vicecónsul, y en apelación el cónsul con su asesor. Se sustituyen, pues, los jueces municipales y de instrucción nacionales. (Arts. 342 y 345 L. O.)

e) *El fuero en circunstancias especiales*
(f. americano).

Surgen éstas cuando la actuación del fuero común se condiciona a determinadas circunstancias de orden práctico o políticas, circunstancias eventuales y, por ello, de emergencia, puesto que una vez cesada la razón, o sea la causa, cesará la condición, o sea la interferencia foral. Se caracteriza esta situación interferida por una intervención extranjera, que condiciona la práctica del fuero ordinario nacional. No son razones de principio sino de ocasión y poseen vigencia limitada o transitoria. Una vez desaparecidas, el fuero recobra su propia autoridad. Tal ocurre con la instauración ocasional del fuero norteamericano, por la realización del programa de ayuda económica y defensa mutua concertados entre los sumos poderes de ambas naciones contratantes, de 26 de septiembre de 1953.

Como la verificación de estos programas exige la presencia de personal americano en nuestra patria, se le ha dotado de un "status iuris" singular que ha dado por consecuencia la creación de un auténtico fuero personal en el seno de la jurisdicción nacional. En el convenio relativo de ayuda para la defensa mutua se establece (art. 4.º) que el Gobierno de España admitirá el personal de los Estados Unidos de América que deba cumplir, en el territorio español, las obligaciones

adquiridas por este convenio, y añade: "este personal, que será de nacionalidad norteamericana, incluso el temporalmente destinado, operará en sus relaciones con el Gobierno español, como parte de la Embajada de los Estados Unidos, y tendrá el mismo estatuto que el personal de la categoría correspondiente de la Embajada de los Estados Unidos. Al recibir la pertinente notificación del Gobierno de los Estados Unidos, concederá el Gobierno español pleno estatuto diplomático al número que se acuerde del personal designado por este artículo".

En el convenio sobre ayuda económica (art. 8.º) se dice: "El Gobierno español accede a recibir una misión económica especial que asumirá las obligaciones del Gobierno de los Estados Unidos en España, señalados en el convenio. El Gobierno español, previa notificación en regla del embajador de los Estados Unidos considerará a la Misión especial y a su personal, así como a su representante especial de los Estados Unidos en Europa, como parte de la Embajada de los Estados Unidos en España, al efecto de gozar de los privilegios e inmunidades otorgados a dicha Embajada y a su personal de rango equivalente".

Posteriormente, el 23 de diciembre de 1954 se dicta un decreto-ley creando una "Comisión Mixta de Competencias" para decidir los conflictos jurisdiccionales en materia criminal cuando alguno de los presuntos responsables alegue su condición de aforado. Esta Comisión es única y, por tanto, con jurisdicción nacional, funcionando en Madrid con sede en el edificio del Alto Estado Mayor. De composición civil y militar, tiene como misión proveer con la máxima rapidez a la resolución de las cuestiones de competencia jurisdiccional y atribuciones que puedan suscitarse o se hayan suscitado en los procedimientos criminales de cualquier orden y fuero dentro del territorio nacional y plazas de soberanía cuando alguno de los presuntos responsables fuera miembro de las fuerzas de los Estados Unidos, incluso los que dependan de ellas.

Todos los jueces y tribunales, de cualquier grado o jurisdicción, ante los que un presunto responsable alegare y justificare, sumariamente, su condición de miembro de las fuerzas de los Estados Unidos, se limitarán a practicar, con urgencia, las diligencias imprescindibles para asegurar la prueba de los hechos y determinar la situación de las personas presumiblemente responsables de los mismos, sin perjuicio de poner inmediatamente en conocimiento de la Comisión Mixta, por vía telegráfica, la iniciación del procedimiento y el delito o falta "que lo haya motivado".

Los jueces y tribunales observarán y cumplirán las instrucciones de la Comisión Mixta, así en lo relativo a la remesa de los autos como a la situación de los detenidos, presos o inculcados o entrega de los mismos a la autoridad que la Comisión disponga."

De los textos resulta un fuero circunstancial y personal que deroga las reglas comunes del fuero ordinario, en relación con los extranjeros, que se caracteriza por las notas siguientes: a) El fuero comprende, de un

lado, al personal americano que deba cumplir las obligaciones concertadas sobre la defensa mutua y cuyo destino notifique el Gobierno norteamericano al de España, y de otro, el personal de la Misión especial de ayuda económica, que se notifique también al Gobierno nacional. Se trata, pues, de un fuero de carácter personal o personalísimo. *b)* Su contenido se determina con las dos expresiones de sentido equivalente: "se concederá, al primero, pleno estatuto diplomático", y en el segundo se dice "que se le considerará como parte de la Embajada de los Estados Unidos". Esto es, conforme con el artículo 334 de la Ley Orgánica, que "cuando delinquieren serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos". Es, por tanto, un fuero de carácter absoluto. *c)* En cuanto a su contenido, sólo se permite la práctica de unas diligencias previas y típicas de esta nueva legalidad: 1.º Se ha de comunicar inmediatamente a la Comisión Mixta la realización del hecho, y 2.º En tanto, se procurará asegurar la prueba y situación del responsable.

La circular de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1955 templa el rigor del precepto distinguiendo hechos graves o trascendentales en que se puede acordar la detención, por ser procedente, y hechos sin estas características, en los cuales, no obstante su inocuidad o modestia, puede retrasar la comunicación y envío de las diligencias hasta que se hayan practicado las diligencias indispensables para que la Comisión forme criterio sobre ellas. *d)* En cuanto a su alcance, es de carácter absoluto, pues se declina la jurisdicción en favor de la Comisión Mixta, sin ulterior recurso ni reclamación alguna. Así se dispone que los jueces y tribunales "esperarán y cumplirán las instrucciones de la Comisión". La responsabilidad de los reos queda entregada a la decisión inapelable que aquélla adopte, sea de la clase que fuere, que naturalmente será la de proceder, o no proceder, ya que el fondo de la causa queda en libre reserva a los tribunales. De este modo se ha fundado un fuero *sui generis* en el seno del nacional y que ha de tener muy presente la autoridad judicial en sus actuaciones criminales, dada su preponderancia jurisdiccional. "Cuando se trate de accidente de circulación, añade la circular, se realizará la reconstrucción de los hechos, levantándose croquis del lugar en que hubiese ocurrido y, en todo caso, se tomará declaración al inculpado y perjudicado y se harán constar, por lo menos, los nombres y direcciones de los testigos que se estimen más interesantes y eficaces para las diligencias sumariales que se hayan de practicar por acuerdo de la Comisión en cada caso."

B) EL FUERO GENERAL EN SU ASPECTO INTERNO

La jurisdicción, que en potencia es universal y absoluta, "in actu" o en su aplicación, se halla dividida y distribuida entre varios órdenes jurisdiccionales u organismos judiciales, distinguiéndose entre ellos un fuero común, general, universal o civil, tradicionalmente llamado fuero mayor y también fuero real, es el fuero ordinario y normal de la vida civil de la nación, y al lado una serie o instituciones jurisdiccionales a las cuales se atribuye por la ley un fuero especial, singular o

privilegiado que es una excepción a la regla general del común. Son los fueros especiales, justificados cada uno de ellos, por razones propias y de carácter práctico.

“Corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los *casos reservados* por las leyes al Senado (hoy sin existencia), a los Tribunales de Guerra y Marina (hoy Militares), a las autoridades administrativas o de policía” (arts. 10 L. O. Criminal y 231 L. Orgánica). Resulta que en el seno de la nación y; no obstante aparecer como unificada, existen dos clases de fueros: uno normal y ordinario—fuero mayor—, propio de los tribunales civiles de Justicia, y está dado para todos los ciudadanos, y otros que son excepcionales, para “casos reservados” a las autoridades jurisdiccionales, militares, administrativas y de policía. En donde éstos están en relación con el primero, como la regla general, y con la especial, la norma y la excepción. Por tanto, todos los delitos y todas las personas están sujetas a la ley común en tanto no se hallen singularmente atribuidas a una especial.

Por ello, la Jurisprudencia viene diciendo, consecuentemente con esta idea, que el fuero común es “la fuente y raíz” de todos y, por tanto, es preponderante, complementario y atractivo de los demás. De tal modo que, como la jurisdicción es universal e incesante, el fuero general participa de estas características y ha de actuar en todo momento, ocasión y lugar, no cediendo la jurisdicción sino en los casos concretos que corresponda a otra. El ha de suplir y corregir los defectos de los demás. Es así el fuero especial una jurisdicción expresa y de excepción que puede ser, a su vez, ordinaria y extraordinaria, según que se aplique a casos de emergencia o situaciones naturales de la vida profesional que se considera, como en la militar.

“El órgano jurisdiccional especial sólo está investido de jurisdicción penal con relación a un determinado grupo de asuntos criminales o de personas” (G. ORBANEJA) (4). En este sentido, observa justamente CHIOVENDA “que en el órgano especial la jurisdicción se confunde con la competencia”; consecuentemente, no es incorrección denominar cuestiones de competencia a los conflictos entre estos fueros y el general o entre ellos mismos entre sí, como ocurre en nuestras leyes. Vamos a estudiar sus fundamentales normas de orden y procesales de competencia.

a) *El fuero eclesiástico.*

De vieja y arraigada estirpe en el Derecho nacional, mantenido invariablemente a través de su historia, experimenta una profunda crisis al contacto con las ideas regalistas defensoras de la preponderancia de fuero real y, muy singularmente, por la influencia de las corrientes igualitarias del siglo pasado. Este privilegio legal eximía a los clé-

(4) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Bosch. Barcelona, t. I y II.

rigos de comparecer ante los tribunales seculares, debiendo ser juzgados sus litigios y delitos por tribunales propios. En el decreto de Unificación de fueros de 1868, el sentido tradicional del privilegio hizo crisis, reservándosele sólo el conocimiento de las causas sacramentales, las beneficias, los delitos eclesiásticos y las faltas cometidas por los clérigos en el desempeño de su ministerio y las causas de nulidad y divorcio que recogen los artículos 80 y 81 del Código civil.

Publicado el *Corpus Iuris Canonici* de 27 de mayo de 1917, autorizado como ley vigente de España por R. D. de 19 de mayo de 1919, el fuero eclesiástico se mantiene en lo fundamental, y publicado el 27 de agosto de 1953 el nuevo Concordato celebrado con la Santa Sede, se han introducido notables reformas que han venido a alterar el anterior "statu quo" jurisdiccional, vivificando formas antiguas que habían caído en desuso por la práctica.

La circunstancia de que estas normas jurisdiccionales procedan, en último grado, de Roma y en virtud de una fuente negociada, ha servido de base para que técnicamente se considere que son normas de procedencia externa o extranjera y se la emplace en su exposición didáctica junto a las que completan el panorama del fuero en el exterior. Mas como, de otra parte, los convenios celebrados con la Santa Sede se pueden considerar como de carácter interno y, en efecto, la eficacia y funcionamiento de estas reglas está subordinado a la actuación de las autoridades eclesiásticas españolas, nos conduce a situar la materia entre los fueros privilegiados nacionales y, sobre todo, por su significación y eficacia prácticas.

Según las disposiciones canónicas, todas las infracciones de las leyes divinas y eclesiásticas, cualquiera que sea la condición de las personas que las cometan, los únicos tribunales competentes para juzgarlas son los eclesiásticos. Este derecho indiscutible está reconocido por España en el artículo XVI, párrafo 3.º del Concordato, de acuerdo con el canon 2.198, que manifiesta el mismo derecho, añadiendo que los tribunales eclesiásticos pueden, a veces, reclamar el apoyo del brazo secular para hacer efectivas sus decisiones.

Históricamente se han venido reconociendo como especialidades propias del fuero eclesiástico, las llamadas inmunidades, que normalmente representan la exención de cierta obligación común de comparecer y respetar los acuerdos de las autoridades civiles nacionales. En este aspecto merecen singular mención la inmunidad personal o privilegio del fuero y la inmunidad local, que tuvo una manifestación interesante en el derecho de asilo.

De conformidad con las disposiciones concordadas al privilegio del fuero canónico deben distinguirse dos clases de personas: a) Jerarquías eclesiásticas, y b) Clero ordinario o regular.

a) *Clero superior o jerarquías.*—No podrán ser emplazados ante un juez laico (español), sin que haya obtenido previamente licencia de la Santa Sede, los preladados de quienes habla el párrafo 2 del canon 120 del Código canónico (art. 16). Tales son los Cardenales, Delegados de la Sede apostólica, Obispos, aunque sólo sean titulares,

Abades o prelados "nilius", Superiores supremos de las religiones de Derecho pontificio, Oficiales mayores de la Curia romana por negocios pertenecientes a su cargo.

"Quid iuris" del texto: ¿Qué se entenderá por emplazado (5) en el Derecho concordado? En el común u ordinario significaría citación de parte ante juez competente, bajo apercibimiento de que en caso de no comparecer sufrirá el perjuicio a que hubiere lugar. Es una citación conminatoria y condicional. Sin embargo, en el Derecho canónico que es la interpretación propia, "parece referirse solamente al caso de ser llevados como reos (acusados), no al caso en que sólo se les cite como testigos" (Ferrerres, núm. 255). De este modo no habrá diferencia apreciable entre clérigos de clase diferente.

b) *Clérigos ordinarios o regulares*.—Para éstos "la Santa Sede consiente en que las causas criminales *contra clérigos y religiosos* por delitos, que no violen exclusivamente una ley eclesiástica, previstos por las leyes penales del Estado, serán juzgados por los tribunales del Estado" (ídem, 4). De donde se deriva un consentimiento previo, general y tácito del Papa, contra el consentimiento posterior, particular o expreso que se requiere para las jerarquías.

Sin embargo, antes de proceder deberá solicitarse, sin perjuicio de las medidas precautorias del caso y con la debida reserva, "el consentimiento del Ordinario del lugar en que se instruye el proceso".

Esto es, que además del consentimiento papal, es preciso el expreso, particular y posterior del Ordinario local. Este consentimiento deberá solicitarse antes de proceder, expresión de claro significado procesal en ambos derechos concurrentes, el civil y el canónico, o sea, antes de dirigir el procedimiento contra ellos, y en último grado el procesamiento. Es de advertir que, aun antes del procesamiento en nuestro Derecho y en el extranjero, que carece de este auto, se puede proceder contra una persona si se la trata o considera como acusada o presunta imputada según los italianos. De aquí que se interprete la expresión tal como lo hace el P. FERRERES, o sea, cuando se les considere como reos, de donde consecuentemente estos clérigos pueden ser citados como testigos, sin embargo alguno.

En efecto, en el mismo artículo núm. 7, se dice que los clérigos y religiosos "podrán ser citados como testigos ante los tribunales del Estado; pero si se tratase de juicios criminales por delitos a los que la ley señale penas graves deberá pedirse la licencia del Ordinario del lugar en que se instruya el proceso". Con lo cual se resuelve indirectamente la cuestión propuesta.

Combinando estos preceptos con los concordantes de la ley de Enjuiciamiento criminal resultan las situaciones siguientes: a) Jerarquías. 1) Como emplazados. No pueden serlo sin permiso de la autoridad eclesiástica suprema. 2) Como testigos. "Están exentos de concurrir al llamamiento judicial, pero no de declarar... los Arzobispos y Obispos" (núm. 9 del art. 412. L. E. criminal). ¿Y el resto de las

(5) FERRERES: *Instituciones Canónicas*. Ed. Subirana. Barcelona.

jerarquías? Como son clérigos o religiosos superiores y los inferiores gozan de fuero en delitos graves, es evidente que, al menos, poseerán el de éstos, ya que, además de tal cualidad, gozan de la condición de su preeminencia. b) Clero regular u ordinario. 1) No se puede proceder contra ellos sin permiso del Ordinario. 2) No podrán ser citados como testigos en delitos graves sin permiso del Ordinario. 3) El resto de las causas no parece exista inconveniente en ser citados.

Modo de proceder.—Tratándose de jefes de la Iglesia, como la acción jurisdiccional se halla permanentemente interdictada sin el permiso previo del Papa, prácticamente el juez de Instrucción, aun siendo el privilegiado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a quien le corresponda conocer, carecerá de toda iniciativa para que se dirija contra el aforado y, por tanto, sólo podrá actuar válidamente en la práctica de las diligencias que no requieran su comparecencia, quedando paralizado el procedimiento en todo lo que afecte al mismo e inerte la acción persecutoria contra él. La instrucción quedará así interferida y paralizada en la parte del sumario que le afecte "sine diae", quedando afectada por la acción del tiempo en el orden de la caducidad o la prescripción del delito imperseguido.

Por el contrario, si se tratase de "clérigos o religiosos", el Juez de Instrucción podrá adoptar las medidas precautorias pertinentes al caso antes de solicitar el consentimiento del Ordinario. ¿Cuáles son estas medidas? Según la ley procesal nacional, tales pueden ser la detención o la prisión provisional tratándose de medidas cautelares personales, y las fianzas y los embargos si de medidas reales.

La detención procederá en los casos de delincuencia notoria (flagrancia, fuga o rebeldía). La detención se elevará a prisión en el término de setenta y dos horas o la dejará sin efecto. Evidentemente, que si el Ordinario no contesta al requerimiento judicial o éste es denegatorio, esta medida caduca o fenece en el plazo legal fatalmente señalado y hay que decretar su libertad.

La prisión procederá contra el reo presunto de un delito grave si se decreta su procesamiento (6) de conformidad con la doctrina más común, resolución que se deberá ratificar o reponer dentro de las setenta y dos horas siguientes. Como esta medida va condicionada a la orden de proceder, no podrá aquél permanecer más que en la anterior situación y en iguales condiciones.

Las medidas precautorias reales—fianzas y embargos—están condicionadas al procesamiento y, por tanto, sólo serán factibles cuando exista consentimiento del Ordinario. "En caso de decretarse embargo judicial de bienes, se dejará a los eclesiásticos lo que sea necesario

(6) El procesamiento se estableció en España con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 280), probablemente como consecuencia del Decreto de Unificación de fueros. Posiblemente porque la autorización para procesar que antes se exigía paralizaba el proceso mientras no se conseguía, si el inculcado era aforado. El término "procesado" se aplicaba al sujeto pasivo del sumario, y procesar significaba "formar autos y procesos". La ley de 1872 plasmó la idea legalmente, tal como se conoce. De RUIZ GUTIÉRREZ: *Algunos problemas de la instrucción*, en "Revista de Derecho Procesal", 1956, núm. 4.

para su honesta sustentación y al decoro de su estado" (art. 6 del Concordato). Esto, es, se protege el beneficio de competencia ya reconocido por las leyes civiles.

"El proceso no interferido se seguirá, evitando toda publicidad, debiendo notificarse el resultado de la instrucción, así como la sentencia definitiva del proceso, tanto en primera como en ulterior instancia, al Ordinario. En los casos de arresto o detención, los religiosos serán tratados con las consideraciones debidas a su estado y grado jerárquico. Las penas privativas de libertad serán cumplidas en una casa religiosa o eclesiástica que, a juicio del Ordinario y la Autoridad judicial, ofrezca garantías convenientes, siempre en lugares distintos de los seculares, a menos que éste haya sido desposeído de su condición eclesiástica."

¿Como deberá entenderse el caso en que los clérigos sean considerados solamente como responsables civiles? Habrá que tener en cuenta que, en este caso, se ejercita sólo una acción de contenido crematístico o de tipo económico que va conectada con el proceso penal principal, del cual toma vida y carácter. Por tal razón se deben estimar como meras acciones promovidas contentiosamente sobre bienes o derechos temporales, en donde son demandados clérigos o religiosos. En ellos la Santa Sede *consiente* en que sean tramitados ante los tribunales civiles, previa notificación al Ordinario del lugar del proceso, al cual deberá también de comunicarse en su día las correspondientes sentencias o decisiones (art. 16).

La inmunidad local, que revive el antiguo derecho de asilo eclesiástico en cierto modo, se recoge en el artículo 22 del Concordato, que concuerda con el canon 1.160, diciendo: "Queda garantizada la inviolabilidad de las iglesias, capillas, cementerios y demás lugares sagrados, equiparándose a ellos los palacios y curias episcopales, los seminarios, casas y despachos rectorales y demás casas religiosas canónicamente establecidas. Para entrar en éstas es necesario la autorización pertinente, salvo el caso de urgente necesidad, en cuyo caso se notificará después".

Resumen. El fuero eclesiástico es eminentemente personal e irrenunciable. Sólo cubre la persona que goce de la inmunidad y no se comunica a los demás. Es fuero procesal solamente, puesto que no hace referencia a un código de delitos penales puros exentos y solamente afecta a diligencias de aquella clase. Es de carácter preeminente, pues consiste en solicitar, por la autoridad del Estado, el permiso o "execuatur" a la eclesiástica para actuar sin apelación ulterior. De carácter menos absoluto que el americano, pues la jurisdicción no se rinde, ya que sólo se impide actuar, es sin embargo, más eficaz y absoluto que el militar, ya que en éste caben las cuestiones de competencia que están interdichadas en el religioso.

Su razón de ser. En primer término, se funda en el derecho divino, que concedió al Papa lo necesario para el buen funcionamiento, régimen y gobierno de la Iglesia. Es una razón meta jurídica. En segundo, de derecho canónico, porque toca a la Iglesia determinar, en cada caso,

hasta qué punto debe extenderse dicha inmunidad. El Concilio Tridentino (ses 25, c 20^{der}) decretó: "La inmunidad de la Iglesia o de las personas eclesiásticas se halla establecida por la ordenación divina y por los sagrados cánones".

b) *El fuero militar.*

Aunque históricamente se pretenda buscar sus raíces en los más oscuros tiempos de la tradición, el fuero militar logra su preponderancia y singular carácter, tal como hoy lo conocemos, en las campañas militares de Napoleón, de quien ha quedado el sistema de la nación organizada militarmente e incluso el de paz armada, que las generaciones vivientes conocen en su máximo grado o esplendor. Sin embargo, estamos muy lejos de haber resuelto tanto el problema de su existencia como el de su organización (7).

Respecto al primero, y aun reconociendo que, teóricamente, es concebible la ilusión de un mundo sin armas, los ejemplos de las naciones carentes de ejército son hijos de un sentimiento de impotencia, por su pequeñez, que prefieren vivir respetadas más por su inofensividad que por el temor a una potencia que están muy lejos de poseer. El ejemplo del mundo moderno es un plebiscito armado o belicoso inconcuso y la existencia de los ejércitos una realidad sobradamente manifiesta para ser negada. La paz armada, y las naciones organizadas a punto de lucha, es la única política realista de hace muchos lustros. Por ello, el fuero militar existe con una vitalidad pareja a esta realidad.

Prácticamente, su organización logra matices diferentes según el clima político social de los pueblos. Aun admitido, contra corazón, su existencia, el fuero puede limitarse sólo a los períodos de guerra y no a los de paz, bien encuadrarse en el seno de las instituciones civiles judiciales, con todas las garantías de una justicia de esta especie, o actuar con el control de la magistratura civil de la nación, y reduciéndole a los estrictos límites que requiere la necesidad de proteger la disciplina del ejército. Frente a esta tendencia minimalista, otra opuesta, maximalista o militarista extrema, logra establecer en el seno de las instituciones públicas un fuero profesional extremo, con tribunales propios y permanentes, tanto para la paz como para la guerra, dirigidos por normas propias y garantías específicas, e incluso con tribunales en los cuales se excluyen las intervenciones técnicas civiles por táctica profesional. Se trata de una auténtica organización de clase que, a veces, por su influencia en la calle, logra dotar al sistema de carácter militarista. Entre uno y otro de los extremos, y combinando sus elementos, es fácil concebir tantas especies o modalidades de fuero como quepa de la combinación.

La razón de existencia de este fuero se apoya, como toda regla de derecho, en la necesidad. Sólo la necesidad hace legítima la pena por-

(7) HUGNE NEY, Pierre: *Traité de Droit pénal et de procédure pénale militaires*. París, 1933.

que va contra la libertad humana, y sólo esta necesidad de mantener firme y en disposición la actuación militar justifica su existencia. Es, pues, un instrumento útil y necesario para la formación y mantenimiento de la disciplina militar. Sólo así se define, pues, como un sistema jurídico, profesional, interno, disciplinario de los ejércitos. Es la disciplina de la disciplina. Todo lo que sea rebasar este cometido es injusto por abusivo, y cuando esto ocurra habrá que acudir a las circunstancias para conocer si ellas justifican sus excesos o extravíos. La necesidad, se dice, no tiene ley; pero mejor se podría decir que posee su ley ineludible para todos. El fuero no es, pues, un estatuto legal personal que sirva para amparar la actividad de una clase fuera o frente a la disciplina de la vida civil común que las leyes ordinarias procuran. Al contrario, complementa a éstas en la esfera rígida para que fué dado.

Psicológicamente, el fuero común, el fuero mayor, está dado políticamente para todos los ciudadanos de una nación, en consideración a todos los casos de indisciplina civil y da lugar al Código penal ordinario, ley de la disciplina civil común o de todos. Además, considera al hombre en sí mismo, *sub specie eternitatis*, esto es, al hombre natural, en la convivencia humana, con sus vicios y las virtudes originales de la especie. Al contrario, el fuero militar considera no al ciudadano, sino al soldado, ciudadano en trance de servir a la patria bajo las armas, y a éste, no como hombre en sí, sino como un sujeto comprometido a una misión específica y singular del que exige algo más y distinto que al mero ciudadano de la calle. Por ello, el Código y la ley militar contemplan la cosa en consideración a una misión y función singular y privilegiada que exige normativa propia y más rigurosa que la común. Esto requiere que se restrinja el fuero —*lex specialis*— a los límites concretos de la profesionalidad en acto y en potencia, por ser una excepción al concepto natural de derecho común.

En su sentido estricto, por tanto, el fuero sólo debe comprender, no las personas, sino los actos, que, referidos a la conducta de los militares, cuiden del orden y disciplina profesional de las clases y mandos, que se manifiesta en dos aspectos: orden y disciplina internos o de subordinación jerárquica y disciplina externa o política, de subordinación funcional a los poderes legítimos de la nación. Este orden funcional o profesional no ha funcionado pura y simplemente, en los distintos Códigos patrios, sino que el fuero se ha prorrogado continuamente, tanto en períodos normales como anormales, a unos límites que aquel criterio no autoriza legítimamente.

La constitución de la segunda república, de 1931, tendió a ello sin fortuna, diciendo: "La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados." En realidad, la disciplina militar es la inspiración de los delitos militares y, por tanto, a estos sólo quedaría reducido su fuero.

"No podrá establecerse, añadía, fuero alguno por razón de las per-

sonas ni de los lugares; se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la ley de Orden Público" (art. 95).

Frente a este sistema estricto, el derecho nacional ha patrocinado uno más expansivo y complejo, que es clásico ya en nuestra patria. En él se combinan tres factores funcionales para determinar el fuero: *el delito, el lugar y las personas* (arts. 6.º, 9.º y 13). De la concurrencia de cada una de estas notas resultará el fuero. "Para excluir la jurisdicción ordinaria basta una de las tres circunstancias; pueden, naturalmente, coincidir las tres o dos de entre ellas" (G. ORBANEJA). Aunque el Código Militar las trata por el orden indicado, razonablemente y por su fuerza atractiva, deberían ir primero las normas por razón del lugar; luego, las que lo son por la persona responsable, y en último término, las que lo aforan por razón de la persona que posee la mínima.

c) *Normas ordinarias distributivas del fuero.*

a') *Por razón del delito*, o sea, de la materia o el objeto de la relación jurídica. Es el criterio más natural de todos y por ello el único acogido unánime por los sectores jurídicos. Razón: porque se funda en la mera necesidad pública de proteger o defender la disciplina militar, tanto interna como externa, eje de la organización y actuación castrense. Es, en último grado, también el fuero un instrumento de guerra tan útil como las armas mismas. En el mantenimiento de la moral de los ejércitos no sólo interviene el estímulo de los valores morales positivos, como son la abnegación, el sacrificio, la valentía extrema, sino que aquélla se compone, psicológicamente, de una extraña aleación de factores vitales, entre los cuales entra como ingrediente, nada despreciable, el temor a las represalias jurisdiccionales rápida e inexorablemente exigidas. La pena, en este orden, no sólo es intimidatoria en subido grado, sino que constituye un tónico de las conciencias vacilantes o cobardes, no tanto por el rigor de su efectividad como por el estigma moral de cobardía y deshonra que por ella gravita sobre el honor militar. Por esto, la relación de los delitos auténticamente militares debe ser cuidadosamente escogida para que no pueda ser tachada de abusiva por exagerada ni de inepta por corta. Este es un criterio realmente universal si no se le exagera y en él sólo suelen registrarse diferencias de grado, o sea, sobre el número de los delitos realmente aforables.

Su relación, aun en nuestro derecho, ha variado sensiblemente entre la contenida en el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 y el de la Marina y el actualmente vigente de 17 de julio de 1945 —reformado por Ley de 21 de abril de 1949—, que ha fusionado aquellos dos. Para su más fácil comprensión, la damos correlativamente a continuación:

Por razón del delito (decía el artículo 6.º del viejo Código), la jurisdicción de Guerra conocerá de las causas que se instruyan *contra cualquier persona* por los delitos siguientes:

- 1.º Por los de traición comprendidos en esta ley.
- 2.º Los de desertión e inducción, auxilio o encubrimiento para realizarla.
- 3.º Los de rebelión y sedición, cuando tengan carácter militar, y la conspiración, proposición, seducción, auxilio, provocación, inducción y excitación para cometer estos delitos.
- 4.º Los de insulto a centinela, salvaguardias y fuerza armada del Ejército y cualquier Cuerpo militarmente organizado y sujeto a las leyes militares. *Es una modalidad* del desacato penal.
- 5.º Los de espionaje y los cometidos contra el derecho de gentes comprendidos en los capítulos correspondientes del Código.

Todos estos delitos, genuinamente militares, se comprenden ahora en la fórmula genérica establecida en el número 12 del artículo 6.º del vigente Código de 1945, que dice: La jurisdicción militar conocerá de "los demás delitos comprendidos en este Código y los que las leyes especiales atribuyen a la jurisdicción militar". Sin embargo, no todos los delitos referidos son militares "per se".

6.º "Los de incendio, robo, hurto y estafa de caudales, material, armas, pertrechos, municiones y demás efectos pertenecientes a la hacienda militar o a los cuerpos, aunque el delito se cometa fuera del cuartel, dependencia o establecimiento del Ejército."

En la nueva redacción se ha añadido el delito de "daños" y "malversación de caudales" y canjeado las últimas referencias de local por la de "cualquiera que sea el lugar en que se cometan". Es una competencia por razón de la pertenencia de la cosa y no de la naturaleza del delito.

7.º "Los de atentado y desacato a las autoridades militares, los de injuria o calumnia a éstas y a las corporaciones o colectividades del Ejército, siempre que se refieran al ejercicio del destino o mando militar... etc."

En la nueva redacción se ha procurado una fórmula más comprensiva y técnica, ya que añade a la injuria o calumnia el que sea "clara o encubierta", y en la relación de sujetos ofendidos coloca tras de las corporaciones a los "Institutos, Armas, Cuerpos y clases militares", y como modalidades incluye la del "dibujo, radio o cualquier otro medio de difusión o publicidad... Siempre que ataquen el prestigio o relajen los vínculos de disciplina y subordinación en los organismos armados...". Realmente se trata de una competencia por razón de la persona ofendida, y, por tanto, desplazada de su lugar.

8.º "Los de falsificación de sellos y marcas usados en las oficinas militares y de documentos que deban expedirse por las dependencias de Guerra"

En la redacción de ahora se ha ampliado y aclarado esta fórmula a "las contraseñas o documentos militares. Tendrán esta consideración los que deban ser expedidos por las autoridades, organismos o funcionarios militares con arreglo a sus atribuciones propias o delegadas y los usados por los mismos". Es un criterio competencial que se funda en la naturaleza de la cosa adulterada o falsificada.

9.º “Los de adulteración de provisiones de boca destinadas al suministro de tropas.”

Ahora: “Los de adulteración de víveres y todos los demás cometidos por contratistas o proveedores de cualquier suministro para los Ejércitos con ocasión del mismo” (núm. 5.º). Es, también, un aforamiento por la misma razón que la anterior y, por tanto, tampoco es delito típicamente militar.

10. “Los de contrabando cometidos por individuos del Cuerpo de Carabineros y demás Institutos del Ejército encargados de la represión de dicho delito, aunque delincan con personas extrañas a la jurisdicción de Guerra.” Este número ha desaparecido en la relación actual, remitiéndose, por tanto, a las normas especiales de enjuiciar esta clase de delitos gubernativamente.

11. “Los cometidos con relación a sus asientos y contratos por los asentistas del Ejército.” Está comprendido en el número 5.º actual, que se refiere a los proveedores del Ejército.

12. “Los comprendidos en los bandos que, con arreglo a las leyes, dicten los Generales en Jefe del Ejército y demás autoridades.”

Ahora: “Los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades.” Sustancialmente iguales.

13. “La celebración, por los respectivos párrocos, de matrimonios contraídos por individuos de las clases de tropa, antes de los plazos marcados en el Código.”

Ahora se ha suprimido, puesto que, evidentemente, no era delito militar y las competencias con la jurisdicción eclesiástica eran de difícil conceptualización y trámite.

14. “Los que por leyes especiales se atribuyan a la jurisdicción de Guerra.”

Ahora: “Los demás delitos comprendidos en este Código, incluso aquellos a que se refiere el artículo 194, y los que las leyes especiales atribuyen a la jurisdicción militar.”

En la Ley Orgánica y Atribuciones de los Tribunales de la Marina se contenía, además, en el número 8, “los de robo o hurto en buques apresados o encontrados en el mar o convoyados por buques de guerra”.

Ahora, en el núm. 8.º, también de la relación unificada, se dice “los de robo y hurto en buques, aeronaves o material cogido al enemigo, apresado, encontrado en el mar o convoyado por buques o aparatos de guerra”. De contenido idéntico, posee ahora una redacción más técnica que la anterior.

9.º “Los de piratería, cualquiera que sea el país de los acusados.” Ahora, igual. Es una prórroga jurisdiccional evidente.

10. “Los de naufragio, abordaje, arribada y los que se hallen consignados en las leyes de Marina y que se cometan con ocasión de las represalias.” Igual.

11. Se refiere a “las infracciones de la legislación de Marina en lo referente a la Policía en las naves, puertos, zonas marítimas, así como también la contravención a los Reglamentos de pesca, en las aguas

saladas del mar". Aunque tampoco son delitos típicamente militares, en el nuevo Código se reproducen íntegramente.

Se han añadido a las relaciones viejas dos nuevos preceptos, que se numeran correlativamente 3.º y 6.º

El primero tiene su precedente en la ley de 23 de marzo de 1906, con el propósito de "dotarle de permanencia y evitar que poseyera una vida esporádica, dice el preámbulo del Código nuevo, sujeta a los vaivenes de la política". Dice así: "Los de ultraje, insulto, ofensa o menosprecio, claros o encubiertos, a la nación, su bandera, el himno nacional, los emblemas o insignias militares, cometidos por cualquiera de los medios mencionados en el número anterior" (injurias, calumnias, atentados, desacatos, etc.). Es reproducción del artículo 123 del Código común ordinario. En realidad no se trata de un delito genuinamente militar, sino político fundamentalmente.

Se añade también: "Los que cometan los obreros eventuales no filiados y, en general, el personal paisano contratado de los Centros, dependencias o establecimientos militares, con motivo u ocasión del servicio o trabajo que presten, de la utilización o empleo del material que se les entregue, de las relaciones laborales con superiores y compañeros y de la consideración que se les otorgue en el propio trabajo." "De este modo —dice el preámbulo— se atribuye de modo permanente a la jurisdicción militar la competencia para conocer de esos delitos que, inspirados en móviles sociales y políticos y en campañas antimilitaristas, produjeron tantas perturbaciones del orden y de la disciplina, merecedores de rápida y ejemplar sanción." No es, como se ve, un criterio de riguroso tecnicismo el que ha creado esta norma, sino meramente circunstancial y de orden extramilitar. Por tanto, no son estos hechos delitos militares "per se", sino un aforamiento por razón de la persona responsable o la causa o móviles que los movió.

Se ensancha, asimismo, la competencia respecto de las faltas, atrayendo a la jurisdicción militar el conocimiento de todas aquellas infracciones que aunque de carácter leve, en razón de su cuantía, son de igual naturaleza o características que los delitos comunes, de que conoce la propia jurisdicción, cual ocurre con las faltas de hurto, lesiones, estafas, sustracciones de efectos o caudales militares. Se comprenden también las leves desobediencias y ofensas a instituciones nacionales o militares que deben ser sancionadas por la jurisdicción militar y, en general, las que cometan los aforados, salvo aquellas que la autoridad competente estime que no afectan a las instituciones, al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de las clases militares. De este modo se llena una evidente laguna que existía en los Códigos actuales, que al no atribuir expresa competencia a la jurisdicción militar para conocer de estas faltas, daba lugar a numerosos e inmotivados desafueros o a que quedasen sin sanción.

El fuero especial, al abarcar a "toda persona" que cometa estos delitos, invade la zona del fuero común sustrayéndole "los paisanos" que cometan —como autores, cómplices o encubridores— estos delitos, legalmente militares "per se". Gana sin perder.

b) *Por razón de la persona.*—Por esta razón, “es competente la jurisdicción militar para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones”.

Con ello se ha establecido un auténtico fuero de tipo personal, ya que los militares, por el solo hecho de serlo, salen del fuero ordinario civil y se infucdan o vinculan al suyo, especial y privilegiado. Sólo quedan excluidos en los delitos que produzcan el desafuero. Así decía el Código viejo:

1.º Contra militares en servicio activo, ya se hallen desempeñando sus cargos o en situación de reemplazo, cuartel, reserva, supernumerarios o con licencia temporal y cualquiera que sea su destino, siempre que figuren en las escalas o cuadros de Armas, Cuerpos, Institutos, Establecimientos y Academias del Ejército, aunque sea con carácter eventual, mientras dependan del Ministerio de la Guerra o cobren sueldo o haber por el presupuesto del mismo.

Ahora dice: “Contra los militares en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino.” Con esta fórmula se comprende la específica del anterior y se eliminan las interpretaciones capciosas por restrictivas. Se aclara seguidamente: “Para los efectos de este Código, se comprenderá en la frase genérica de “militares” los Ministros del Ejército, Marina y Aire, aunque sean paisanos, y los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas o Institutos, Centros u Organismos dependientes de los tres Ministerios.”

“*Los auxiliares u operarios eventuales* no filiados de fábricas, fundiciones, arsenales, astilleros, maestranzas, aeródromos u obras militares, sólo en los casos en que cometan delitos militares según el número 6.º del artículo 6.º

Los empleados temporeros, eventuales, o contratados de ambos sexos, estarán equiparados, a los efectos del fuero, a los del párrafo anterior.”

“*Los paisanos* que por disposición del Gobierno sean movilizados o militarizados con asimilación o consideración militar, efectiva u honorífica, mientras se encuentren en tal situación, perciban o no sus haberes o devengos con cargo a los Ministerios del Ejército, Marina o Aire.”

“*Los oficiales o Suboficiales de Complemento* y aspirantes a ambos empleos, cualquiera que sea su procedencia, se considerarán militares durante el tiempo que se encuentren prestando servicio o incorporados al mismo.”

“*Los alumnos de las Academias militares*, salvo que no puedan ser castigados por indisciplina militar.”

“Los individuos de los Cuerpos militarmente organizados... cuando presten servicios que dependan de los Ejércitos.”

2.º “Contra los individuos que extingan condena en establecimientos militares.” Igual.

3.º “Contra los prisioneros de guerra y personas constituidas en rehenes.” Igual.

4.º “Contra las personas que sigan al ejército en campaña.”

5.º “Contra cualquier persona que leyes o disposiciones especiales sometan a la jurisdicción militar.” Es nuevo, pero no era necesario porque las leyes especiales les aforaban aun sin esta referencia.

Este criterio permite aplicar a los Tribunales militares las leyes penales comunes u ordinarias, ya que el “aforamiento” es para toda clase de delitos, civiles como militares. Es un criterio universal, no compensado por igual consideración a los tribunales ordinarios.

c) *Por razón del lugar.*—La jurisdicción militar es competente para conocer de las causas que, *contra toda clase de personas*, se instruyan por los que, sin estar comprendidos en el artículo 13 (desafuero) se enumeran a continuación. Esta vieja redacción legal se ha cambiado por la siguiente en el actual de 1945:

Es competente para conocer “de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el artículo 16 de este Código se cometan”:

1.º “En los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias y demás establecimientos de Guerra, aunque al cometerse el delito no se alojasen tropas ni estuviesen ocupados por material o efectos militares.”

En el precepto nuevo se ha añadido: “los campos de concentración, de moderna creación, o maniobras”, que antes no figuraban. Es un criterio excesivo.

2.º Está tomado de la Ley Orgánica de Atribuciones de los Tribunales de la Marina; Código viejo (art. 9.º). “En las aguas del mar, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, *de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado...*” Está añadido lo subrayado.

GÓMEZ ORBANEJA hace el siguiente comentario: “Por derecho internacional, el mar territorial, o aguas jurisdiccionales, es territorio español. El precepto del Código Marítimo ha de ser completado con el número 12 del artículo 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del cual es su expresión el texto comentado. En el mar están comprendidos los puertos, bahías, radas (ríos navegables) o cualquier otro punto de la zona marítima de la nación, según se desprende de la enumeración que se hace en el número 3 del citado artículo 9.º, a propósito de los delitos cometidos a bordo de embarcaciones mercantes.

3.º Los cometidos en fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas que afecten a la seguridad de las mismas o tiendan a alterar en ellas el orden público.” Es igual que el anterior.

4.º Los comunes o especiales cometidos en territorio declarado en estado de guerra, que las autoridades o jefes militares incluyan en los bandos que dicten con arreglo a las leyes.” Sin novedad aparente con el anterior.

“También en orden al lugar se extiende la jurisdicción a los delitos comunes cometidos en posesiones o zonas del Protectorado espa-

ñol y cuyo conocimiento no se reserva de modo expreso a los Tribunales de jurisdicción ordinaria o especial. (Del prólogo del Código de Justicia Militar actual.)

Además se debe añadir el nuevo precepto referente al espacio aéreo que también prorroga el fuero a una extensión extraordinariamente amplia. Así dice que la jurisdicción militar conocerá de los delitos cometidos "en el espacio aéreo sujeto a la Soberanía nacional o de Protectorado, a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantiles extranjeras antes de pasar la frontera aterrigen dentro de la zona española o dañen a seres, cosas o intereses de ésta y en las demás aeronaves nacionales, sin perjuicio de las excepciones..." Es expresión del criterio predominante en el derecho aéreo, que no hace alusión a leyes militares de excepción.

Es criterio en el más fuerte de los tres, porque atrae a todas las personas que actúan y a todos los delitos que se cometan, en los terrenos o dependencias indicados, sin otra consideración ulterior. Es como ser eco del viejo derecho de inmunidad territorial de los fueros históricos ya abolidos.

d) *La excepción y el concurso en las competencias.*

El fuero castrense experimenta alteraciones que se centran bajo dos normas o conceptos teóricos, complementarios de las reglas generales: la excepción de éstas y su confusión o mezcla. Se refiere la primera al llamado "desafuero", y las segundas, a la prórroga jurisdiccional que resulta del juego de sus elementos determinantes cuando éstos se dan conjuntamente mezclados o confundidos con otros de fuero ordinario o común. Es un concurso de elementos heterogéneos en contraposición al homogéneo, o mezcla de elementos de la misma clase jurisdiccional o fuero (materia, persona y lugar), al cual sirven las reglas generales ya estudiadas.

1) *El "desafuero" militar.*

Se conoce como tal, en la técnica jurídico-procesal, aquella relación de delitos que se sustraen a las reglas ordinarias que fundan el fuero militar y son sometidos, siempre y sin condiciones, a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, los militares y las personas a ellos asimiladas (artículo 16 C. J. M.). Es como un fuero del fuero, o como un pequeño Código penal universal de todos los ciudadanos de una nación.

"Como en rigor, dice GÓMEZ ORBANEJA, el fuero personal es inseparable de la calidad personal del responsable y de la naturaleza del delito imputado, no es propiamente que el fuero se pierda o desaparezca sino que no ha existido." Pero como en nuestro sistema las reglas de aforamiento son prácticamente universales, pues las que se dan por razón de la persona —*rationae personae*— son tan amplias en el

Código Militar que comprenden a toda clase de delitos, la excepción de esta excepción es un "desafuero", y por ello norma especialísima de la especialidad y, consecuentemente, preponderante a toda otra en la solución de los conflictos jurisdiccionales. Tales delitos son:

1.º "Atentados, desacato, resistencia y desobediencia a las autoridades militares" (art. 16, núm. 1.º). Este apartado es de vieja ascendencia nacional, pues planteado el conflicto al Rey Fernando VII lo resolvió dando preferencia a la ley de la razón sobre la fuerza. En este Código se ha añadido los dos últimos delitos: "resistencia y desobediencia" para estar de acuerdo con el Código penal.

2.º "Falsificación de moneda y billetes de Banco, etc."

3.º "Falsificación de firmas, sellos, marcas, efectos timbrados, documentos de identidad, pasaportes, salvoconductos, etc., que no sean militares."

4.º "Adulterio, estupro, aborto, abandono de familia." Los dos últimos, añadidos en el nuevo texto legal.

5.º "Injuria y calumnia, que no constituyan delito militar."

6.º "Infracción de leyes de aduanas, abastos, transportes, contribuciones a arbitrios, etc." Añadido los abastos y transportes.

7.º "Los cometidos por medio de la imprenta que no constituyan delito militar."

8.º "Los cometidos por los militares en el ejercicio de función propia o destino o cargo civil, o con ocasión de ellos." Es un desafuero personal.

9.º "Los delitos comunes cometidos durante la desertión."

10.º "Los cometidos antes de que el culpable perteneciese o prestase servicio, en cualquier concepto, al Ejército."

11.º "Las contravenciones a los Reglamentos de policía o buen gobierno y las faltas comunes no penadas especialmente en este Código, etc."

12.º "Todas las infracciones que, no estando comprendidas en el artículo 6.º, se reserven expresamente a los tribunales ordinarios o especiales, cualquiera que sea la condición de la persona que las cometa."

De donde resulta la regla preferente y excluyente de que la competencia del "desafuero" debe ser examinada antes que toda otra, y si éste tuviera lugar hay que declinar la competencia especial. Es como una competencia *rationae materiae* privilegiada y, en cierto modo, concorde con la regla del artículo 18 del Código Militar, que confiere la preferencia a la jurisdicción a quien le corresponde por razón del delito. Por ello, tras los delitos desafuorados entran en la estimación competencial los especiales militares.

2) La conexión procesal.

La conexión es un concepto criminológico que actúa en la mensuración de las penas y en la distribución de las competencias. Existe conexión delictiva cuando concurren varios delitos en un sólo hecho procesal, porque forma un complejo delictivo unitario. Teóricamente,

se parte de la idea más simple; a cada hecho le corresponde un delito, un autor y una pena, o al menos se corresponden delito y pena. Prácticamente la idea se complica y en muchos, hechos procesales se dan varios delitos, y entonces surge la conexión delictiva. Tal ocurre cuando el hecho constituyere dos o más delitos (concurso ideal), porque concurren dos o más normas infringidas simultánea o sucesivamente, como en el atentado a la autoridad con lesiones, o bien que uno de los delitos haya sido medio necesario para cometer otro u otros. Están ligados como la causa al efecto (concurso real). En ambos casos se da una unión interna o hipostática, haciendo único el supuesto ideal. El Código penal acoge ambos supuestos al reglar la mensuración de las penas (art. 71). En ambos casos se da una auténtica conexión interna o material.

Existe además una conexión formal o procesal, de mero valor práctico en la persecución delictiva y, por tanto, válida para la solución de los conflictos jurisdiccionales. Se caracteriza porque la unión de los delitos no procede de su concepción teórica o técnico-jurídica, sino de su verificación práctica, pudiendo, esto no obstante, actuar como separados. Tales son los casos que se comprenden bajo la denominación de conexión subjetiva, por su unión a través de la persona que los comete. Son los que se consideran en el Código de Justicia Militar en el artículo 22, al delimitar la competencia entre tribunales que la discutan entre sí.

Si en cada uno de estos casos complejos se combinan elementos afórados materia o delito, lugar o personas— con otros que son libres o comunes, surgirá la discrepancia y la cuestión a discernir entre ellos. ¿A quién se debe remitir la competencia? ¿Al juez civil? ¿Al militar?

A estos efectos, el Código de Justicia Militar contiene una norma incomprensible en su artículo 18, que dice así: "Cuando dos o más jurisdicciones se consideren competentes para conocer de un mismo procedimiento, tendrá preferencia la que lo sea por razón del delito o falta, después la que lo sea por razón del lugar y, por último, la que lo sea por razón de la persona".

A los efectos de este artículo se entenderá que la jurisdicción ordinaria *sólo gozará de preferencia* para conocer de las causas seguidas contra militares cuando se instruyan por delitos comprendidos en el artículo 16 (desafuero).

El supuesto ideal considerado en este precepto parte de la idea de un delito en que la materia, la persona y lugar pertenecen cada uno de ellos a jurisdicción diferente; el delito, a la civil, por ejemplo, y, en cambio, la persona, a la militar o bien el lugar. En esta confusión de elementos *sólo* dice el texto, *la jurisdicción ordinaria* conocerá de los delitos desafortados. En esto es concorde con los artículos que regulan la competencia por la materia, con lo que es evidente que el primer párrafo no puede actuar nunca.

De otra parte, considerados los tres elementos distribuidores de competencias, es evidente que el lugar es el que posee mayor vis atractiva, pues actúa sobre todas las personas que delinca en uno determi-

nado y en todos los delitos ejecutados en el mismo. Luego atrae paisanos y delitos civiles. Le sigue en vis atractiva el delito militar, ya que cubre a todas las personas que los cometan, aunque sean paisanos. Sustrae, pues, este elemento a la ordinaria Y, por último, lo está la persona, que si no atrae nada a la ordinaria evita que ésta lo haga con los militares delincuentes ordinarios en delitos que no sean desafortunados. Por tanto, la preferencia que se establece en el artículo está en pugna con las normas generales de distribución o atribución de competencias, que resuelven los conflictos por sí propias, sin necesidad de esta preferencia, que no puede actuar por contraposición con aquéllas.

a) *Casos complejos.*—“*Delito no reservado pero cometido por dos o más personas de distinto fuero*” (delito común y personas de distinto fuero): 1.º Si el lugar está declarado en estado de guerra, conoce la militar. 2.º Si no lo está, la ordinaria. Hay un desafuero por conexión personal anómalo.

“*Hecho definido como delito militar y al tiempo es delito común u ordinario*” El hecho está comprendido en dos preceptos diferentes, tanto de clase como esencia. Se da un concurso de leyes o normas (artículo 21). Es competente la jurisdicción militar. Razón: por ser ley especial, sin duda. Pero si los delitos tuvieran señaladas penas distintas debería aplicarse la regla de la pena más grave del artículo 68 del Código penal común y remitirle al tribunal que fuera competente, o, al menos, mandar aplicar, por esta regla, el Código más grave.

Si el hecho es delito en la ley ordinaria, y falta, en cambio, en la militar, ejemplo, los juegos prohibidos, dice GÓMEZ ORBANEJA, corresponde a la ordinaria, “por no atribuirse en las leyes especiales más que como falta” (A de 4 de junio de 1907).

“*Hecho constitutivo de dos o más delitos* (concurso ideal) *de que deban conocer jurisdicciones distintas*”. Antes atraía la jurisdicción la que tuviera aforado el delito más grave. Ahora es competente la militar, sin distinción de clases. Es consecuencia natural de la atracción por razón de la persona.

b) *Delitos conexos.*—Regla general: “La jurisdicción que conozca del delito principal conocerá de los conexos.”

“Es principal el que tenga señalada la pena más grave” (art. 22). Es un criterio cuantitativo y no funcional.

La regla difiere esencialmente de la anterior, que también prevé casos de conexión o de concurso ideal de leyes.

Se consideran conexos, a estos efectos:

1.º “*Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas*”. Es una mera conexión subjetiva, porque el delito o delitos son realizados por dos o más personas conjuntamente. Existe un auténtico concurso de autores o personas sólo. Unión en la concepción y en la ejecución.

2.º “*Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello*”. Persiste el concurso personal, pero a través del tiempo y espacio. Esto es, sucesivamente. Están unidos en el propósito. De no haber conexión en la idea serían

hechos totalmente libres e independientes. Es otro caso de conexión subjetiva.

3.º “*Los cometidos como medio para perpetrar delitos o la aplicación de penas menos graves*”. Se trata de un auténtico concurso real, que el Código común define al aplicar las penas, al decir que existe cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro (artículo 21). Esta necesidad puede ser del orden técnico —medio teóricamente necesario— o de orden táctico —medio ocasional necesario—, o sea buscado o adoptado por los delincuentes en aquella ocasión. Para ambos casos es válida la regla que, como se ve, difiere en esencia de la anterior, que trata del concurso ideal.

4.º “*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos o la aplicación de penas menos graves*”. Es una conexión real *est post facto* que posee tratamiento procesal unitario y sin embargo puede fácilmente distinguir uno de otro delito. El realizado y el sirviente o encubridor.

5.º “*Los diversos delitos que se imputen a un procesado al incoarse contra el mismo causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces objeto de procedimiento*”. Es sólo una regla de orden práctico y sin relación con la conexión verdadera, puesto que los delitos no poseen elemento común que los una o engarce en una relación jurídica común. Es un criterio meramente práctico o de índole pragmática, de economía procesal, muy difícilmente cohonorable con las reglas generales distributivas de las competencias militares, desde un punto de vista rigurosamente técnico.

e) *Sus notas típicas.*

Como el fuero castrense se articula sobre un Código penal profesional, una ley procesal propia o adecuada al mismo y además existen tribunales militares organizados corporativamente para la instrucción y el fallo de las causas aforadas, existe la posibilidad real de entablar con él diálogo y, por tanto, plantear auténticas cuestiones de competencia o jurisdicción, resolubles, en último grado, por un tribunal mixto supremo e inapelable. En una palabra, el fuero militar, a diferencia de los fueros externos o establecidos en favor de personal dependiente de organismos jurisdiccionales no nacionales, está organizado jurídicamente, ya que admite la discusión *vis a vis* con la jurisdicción ordinaria y no es impedimento para la exigencia de la responsabilidad correspondiente, sea en vía civil o vía militar.

Este fuero se encuentra actualmente unificado en un solo Código de Justicia militar de 1945, en el cual se han fusionado, con loable criterio, los clásicos de tierra, mar y aire. Jurídicamente es un “fuero reservado” y, por tanto, singular y privilegiado frente al común u ordinario, pero no frente a los fueros de excepción o privilegio, como son los de los procuradores en Cortes o el judicial. En nuestro Derecho, lejos de ser eminentemente profesional, prorroga su alcance ex-

traordinariamente fuera de los límites a que le correspondería por razón de la materia, e incluso logra expansión para conocer de las consecuencias de orden civil, no obstante ser derivadas de materia tan técnico-jurídica como las leyes de este nombre. Actualmente esta expansión está favorecida por leyes de excepción que sólo están justificadas en los últimos casos de alteración del orden público con caracteres extremos de subversión similar a un estado de belicismo, y además le está autorizado la aplicación del Código penal común y leyes de este tipo, invadiendo su terreno en contraste con el veto que se opone a los tribunales ordinarios para hacer lo propio con el militar. Indiscutiblemente, posee una expansión o alcance inusitado en un orden jurídico rectamente concebido y realizado, aun estando orgánicamente articulado con indiscutible buen sentido técnico-militar.

f) *El fuero administrativo:*

Teóricamente, la Administración carece de fuero, en el riguroso sentido de la palabra, para conocer y fallar las causas que afectan al orden y disciplina burocrática, como ocurre con el fuero militar estudiado. Esto responde al axioma jurídico o político de separación de poderes, atribuyendo "exclusivamente" a los Tribunales de Justicia (el tercer poder) la facultad de conocer de los delitos y sus consecuencias, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. (Art. 2.º L. O.)

Sin embargo, existe una casuística de delitos administrativos, en cuanto protegen o tutelan la recta actividad de la Administración y sus funcionarios, como son los delitos catalogados en el Código penal como delitos contra los funcionarios públicos, los que van contra los intereses generales del Estado, etc. Pero legalmente, no constituyen base de un Código especial, ni fundan jurisdicción propia, aparte de la común u ordinaria. Aun dando por supuesta la existencia de delitos administrativos, como los hay militares, también es cierto que se carece de fuero singular y privilegiado para ellos y que sus individuos son sometidos a la normativa procesal común, sin protesta de la razón ni el bien común.

En cuanto a las faltas conviene advertir que, a pesar de que el Código penal (art. 603) declare que sus disposiciones "no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competen a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les está encomendada por las mismas leyes", ello no genera fuero singular alguno, en el riguroso sentido de esta voz, sino que se limita a establecer un sistema de represión policial para "todos los ciudadanos", sin distinción especial entre ellos y por infracciones de esta clase.

Lo expuesto no supone negar el derecho de la Administración a dictar ordenanzas de tipo disciplinario profesional, como lo hace en consideración al buen funcionamiento de los servicios, lo que constituye un auténtico fuero disciplinario administrativo. Ello no empece

que el Estado estatuya, en último grado, las más graves sanciones de tipo criminal para los actos que posean rango delictivo (Derecho penal común); para señalar e imponer sanciones de tipo pecuniario a las infracciones de tipo tributario o fiscal, sin dotarles de carácter criminológico por una prudente política de captación impositiva, las que son revisables, en último grado, en la vía contencioso-administrativa, y llegar a establecer sanciones e incluso tribunales de tipo policía, como ocurre en los transportes, en las infracciones de carreteras... Pero normalmente no existe el fuero en su genuino sentido. A lo más que podría hablarse del mismo sería en aquel, puramente ideológico, que lo consideraba como una reserva legal para determinadas esferas profesionales o cívicas de un país por razones meramente técnicas, pero no de clase o personal. En efecto, el policíaco y, todos los demás, está dado para todos los ciudadanos que infrinjan sus normas técnico-legales. Por ello a este fuero le faltan leyes singulares de procedimiento, tribunales propios y penas y penitenciarias propias. Así se aclara al comentar este artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que coloca éste tras del fuero castrense, que se trata de relaciones jurídicas de naturaleza diferente, unidas sólo en la referencia legal por la exclusión del orden judicial común.

Sin embargo, la Administración se ha reservado o se ha retenido para sí parte de la jurisdicción que históricamente estuvo adscrita a la Corona y que, no obstante la evolución jurídica del derecho administrativo de las últimas centurias, no se ha logrado detraerle de este sector político. Es la llamada jurisdicción retenida, una parte de la cual constituye un singular fuero penal administrativo concretado en sus tribunales penales de contrabando y defraudación, e incluso en los monetarios, que por poseer organización jurisdiccional propia, leyes penales y procesales *sui generis*, forman como un fuero legal, aunque personalmente no posea carácter personal, pues en definitiva estos organismos están fundados para *todos los que delincan fiscal* y económicamente. Es, pues, un fuero impropio, sólo orgánico (8).

1) *La jurisdicción de contrabando y defraudación.*

Este fuero fiscal, que posee tradición en nuestro Derecho histórico, había evolucionado al compás del progreso jurídico hacia su fusión en el cuadro de las instituciones jurisdiccionales de la nación y atribuir a las Audiencias Provinciales, Tribunales de lo criminal, su co-

(8) Sobre esto ver *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las cuestiones penales*, de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en Rev. de D. Procesal, núm. 1, 1957, pág. 29. En los casos en que un mismo hecho esté sancionado a la vez por la ley penal y administrativa (como falta), como no puede ser castigado dos veces, se han dado las reglas siguientes: a) tienen preferencia los Tribunales penales (D. c. 25 febrero 1898); b) si los particulares acuden a los Tribunales denunciando un hecho, no puede admitirse la interposición administrativa para hacerles cesar (D. c. 30 julio y 23 agosto 1904); c) perseguido el hecho por el Juzgado, no puede serlo después por la Administración.

nocimiento en parigual estimación que los delitos comunes. La reciente Ley de 20 de diciembre de 1952, con el Decreto de 11 de septiembre de 1953, ha dado un paso atrás en esta evolución y se ha retenido íntegramente para la Administración tributaria el conocimiento de los delitos de contrabando y defraudación. Razones: que los veintitrés años de vigencia de la Ley de 14 de enero de 1929 han demostrado que su sistema no era suficientemente eficaz para luchar contra el fraude; la gran extensión lograda por esta delincuencia actualmente; que estos delitos no lo son comunes, sino más bien actos contra la hacienda pública... Ninguna de ellas razones suficientes para derogar las normas generales del fuero común. Son bases de este nuevo orden, los delitos que afora. Es contrabando la ilícita importación, exportación, producción, circulación, comercio o tenencia de géneros estancados o prohibidos, y defraudación la circulación, fabricación, obtención de géneros o efectos sin pagar los impuestos establecidos para ellos.

Para ello se separa del proceso ordinario judicial y se organiza una jurisdicción especial administrativa, creándose Tribunales Provinciales de Contrabando y otro Tribunal Superior, que conocerá de los recursos de alzada interpuestos contra los fallos de los anteriores. Agotada la vía jurisdiccional administrativa, se reserva el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, con notoria desviación de su cauce penal natural. Pero esta jurisdicción es para *todos* los que delincan. No hay aforamiento personal alguno.

2) *Jurisdicción de delitos monetarios.*

Erróneamente concebida la materia de los delitos monetarios como de naturaleza fiscal o tributaria, se ha emplazado su jurisdicción, por su Ley fundacional, de 22 de noviembre de 1938, en la Administración—Ministerio de Hacienda—. En realidad, estos delitos son de fondo económico o financiero que atacan las bases fundamentales de la circulación de la moneda de un país y no la consideran como elemento fiscal o de tributación.

El Estado no aparece aquí como un interesado en la percepción de un impuesto que se evade, sino como regulador de un *modus vivendi* económico adecuado al nivel de vida media típico de una nación.

Esto no obstante, la ley de 1938 creó un Juzgado de delitos monetarios, unipersonal y con el personal auxiliar adecuado, para conocer y fallar exclusivamente esta clase de delitos, que por ello se sustraen a la competencia común ordinaria: ocultación y atesoramiento ilegal.

Creado por el Decreto de 1938 un Tribunal único y Central para ver las apelaciones correspondientes a este Juzgado, fué sustituido por ley de 20 de diciembre de 1952, que suprimió este Tribunal y fundó el de Contrabando y Defraudación, y asumió la función revisora en apelación del antiguo, ratificando así la vinculación administrativa anterior. Su competencia se refiere a las apelaciones contra las resoluciones del Juzgado de delitos monetarios superiores a 10.000 pesetas. Su característica foral es, por tanto, como el anterior. No hay fuero auténtico,

sino mera retención o reserva jurisdiccional. Fuero en el aspecto orgánico sólo.

g) *¿Existe fuero universitario?* (9).

El fuero universitario es un fantasma histórico agitado a veces, en que el interés o la conveniencia ocasional lo exige, para la protección de algún derecho de no muy clara prosapia. Nació por la propia razón que nacieron sus coetáneos los fueros especiales de la Edad Media y con el fin de proteger a los escolares y maestros que acudían a las nuevas Universidades que se fundaban. Aunque, en el fondo, el fuero universitario fundacional de cada Universidad es semejante uno al otro, existen notas singulares entre ellos que vamos a exponer sucintamente, en algunas de las principales Universidades españolas.

La de Salamanca, fundada por Alfonso IX, y aunque no se ha llegado a la carta de fundación, aparece entre sus privilegios, según la confirmación de Fernando III, la concesión de jurisdicción especial a favor del Obispo de la ciudad, asistido del Deán y Prior de Predicadores, del guardián de los descalzos y otros, "sobre todo lo que acaeciese de contienda o de pelea entre escolares". El fuero es reconocido, en general, por Alfonso el Sabio en las Partidas (P.^a 2.^a tít. 31 y ley 6.^a), en el que aparece el rector como juez de las deshonras y entuertos y se le concede el derecho de comparecer, el aforado, ante el Juez del Fuero en sus demandas civiles; de que en tiempo de Juan XXII fué investido el Maestre escuela con la jurisdicción civil y criminal de "doctores, maestros, licenciados, bachilleres, estudiantes y familiares", así como las de sus empleados de la Universidad y sus parientes.

Esta jurisdicción del Maestre escuela es confirmada reiteradamente por los reyes posteriores, llegando Don Enrique III —18 agosto 1391— a expedir un privilegio en el sentido de que la justicia secular no pueda conocer de las causas sobre estudiantes aforados ni sus familias. El rey Don Juan II dispone (15 abril 1426) que nadie en Salamanca, ni fuera de ella, entre o tome por la fuerza o con armas los edificios de la Universidad, y siglos después, la reina Isabel ordena, el día 30 de mayo de 1484, que "las justicias" seculares dejen libre uso de su jurisdicción al Maestre escuela. El fuero se mantiene a través de los siglos, registrándose en la Nueva Recopilación (ley 18, núm. 2, tít. 7.^o, libro 1.^o), con la condición de que se trata de un privilegio concedido por el soberano, de fuero activo y pasivo, en lo temporal, no pudiendo gozar del mismo cuando se haga resistencia a la Justicia, reduciéndose a los negocios particulares (ley 28). En 1824 termina el fuero del Maestre escuela, desapareciendo definitivamente esta figura en 1831 por virtud de disposición del Papa Gregorio XVI.

La Universidad de Valladolid posee sus privilegios de 1302, entre los que está comprendido el fuero que los mismos Reyes Católicos con-

(9) Los datos han sido recopilados por el alumno de la Escuela Judicial, hoy juez de Primera Instancia, Mateo Lage.

firman en 1487. Es el Rector quien ejercía la jurisdicción eclesiástica y real, como ocurría con el Maestre escuela en la de Salamanca, llegando en 1581 a poner en la Universidad una cárcel para los aforados presos por su orden; catedráticos, maestros, estudiantes y ministros. Se funde en la Recopilación y sigue los azares de la vida política siguiente.

La de Alcalá de Henares posee también el privilegio del fuero, datando sus constituciones de enero de 1510, y se cita en las leyes 9 y 18 del título 7.º de la Nueva Recopilación. Gozando de iguales prerrogativas que las Universidades de Valladolid y Salamanca, es interesante citar la Orden del Consejo Supremo de 1761 por la que se dispone que al fuero académico no corresponde el conocimiento de vacantes y provisiones de capellanías colativas ni juicios de sucesión en vínculos y patronatos laicales, y en 1768 se dice que... no puede conocer el juez académico de... resistencia a justicias o bien cuando se llevaren armas prohibidas ni cuando los asuntos no llegaren a 10.000 maravedís, y excluyen los delitos en que haya herida grave o muerte, aunque intervengan matriculados. El fuero desaparece definitivamente en 1837. La Universidad de Zaragoza gozó de los primeros privilegios que le fueron otorgados por el rey Carlos I —Emperador de Alemania—, confiriendo Fernando VII al Rector jurisdicción privativa civil sobre todos los estudiantes, y la criminal en todos los delitos que cometieren y en las riñas pependencias de los que no resultare muerte o mutilación de miembros en los que hubiera resistencia a la justicia. La de Lérida, primera del Reino de Aragón, cuenta en sus privilegios, conferidos por el rey Don Jaime I en 1300, el del fuero como lo dejamos indicado.

Entrado el siglo XIX con su programa unificador universal y singularmente del fuero nacional, éste queda implícitamente tocado de muerte con la conocida declaración de la Constitución de 1812 sobre la unidad legal española. En el período absolutista de 1824 se dicta (el 14 de octubre) un plan general de estudios en el cual se declara que el Rector goza de jurisdicción contenciosa sobre los que tenían fuero académico, disfrutando fuero civil pasivo, así como criminal, siempre que no se trate de delitos dignos de pena corporal. Las sentencias se apelan al Claustro general.

En el Reglamento de Justicia de 1835 (26 de septiembre) se abolen implícitamente los fueros tradicionales universitarios, ya que no se hallan entre los reservados, y al año siguiente, en el plan general de estudios, ya los estudiantes carecen de fuero activo y pasivo en los delitos o contratos de derecho común, pero el Rector, cuando se cometían en la Universidad, instruía el sumario y tenía que pasarlo, juntamente con el reo, al Juez ordinario en veinticuatro horas. Como en 1837 el decreto de Cortes se declara vigente el título 5.º de la Constitución de 1812 que contenía tal unificación foral, ya no se reconoce el fuero. La ley Moyano de 1857 y el Reglamento de Universidades de 22 de mayo de 1859 no hacen ya referencia alguna al mismo porque estaba muerto. Dictada la ley de Ordenación Universitaria de 29 de

julio de 1943, que deroga todas las disposiciones precedentes a la misma, no hace referencia alguna al viejo y ya caducado fuero estudiantil, y, por último, en el decreto de 8 de septiembre de 1954, en que se dicta el Reglamento de disciplina universitaria, se dice (en el art. 17) que en caso de que las faltas disciplinarias universitarias, reservadas a la Universidad, presenten carácter de delito, el juez instructor académico dará parte a la superioridad y a los tribunales y enviará certificados de los documentos y diligencias que se consideren necesarios para la incoación. Si en algún centro docente ocurriere desorden grave en el que tomare parte la generalidad de los alumnos y no fueran bastante a sosegarle los esfuerzos del jefe del centro... propondrá a la superioridad las medidas que estime necesarias para restablecer el orden... si se cometiere algún hecho de los que sin caer bajo la acción académica están sujetos a la judicial, el jefe de aquél dará parte al Juzgado para que proceda con arreglo a derecho (arts. 33 y 34). Por otra parte, en el artículo 157 de los estatutos de la Universidad de Madrid se decía que no podría ser utilizada la fuerza pública para el mantenimiento de restauración del orden material en el interior de los establecimientos universitarios si no era a requerimiento de la autoridad académica, lo que no impide que si en ella se cometen actos delictivos o atentatorios al orden público, la autoridad gubernativa pueda acudir a sofocarlos o prevenirlos.

En resumen, la Universidad sólo posee un fuero de tipo disciplinario en el interior de la misma, de tipo escolar. Por tanto, todo lo referente a la instrucción, policía y condena de los asuntos criminales se halla sometido al régimen común penal, tanto en lo que afecta a la policía como a la actuación jurisdiccional, y las autoridades de una y otra clase ajustarán su actuación a las leyes que gobiernan su actividad.

h) *Colofón final.*

Las exposiciones didácticas del tema no lo terminan donde aquí se verifica, sino que exponen, bajo el amplio concepto de Jurisdicción, una serie de especies en que su concepto fundamental se divide, por razón de la materia a que se aplica, bajo la rúbrica común clasificadora de jurisdicciones especiales o especializadas, como ocurre con la de los Tribunales de Vagos y Maleantes, la de Abastos con su Fiscalía de Tasas incluso, Tribunales de Menores, Tribunales de represión de la Masonería y el Comunismo..., que en puridad de principios no son fueros auténticos, sino modalidades de ejercicio de la jurisdicción común, puesto que actúan contra "todos los individuos" que delincan o cometan alguna de las infracciones típicas de los mismos. No fundan, pues, fuero especial alguno, ni por razón de la materia, ni de la persona ni del lugar de la comisión.

En cambio, al lado de éstas, sitúan los estudios en sus cuadros clasificadores otras especies típicas de fueros especiales, en el genuino sentido de la palabra, puesto que son sistemas procesales singulares de

determinados sectores de personas a las cuales favorecen, puesto que se inspiran en un sentido de protección o amparo de los favorecidos. Tales son el "fuero parlamentario", instaurado para proteger a sus miembros de los ataques de los poderes enemigos o interesados en impedir su labor de crítica y exposición en el seno del parlamento. Es un fuero de protección de la función que indirectamente defiende a su titular. Impuesto por razones dramáticas de carácter político, está generalmente admitido por la doctrina político-procesal. Actualmente se conserva en España en favor de los Procuradores en Cortes y bajo las notas típicas de la inviolabilidad e inmunidad de los mismos. El "fuero judicial", establecido también en pro de la pureza de la función, cubre a los funcionarios judiciales y fiscales por los delitos presentes que hayan cometido en su función. Se limita a establecer una garantía de selección de las denuncias que contra ellos se dirijan, a fin de evitar que éstas se conviertan en un arma de ruina venganza personal por los fallos que dicten. Es una medida de discreta asepsia procesal, pero que, de ser culpables, tal fuero no existe.

El "fuero" jerárquico, establecido en favor de las personas que pertenecen a la jurisdicción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como son las dignidades eclesiásticas, políticas, administrativas o judiciales del país. La razón del mismo está en su elevada jerarquía nacional, lo que determina el desplazamiento de la instrucción y fallo a la máxima autoridad jurisdiccional para guardar la congruencia orgánica y funcional correspondiente a aquélla. El fuero no es, pues, interno, sino meramente orgánico, y jerárquico, y como está establecido en razones objetivas fundadas, goza del asenso doctrinal común. Finalmente, por una razón de pura cortesía internacional, *comitas gentium*, se conserva el llamado fuero diplomático. De puro carácter personal, sólo cubre a aquellas personas que posean la condición legal que le justifica y no a los lugares donde more la representación. Este comprende a "los príncipes de las familias reinantes, los presidentes o jefes de otros Estados, los embajadores, los ministros residentes, los encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren en España, serán puestos a disposición de sus respectivos Gobiernos" (art. 334 L. O.). Es, pues, un sistema absoluto de aforamiento, ya que la jurisdicción se declina íntegra. Esto no debe ser obstáculo para que se practiquen las diligencias de instrucción necesarias para la determinación del delito y sus circunstancias influyentes en la posible investigación que se verifique en el país de origen, donde no goza de tal fuero.

Como estos fueros no han experimentado ninguna modificación reciente en su estructura y alcance, caen fuera del propósito generador de este trabajo, y dando por supuesta la razón, su necesidad de exposición en un trabajo completo de la institución, no resulta adecuado a nuestro caso, en el que el propósito animador se agota con los expuestos y, fundamentalmente, sus variaciones.

En síntesis esquemática sobre su nota típica más característica, se puede exponer el cuadro siguiente:

Fuero americano. Niega la jurisdicción y es de carácter ocasional y pactado.

Fuero eclesiástico. Interfiere, suspendiendo o negando la jurisdicción. Es de derecho eclesiástico, según los canoistas, y paccionado, según el civil.

Fuero militar. Modifica la jurisdicción de ordinaria en la propia, más rigurosa, y sustrae materia a la común. Es el derecho disciplinario por excelencia.

Fuero administrativo. Retiene la jurisdicción alterando el órgano. Es fundamentalmente de carácter tributario o fiscal y orgánico.

Fuero parlamentario. Niega el ejercicio de la jurisdicción y es de carácter político en favor del escaño.

Fuero judicial. Sólo controla o fiscaliza el ejercicio de la acción jurisdiccional. Es de carácter orgánico funcional.

Fuero jerárquico. Desplaza la jurisdicción del órgano natural o normal a otro de superior rango, Tribunal Supremo. Es de carácter social o preeminencia.

Fuero diplomático. Niega la jurisdicción por razones de cortesía internacional. Es, pues, de este carácter.