

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Isidro Fernández García

SUMARIO

I.- Planteamiento. **II.-** El acceso a la Justicia y el Derecho a los recursos como parte del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva. 2.1. Doctrina general y contenido esencial. 2.2. Legitimación. 2.3. Concepto de indefensión. 2.4. El derecho a los recursos. **III.-** La acusación particular y la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar. 3.1. Antecedentes históricos. 3.2. La situación, tras la STC 179/2004, de 21 de octubre. 3.3. ¿Es posible la acción popular ante la Jurisdicción Militar? 3.4. La acusación particular y la acción popular en tiempo de guerra. **IV.-** El régimen de recursos en caso de sanciones por faltas disciplinarias leves y su adecuación a la Constitución. 4.1. Antecedentes históricos. 4.2. Legitimación constitucional de la potestad disciplinaria y de la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de la misma. 4.3. El recurso contencioso-disciplinario militar. El procedimiento preferente y sumario. 4.4. El objeto del recurso. El problema del recurso por faltas leves. Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo. 4.5. Posibles soluciones. El *habeas corpus* como tutela o medio de revisión jurisdiccional. **V.-** La figura del «imputado» en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar. La parte pasiva del proceso. **VI.-** Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de este trabajo consiste en determinar las peculiaridades en el acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar, analizando su legitimidad constitucional a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho Fundamental a la tutela judicial

efectiva y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente de su Sala 5ª.

Sentado este propósito, y, aunque ello no sea el objeto principal de nuestro análisis, no podemos perder de vista la misma naturaleza de la Jurisdicción a la que el justiciable pretende acceder o cuyas resoluciones aspira a recurrir, ya que de ello se derivará la plena aplicabilidad del art. 24 CE y, por ende del derecho de acceder a los Tribunales Castrenses y de impugnar sus resoluciones.

Por lo que hace, por tanto, a la naturaleza de la Jurisdicción Militar (insisto, a los solos efectos del objeto principal de este trabajo) debemos partir del art. 117.5 CE, del siguiente tenor literal: *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»*. No resulta baladí la incardinación de este precepto en el Título VI CE, *«Del Poder Judicial»*, lo que lleva aparejadas determinadas consecuencias. Quizá la principal y determinante, en lo que a nosotros nos ocupa ahora, es la consideración de la Jurisdicción Castrense como una auténtica jurisdicción con todo lo que eso significa para el Constituyente de 1978. Una vez dicho esto, y examinado el art. 117.5 junto con el resto del articulado de la Norma Suprema y, particularmente del Título VI, hemos de convenir en la especialidad de la Jurisdicción Militar desde el punto de vista organizativo, personal y funcional, tal y como sostiene RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ¹. Especialidad de la Jurisdicción Castrense pero contemplada y, en cierto modo, institucionalizada por la misma Constitución al igual que sucede con la jurisdicción del Tribunal de Cuentas (art. 136.2 CE) y la del mismo Tribunal Constitucional (Título IX CE). Los órganos jurisdiccionales mencionados, junto con la Jurisdicción Militar, ejercen auténtica jurisdicción, aunque no incardinada en el Poder Judicial, constituyendo una excepción al principio de unidad jurisdiccional prevista por la misma Constitución. Y aunque la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOCOJM) proclama en su art. 1 que la jurisdicción militar integra el Poder Judicial del Estado, lo cierto es que esa unidad solo se produce «en el vértice»², es decir, en la Sala 5ª del Tribunal Supremo. De manera que

¹ RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., «Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios», Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 20 y ss.

² Así lo reconoce el propio Preámbulo de la LOCOJM al referirse a las *«dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial»*. (El subrayado es mío).

los órganos judiciales militares (hasta la Sala 5ª del TS) conforman una organización distinta a la que integran los distintos órdenes jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria tanto en cuanto a su estructura orgánica cuanto al estatuto de los miembros de los Tribunales Castrenses (nombramientos, ascensos, régimen disciplinario y la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar) así como al gobierno de la Jurisdicción Militar. Consideradas estas especialidades, pese a la formal incardinación de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial del Estado (art. 1 LOCOJM), no podemos en mi opinión hablar de la Jurisdicción Militar como uno de los órdenes jurisdiccionales que integran la jurisdicción ordinaria. Y en ese sentido parece acertado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ cuando afirma lo siguiente: «[...] no creo posible argumentar, todavía, que lo único que pretendía el constituyente, con la referencia a la jurisdicción militar del art. 117.5 CE que nos ocupa, habría sido garantizar la subsistencia de un orden jurisdiccional militar diferenciado del civil, penal, contencioso-administrativo o laboral dentro de la unidad del Poder Judicial [...]. Si lo que quería el constituyente era integrar la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria no le hubiera sido necesario hacer referencia expresa alguna a la misma como una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, como no la hace –en el art. 117.5 CE– a los restantes órdenes jurisdiccionales»³. Respecto a la denominada por la LOCOJM «unidad en el vértice», la creación en el Tribunal Supremo de la Sala 5ª, de lo Militar por imperativo del art. 123.1 CE supuso la creación en el Alto Tribunal (pero solo en él) de un nuevo orden jurisdiccional : el militar. En este aspecto podemos seguir a JIMÉNEZ VILLAREJO cuando afirma que «la jurisdicción militar subsiste como jurisdicción especial en todos los niveles orgánicos inferiores a la Sala 5ª por lo que en ellos no se reduce a simple orden jurisdiccional. En la Sala 5ª, por el contrario, sí. Allí se disuelve la especialidad y la jurisdicción militar queda transmutada en orden jurisdiccional. [...] La idea de que, con la creación de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, la jurisdicción militar se había transformado, en su más alto nivel y sólo allí, en un orden jurisdiccional que se adicionaba a los clásicos órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y laboral, fue tempranamente acogida por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en los autos que dictó el 13 de julio de 1988»⁴.

³ RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., «Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios», Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, págs. 23 y 24.

⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 129 y 130.

Pero mantener la especialidad –orgánica fundamentalmente– de la Jurisdicción Militar no significa que ello por sí solo implique ausencia o merma del Derecho Fundamental a la tutela efectiva (particularmente en lo relativo al acceso a la justicia y a los recursos) o del juez ordinario predeterminado por la ley que la Constitución exige de cualquier órgano jurisdiccional, incluidos los Tribunales Castrenses. Por otra parte, el art. 117.5 de la Norma Suprema ordena que en su ejercicio se respeten los principios de la Constitución, referencia, a mi entender, innecesaria dada la configuración realizada por la Constitución del ejercicio de la potestad jurisdiccional y de la inclusión de la referencia a la Jurisdicción Militar en el Título VI relativo al «*Poder Judicial*». De manera que, con arreglo a la Constitución de 1978, sería impensable, pues, la existencia de un órgano que ejerza potestades jurisdiccionales –perteneciente al Poder Judicial o no– que no se ajuste a los principios constitucionales, es decir, independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la ley. Y del mismo modo resulta imposible jurídicamente que un órgano jurisdiccional (no olvidemos, órgano «constituido» por la Norma Suprema, se incardine o no en el Poder Judicial) no dé adecuada y plena satisfacción al ejercicio de los Derechos Fundamentales, particularmente a los contenidos en el art. 24 CE que, como veremos más adelante, se configuran como derechos de prestación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Respecto a la debatida naturaleza de la Jurisdicción Militar resulta sumamente reveladora la STC 113/1995, de 6 de julio donde se realizan

Añade a continuación este autor (en ese momento, Presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo) que, en relación a los conflictos entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Sala 2ª del Tribunal Supremo que pendían ante la Sala de Conflictos de Jurisdicción, «[c]omo consecuencia de la desaparición del Consejo Supremo y la asunción de sus competencias penales por la Sala 5ª, aquellos conflictos pasaron a estar planteados entre esta Sala y la Sala 2ª. La Sala de Conflictos declaró que los conflictos planteados con anterioridad ya no eran de jurisdicción –porque la Sala 2ª y la 5ª del Tribunal Supremo no pertenecen a jurisdicciones distintas– y habían pasado a ser conflictos de competencia entre órganos de distinto orden jurisdiccional, por lo que, en lugar de resolverlos, para lo cual reconoció su falta de competencia por no tratarse ya de conflictos de jurisdicción, los trasladó a la Sala especial constituida en el Tribunal supremo, por disposición del art. 42 LOPJ, para la resolución de los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre órganos pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales [...] Por el contrario, cuando la cuestión se plantea entre juzgados o tribunales de la jurisdicción ordinaria y los órganos inferiores de la jurisdicción militar, la resolución de la misma la asume la Sala especial de Conflictos de Jurisdicción prevista en el art. 39 LOPJ. ¿Qué quiere decir esto? Es bien sencillo: en primer lugar, que se reconoce la existencia de una jurisdicción militar especial distinta de la ordinaria y, en segundo lugar, que cuando la jurisdicción militar llega a su vértice, que es la Sala 5ª del Tribunal Supremo, pierde su originaria especialidad y se funde en la jurisdicción ordinaria. Como se ve, es bastante exacto hablar de la sala 5ª como de un vehículo de comunicación entre ambas jurisdicciones». (Los subrayados son míos).

algunas trascendentes afirmaciones. Así declara que «[q]ueda, pues, delimitada la competencia de los Tribunales militares por el art. 117.5 de la Constitución, en términos que no son necesarias otras previsiones para excluir su intervención más allá de lo previsto en el citado precepto. Y si en él se establece que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución», es claro que ésta exige una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la Norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la Constitución, en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución». Continúa señalando que «la adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables, se ha llevado a efecto por la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que, dotando a los órganos judiciales militares de las garantías de independencia e inamovilidad, culmina con la creación en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar integrada, como todas las demás de dicho alto Tribunal, en la cúspide del Poder Judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo en los términos y con la salvedad que señala el art. 123.1 de la Constitución». Y, en lo que a nosotros nos interesa, con cita de la STC 204/1994, realiza una afirmación capital: ««El reconocimiento por la Constitución, y ésta es la primera afirmación que debe consignarse, de una «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE, inciso 2.) no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. El propio art. 117.5, inciso segundo, CE solo prevé la existencia de una jurisdicción militar «de acuerdo con los principios de la Constitución», entre los cuales ocupa una posición central el que se traduce en el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. La jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4; 180/1985, fundamento jurídico 2.; 60/1991, fundamento jurídico 4.) ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva⁵. Esta misma idea se encuentra corroborada, en negativo, por el art. 117.6».

⁵ Los subrayados son míos.

CE cuanto al declarar lapidariamente que «se prohíben los Tribunales de excepción», excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley». Y sigue el Supremo Intérprete de la Constitución citando su resolución anterior: «La Sentencia examina después con detalle los arts. de la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, relativos a la independencia e imparcialidad de los titulares de dicha Jurisdicción, adaptándola así a los principios de la Constitución; y ese examen de diversos preceptos (arts. 1, 2, 3, 5 y 6) se cierra con la siguiente referencia a los arts. 8, 9 y 118: «El art. 8 declara que, en el ejercicio de sus funciones, «los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»; por su parte, el art. 118 dispone que los Mandos Militares se abstendrán de intimar a quienes ejerzan cargos judiciales en la jurisdicción militar. Como garantía de lo anterior, el art. 9 declara, por fin, que, en el supuesto en que aquéllos se consideraran «perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central»».

La citada STC 204/1994 llega, pues, a la conclusión de que la LO 4/1987 «proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando, como se ha visto, específicas garantías al respecto»». (FJ 7).

Como vemos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aún reconociendo la especialidad de la Jurisdicción Castrense, la considera obviamente una auténtica Jurisdicción ya dotada de todas las garantías que exige al Poder Judicial en el Título VI y en condiciones de poder satisfacer al justiciable el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en los mismos términos que la Jurisdicción ordinaria. Su inclusión en el Título VI, relativo al Poder Judicial, tiene, a mi juicio una serie de consecuencias:

- La primera es obvia: se trata de una auténtica Jurisdicción con todo lo que ello significa.
- La unidad en el vértice ordenada por el art. 123.1 CE.
- El respeto a los principios constitucionales, exigencia que hay que entenderla implícita con la mera inclusión de la Jurisdicción Militar en el Título VI CE.

Así, del desarrollo constitucional efectuado por la LOCOJM podemos concluir que esta norma diseña un modelo de Justicia Militar no incardinado realmente en el Poder Judicial –al menos hasta alcanzar la cúspide o Sala 5ª del Tribunal Supremo– pero plenamente compatible con el estatu-

to que la Norma Suprema exige para los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y muy alejado afortunadamente de la configuración preconstitucional. Respecto a la satisfacción por los Tribunales Militares del derecho a la tutela judicial efectiva no se justifica en principio –como hemos indicado– ninguna excepción respecto al mismo basada en la sola existencia de la Jurisdicción Castrense y las peculiaridades o limitaciones contempladas por la LOCOJM han sido prácticamente eliminadas por el Tribunal Constitucional. De manera que debemos referirnos a esas peculiaridades –si aún existen– en lo que se refiere al acceso a la justicia y a los recursos partiendo, en la línea marcada por la STC 204/1994, de que *«el reconocimiento por la Constitución [...] de una «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 CE»*. Y de que *«la jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades [...] ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva»*.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO PARTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1. DOCTRINA GENERAL Y CONTENIDO ESENCIAL

Incardinado en el Título Primero de la Constitución, *«De los derechos y deberes fundamentales»*, en concreto, dentro de la sección 1ª del Capítulo II, relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas aparece el art. 24.1, cuya dicción literal es la siguiente: *«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»*. La inmensa mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre recursos de amparo han sido dictadas tras la invocación en los mismos de vulneraciones del art. 24 CE, lo que ha dado lugar a una profusa doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Pero el apartado primero del art. 24 CE no contiene un único Derecho Fundamental, sino varios, a saber: el acceso a la jurisdicción, obtener una resolución fundada en Derecho, la ejecución de la misma así como el acceso al sistema de recursos legalmente previsto⁶.

⁶ Sistematizados en la STC 102/1984.

El objeto fundamental de nuestro trabajo se centra en el Derecho al acceso al proceso, derecho que alcanza a «todas las personas», lo que incluye a las personas jurídicas.

Sin embargo, el art. 24 CE no ampara el acceso al proceso y la obtención de una resolución sobre el fondo en todo caso, ya que en los supuestos de incompetencia del órgano judicial o de apreciación de una de las causas de inadmisión establecidas en la ley (siempre que esté expresamente prevista) no será posible entrar a conocer del fondo del asunto. Ahora bien, como señala GARCÍA MORILLO, «es preciso en este punto, con todo, realizar una importante matización respecto de la apreciación de las causas de inadmisión: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifiesta reiteradamente que la interpretación de las normas –en general; pero muy en particular en lo tocante al derecho a la tutela judicial– ha de realizarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental»⁷.

Y, como muy bien aprecia CHAMORRO BERNAL, dándole claramente un «carácter restrictivo [a] las exclusiones o limitaciones del derecho de libre acceso a la jurisdicción» [...], «no se pueden presumir limitaciones a la actividad jurisdiccional, limitaciones que han de establecerse necesariamente por Ley»⁸. Mantiene este autor, siguiendo la STC 158/1987, FJ 4 que «esos obstáculos a la jurisdicción sólo serán legítimos si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas que imponen a los justiciables, requisitos todos ellos que deberán ser examinados por el TC para comprobar su constitucionalidad»⁹. De manera que la regla general viene constituida por el acceso a la justicia y lo excepcional sería la limitación, obstaculización, restricción o interpretación restrictiva respecto al acceso a la misma, tratando el intérprete de favorecer el acceso a la tutela judicial, que no puede negarse por la aplicación de los denominados por la doctrina constitucional como «formalismos enervantes» y debiendo el órgano judicial posibilitar la subsanación en cuanto sea posible de los defectos o errores de parte que puedan obstar a la prosecución del proceso, así como realizar en ese aspecto una interpretación proporcionada de las consecuencias que las normas procesales atribuyen a la infracción cometida.

En cuanto al contenido esencial del derecho, ha sido reiterado a través de una profusa jurisprudencia constitucional, uno de cuyos últimos

⁷ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 281.

⁸ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, pág. 27.

⁹ Íd. Pág. 28.

ejemplos lo hallamos en la STC 102/2009, de 27 de abril, que declara (en aplicación de constante doctrina del Tribunal) que *«el contenido esencial y primario del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en el pronunciamiento de una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 217/1994, de 18 de julio; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, entre otras). No es, sin embargo, un derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a lo establecido en la Ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que éstos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos¹⁰ (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, por todas). Por todo ello resultan constitucionalmente legítimas, con la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, las decisiones de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo [en este caso] o de ponerle fin anticipadamente, sin resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción»*. (FJ 4).

Según el Alto Tribunal la apreciación de las causas de inadmisión compete con carácter exclusivo a los Tribunales Ordinarios ex art. 117.3 CE y no al Tribunal Constitucional ya que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria. Sin embargo, sí corresponde al Supremo Intérprete *«como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantarse la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda»*¹¹. Más adelante el Tribunal advierte que además el examen que ha de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a

¹⁰ Los subrayados son míos.

¹¹ STC 102/2009, de 27 de abril. FJ 4.

obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, le permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio *pro actione*, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental¹².

A continuación, nos referiremos a diversos aspectos del Derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo al acceso a la justicia que presentan íntima conexión con el objeto de nuestro trabajo.

2.2. LEGITIMACIÓN

Evidentemente de nada sirve que se nos reconozca un derecho, que se consagre incluso constitucionalmente el derecho de acceso a los Tribunales para hacerlo valer si las leyes procesales no nos reconocen la capacidad para ser parte en un determinado proceso¹³ y, consecuentemente, ejercitar las acciones oportunas. Es por ello que el derecho de acceso a la jurisdicción debe implicar una concreta capacidad procesal y una capacidad para ser parte de todos aquellos que tengan una determinada conexión con el proceso reflejadas adecuadamente en las leyes rituarias. A esta conexión se le da el nombre de legitimación. Como bien dice CHAMORRO BERNAL, «esa legitimación debe ser objeto, obligatoriamente, de una interpretación amplia por parte de los Jueces y Tribunales. El interés legítimo preciso para ella es más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque sin que pueda alcanzar el mero interés abstracto en el cumplimiento de la legalidad»¹⁴. Hay que tener presente

¹² Íd. Además, SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008.

¹³ Es necesario tener presente que la elección y determinación del proceso es un derecho de configuración legal, de manera que la concreción del mismo es una cuestión de legalidad ordinaria competencia de los Jueces y Tribunales, es decir, «...el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien garantiza el acceso al proceso, no garantiza que sea el que desea el justiciable, ignorando las reglas legales de ordenación de los procesos». (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 1 y 77/1986, de 12 de junio, FJ 3). Además «...el art. 24 no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, sino que son los Tribunales ordinarios quienes, aplicando las normas competenciales y de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea éste o no el elegido por la parte actora...» (STC 2/1986, de 13 de enero, FJ 2).

¹⁴ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, pág. 50. Además, STC 93/1990 y AATC 13/1989 y 136/1991.

que si bien, la determinación de la legitimación es una cuestión de legalidad ordinaria, basta para considerar que un justiciable se haya investido de legitimación la mera afirmación de ser titular de un determinado derecho ya que la existencia o no del mismo se trata de una cuestión de fondo que debe ventilarse en el correspondiente proceso y no convertirse en una cuestión a decidir con carácter liminar. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de consolidar una reiterada doctrina sobre la legitimación, destacando el Alto Órgano en desarrollo de la misma que «al reconocer «el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa» (SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4; y 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4, por todas).

Más concretamente hemos precisado, con relación al orden contencioso-administrativo [de igual manera podría efectuarse en relación al orden penal], «que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta»¹⁵ (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3; y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2)»¹⁶.

2.3. CONCEPTO DE INDEFENSIÓN

La proscripción constitucional de la indefensión está vinculada a la ausencia de igualdad de armas procesales de las partes o de la debida contradicción en el seno del proceso y aún con todo, para que estimemos vulnerado el art. 24.1 CE por ese motivo, todo ello debe haber producido el relevante efecto de afectar a la defensa del justiciable.

¹⁵ El subrayado es mío.

¹⁶ STC 218/2009.

Así la STC 62/2009 resume la doctrina constitucional sobre el particular: «...hemos de reiterar que, sobre el derecho fundamental a no padecer indefensión, este Tribunal ha dicho que «la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales». Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)» (STC 126/2006, de 24 de abril). No obstante, también ha señalado que «la infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales carece no obstante de relevancia constitucional cuando el propio interesado ha contribuido decisivamente, con su impericia o negligencia, a causar la situación de indefensión que denuncia. Por esta razón en esa misma jurisprudencia está también dicho que no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE cuando el propio interesado, ignorando o despreciando las posibilidades de subsanación a su alcance, no hizo lo necesario para defender sus derechos e intereses, ‘cooperando con ello, al menoscabo de su posición procesal’ (STC 287/2005, de 7 de noviembre, FJ 2)» (STC 14/2008, de 31 de enero, FJ 3)». De manera que el Tribunal Constitucional ha construido un concepto material de indefensión a efectos de que ésta tenga relevancia constitucional. Así ha dicho acertadamente FERNÁNDEZ SEGADO que «el concepto jurídico-constitucional de «indefensión» que el artículo 24.1 obliga a construir no tiene, a juicio del Tribunal Constitucional (STC 48/1984, de 4 de abril), por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Si en el Derecho procesal la indefensión presenta un contenido marcadamente formal, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. De esta forma, como ha reiterado el Juez de la Constitución, la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia». Y a ello otorga este autor una doble conclusión también derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «de una parte, no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación

de lo ordenado por el artículo 24; y de otra, la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento»¹⁷.

2.4. EL DERECHO A LOS RECURSOS

El Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones ha reconocido el derecho a los recursos «legalmente establecidos»¹⁸ como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, como se ha ocupado de destacar asimismo el Supremo Intérprete, el derecho al recurso –salvo en el orden penal– no deriva directamente de la Constitución, como sucede con el derecho de acceso al proceso, sino que depende de que se reconozca por el Legislador en las concretas leyes de procedimiento. Su concreto régimen jurídico (causas de admisión, de inadmisión, efectos de su estimación), una vez establecido legalmente el derecho de acceso a los mismos, es asimismo de configuración legal sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y del respeto a los demás principios constitucionales. La interpretación, por ello, del régimen jurídico de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria en la que el Tribunal Constitucional no puede entrar salvo si los Jueces o Tribunales Ordinarios «*han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva*»¹⁹. Finalmente, como afirma DE DIEGO DíEZ «no tiene el mismo rigor el acceso a las diversas instancias judiciales legalmente previstas, que el acceso a los recursos interlocutorios. En este último caso, la pérdida del recurso por incumplimiento de algún requisito formal, aunque no se hubiese permitido la subsanación, no tiene por qué llevar necesariamente a una vulneración del derecho a la tutela judicial»²⁰. Opina

¹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 271.

¹⁸ ATC 43/1981.

¹⁹ Por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 2; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4; 27/2009, de 26 de enero, FJ 3.

²⁰ DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho de acceso a los recursos*, Colex, Madrid, 1998, pág. 33.

STC 41/1992, de 30 de marzo.

asimismo este autor que «el principio *pro actione* tiene básicamente tres niveles de intensidad. El máximo nivel opera en la fase inicial del proceso, en el acceso a la jurisdicción. En un segundo plano se halla el acceso a las sucesivas instancias, tras haber obtenido una primera respuesta judicial a la pretensión; eso sí, poniéndose especial énfasis y rigor en facilitar el acceso al recurso de quien haya sido condenado penalmente en primera instancia. Y, en último lugar, se encuentra el acceso a los recursos interlocutorios»²¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 100/2009, que recuerda la doctrina sobre el particular, se muestra tajante sobre el principio *pro actione* negándolo una vez que se ha accedido al sistema judicial: «Este Tribunal ha venido manteniendo, en especial, desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Ello es así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal»²².

III. LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN POPULAR EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Históricamente el monopolio del ejercicio de la acción penal en los procesos militares lo ostentaba el Estado. No era posible que la parte perjudicada u ofendida se personase en las actuaciones como acusación parti-

²¹ DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho de acceso a los recursos*, Colex, Madrid, 1998, pág. 35.

²² FJ 4.

cular o actor civil. Huelga decir que el reconocimiento de la acción popular consagrado en el art. 101 LECr era impensable ante los Tribunales Cas-trenses y aún hoy tanto la LOCOJM como la Ley Procesal Militar guardan silencio sobre esta institución, lo que es interpretado por los Tribunales Militares como negativa. A ello y a la posición del Tribunal Constitucional al respecto nos referiremos más adelante, aunque ya adelanto que, en mi opinión, el silencio de la ley no puede ser interpretado de la misma manera que con anterioridad al pronunciamiento constitucional que elimina los límites a la acusación particular en tiempo de paz. Pero tradicionalmente, como decía, al ciudadano perjudicado u ofendido por un delito competencia de la jurisdicción militar –que por otra parte era muy extensa– no le cabía ejercitar acciones penales ante los Tribunales Militares. De este modo –como recuerda el Tribunal Constitucional en la STC 179/2004–, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890²³ como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894²⁴ no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que «Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada»²⁵. Tras la reforma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar «En ningún caso puede ejercitarse

²³ Esta norma preveía en su art. 398 los medios de inicio del proceso, disponiendo que las Autoridades facultadas para decretar la incoación actuarían «por propio conocimiento que tuvieran del delito, en virtud de parte que hubieran recibido, dado por persona competente, o por denuncia que estimasen digna de consideración». Contemplaba en su art. 399 la posibilidad de orden de inicio por el Gobierno y asimismo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y prohibía el ejercicio de la acción privada.

²⁴ En esta ley en su redacción originaria se admitía la querrela exclusivamente a efectos del ejercicio de la acción privada contra no aforados a los que no les fuese de aplicación el entonces vigente Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Incluso en ese supuesto dicha posibilidad de ejercicio de la acción penal quedó eliminada en 1920.

²⁵ El Código de 1945 admitía asimismo como modos de inicio del procedimiento –que no querrela del ofendido o perjudicado– la denuncia, orden del Gobierno, o de los Ministros del Ejército, Marina o Aire, o del Consejo Supremo de Justicia Militar.

querella²⁶. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor».

Consagrado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978, su Supremo Intérprete tuvo ocasión de pronunciarse respecto a estas cuestiones en el ATC 121/1984, de 29 de febrero. En esta ocasión inadmite el amparo de un Coronel que pretendía ejercitar la acción penal contra su superior (un General) que le había impuesto un mes de arresto. El Tribunal establece lo que será su doctrina durante años manteniendo el valor preponderante de la disciplina

²⁶ El subrayado es mío. Obsérvese que fue el Legislador de 1980 el que introdujo explícitamente la prohibición del ejercicio de la acción penal, consagrándose legislativamente de forma expresa algo que hasta el momento se daba por supuesto en los Códigos tradicionales. Sin embargo, FERNÁNDEZ DOTÚ sostiene que «la nueva redacción dada a determinados artículos [del CJM], como el 452 –que sustituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querella (5)–, o los arts. 491 y 728 –que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular–, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendía que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que habría de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que por otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querella». FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 192. Esta posibilidad de personación posterior, tras el ofrecimiento de acciones, parece sustentada en el art. 491 CJM tras la reforma por la Ley Orgánica 9/1980 y del siguiente tenor literal: «El Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y en su caso el Letrado representante de la acción privada o acusación particular, podrá intervenir por propia iniciativa en el sumario de todas las causas si el instructor no lo cree perjudicial para el buen fin de la investigación; asistir a las diligencias de prueba acordadas por el instructor interrogando, con su venia, a los procesados, testigos y peritos; solicitar del juez, y en su caso de la autoridad judicial militar, la práctica de nuevas diligencias probatorias o la adopción de las resoluciones que considere pertinentes relativas a los procesados o a sus bienes, en cuanto sea necesario para garantizar las responsabilidades exigibles, o a las personas contra las que se deduzcan cargos y emitir los informes que la ley disponga». Los subrayados son míos. De todas maneras, la interpretación que realizaban los Tribunales y las Autoridades Judiciales Castrenses de estos preceptos conducía a la exclusión de la acusación particular, tanto en lo que se refiere al inicio del procedimiento cuanto a la personación posterior en el mismo (a título de ejemplo, STC 97/1985, ya citada).

como factor de cohesión en una estructura fuertemente jerarquizada como la Fuerzas Armadas, haciendo ceder al Derecho a la tutela judicial efectiva a favor, como en este caso, de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y todo ello invocando además la singularidad o especialidad de la Jurisdicción Militar prevista en el art. 117.5 CE. Con posterioridad, en la STC 97/1985, manteniendo esa misma doctrina, el Tribunal concede el amparo frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. En esta última resolución se estima la demanda de amparo ya que, al no existir un enfrentamiento procesal entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica, no se pone en peligro el bien constitucionalmente protegido de la disciplina militar. Con base en la doctrina constitucional expuesta²⁷, aunque el Tribunal Constitucional no lo reconozca así en la sentencia por la que cambia de criterio –a saber, la 115/2001–, se dicta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, disponiendo en su art. 108, segundo párrafo lo siguiente: *«No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria»* Por su parte, el art. 127, primer párrafo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece que *«[s]alvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones»*.

«Pues bien, [entiende FERNÁNDEZ DOTÚ] la LO 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar [...], aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querrella, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la LO 9/90.

²⁷ El Preámbulo de la LOCOJM declara que *«se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional»*.

En primer término, el art. 130.5 de la LO 2/89 Procesal Militar introduce la querella como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la LO 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querella al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer «...salvo que perjudicado e inculpado sean militares», con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero»²⁸. Mantiene FERNÁNDEZ DOTÚ que esta restricción no se preveía en el antiguo Código tras la nueva redacción dada por la LO 9/1980 pero es lo cierto que con base en la imposibilidad de interponer querella se negaba sistemáticamente la posibilidad de personación de la acusación particular, aunque fuese tras el ofrecimiento de acciones. Resulta obvio que los Tribunales Castrenses no realizaban una interpretación de la reforma en el sentido de rechazar la acusación particular en el momento inicial del proceso (la querella como modo de inicio) para admitirla después, una vez que el perjudicado u ofendido se mostrase parte en la causa, tras el *oportuno* ofrecimiento de acciones²⁹. La práctica de los Juzgados Togados y Tribunales Militares se traducía en la aplicación de la nueva legislación orgánica y procesal militar basada en la doctrina constitucional más arriba indicada y en algún pronunciamiento de la Sala 5ª del Tribunal Supremo³⁰.

Sin embargo una vez dictada la STC 115/2001, de 10 de mayo se inició la vía para eliminar del Ordenamiento Jurídico las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante la Jurisdicción Militar en tiempo de paz. Esta resolución del Supremo Intérprete de la Constitución tuvo su origen

²⁸ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 193.

²⁹ *Vid.* nota 27.

³⁰ A título de ejemplo, Autos de 2 de enero de 1989 y 27 de mayo de 1992.

en los Autos del Juzgado Togado Militar de 30 de enero de 1998 y del Tribunal Militar Territorial Primero –que confirmó el primero– y que denegaban la personación como acusación particular de un Cabo de la Guardia Civil en un proceso en que los inculpados eran sus superiores jerárquicos.

La Sentencia, tras entender vulnerados el art. 14 CE (principio de igualdad en la Ley) y el 24 (tutela judicial efectiva en su manifestación del acceso a la jurisdicción), otorga el amparo al demandante y plantea ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad³¹ en relación a los preceptos controvertidos, a saber, el art. 108, segundo párrafo de la LOCOJM y el art. 127, primer párrafo de la LOPM. Según el Tribunal Constitucional el bien o interés constitucionalmente protegido de la disciplina en cuanto factor de cohesión de las Fuerzas Armadas ya no puede prevalecer frente al derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta modalidad de acceso al proceso. Así el Supremo Intérprete manifiesta –siguiendo su doctrina sobre el acceso

³¹ Es importante tener presente que, a lo largo de la tramitación del recurso de amparo, el Pleno, mediante proveído de 31 de octubre de 2000 acordó, de conformidad con lo que dispone el art. 10 k) LOTC, avocar el conocimiento del recurso de amparo, por lo que el Pleno, en realidad, se plantea la cuestión a sí mismo. El planteamiento de la cuestión por las Salas o el Pleno (en este caso) del Tribunal era un trámite necesario e impuesto por la LOTC (art. 55.2) que no permitía que se declarase la inconstitucionalidad de los preceptos en la misma sentencia que otorgó el amparo. Así «*en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)*». (antiguo art. 55.2 LOTC). El subrayado es mío. Pero, tras la reforma operada en la LOTC por LO 6/2007, de 24 de mayo, se da nueva redacción al art. 55.2 en el sentido siguiente: «*En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes*». El subrayado es mío. De manera que la reforma introduce principalmente dos novedades: la primera tiene que ver con la potestad atribuida ahora a las secciones del Tribunal para el conocimiento de los recursos de amparo y la segunda, a mi juicio procesalmente más importante, estriba en que para declarar la inconstitucionalidad de una ley que provenga de la interposición de un recurso de amparo contra actos derivados de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se hace necesario que la Sala o Sección suspendan el proceso de amparo (como la LOTC impone al Juez ordinario) y planteen la cuestión al Pleno ateniéndose posteriormente a lo que éste resuelva respecto a la constitucionalidad de la norma cuestionada. De manera que se invierte el proceso: es el Pleno el que primero se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma y, posteriormente, la Sala o Sección (teniendo en cuenta lo decidido por aquél) decide sobre el otorgamiento del amparo. Con anterioridad a la reforma (como en el caso analizado) se otorgaba el amparo por una Sala (o el Pleno en este supuesto) considerando la vulneración de los Derechos Fundamentales derivada de una determinada norma con rango de Ley, por lo que, en realidad, era la Sala la que condicionaba al mismo Pleno, aunque existe un precedente en que el Pleno desestimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada. (STC 48/1995).

a la jurisdicción— que «con independencia de que la legitimidad constitucional de dicha exclusión o prohibición hubiera requerido de una justificación asentada en poderosas razones, orientadas a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes, la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar»³² y que «la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso, «sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante» (FJ 3), ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)» (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2)»³³. Por lo que respecta al principio de igualdad en la ley, el Tribunal lo estima vulnerado entendiendo que la disciplina militar no constituye una justificación objetiva y razonable que justifique la exclusión y, por tanto la desigualdad³⁴. Alguna autora sustenta el cambio de doctrina constitucional aludiendo a la nueva realidad social y, con ello, al nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionalizadas, de manera que la disciplina ya no tendría la incidencia de antaño, donde llegaba a manifestarse incluso en la órbita del procedimiento en el marco del enfrentamiento procesal entre partes. Así DOIG DÍAZ manifiesta lo siguiente: «La decisión adoptada por el TC en la STC 115/2001, tanto al anular los autos dictados en la jurisdicción militar cuanto al plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM y especialmente al construir la argumentación sobre la base de que el mantenimiento de la disciplina militar ya no justifica la excepción del acceso al proceso prevista en tales preceptos, no hace sino revelar que el TC se aproxima a una realidad social en la que —efectivamente— la disciplina pierde fuerza en el propio seno de las Fuerzas Armadas»³⁵. La resolución

³² FJ 11

³³ FJ 11 *in fine*

³⁴ *Vid.* FJ 10.

³⁵ DOIG DÍAZ, Y, «La reforma del derecho Penal Militar», *Anuario de Derecho Penal* 2001-2002, Madrid, 2002, pág. 302.

del Alto Tribunal –en la que no entramos con mayor detalle, ya que sus fundamentos son ratificados sustancialmente con las mismas palabras por la STC 179/2004, que sí analizaremos más pormenorizadamente– supone un abierto cambio de doctrina –aunque el Tribunal no lo reconozca así– respecto a la postura mantenida hasta el momento por el Supremo Intérprete de la Constitución, que consideraba la disciplina como un interés constitucionalmente preponderante, de manera que la existencia de enfrentamiento procesal entre dos militares, cuando entre ellos mediaba relación jerárquica de subordinación, ponía en riesgo la Disciplina y, con ello, la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas y las funciones asignadas por el art. 8 de la Norma Fundamental³⁶. Cambio de doctrina sí puesto de manifiesto por los Votos Particulares de los Magistrados Constitucionales discrepantes con la sentencia. Así, Vicente Conde Martín de Hijas afirma rotundamente que «al declarar la inconstitucionalidad de los artículos discutidos, debemos ser conscientes de que estamos revisando nuestra anterior doctrina. No veo obstáculo de principio en que el Pleno pueda hacerlo, rectificando criterios precedentes de sus Salas (en este caso de la Primera); pero no puedo compartir un modo de argumentar en el que se niega la realidad de una doctrina preexistente, y menos, cuando dicha doctrina ha sido pauta de orientación para el ejercicio de su potestad constitucional por el legislador»³⁷. Mantiene asimismo que la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, aunque referidos a un precepto del CJM 1945, es perfectamente aplicable al caso resuelto en 2001, vinculándola al mismo reconocimiento de la singularidad de la jurisdicción castrense por el art. 117.5 CE manifestando que «lo que la Sentencia dice no comprender me resulta, por el contrario, perfectamente comprensible. Y al propio Tribunal le resultó comprensible en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985 (FJ 4), cuando alcanzó a ver la razón de un precepto limitativo similar a los que ahora se cuestionan, del que dijo que “encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la CE, les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siem-

³⁶ STC 97/1985, FFJJ 4 y 5. En esta doctrina, como dijimos más arriba, se basó el Legislador para dictar la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, consecuentemente, la LO 2/1989, Procesal Militar.

³⁷ En los mismos términos se manifiesta la mayor parte de la doctrina científica. Así, DOIG DÍAZ, Y., «La reforma del derecho Penal Militar», *Anuario de Derecho Penal* 2001-2002, Madrid, 2002, págs. 294-299.

pre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados”»³⁸.

Pues bien, tras la nueva postura del Tribunal Constitucional alguno de los Jueces y Tribunales Militares siguieron aplicando los preceptos cuestionados, dando lugar a las sentencias constitucionales 157/2001 y 119/2004, respectivamente de la Sala 2ª y de la Sala 1ª, que, confirmando la nueva doctrina otorga el amparo nuevamente a los demandantes. Por el contrario, el Tribunal Militar Territorial Primero plantea a lo largo de 2002 y 2003 varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación a los preceptos controvertidos³⁹. Como sabemos, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 179/2004, de 21 de octubre declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los consabidos preceptos de la LOCOJM y LOPM.

3.2. LA SITUACIÓN, TRAS LA STC 179/2004, DE 21 DE OCTUBRE

En primer lugar, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de octubre de 2004 recuerda lo que ya es su doctrina consolidada sobre el acceso al proceso como manifestación del art. 24.1 CE. Así señala que es de configuración legal la presencia de partes contingentes en el proceso penal, es decir, distintas al Ministerio Fiscal, de manera que no existe un derecho derivado del art. 24.1 CE al establecimiento de la acusación particular y la acción popular. Ahora bien, una vez establecidas estas instituciones por el Legislador, según el Alto Tribunal, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, es decir, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción⁴⁰. A continuación, el Tribunal señala que, introducida por el Legislador la acusación particular en el proceso penal militar con las excepciones que ya conocemos se hace necesario examinar su compatibilidad con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el 117.5. Comienza por examinar la cuestión desde el punto de vista del art. 14 CE. En primer

³⁸ Apartado 6 del Voto Particular.

³⁹ Cuestiones de inconstitucionalidad números 4880/2002, 6348/2002, 445/2003 y 5580/2003, todas ellas declaradas extinguidas por el Tribunal Constitucional tras pronunciar la STC 179/2004. Así se publica en el BOE de 17 de diciembre de 2004.

⁴⁰ SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000, 31/1996 y 199/1996.

lugar, el TC recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad en la Ley. Así señala que ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; y b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. (FJ 5)⁴¹. A continuación se pregunta si los preceptos cuestionados son una justificación objetiva y razonable para la salvaguardia del principio de disciplina y jerarquía propio de la Institución militar. Y, citando su jurisprudencia anterior, sostiene que la disciplina constituye un valor esencial de la Institución militar como factor de cohesión para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que les encomienda el art. 8 de la Constitución. A este respecto, dado el valor de la disciplina como *«ineludible principio configurador»* de las Fuerzas Armadas, el Tribunal acepta la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales limitativas del ejercicio de los Derechos Fundamentales, *«entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina»*⁴². A continuación circunscribe el ámbito de la disciplina exclusivamente al aspecto organizativo de las Fuerzas Armadas para lograr de este modo la eficacia de la Administración, en concreto de la Administración Militar. *«Por ello, dice el Tribunal, el valor o principio de la disciplina militar no debe extravesar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustancia-*

⁴¹ SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4.

⁴² FJ 6.

do por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución»⁴³. Por otra parte, manifiesta el Tribunal Constitucional que los órganos judiciales militares, independientes y absolutamente desvinculados del mando militar, constituyen hoy la máxima garantía de la disciplina, «por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (...), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la jurisdicción militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar –en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones– no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho»⁴⁴. Además la Sentencia proporciona otros ejemplos de supuestos enfrentamientos procesales entre militares –incluso de distinto empleo– que se hallan en la legislación ritual militar: la obligación del militar de formular denuncia por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) (arts. 130.6 y 134 LOPM); la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria juzgue por conexión delitos militares sin que aquí operen las restricciones previstas en los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LOPM (art. 14.1 LOCOJM) a lo que hay que añadir la posibilidad de careo entre inferior y superior jerárquico (art. 179 LOPM). Por último el Tribunal alude como ejemplo de controversia procesal entre personas de distinto empleo a la posibilidad de que el denunciante comparezca como testigo de la Fiscalía Jurídico Militar⁴⁵. Por ello, el

⁴³ FJ 7.

⁴⁴ Íd.

⁴⁵ Algunos de estos ejemplos habían sido ya puestos de manifiesto por la doctrina para cuestionar la justificación constitucional de las restricciones a la acusación particular. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en

Tribunal considera que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE⁴⁶. En cuanto a la pretendida vulneración del art. 24.1 CE el Pleno del Tribunal llega a una conclusión contundente: *«...una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un ius ut procedatur, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen. [...] Por consiguiente, para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se concurrir, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del derecho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante (SSTC 21/1981, de 15 de junio, 97/1985, de 29 de julio, 180/1985, de 19 de diciembre, 107/1986, de 24 de julio, 371/1993, de 13 de diciembre, y 115/2001, de 10 de mayo) que se invoca tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado como justificación de la excepción*

el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, págs. 197 y 198.

⁴⁶ FJ 7 *in fine*.

establecida por los preceptos legales cuestionados, no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del art. 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido»⁴⁷. Por ello la sentencia termina declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos cuestionados.

Tras la meritada sentencia del Supremo Intérprete de la Constitución quedan en la práctica eliminadas las restricciones para el ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el ámbito de la Jurisdicción Militar. Es posible, pues, que el ofendido o perjudicado por el delito puedan mostrarse parte en un procedimiento penal militar y ejercer la acusación particular. Sin embargo, y aunque parece una cuestión sin importancia en la que el Tribunal Constitucional no ha reparado al anular los preceptos de la LOCOJM y LOPM, no es posible el libre ejercicio de la acusación mediante querella; es decir, la querella como modo de inicio del proceso está sometida a ciertas restricciones. Veamos. El art. 130 LOPM relativo a las formas de inicio de los procedimientos penales, al referirse a la querella prevé lo siguiente: *«Los procedimientos expresados en el artículo anterior podrán iniciarse:*

... 5º. Por querella, en el supuesto previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, salvo que el perjudicado e inculcado sean ambos militares y con exclusión, en caso de guerra, de acuerdo con el artículo 168 de la misma Ley Orgánica». Por tanto, la LOPM sigue prohibiendo a un militar interponer una querella frente a otro, cualesquiera que sean los empleos de ambos. Obviamente, nada impide que el militar ofendido interponga una denuncia ante el Juez Togado competente y se persone más tarde en la causa tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el órgano instructor. Pero, en mi opinión, el Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la inconstitucionalidad por conexión del inciso subrayado correspondiente al precepto de la LOPM que hemos transcrito⁴⁸. Y es que, como dice acertadamente FERNÁNDEZ DOTÚ, el inciso señalado del art. 130 LOPM «restringe aún más el tenor del art. 108 [de la LOCOJM]. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acu-

⁴⁷ FJ 8. Los subrayados son míos.

⁴⁸ En este sentido dispone el art. 39.1 LOTC: *«Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia»*.

sación particular, contra otro militar [...] pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación...»⁴⁹. Es una cuestión de *lege ferenda* que el Legislador modifique el art. 130 en el sentido de eliminar la mencionada restricción aún mayor en cuanto a la forma –aunque no afortunadamente respecto al fondo– que la anulada por el Tribunal Constitucional, al efecto de permitir la iniciación del proceso penal mediante querella trátase o no de un militar el que la interpone.

Decíamos que era posible que el perjudicado u ofendido por el delito –en los términos expuestos– se mostrasen parte como acusación particular en un procedimiento penal militar sin ninguna restricción salvo en tiempo de guerra. Ahora bien, ¿quién tiene la consideración de ofendido o perjudicado por un delito? Esta pregunta no es baladí, ya que en el proceso penal militar –así se interpreta actualmente por los Tribunales Militares el silencio de la Ley al respecto– no existe la acción popular, por lo que cobra una importancia capital delimitar claramente la figura del ofendido o perjudicado por una infracción penal. En primer lugar, se presentan problemas terminológicos ya que el art. 108 LOCOJM y 130 LOPM se refieren sólo al perjudicado. Como dice algún autor⁵⁰, esta diferencia terminológica se debe al confusionismo que presentan en este aspecto las leyes procesales que, en mi opinión, se debe salvar a favor de la mayor tutela posible de los intereses legítimos en juego por lo que, atendiendo al criterio del art. 127 LOPM, «...podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la Jurisdicción militar...»⁵¹. De manera que podemos distinguir el ejercicio de la acción por los ofendidos o perjudicados por el delito ya sin apenas restricciones en las leyes procesales militares salvo en tiempo de guerra; la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal al que el Ordenamiento se lo encomienda como un deber de defensa de legalidad (arts. 124.1 CE, 435 LOPJ, 105 LECr, Tít. IV LOCOJM y art.122 y ss. LOPM) y la acción po-

⁴⁹ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 193.

⁵⁰ CLAVER VALDERAS, J.M., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares* (Tomo II) Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase págs. 1427-1435.

⁵¹ El subrayado es mío. La redacción de la LOPM pone de manifiesto la interpretación amplia del concepto ofendido o perjudicado por el delito.

pular como un derecho de todos los ciudadanos en el ámbito del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 101) pero sobre el que la legislación adjetiva militar guarda silencio. A este silencio y a las consecuencias interpretativas que se le otorga nos referiremos a continuación.

3.3. ¿ES POSIBLE LA ACCIÓN POPULAR ANTE LA JURISDICCIÓN MILITAR?

El art. 125 CE dispone lo siguiente: *«Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...»* En cuanto al fundamento y cobertura constitucional de la acción popular, debemos comenzar advirtiendo que aunque la acusación particular y la acción popular integran ambas el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento constitucional es diferente⁵². Así, mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE., en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal⁵³. Como botón de muestra de las diferencias entre la acusación particular y popular en el ámbito de la jurisdicción ordinaria nos encontramos con la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, que destaca lo siguiente: *«El art. 101 LECrim establece que la acción penal es publica y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación de los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio del Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular; en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim. el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.*

⁵² SSTC 108/1993, 115/1994, 147/1995 y 136/1997.

⁵³ STC 50/1998.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art.105 LECrim), como defensor de la legalidad (arts.124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim».

La particularidad de las leyes procesales militares es el silencio de las mismas sobre la acción popular, silencio que es interpretado por los Tribunales Castrenses como negativa a su admisión ya que, si antes de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión –con anterioridad a la STC 179/2004– lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Incluso en la vigente legislación se da una paradoja. Se trata de lo siguiente: en el art. 143 LOPM, circunscrito en la sección 1ª, relativa a las diligencias previas, se prevé que *«el auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado»*. Curiosamente al único que no se legitima para impugnar dichas medidas es al supuesto «inculpado», si se le puede llamar así en esta fase. Pero lo verdaderamente llamativo es que el denunciante (que perfectamente pudo ser una asociación representante de «intereses difusos» u otro particular sin interés directo) dispone de recurso de apelación con lo que puede así introducir una suerte de acción popular encubierta. Se trata, como dice FERNÁNDEZ DOTÚ, «materialmente» de una acusación y postula su reforma para eliminar esta posibilidad⁵⁴.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho*

De la jurisprudencia más arriba citada extraemos, por tanto, que la acusación particular, al derivarse del art. 24.1 CE, puede considerarse, una vez establecido en las leyes de procedimiento, una manifestación del Derecho a la tutela judicial efectiva en tanto que posibilita el acceso al proceso en defensa de derechos o intereses legítimos. De la acción popular no puede predicarse lo mismo. Su fundamento constitucional no es el art. 24.1 CE –sin perjuicio de que, una vez establecida, tenga relación con él⁵⁵– sino el art. 125 del Texto Fundamental, que lo prevé de estricta configuración legal. Es decir, será la Ley la que disponga en qué procedimientos penales existe y de qué forma⁵⁶. La problemática constitucional sobre la ausencia de previsión expresa en las leyes procesales militares de la acción popular fue abordada por la STC 64/1999, de 26 de abril, que resuelve un recurso de amparo de la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó recurso de súplica contra resolución anterior que denegó la solicitud de la parte recurrente de intervenir, en calidad de acusación popular, en un procedimiento penal militar. Pues bien, los argumentos de la demandante⁵⁷ se basaban, en esencia, en lo siguiente:

Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, págs. 200 y 201. Mantiene asimismo este autor que la redacción actual del art. 143 LOPM «resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula –por la simple no mención de la posibilidad– respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello, la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querella, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia del delito y posible responsabilidad del denunciado». Pág. 199.

⁵⁵ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 4 *in fine*.

⁵⁶ Art. 125 CE: *Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*»

⁵⁷ En esencia las mismas razones se esgrimen en el trabajo de SOLÉ RIERA, J., *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1996, nº 3-4, págs. 513-538) que sostiene que «la normativa procesal militar vigente no regula específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar pero tampoco la prohíbe expresamente». Por otra parte, propugna la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que «los art. 101 y 270 LECr son también aplicables al proceso penal militar, ya que se refieren a una cuestión no regulada en la LPM y no se oponen (ni contradicen) a ninguna de las normas contenidas en la propia LPM». Esa supuesta laguna de la legislación procesal militar no es tal o, por lo menos no cabía atribuirle los efectos que SOLÉ RIERA defiende, antes de la Sentencia constitucional de 2004 que elimina los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, tras la cual la interpretación del silencio de la Ley, en mi opinión, ha de ser diferente. SOLÉ RIERA llega a defender que la

La proclamación de que el ejercicio de la acción popular constituye un derecho fundamental incardinado en el art. 24.1 CE, del que nadie puede ser privado, ni siquiera en el ámbito de una jurisdicción especial como la militar.

Que en la legislación orgánica y procesal militar no existe una prohibición ni expresa ni implícita de la acción popular, lo que, a su juicio, sería preciso, para entenderla excluida de dicho ámbito por la ley.

Que sobre la base de la distinción entre la acción popular y la acusación particular, a su juicio, proclamada en nuestra jurisprudencia, la falta de regulación de la primera en la legislación procesal militar, sin exclusiones de la misma, permite la aplicación al supuesto no regulado de lo establecido al respecto por la LECrim., dado lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley Procesal Militar.

La preferencia de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, como criterio adecuado a la mayor efectividad del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, del que aquella forma parte⁵⁸.

ley –antes de 2004- permite «(porque no lo prohíbe)» «que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito se impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculcado». Observamos, por tanto, que con esta interpretación, antes de 2004 como indicamos más arriba, quedaría abierto un gran resquicio al fraude de ley posibilitando al militar ofendido o perjudicado el ejercicio de la acción popular cuando no podría materializar sus pretensiones por la vía de la acusación particular debido a las restricciones a la misma que contenían las leyes procesales militares. SOLÉ RIERA sostiene asimismo –de igual manera que los demandantes de amparo en el recurso resuelto por la STC 64/1999, de 26 de abril- que el ejercicio de la acción popular es un derecho fundamental y que las leyes procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El problema respecto a este argumento es de partida: no existe un Derecho Fundamental al establecimiento de la acusación popular. Ésta solo podrá ejercerse en la medida en que las leyes de procedimiento efectivamente la prevean. Se trata, por tanto, de una institución de estricta configuración legal. Parece deducirse asimismo que el mencionado autor entiende que las normas procesales militares siguen considerando su regulación como un «mundo aparte» en el sentido explicado por la STC 60/1991, de 14 de marzo. No podemos, en mi opinión, llegar a la conclusión de que el respeto a los principios constitucionales por las leyes procesales militares imponga una regulación idéntica al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la misma manera que no resulta posible pretender que en nuestro Ordenamiento Jurídico exista una legislación procesal penal uniforme. Ejemplo de ello son las distintas leyes procesales, incluso en el ámbito de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria –a saber Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, con diverso tratamiento de las instituciones procesales y, particularmente, por lo que se refiere a la acusación particular y la acción popular, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, que no contempla la acusación popular y que incluso llegó a prohibir, antes de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la misma posibilidad de personarse como acusador particular.

⁵⁸ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 1.

Frente a estos argumentos y, resultando la institución de la acción popular como de clara configuración legal, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acción popular. Así lo declara el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia con la siguiente literalidad: *«Resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la LO 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción.*

Si, pues, no existe imperativo constitucional en razón del cual deba existir la acción popular en un determinado ámbito procesal, a la hora de afrontar la interpretación adecuada de una determinada ley procesal penal (aquí la LO 2/1989), no se plantea adecuadamente el problema, cuando se invierten sus términos, formulándolos en el sentido de si tal ley excluye explícita o implícitamente dicha acción para, en caso negativo, afirmar su existencia. Lo determinante es, si ésta, como dato positivo, se establece en la ley, bien por regulación directa en ella o bien por remisión supletoria a otra en la que esté establecida.

Si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad.

El planteamiento, como se ve, es cabalmente el contrario al de la recurrente, una vez que se ha negado que ni el art. 24, ni en el art. 125 CE exijan de principio el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos penales»⁵⁹.

Al no suscitarse problema alguno de constitucionalidad, como señala el Supremo Intérprete, en la falta de previsión en las leyes procesales militares de la acción popular, la existencia de la misma dependerá, en ausencia de previsión expresa en la LOCOJM y LOPM, de la posibilidad de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como dispone la Disposición Adicional Primera de la LOPM; pero este

⁵⁹ FJ 3. Los subrayados son míos.

extremo ya es una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria y no corresponde al Tribunal Constitucional –como él mismo admite– sino a los Tribunales Ordinarios, concretamente a los órganos de la Jurisdicción Castrense⁶⁰. Los Tribunales Militares, como decíamos, interpretaron hasta el momento esta omisión de las leyes procesales militares como una negativa de las mismas a la acción popular⁶¹ ya que, como asimismo indicábamos más arriba, al preverse restricciones al ejercicio de la acusación particular, no parecía razonable, con buen criterio, entender que, sin embargo, la Ley acogía la acción popular, lo que significaría una puerta abierta al fraude de ley. Es decir, no se aplicaba supletoriamente la LECr porque se entendía que no había tal laguna en la legislación procesal militar. Y, agotando hasta el extremo su juicio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional en la mentada Sentencia 64/1999 declara que la resolución del Tribunal Militar, al realizar esta interpretación, no carece manifiestamente de fundamento ni incurre en error patente ni es irrazonable⁶². Por el contrario, dice el Tribunal que *«el examen de las resoluciones recurridas evidencia que se trata de resoluciones extensamente razonadas, sobre cuya corrección en el plano de la legalidad debemos eludir todo pronunciamiento, como no sea el de rechazar que adolezcan de ninguno de los vicios propios de nuestro control.*

Por otra parte, pese a lo que sostiene el demandante, no es irrazonable entender que tanto la LECrim. como la LO 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la LECrim no puede aplicarse como supletorio de lo establecido en la LO 2/1989, al resultar incompati-

⁶⁰ FJ 5.

⁶¹ A este respecto advierte no sin razón TURIENZO VEIGA que «se deja en manos de cada uno de los órganos judiciales militares la decisión contingente de decidir sobre su admisibilidad [de la acción popular], sin que hasta la fecha exista un mecanismo que permita la uniformidad de estas decisiones, con lo que comporta esta situación para el principio de seguridad jurídica. Pensemos que las resoluciones de este tipo no llegan al Tribunal Supremo con nuestro sistema casacional actual; tampoco existe hasta la fecha ninguna Circular o Instrucción que diga a los Fiscales Jurídico Militares que criterio es el que deben de seguir ante estos casos, muy posiblemente porque la necesidad no se ha sentido hasta ahora, pero el problema suscitado no deja de existir por este hecho». TURIENZO VEIGA, A., «La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular», Colección *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007, nº vol. 27/2008, págs. 251-266.

⁶² Subrayo estos términos ya que exclusivamente en esos supuestos corresponde al Tribunal Constitucional, según su propia jurisprudencia, examinar la interpretación de la legalidad por los Tribunales Ordinarios.

bles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal»⁶³.

Ahora bien, en mi opinión, el silencio de las leyes rituarias militares no puede ser interpretado de igual forma tras la sentencia constitucional de 21 de octubre de 2004. Porque, si decíamos que la negativa implícita de la Ley a la acción popular se basaba en la existencia de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, una vez desaparecidas dichas barreras, la interpretación de la legalidad no puede ser la misma. Como dice TURIENZO VEIGA, la STC 179/2004 «quizás sin quererlo incide en la acusación popular al alterar el régimen de la acusación particular en las leyes militares»⁶⁴. Parece necesaria pues una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que en tiempo de paz ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares⁶⁵. De lo contrario hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Si se declara por los Tribunales Castrenses la aplicación supletoria de la LECr, hay que entender, con arreglo a la jurisprudencia constitucional ya citada con motivo de pronunciamientos de la Jurisdicción Ordinaria, que la posibilidad de ejercicio de la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar se convertiría en un derecho fundamental –de configuración legal– pero con todas las consecuencias, incluido el amparo ante el Tribunal Constitucional, al estar conectado con el art. 24.1 CE (acceso al proceso) aunque su reconocimiento constitucional venga dado por el art. 125.

3.4. LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN POPULAR EN TIEMPO DE GUERRA

La LOCOJM, bajo la rúbrica de su Título X, «*De la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra*», incardinado en el Capítulo IV, «*De la Fiscalía Jurídico Militar, de la defensa, la acusación particular y la acción civil en*

⁶³ FJ 5.

⁶⁴ TURIENZO VEIGA, A., «La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar»..., 2007.

⁶⁵ Vid nota 55.

tiempo de guerra», dispone en su art. 168 lo siguiente: «*En tiempo de guerra, en el ámbito de aplicación de este título, no se admitirán la acusación particular, ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria*»⁶⁶.

Como afirma FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «[n]o son muchas las normas que los anteriores Códigos de Justicia Militar para el Ejército de Tierra de 1890, Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina [de 10 de noviembre de 1894] y Código de Justicia Militar para los tres Ejércitos de 1945 (...) dedican exclusiva y especialmente a la organización de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, y que deben completarse con el Reglamento de Servicio Militar de Campaña (...), consistiendo en la atribución de potestad jurisdiccional al General en Jefe, facultándolo para dictar bandos con la consiguiente extensión de la competencia de la jurisdicción militar»⁶⁷.

En primer lugar resulta clave delimitar cuándo nos encontramos en tiempo de guerra y el art. 13 LOCOJM remite al art. 14 del Código Penal Militar. Este precepto prevé que esta locución «*comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas*». De manera que las disposiciones para «tiempo de guerra» no exigen con carácter *sine qua non* una declaración formal de guerra en el sentido del art. 63 CE.

Respecto a las distintas situaciones en que nos encontraríamos en tiempo de guerra y serían aplicables, por ello, las disposiciones del Título X LOCOJM, no presenta dificultades la declaración formal de guerra ya que requiere un acto formal de Su Majestad el Rey, previa autorización de las Cortes Generales, aunque es una previsión realmente en desuso. En cuanto al decreto de movilización para una guerra inminente (aún no declarada) nos encontramos con la dificultad de que las normas sobre movilización nacional se encontraban contenidas en la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, que ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, por lo que habría que intentar buscar

⁶⁶ De esta dicción literal obviamente se deduce implícitamente asimismo la prohibición de la acción popular en tiempo de guerra ya que si, aún no admitida en tiempo de paz y, establecidas determinadas restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el momento de la aprobación de la LOCOJM, no parece razonable interpretar que la ley admita la posibilidad del ejercicio de la acción popular en tiempo de guerra.

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase pág. 818.

apoyatura legal a la Movilización en los preceptos de esta última norma y de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional⁶⁸. Respecto a la ruptura generalizada de hostilidades, parece ser el concepto más indeterminado de todos los que pueden determinar la aplicación del art. 157 y ss. LOCOJM. Ahora bien, como dice FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «hará falta, aunque sólo sea a efectos internos, una declaración formal y pública de autoridad competente haciendo saber que han entrado en vigor las disposiciones especiales previstas para tiempo de guerra, pues no debe quedar al arbitrio de cada tribunal valorar el grado de generalización de ruptura, en aras del principio de legalidad»⁶⁹.

En realidad, las disposiciones para tiempo de guerra previstas en la LOCOJM se han revelado inaplicables ya que hoy día no se declaran formalmente las guerras ni siquiera la ruptura generalizada de las hostilidades. Sí podría plantearse la aplicación de ciertos preceptos de la LOCOJM para tiempo de guerra a situaciones de crisis, a saber, fundamentalmente en caso de estado de sitio declarado conforme a los arts. 55 y 116 CE⁷⁰ y en el caso de los teatros de operaciones cuando las Fuerzas Armadas españolas se encuentren en misiones en el exterior que exijan el uso de la fuerza, en cuyo caso las citadas disposiciones especiales de la LOCOJM o de la Ley Procesal Militar, en su caso, deberían quedar circunscritas al espacio concreto en que se desarrolle la misión.

Centrándonos en concreto en la prohibición impuesta en el art. 168 LOCOJM, escribía en 1995 FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA —por tanto, antes de la eliminación de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz— que «los arts. 108 de la LOCOM y 127 de LPM impiden ejercer la acusación particular y la acción civil cuando el ofendido o perjudicado y el inculpado sean militares y exista relación jerárquica de subordinación.

La razón es la protección de la disciplina. En este art. 168, ambas acciones se prohíben en todo caso, incluso cuando ni siquiera sean militares los ofendidos e inculpados. Por lo tanto la razón de ser de este precepto es solo la celeridad y simplificación del proceso»⁷¹.

⁶⁸ Vid. art. 29 a) que se refiere a la incorporación «de los reservistas que se consideren necesarios». Esta previsión se desarrolla en el art. 122 y ss. de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

⁶⁹ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase pág. 819.

⁷⁰ Vid. asimismo arts. 32 a 36 de la LO 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁷¹ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase págs. 828 y 829.

La prohibición total del ejercicio de la acusación particular y, por ende, de la acción popular en tiempo de guerra implica que el art. 168 impone el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en dichas circunstancias en el sentido previsto en la Legislación Procesal Militar histórica para tiempo de paz.

Las razones aducidas por la doctrina, como vemos, para tan drástica prohibición en extremas circunstancias estriban en la celeridad y simplificación del proceso, la protección de la disciplina como factor de cohesión de las Fuerzas Armadas y la nociva presencia de litisconsortes junto al Ministerio Fiscal en el proceso penal militar en tiempo de crisis formalizado a través de instrumentos previstos en la LOCOJM.

Ahora bien, tras la STC 179/2004 se hace precisa una revisión del fundamento constitucional del monopolio acusatorio del Ministerio Fiscal, incluso en tiempo de guerra. A mi juicio no bastará sin más que el Legislador justifique el veto a cualquier posibilidad de ejercicio de la acusación particular (otra cosa es la acción popular) en razones de disciplina o de la necesaria celeridad del proceso. En cuanto a esto último, porque, si es que realmente admitimos que la presencia de un acusador particular pone en riesgo la simplicidad del proceso, con ello se desvirtuarían los fines mismos del proceso penal y, a la postre, los principios constitucionales que la configuración de la Jurisdicción Militar debe respetar. Aunque es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que no existe un Derecho Fundamental derivado del art. 24 CE al establecimiento de la acusación particular y de la acción popular⁷², la prohibición total y absoluta del ejercicio de la acusación para defender sus derechos o intereses legítimos *ex* art. 24 CE en un proceso penal, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra⁷³, poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la

⁷² SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000 y 179/2004.

⁷³ Además de la previsión del art. 92 LOCOJM en orden a la posibilidad de que el Ministro de Defensa –y, por ello, el Ejecutivo– pueda impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, resultan reveladores el art. 157 y ss., particularmente el 161 relativo al libre nombramiento y relevo de cuantos ejercen cargo o destino en la jurisdicción militar por parte del Gobierno, Ministro de Defensa o Autoridades en quienes deleguen, salvo en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

acusación⁷⁴ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes⁷⁵. En cuanto a la disciplina, como se ha indicado más arriba, constituye, según el Tribunal Constitucional, un valor imprescindible para la garantía de la cohesión de las Fuerzas Armadas y de la consecución de las altas funciones que le encomienda el art. 8.1 CE, elevado además a la categoría de principio configurador de la Institución Militar. Pero ello no debe significar que el enfrentamiento procesal entre militares de distinto empleo –ni siquiera en tiempo de guerra– afecte al valor de la disciplina, tal y como se ha ocupado de razonar el Supremo intérprete de la Constitución en las SSTC 115/2001 y 179/2004 (a las que nos hemos referido más arriba). De manera que, como afirma el Tribunal, en la última de las resoluciones indicadas *«el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución»»*⁷⁶. No obstante, ya en la STC 24/1999 había tenido ocasión el Tribunal de anticipar su postura acerca de la disciplina como pretendido límite a la tutela judicial efectiva declarando que *«en ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman*

⁷⁴ Hablaba en 1994 ROJAS CARO, respecto a las restricciones a la acusación particular, de un monopolio del Ministerio Fiscal en el proceso penal militar lo que, según él, ocasionaba «el riesgo cierto de que, con este práctico monopolio, el Ministerio Fiscal se convierta en árbitro del proceso, en juez y parte, singularmente cuando se pide el sobreseimiento o la absolución o retira la acusación, porque esas peticiones son vinculantes para el Tribunal, y un error en la petición fiscal no hay modo de subsanarlo (...), comprometiéndose y frustrándose con ello el fin del proceso, que es el de averiguar la existencia de un delito y castigarlo, en su caso». ROJAS CARO, J., «El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?», *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y Procedimientos Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág.656.

⁷⁵ STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11.

⁷⁶ FJ 7.

en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela»⁷⁷.

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

IV. EL RÉGIMEN DE RECURSOS EN CASO DE SANCIONES POR FALTAS DISCIPLINARIAS LEVES Y SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho Militar histórico la potestad de sancionar –bien disciplinaria o penalmente– era una facultad ligada tradicionalmente al Mando, llegando a estar prácticamente confundidos el régimen disciplinario y el penal como los dos pilares coactivos en que el Jefe Militar se apoyaba para el mantenimiento de la Disciplina. Teniendo en cuenta esta concepción instrumental del *ius puniendi* –tanto del disciplinario como del penal– al servicio de la autoridad militar en orden a la garantía última de la Disciplina, nos parece obvio decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional.

En los Códigos históricos –particularmente en el de 1945– se llegó a compilar no solo las normas penales y procesales militares sino también las disciplinarias. Eran conocidos como Códigos-vademécum. Pues bien,

⁷⁷ FJ 4.

en el Código de Justicia Militar de 1945 se establecían tres procedimientos disciplinarios: un «expediente judicial» (arts. 1003 a 1006) para las faltas graves; otro para las faltas leves, que, en realidad, no se le podía calificar de auténtico procedimiento sino más bien de la forma de imponer sanciones «de plano» ya que las mencionadas infracciones se sancionaban «directamente previo el oportuno esclarecimiento por los jefes respectivos, con arreglo a sus facultades» (art. 1007.1) y, por último, el expediente gubernativo (arts. 1011 a 1024) que podía terminar con la separación del servicio. En ninguno de estos supuestos era posible la revisión en sede jurisdiccional de las actuaciones administrativas, ni siquiera de verdaderos recursos administrativos. Únicamente respecto a las sanciones por faltas leves era posible una suerte de recursos de alzada en cascada hasta llegar al Jefe del Estado «por medio del Ministerio del que dependan» (art. 1007). Era este «recurso» de alzada la consagración legislativa de una tradición que partía de las Ordenanzas de Carlos III y que se mostraba en desuso por su escasa utilidad práctica. Respecto a las faltas graves no era posible siquiera el recurso administrativo ya que «la Autoridad Judicial, de acuerdo con su Auditor, dictará la resolución que estime justa, la cual será firme». (art. 1004). La referencia por la Ley a un expediente judicial cuya resolución final correspondía a la Autoridad Judicial, como si de un procedimiento penal se tratase no debe llevarnos a engaño. Existía una intervención judicial pero no se trataba de un procedimiento judicial sino administrativo sin posibilidad de fiscalización jurisdiccional⁷⁸.

⁷⁸ Aunque se le denomine expediente judicial se trata de un procedimiento administrativo y ya lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 21/1981, de 15 de junio cuando manifiesta que «es preciso señalar, sin embargo, que la vía judicial a que alude el art. 1003 del Código de Justicia Militar y que se concreta en el expediente judicial regulado en el art. 1004 no corresponde al concepto de procedimiento judicial al que alude el art. 207 del mismo Código. El art. 207 distingue entre ambos conceptos al recoger la distinta naturaleza de las infracciones que dan lugar a uno y otro procedimiento y afirmar que «sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial. Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley». Y, congruentemente con ello, el art. 211 prevé como pena militar más leve de privación de libertad la de prisión militar con una extensión de seis meses y un día a doce años, mientras que las que llama «correcciones» para castigar las faltas tienen su máxima duración en el arresto militar de seis meses. Los arts. 851 y 852 del Código de Justicia Militar distinguen también entre ambos procedimientos al señalar que las Sentencias son las resoluciones definitivas de los procedimientos judiciales, mientras que los expedientes de esta índole han de resolverse por Auto. Y la propia estructura del expediente judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal, sino que se corresponde perfectamente con la de los expedientes administrativos en el ámbito civil, con una fase de instrucciones en la que el Instructor reúne funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal, y una fase de resolución en la que el órgano

Pero esta exención del control jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar fue una constante en el Derecho histórico. Así la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 y, particularmente, su Reglamento de 29 de diciembre de 1890 consideraban ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración y, por tanto, inmunes al control jurisdiccional *«las cuestiones pertenecientes al orden público o de gobierno, o que afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar»*. A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Reglamento vedaba el contencioso-administrativo respecto a *«las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, excepto las que impliquen separación del cargo de empleados públicos inamovibles según ley»*. Este sistema de exenciones se reiteró en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, además de la cláusula general del art. 2 b), preveía en su art. 40 lo que sigue:

«No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: (...)»

c) Las Órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.

d) Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a oficiales, suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al art. 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente. (...)

e) Los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa-administrativa»⁷⁹.

Como bien dice PEÑARRUBIA IZA «con la promulgación de la Constitución, el juego de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, en los que se proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

a quien corresponde la decisión no está especializado y coincide con la propia autoridad administrativa. Las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho penal, sino del régimen disciplinario, y así se reconoce expresamente en la reserva contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». FJ 7. Los subrayados son míos.

⁷⁹ El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980, de 22 de octubre considera derogado por la Constitución este precepto por contravenir lo dispuesto en los arts. 24 y 106.1 del texto Fundamental.

sin que pueda haber indefensión, así como el control jurisdiccional de la actividad administrativa y de la potestad reglamentaria, ha determinado la imposibilidad de zonas de inmunidad al control jurisdiccional de los actos administrativos, cualquiera que sea el órgano del cual emanan, teniendo además en cuenta que esos principios se completan con la plenitud que supone la atribución a los órganos judiciales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos»⁸⁰. La nueva Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa consagra la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, eliminando la referencia a los «actos políticos del Gobierno» como inmunes a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales⁸¹.

Pues bien, tras la tramitación de la Nueva Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se considera inmune al control judicial las sanciones por falta leve y se atribuye el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria (en los casos en que resultase posible) a los órganos de la Jurisdicción Militar⁸². Tras la

⁸⁰ PEÑARRUBIA IZA, J. Mª., «Presupuestos constitucionales de la Función Militar», Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 320.

Véase asimismo MILLÁN GARRIDO, A., «La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional» (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar) dentro de *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 70 a 103.

⁸¹ Concretamente, en su Exposición de Motivos (II) lo justifica de la siguiente manera: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad-llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política-excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y el espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. (...) Los intentos encaminados a mantenerlo (...) resultan inadmisibles en un Estado de Derecho». Pero incluso en las que se conocen como potestades discrecionales de la Administración, por oposición a las regladas, la Ley dispone una serie de aspectos sobre los que, en todo caso, será posible el control jurisdiccional: «los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes». [E.M. II, in fine, art. 2 a)]. Los subrayados son míos.

⁸² El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980 se había pronunciado a favor de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; sin embargo, en la STC 21/1981 parece posicionarse favorablemente a que dicha tutela jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar se proporcione por la Jurisdicción Castrense. De una forma mucho más nítida, la STC 22/1982, de 12 de mayo, donde ya excluye la posibilidad de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en atención a la naturaleza estrictamente castrense de la potestad disciplinaria. El posterior ATC 43/1984, de 25 de enero arbitra además el medio de impugnación ante la Jurisdicción Militar, a saber, el antiguo recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, con la finalidad de satisfacer el Derecho a la tutela judicial efectiva.

aprobación de la LOCOJM 4/1987, la LOPM 2/1989 establece el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario en orden a la tutela judicial respecto a las sanciones disciplinarias (incluidas aquellas impuestas por falta leve) que «afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución». (art. 453.3). De forma que se establece el siguiente régimen legal respecto al control judicial de la potestad disciplinaria militar, perfectamente resumido en la STS de la Sala 5ª de 1 de octubre de 1990:

«a) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.

b) Se instaura la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales».

De manera que el problema de tutela judicial efectiva se planteará en aquellos supuestos en que se vede el conocimiento por los Tribunales de sanciones por faltas leves, lo que seguirá sucediendo respecto a sanciones disciplinarias de esta naturaleza que no afecten al ejercicio de derechos fundamentales o incluso en aquellos supuestos en que se recurran sanciones por faltas disciplinarias leves pero el recurrente invoque motivos de legalidad ordinaria, algo de lo que el órgano jurisdiccional no podrá conocer a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, ya que éste es un procedimiento de cognición limitada a las vulneraciones de derechos Fundamentales. Aunque esto último ha sido reparado por la jurisprudencia de la Sala 5ª, la imposibilidad –todavía vigente en la LOPM– de que los órganos jurisdiccionales fiscalicen las sanciones por falta leve donde no quedan afectados los Derechos Fundamentales sigue siendo una barrera a la tutela judicial efectiva que está pendiente de respuesta del Tribunal Constitucional tras la STC 202/2002, de 28 de octubre, que plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b). Aunque de este problema nos ocuparemos más adelante, sí debemos adelantar ahora que la Sala 5ª ha arbitrado el recurso contencioso-ordinario –tras la Sentencia constitucional de 2002– a efectos de impugnación de las sanciones por faltas leves donde no queden afectados los Derechos Fundamentales.

4.2. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR PARA CONOCER DE LA MISMA

Bien podemos explicar el fundamento de la potestad disciplinaria militar con las certeras palabras de PEÑARRUBIA IZA: «Tradicionalmente, el estatuto jurídico de los servidores públicos, tanto si son militares como si se trata de funcionarios civiles, se ha visto dominado por una idea: la de su especial régimen. Esta peculiaridad de estatuto ha hecho que los derechos de los servidores públicos hayan sido afectados por diversas restricciones, cuando no por verdaderas exclusiones de titularidad, en virtud de lo que la doctrina germánica denominó como «relaciones de especial sujeción», término que ha hecho fortuna, aunque no sea pacíficamente admitido por toda la doctrina, en otros ordenamientos como el español...»⁸³. La relación de los militares con la Administración es, pues, una relación de especial sujeción o de supremacía especial frente a la supremacía general que define las relaciones de la Administración con el resto de los ciudadanos. A esta singularidad se une la previsión del art. 25.3 CE que *sensu contrario* habilita a la Administración Militar para imponer sanciones privativas de libertad. Por ello, debemos acudir a los anteriores argumentos jurídicos para fundamentar la potestad disciplinaria militar sin que baste la mera invocación del principio de la Disciplina Militar o las singularidades del ámbito castrense. Ya tuvo ocasión de ponerlo de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 21/1981, de 15 de junio, donde adelanta lo que será su doctrina posterior y que podemos considerar hoy día plenamente aplicable respecto a la imposibilidad de fiscalizar en sede jurisdiccional las sanciones por falta leve. Mantiene así que «la Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva a *sensu contrario* que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la Ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos»⁸⁴. (...) La acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidentes repercusiones en el sistema de garantías procesales»⁸⁵. Sin embargo declara el Tribunal que «la extensión

⁸³ PEÑARRUBIA IZA, J. M^a., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar, Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 87.

⁸⁴ FJ 8

⁸⁵ FJ 9.

de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «reacción de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (...) Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa»⁸⁶. Por lo tanto, ya tempranamente el Supremo Intérprete declaró que la satisfacción de la tutela efectiva y, por ello, los recursos frente a las sanciones disciplinarias ante los órganos jurisdiccionales no suponen merma alguna por sí misma de la Disciplina como ha continuado pretendiendo algún autor. Así ROJAS CARO critica fuertemente cualquier posibilidad de tutela judicial de las sanciones disciplinarias por falta leve cualquiera que éstas sean. Sostiene fundamentalmente su postura en dos argumentos: En primer lugar, que se trata de «una solución perturbadora de la disciplina y la vida de las Unidades, no ya por la inevitable dilación en la resolución de estos asuntos, sino por las eventuales revocaciones de correctivos que pueden ser altamente perniciosas para la disciplina y depresiva para el mando que impuso la sanción». En segundo lugar, apela a la escasa gravedad de las sanciones por falta leve y considera que la tutela en vía administrativa y, posteriormente judicial, viene a exagerar la dimensión de estos correctivos, resultando como efecto «desorbitar este tema con un ensanchamiento perturbador de las garantías». Entiende, por ello, que las garantías y, en definitiva en este caso, el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva, «han de subordinarse a la disciplina y a los superiores intereses del Ejército, los cuales demandan un castigo rápido y ejemplar, que quede firme cuanto antes»⁸⁷. Como tendremos oportunidad de examinar más adelante, hoy no resulta posible sostener dicha concepción de la facultad disciplinaria como una «cápsula» o un «mundo aparte» exentos de cualquier control judicial. La potestad disciplinaria sigue siendo

⁸⁶ FJ 15. El subrayado es mío.

⁸⁷ ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 180.

actividad administrativa –en este caso actividad de la Administración Militar– susceptible de control pleno de legalidad por los Tribunales con arreglo al art. 106 CE. Esta plenitud de jurisdicción se articula además como la manifestación de un Derecho Fundamental consagrado en el art. 24 del Texto Constitucional, frente al que no pueden existir ámbitos inmunes de fiscalización judicial. Por otra parte, el presunto efecto perturbador de la disciplina que pueda suponer su control judicial resulta más que dudoso⁸⁸. Así la actividad sancionadora del mando se puede ver confirmada cuando se ajuste al Ordenamiento Jurídico y revocada en caso contrario como sucede con absoluta normalidad con el resto de los sectores de actuación de las Administraciones Públicas. Lo que sí resulta perturbador es la posibilidad de que a la Administración le esté reconocida la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad –algo reconocido como excepción a la Administración Militar en el art. 25.3 CE *sensu contrario*– o incluso cualquier otra sanción que no esté sometida a la posterior revisión y tutela jurisdiccional como corresponde a un Ordenamiento cuya Constitución proclama la voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Respecto a la competencia de la Jurisdicción Militar para revisar judicialmente el ejercicio de la potestad disciplinaria, aunque ahora no nos ocupemos de ello *in extenso*, por no ser el objeto de nuestro trabajo, la actuación de los Tribunales Castrenses en esta materia viene reconocida en virtud, al menos, de dos postulados constitucionales:

1. La consideración de la tutela de los Derechos Fundamentales en el ámbito disciplinario militar como inserta en «el ámbito estrictamente castrense» al que se refiere el art. 117.5 de la Constitución.

2. La referencia constitucional a la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los

⁸⁸ En este sentido, la STC 24/1999, de 8 de marzo se reafirma en su concepción señalando que la relación de sujeción especial no justifica el desconocimiento de los Derechos Fundamentales del administrado ni implica un entendimiento de la disciplina como opuesto a la tutela judicial y, por ello, a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales. Esta línea respecto a la Disciplina militar se verá confirmada por las sentencias constitucionales 115/2001 y 179/2004, respecto a las restricciones a la acusación particular en el proceso penal militar y, en cuanto a la potestad disciplinaria, por la STC 202/2002, de 28 de octubre, a la que tendremos oportunidad de referirnos más adelante. En concreto, la STC 24/1999 declara lo siguiente: «El cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento a posteriori. En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas». (FJ 4). El subrayado es mío.

Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, tutela, en su caso, previa al recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

Para la satisfacción de esa tutela ante los «Tribunales ordinarios» por el mencionado procedimiento especial se arbitró la vía de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, hoy ya vaciada de contenido⁸⁹. Pero determinados ámbitos jurisdiccionales quedaron al margen de la aplicación de la Ley 62/1978, entre ellos, el laboral. Respecto a la Jurisdicción Militar, tras diversos avatares en la tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar instaura dos inéditos medios de impugnación de la potestad disciplinaria: el recurso contencioso-disciplinario militar y el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario cuando la referida potestad sancionadora afecte al ejercicio de los Derechos Fundamentales de la Persona a los que se refiere el art. 53.2 CE. Con ello se consideraron satisfechas las exigencias constitucionales al respecto. No ocurrió así, sin embargo, con la tutela jurisdiccional de las sanciones por faltas leves en las que no queden afectados Derechos Fundamentales, ya que, con arreglo a la actual redacción de la Ley Procesal Militar, resulta imposible su impugnación judicial. Sobre ello tendremos oportunidad de escribir más adelante.

El fundamento de la tutela jurisdiccional por los Tribunales Militares en el ámbito disciplinario militar fue confirmado por el Tribunal Constitucional. Si bien, en un principio pareció inclinarse por la tutela a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁰, rápidamente comprendió que la materia disciplinaria correspondía al ámbito «estrictamente castrense» que la Constitución circunscribe a la competencia de la Jurisdicción Castrense. Así, ya en la STC 113/1995 considera, frente a la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que los Tribunales Militares son «Tribunales ordinarios» a los efectos del art. 53.2 de la Constitución. Lo que no alcanzó a comprender el máximo órgano judicial de la Comunidad Autónoma andaluza es que, al margen de la especial configuración de la Jurisdicción Castrense –re-

⁸⁹ La «garantía contencioso-administrativa» fue suprimida por la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e incorporada como un procedimiento especial en esta misma norma; la «garantía jurisdiccional civil» se eliminó por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y, finalmente, los preceptos relativos a la «garantía jurisdiccional penal» fueron derogados por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

⁹⁰ *Vid.* nota 83.

conocida por la Constitución—, cuando la Norma Fundamental se refiere a la tutela judicial por los Tribunales Ordinarios lo hace por oposición a la que puede dispensar el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo⁹¹. El Supremo Intérprete de la Constitución considera, cerrando su argumento, que la Jurisdicción Militar es, aunque con singularidades, una auténtica jurisdicción y, por ello, «los órganos de la jurisdicción militar deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la Constitución» (art. 117.5, in fine, CE), lo que significa, entre otras cosas, que están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia, esto es, en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 de la Constitución»⁹².

Si en otra ocasión y a propósito del habeas corpus este Tribunal ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales (SSTC 194/1989, fundamento jurídico 5., 44/1991, fundamento jurídico 3., y 106/1992, fundamento jurídico 2.), ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 CE estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente

⁹¹ El Tribunal Constitucional, tras interpretar el significado del vocablo «Tribunales Ordinarios» en el sentido de contraponer su tutela a la que proporciona el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, insiste acertadamente en la competencia de la Jurisdicción Militar reconociéndola a través de una suerte de singularidad de la Jurisdicción Militar, lo que hace a sus órganos como ordinarios dentro de lo excepcional expresado en la locución constitucional «lo estrictamente castrense». De manera que los Jueces y Tribunales Militares serían los predeterminados por la ley en el marco de la especialidad que supone «lo estrictamente castrense». Así el Supremo Intérprete considera que «[n]o es que juez ordinario se identifique con jurisdicción ordinaria, pero sí interesa tener en cuenta que los Jueces militares, en su ámbito propio, se insiste, son ordinarios, esto es, tienen conferido con carácter común y normal determinadas competencias, entre ellas la tutela de los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 C.E. que puedan verse afectados por sanciones disciplinarias. Y la disciplina, como ha dicho el Tribunal Constitucional en más de una ocasión (ATC 121/1984), constituye una de las razones que justifican la existencia de la jurisdicción militar». STC 113/1995, FJ 5.

⁹² Los subrayados son míos.

y sumario sirviera para desposeer a los tribunales militares de su competencia, lo que –como señala el Abogado del Estado– sería absurdo»⁹³. El Alto Tribunal, abundando en su argumentación declara que la expresión «Tribunales ordinarios» adoptada por el art. 53.2 CE no puede excluir a los Tribunales militares y que no existe diferencia en la actuación jurisdiccional de unos y otros [los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria] que autorice a temer una disminución de las garantías del justiciable cuando actúa la especial dentro del ámbito estricto que le es propio⁹⁴.

4.3. EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO

Como hemos tenido oportunidad de comprobar más arriba, pese a las dudas del Tribunal Constitucional acerca de cuál hubiese de ser la Jurisdicción competente y, en definitiva el camino procesal a seguir para el enjuiciamiento de la potestad disciplinaria de la Administración Militar, lo que sí resulta irrevocable es el camino emprendido por el Alto Tribunal en la línea de declarar que no existen ámbitos de decisión del Poder Ejecutivo inmunes al control de los órganos jurisdiccionales. Incluso apuntaba al Legislador en la STC 22/1982, de 12 de mayo la necesidad de institucionalizar en el seno de la Jurisdicción Militar los mecanismos procesales oportunos para satisfacer las exigencias de los arts. 24 y 106 de la Norma Fundamental. La cuestión ha quedado resuelta en principio con la previsión en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas del recurso contencioso-disciplinario militar, al que da forma la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar como «*el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*»⁹⁵. Afirma, por tanto, la competencia exclusiva de los Tribunales Militares para enjuiciar la legalidad de los actos de la Administración en estos aspectos. Se trata de un auténtico proceso contencioso-administrativo encomendado al conocimiento de la Jurisdicción Militar. De manera que, como primera instancia judicial, con plenitud de jurisdicción, resulta erróneo calificarlo de recurso sin perjuicio de las teóricas limitaciones respecto al procedimiento nacido del art. 53.2 CE⁹⁶. Ahora bien, como

⁹³ STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6.

⁹⁴ FJ 4.

⁹⁵ Art. 453 LOPM.

⁹⁶ Vid. en este sentido la STC 74/2004, de 22 de abril que declara que «*el procedimiento administrativo no supone una primera instancia procesal en relación con el*

asimismo hemos apuntado más arriba, de este precepto constitucional se deriva una tutela especial de los Derechos Fundamentales a través de un procedimiento que el Texto Fundamental quiere preferente y sumario. Las exigencias constitucionales en principio se consideraron satisfechas mediante el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y en el ámbito de la Jurisdicción Castrense a través de la creación del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (art. 518 y ss. LOPM). Las características que la Norma Fundamental quiere para este procedimiento son la preferencia y sumariedad. En cuanto a la preferencia, este principio supone un trato privilegiado en el reparto de asuntos ante los órganos jurisdiccionales. Para algún autor esta nota no se cumple en el proceso previsto por la Ley Procesal Militar. Así BALBONTÍN PÉREZ opina que el procedimiento «no termina de ser *preferente*, en el sentido que a tal concepto le dan las SSTC 11/1982 y 95/1997 (para las que ser *preferente* implica el no ser necesario agotar la vía administrativa previa), porque el art. 518 b) LOPM sólo respeta esa naturaleza *preferencial* en los supuestos de sanciones por faltas graves o muy graves o por causas extraordinarias, pero no así en los casos de sanciones por falta leve, para las que obliga «haber agotado la vía disciplinaria»⁹⁷. Respecto a la sumariedad existen dos acepciones de este concepto jurídico. Para algunos autores sumariedad implica perentoriedad, abreviación de procedimientos, reducción de plazos y trámites además de la «supuesta urgencia y agilidad en la sustanciación y resolución de tales procesos» a lo que debe unirse «una rápida respuesta judicial» y «una distancia corta entre las fechas de inicio y de resolución de

posterior recurso contencioso-disciplinario militar, sino que éste constituye, por el contrario, un proceso plenario en el que pueden practicarse todo tipo de pruebas admisibles. Al igual que el recurso contencioso-administrativo el recurso contencioso-disciplinario militar no ha de fundarse necesariamente en lo ya alegado previamente ante la Administración demandada, sino que, siempre que no se incurra en desviación procesal, podrán aducirse en él cuantos motivos se estimen convenientes en relación al acto administrativo impugnado, se hubiesen alegado o no al agotar la vía administrativa. Así se desprende del art. 482 LOPM, según el cual en la demanda y en la contestación podrán «alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria», y así ha sido entendido por la jurisprudencia de este Tribunal cuando ha tenido ocasión de enjuiciar resoluciones judiciales que partían de un entendimiento extraordinariamente rígido del llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa». (FJ 8).

⁹⁷ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona», en *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, pág. 132.

tales procesos»⁹⁸. Sin embargo, según otra parte de la doctrina el término «sumariedad» hay que referirlo no a la duración de la tramitación del procedimiento sino que guarda relación con el objeto del mismo. Es decir, sumariedad del procedimiento implica que su cognición es limitada a la comprobación de la supuesta lesión de un Derecho Fundamental. En cambio, algún autor mantiene que no se cumplen las previsiones del art. 53.2 CE en el sentido de que se tratan de procedimientos de cognición plenaria. Otros autores como SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA consideran, con apoyo en la STS de 14 de agosto de 1979, que «el proceso regulado en la Ley 62/78 no es técnicamente un «proceso sumario» y otro tanto debe predicarse del contenido del art. 518 L.pr.m. Se trata de un proceso plenario de cognición limitada [...] Están de acuerdo los procesalistas en que el concepto de sumariedad contenido en el art. 53.2 CE no tiene relación alguna con aquel concepto técnico procesal, sino que de lo que aquí se trata es de un procedimiento sustancialmente acelerado para dar solución rápida a cualquier perturbación que el ciudadano sufra en sus derechos fundamentales. Es decir, que estamos ante un procedimiento plenario, regulado en términos tales que el juzgador puede conocer, con carácter de preferencia y bajo el principio de urgencia, el fondo de la cuestión y otorgar, consecuentemente, la tutela judicial en el plazo más breve posible»⁹⁹.

Sea como fuere, el objeto del recurso y el espíritu mismo de la Ley 62/1978 y del proceso regulado en el art. 518 y ss. de la Ley Procesal Militar está limitado en el enjuiciamiento y la resolución del órgano jurisdiccional a la comprobación de la efectiva lesión de un Derecho Fundamental, y sólo a eso, lo cual ocasionará algunos problemas en el particular ámbito del recurso contencioso-disciplinario militar ya que, al margen del procedimiento preferente y sumario, carecen las Leyes Procesales Militares de cualquier medio de tutela judicial respecto a las denominadas cuestiones de «legalidad ordinaria» o, simplemente respecto de aquellas sanciones que no afecten a los Derechos Fundamentales, las cuales, con arreglo a la LOPM, no son susceptibles de revisión judicial. El problema de constitucionalidad que ello representa será analizado a continuación.

⁹⁸ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección...», 2003, pág. 133.

⁹⁹ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, F., «El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 725. Los subrayados son míos.

4.4. EL OBJETO DEL RECURSO. EL PROBLEMA DEL RECURSO POR FALTAS LEVES. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA DE LA SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

En efecto, el objeto de esta vía procesal preferente y sumaria para la protección de los Derechos Fundamentales viene constituido exclusivamente por la pretendida lesión de un Derecho Fundamental. Como dice SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA «en este procedimiento no puede someterse a juicio más que la conformidad o disconformidad del acto objeto del recurso con los principios constitucionales y la pretensión procesal no puede ser otra que la de obtener la declaración de la existencia de vulneración constitucional y la consiguiente nulidad radical del acto. [...] el recurso no tiene como fin el examen de la legalidad ordinaria, sino sólo el de su legalidad constitucional. [...] Es posible, sin embargo, el examen de cuestiones de legalidad ordinaria cuando éstas van indisolublemente unidas a la violación de derechos fundamentales que se denuncia y que pasan a formar parte de lo que se ha denominado «bloque constitucional»¹⁰⁰. Aunque en ocasiones es imposible deslindar las cuestiones de legalidad ordinaria de las presuntas vulneraciones de Derechos Fundamentales, la ausencia de recurso contencioso-disciplinario militar por faltas leves –si se exceptúa, claro está, el preferente y sumario con su objeto bien delimitado– ocasiona que la Sala 5ª venga realizando una interpretación amplia de los conceptos «legalidad ordinaria» y «bloque de la constitucionalidad», llegando a desnaturalizarse el mismo proceso previsto en el art. 518 y ss. LOPM. Esta laxitud en la interpretación se ha confirmado tras la sentencia constitucional 202/2002, que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 468 b) LOPM, en su relación con el párrafo segundo del art. 453 puesto que estos preceptos constituyen un veto legal al acceso a los Tribunales respecto a las faltas leves, lo que supone que, al menos las cuestiones de legalidad ordinaria puedan ser examinadas en el ámbito del recurso preferente y sumario del art. 518 y ss. LOPM. A la problemática constitucional de estas cuestiones atenderemos posteriormente pero sí debemos decir ahora que el objeto del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario viene constituido exclusivamente por la presunta vulneración de Derechos Fundamentales y que la auténtica solución a la carencia de medios de impugnación judiciales y, por ello de tutela judicial efectiva, debe venir dada por

¹⁰⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, F., «El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 731. *Vid.* SSTs, Sala 5ª, de 11 de octubre de 1990, de 14 y de 17 de enero de 1991.

una reforma legislativa, sin necesidad de aguardar al definitivo pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional. Mientras tanto, como afirma BALBONTÍN PÉREZ, se utiliza en cuestiones de legalidad ordinaria «la única vía procesal habilitada con respecto a las faltas leves militares, o sea, la preferente y sumaria del art. 518 LOPM». Añade este autor que «para colmar la laguna del inexistente recurso ordinario y salvar el obstáculo que ello representa para otorgar la tutela reclamada y llenar así de contenido el principio de plenitud de la garantía jurisdiccional en el control de la actividad administrativa, sin dejar resquicios por los que dicho principio pueda hacer aguas, la Sala V ha venido vinculando con tanta frecuencia como generosidad cuestiones de legalidad ordinaria al denominado «bloque de constitucionalidad», en razón de considerar imprescindible pronunciarse sobre aquéllas con carácter previo a entrar a conocer sobre la lesión constitucional denunciada en el preferente y sumario»¹⁰¹. La realidad es que, como veremos, será la doctrina constitucional la que imponga a la Sala 5ª la utilización del único cauce procesal previsto, trátense o no cuestiones de legalidad ordinaria, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Hasta la consabida sentencia constitucional de 2002 la posición del Tribunal Supremo era muy otra. Así, en una línea jurisprudencial consolidada y cuyos últimos ejemplos son las Sentencias de 17 de abril, de 11 de mayo de 2000 y de 9 de octubre de 2000¹⁰², la Sala 5ª del

¹⁰¹ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección...», 2003, pág. 131.

¹⁰² Concretamente esta última resolución, anulada posteriormente por la STC 202/2002, destacaba que «el carácter explícito de las normas señaladas [el art. 468 b) LOPM], hace inviable la pretensión postulada en primer lugar, en la que se plantea que este Tribunal, mediante una interpretación contraria al tenor literal de la ley, llegara a reconocer la posibilidad de actuar en una vía jurisdiccional que la norma aplicable de forma expresa veda. La consecuencia no puede ser otra que el rechazo de este aspecto concreto de la pretensión que ante esta Sala trae el recurrente y que acabamos de examinar, y hemos de recordarle que la tutela judicial efectiva no consiste sino en la obtención de una resolución fundada en derecho, tutela judicial que le fue otorgada en su día por el Tribunal Militar Territorial Cuarto y que hoy nuevamente le otorga esta Sala, aun cuando el contenido de la resolución que se dicte sea desfavorable a su pretensión». (FJ 1). En cuanto a los supuestos en que no se hallen en juego Derechos Fundamentales, ante la alegación de la procedencia del recurso contencioso-disciplinario ordinario, la Sala 5ª vincula su exclusión a la Disciplina en el marco de la relación de sujeción especial de los militares con la Administración, invocando la doctrina constitucional que se había utilizado para establecer límites al ejercicio de la acusación particular entre militares, todavía vigente el antiguo Código de Justicia Militar. Así manifiesta que «[q]uedarían por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones impuestas por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso disciplinario militar ordinario. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 39/83, de 17 de mayo, señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando

Alto Tribunal entendía, una vez más, a la Disciplina –siguiendo por otra parte la doctrina constitucional sobre las restricciones en el acceso a la Jurisdicción Militar– como elemento de la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las funciones constitucionales que el art. 8 CE les encomienda y, por ello, como justificación suficiente para vedar el acceso a la tutela judicial respecto al ejercicio de la potestad sancionadora por faltas disciplinarias leves cuando aquélla no afecte al ejercicio de Derechos Fundamentales susceptibles de amparo constitucional, concretamente a lo que se conoce como el «bloque de constitucionalidad», según la terminología empleada por la propia Sala 5ª con la finalidad de encontrar cabida en el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria.

El punto de inflexión vino dado por la STC 202/2002, de 28 de octubre que, estimando el amparo de un Suboficial frente a los Autos del Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña de 8 de abril y 10 de junio de 1999 –que inadmiten el recurso contencioso disciplinario ordinario planteado por la comisión de falta disciplinaria leve–, así como contra Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000 confirmatoria de los anteriores, viene a dar acogida a los argumentos del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional al respecto en el sentido de que los preceptos de la Ley Procesal Militar que impiden la fiscalización judicial de las faltas leves por motivos de legalidad ordinaria, no son susceptibles siquiera de una interpretación constitucionalmente conforme a la efectividad del Derecho Fundamen-

como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la Administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico; esa alusión a la discrecionalidad técnica y el reconocimiento de la ajeneidad de su actuación al control jurisdiccional, resulta no ser único, ya que la propia sentencia, con su redacción en plural, hace que puedan ser varios los límites determinados de esa actividad jurisdiccional de control. También el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 97/85 y 180/85, encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art. 8 de la Constitución y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad, evitando que quede durante un largo periodo de tiempo en duda la corrección de las medidas adoptadas». (FJ 3). Similares argumentos se expusieron en la STS de 17 de abril de 2000, que resuelve un recurso del mismo militar. Aquí pretendía que el vacío normativo y, por ello, de tutela judicial, creado por la inexistencia de vía procesal ordinaria para invocar cuestiones de mera legalidad en recursos contencioso-disciplinarios fuese suplida directamente por la Sala 5ª mediante la directa aplicación del art. 24 CE, a lo que ésta respondió que la tutela judicial había de proporcionarse de la forma prevista en las Leyes Procesales, concretamente a través de las dos vías previstas en la Ley Rituaria Militar.

tal a la tutela judicial efectiva¹⁰³. Pues bien, el Supremo Intérprete, tras recordar su doctrina sobre el acceso a la Jurisdicción y advertir que la vía contencioso-disciplinaria regulada en la Ley Procesal Militar «*constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*»¹⁰⁴, señala lo siguiente: «*La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario. Ahora bien, si en éste no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, por más que a veces sea difícil su deslinde, no cabe sino concluir que el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No se trata, por tanto, de una restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario (ad exemplum STS de 16 de diciembre de 1999). Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa*»¹⁰⁵.

Respecto a la invocación del indiscutible valor, y bien constitucionalmente protegido, de la Disciplina para blindar las sanciones por falta leve de cualquier control judicial, excepto en la medida que queden afectados Derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional la rechaza de plano afirmando que «*en efecto, la disciplina militar, consustancial a la orga-*

¹⁰³ Alegaba el Ministerio Público que la colisión con el art. 24 CE no podía evitarse ni siquiera con una hermenéutica favorable a la aplicación de los derechos fundamentales, pues aquellos preceptos configuran un régimen jurídico que deja un sector de actividad administrativa sancionatoria fuera del control judicial, lo que resulta contrario al art. 106.1 CE, y, en el caso concreto, produce un resultado contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al impedir el planteamiento ante los Tribunales de cuestiones de legalidad ordinaria, cuestiones que no cabe predecir habida cuenta de que la inadmisión acordada es previa a la formulación de la demanda.

¹⁰⁴ Art. 453 LOPM.

¹⁰⁵ FJ 5.

nización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones al derecho fundamental invocado, pero ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE.

Tampoco puede verse en algunas de las afirmaciones de la STC 31/2000, de 3 de febrero, que declaró inconstitucional el párrafo c) del artículo ahora cuestionado, respaldo constitucional alguno al precepto que estudiamos, pues las afirmaciones que allí se realizaron tenían la finalidad de ilustrar la conclusión afirmada: que la salvedad de que contra las infracciones leves cabía deducir el recurso especial y sumario reforzaba la interpretación de la legalidad ordinaria de que en los supuestos que entonces eran objeto de impugnación [los del párrafo c)], en los que no se efectuaba salvedad alguna, estaban excluidos de todo control, ya fuera a través del contencioso-disciplinario militar ordinario, ya del especial y sumario. Es más, las razones que avalaron en su día la declaración de inconstitucionalidad del párrafo c) del art. 468 LOPM son igualmente predicables del supuesto que ahora se estudia, pues, si bien se mira, hay aquí también una exclusión total del control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves, si bien en el aspecto más reducido de la legalidad ordinaria.

Asimismo carece de fuerza convincente el apoyo que la Sentencia del Tribunal Supremo busca en diversas resoluciones de este Tribunal. La STC 180/1985, de 19 de diciembre, justificó la diferencia de trato en orden a la posibilidad de aplicación de la condena condicional, según se pertenezca o no a los ejércitos, en las peculiaridades de la jurisdicción castrense, la cual está enlazada con una organización fuertemente jerarquizada, de suerte que la imposibilidad de conceder la condena condicional a los militares se orienta a reforzar la severidad y la disciplina militar. Pero tal diferencia de régimen jurídico no afecta ni compromete el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Tampoco la STC 97/1985, de 29 de julio, proporciona soporte a la decisión del Tribunal Supremo, pues en el caso enjuiciado en ella se amparó a los particulares, padres de un soldado fallecido, que pretendían ejercer la acusación particular en el marco de la jurisdicción militar, resultando tangenciales las aseveraciones allí realizadas sobre la justificación, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, de ciertas restricciones al ejercicio de la acusación particular entre los militares que se encuentran subordinados entre sí.

Finalmente cabe señalar que la preservación de la disciplina militar se veía más comprometida en el supuesto estudiado en la reciente STC 115/2001, de 10 de mayo, lo que no impidió a este Tribunal otorgar el am-

paro a un militar a quien se había negado la posibilidad de constituirse en parte de una causa penal seguida contra varios superiores. En aquel caso se acordó plantear la cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con los arts. 127 y 108 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, y de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización militar, respectivamente. Con mayor motivo hemos de afirmar ahora que el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-administrativo ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve»¹⁰⁶.

Resultan sumamente interesantes los argumentos –en la misma línea de lo que posteriormente mantendría el Tribunal Constitucional– del Magistrado de la Sala 5ª Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo en el voto particular formulado a la Sentencia de 17 de abril de 2000. Sostiene así que «la tutela judicial que promete la Constitución se predica en su plenitud subjetiva –respecto de todos los ciudadanos entre los que los militares no son excepción– y objetiva –respecto de todos los derechos e intereses legítimos–, sin que pueda ser objeto de parcelaciones o de asignaciones fragmentarias, y ello sin perjuicio de su eventual limitación cuando la restricción resulte estrictamente necesaria para la consecución de otros objetivos constitucionalmente reconocidos, como puede ser el preservar los principios rectores de la organización y funcionamiento de los Ejércitos, radicados sobre todo en la disciplina, acusada jerarquización y cohesión interna (art. 10. RROO para las FAS) que representan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados en el art. 8.1. CE. (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1983, de 29 de julio y 24 /1996, de 26 de enero). Solo entonces, y en la medida imprescindible, estaría justificado el sacrificio que para los militares representa prescindir de la garantía procesal de acudir a la jurisdicción para instar la plena adecuación derecho de las sanciones disciplinarias consecutivas a la comisión de faltas leves. Pienso que no se justifica por razones del mantenimiento de la disciplina en el ámbito castrense, que exige la prontitud de la actuación del mando para su restablecimiento inmediato, la cual quedaría salvada excluyendo la suspensión de la ejecución. Tampoco resulta convincente el argumento relativo a la jerarquización militar que, en mi opinión, nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que, bien al contrario, se robustece y afianza la autoridad del

¹⁰⁶ FJ 6. Los subrayados son míos.

mando militar cuando se verifica la adecuación a Derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Creo que no deben existir resquicios ni zonas inmunes al control jurisdiccional, representadas por actuaciones que pudieran tacharse de arbitrarias en el ejercicio de las potestades disciplinarias. La Constitución proscribe la actuación arbitraria de los poderes públicos (art.93), y de manera correspondiente proclama la sumisión de la Administración al control judicial (arts. 103.1 y 106.1). De igual modo creo que deben excluirse las razones basadas en la nimiedad de la sanción. Consideración aparte de que las faltas leves pueden corregirse con arresto de hasta treinta días a cumplir en el propio domicilio o Unidad, y que por acumulación la cuarta falta leve se convierte en grave, creo que la cuestión no es cuantitativa sino cualitativa. Con las deferencias de rigor hacia los demás miembros de la Sala, creo que no es correcto relativizar el alcance de la tutela judicial, en función de la mayor o menor intensidad de la lesión sufrida».

Los efectos que podemos extraer de la STC 202/2002 consisten, además de los referidos al amparo del recurrente en el caso concreto suscitado, en el planteamiento ante el Pleno del Tribunal Constitucional de cuestión de inconstitucionalidad –que hasta el momento no ha sido resuelta– en relación con los arts. 468, apartado b), y 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en el inciso «por falta grave», al apreciar que entra en contradicción con lo establecido en los arts. 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución y un cambio en la propia doctrina de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en dos sentidos diferentes:

Por una parte, se va a declarar admisible el recurso contencioso-disciplinario ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Así la STS de 24 de septiembre de 2004 declara que *«los preceptos que fundamentan la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario deben ceder, como resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 202/2002, ante el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso al proceso»*¹⁰⁷.

En segundo lugar, se extiende el objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria, vayan incardinadas o no en el denominado «bloque de la constitucionalidad», pues de otra manera se carece de cauce procesal para su impugnación, al contrario de lo que sucede en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, con la consiguiente vulneración del art. 24

¹⁰⁷ En la misma línea, las SSTS de 22 de noviembre de 2004, de 25 de febrero de 2005, de 24 de febrero de 2006.

CE. Así la STS de 17 de mayo de 2004 considera, respecto al instituto de la prescripción, que, aunque cuestión de mera legalidad, *«en aplicación de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ en relación con la STC 202/2002), el otorgamiento de la dicha tutela judicial en la impugnación de faltas disciplinarias leves autoriza a los órganos de la Jurisdicción Militar, en el ámbito de su competencia en la instancia, y a esta Sala de Casación, en su caso, a pronunciarse sobre la concurrencia del instituto de la prescripción, incluso desde la perspectiva de la legalidad ordinaria»*¹⁰⁸.

Un último efecto de la Sentencia constitucional de 2002, podríamos llamarlo incidental, viene constituido por el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en cascada por los Tribunales Militares Territoriales que conocen de los correspondientes recursos contencioso-disciplinarios por falta leve¹⁰⁹.

La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002 consagra, o más bien confirma, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la Militar– derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del Ordenamiento o de la actividad administrativa «blindados» o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las restricciones que puedan imponer en el Derecho a la tutela judicial efectiva la proporcionada y justificada consideración de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, entre los cuales pueda hallarse el de la Disciplina militar, como elemento necesario para la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas (art. 8.1 CE), pero sin que ello deba significar la existencia de parcelas del Ordenamiento –cuál es el Derecho Disciplinario Militar– completamente ayunas de control judicial.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, las SSTS de 27 de junio de 2003, de 11 de octubre de 2004, de 16 de enero de 2006 y de 1 de marzo de 2006, entre otras.

¹⁰⁹ Así el Tribunal Constitucional con fecha 30 de septiembre de 2003 dictó Providencia por la que admite a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 4204/2003 y 5219/2003, planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto. Por Providencia de 13 de julio de 2004 se admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3658/2004 del mismo Tribunal. Posteriormente, las Providencias de 15 de febrero, de 28 de febrero y de 28 de marzo de 2006 admitieron las cuestiones números 6503/2006, 1096/2006 y 1878/2006 de los Tribunales de Sevilla y A Coruña, las dos últimas, respectivamente. Por último, las cuestiones de inconstitucionalidad números 8783/2006, 10204/2006 (Tribunal Militar Territorial Cuarto, A Coruña) y 9156/2006 y 11075/2006 (Tribunal Militar Territorial Segundo, Sevilla) fueron admitidas a trámite por Providencias de 24 de octubre y de 12 de diciembre de 2006 y de 16 de enero de 2007.

4.5. POSIBLES SOLUCIONES. EL *HABEAS CORPUS* COMO TUTELA O MEDIO DE REVISIÓN JURISDICCIONAL

Tras el inevitable pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2002, en tanto no se produce la más que probable declaración de inconstitucionalidad –que esperamos sea a la mayor brevedad con la finalidad de evitar esta situación de, podríamos decir, provisionalidad que genera cierta inseguridad jurídica– se impone como necesario arbitrar ciertas soluciones. A algunas de ellas, tales como la apertura del procedimiento preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria o la admisibilidad del recurso ordinario frente a las sanciones por faltas leves sin restricciones, nos hemos referido en el anterior epígrafe y vienen dadas por la Sala 5ª del Tribunal Supremo¹¹⁰, pero no por ello debemos olvidar que son soluciones provisionales en la medida en que se llevan a cabo obviando la legalidad procesal vigente, al menos mientras no se dicte un pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución expulsando los cuestionados preceptos del Ordenamiento Jurídico.

Como propuestas de *lege ferenda* algunos autores propugnan la creación de una suerte de procedimiento abreviado en la Ley Procesal Militar similar al establecido en el art. 78 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la tutela jurisdiccional de todas las sanciones por falta leve¹¹¹. Otros defienden que los procesos contencioso-disciplinarios que se regulen para la revisión jurisdiccional de las sanciones por falta leve deben encomendarse a la competencia de los Jueces Togados Militares, de manera que «una solución razonable podría consistir –previo el establecimiento de unos cauces orgánico-procesales adecuados– en la implantación de un recurso, de tramitación simple, para los sancionados por falta leve, ante el juez Togado Militar». Con ello, quedarían satisfechas «las exigencias de los referidos artículos 24.1 y 106.1 de

¹¹⁰ MELÓN MUÑOZ examina cuidadosamente las diversas soluciones dadas por la Sala 5ª del Tribunal Supremo a los problemas de tutela judicial efectiva planteados y su encaje en la normativa procesal vigente con la consiguiente crítica al respecto. MELÓN MUÑOZ, G., «El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Posibles soluciones», *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 569-573.

¹¹¹ BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «Derecho disciplinario militar y garantías constitucionales: especial referencia a la tutela judicial en las sanciones por falta leve», en *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, págs. 158 y 159.

la Constitución»¹¹². El posible remedio a través del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, tras un tímido amago del ATC 60/1980, ha quedado –como hemos señalado más arriba– descartado por la doctrina constitucional a partir de la STC 21/1981, y más aún con la dicción literal del art. 453 LOPM: «*El procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*». En línea con este precepto, el art. 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cierra cualquier posibilidad de tutela en esta vía al disponer: «*No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ...El recurso contencioso-disciplinario militar*».

Una solución no ya provisional –como las proporcionadas por el Tribunal Supremo– sino provisionálísima consiste, como con buena técnica procesal han llevado a cabo varios Tribunales Militares, en el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto a los controvertidos preceptos de la Ley Procesal Militar, con suspensión de las actuaciones, con arreglo a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional¹¹³.

Mención aparte merece la institución del *habeas corpus* como tutela o medio de revisión jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Militar. Con la finalidad de determinar el alcance de la tutela que es posible proporcionar mediante este procedimiento, hemos de examinar brevemente y con carácter previo su naturaleza jurídica y finalidad. En efecto, el art. 17.4 CE lo destina a «*producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*».

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, según la STC 44/1991, el procedimiento de *habeas corpus* «*no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes*». Con mayor precisión lo ha descrito la STC 263/2000, de 30 de octubre: «*como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de habeas corpus es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a*

¹¹² MILLÁN GARRIDO, A., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 280. Vid. asimismo MILLÁN GARRIDO, A., *Justicia Militar*, Editorial Ariel, Barcelona, 2008, pág. 85.

¹¹³ Art. 35.3 LOTC.

la autoridad judicial (SSTC 98/1996, de 21 de mayo, FJ 1, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4)»¹¹⁴.

Ahora bien, aunque la finalidad de la institución consista en la fiscalización jurisdiccional de la legalidad de una detención —y también de las privaciones de libertad derivadas de sanciones disciplinarias militares—, el Juez del *habeas corpus* no puede entrar a conocer de cuestiones de fondo sobre legalidad ordinaria o incluso aspectos relativos a los Derechos Fundamentales que se vean afectados por la sanción, cuyo conocimiento corresponde —en el caso de las sanciones disciplinarias militares— a los órganos judiciales militares competentes a través del procedimiento contencioso-disciplinario establecido en la Ley Procesal Militar. Se trata, según la jurisprudencia constitucional, por ello, de un procedimiento de cognición limitada. A mi juicio, solo resulta posible examinar en él aspectos que afecten de modo patente o notorio a la legalidad de la detención (por ejemplo, sanción de plano, impuesta manifiestamente sin seguir el procedimiento establecido, que sea claramente desproporcionada o arbitraria, dictada por autoridad manifiestamente incompetente, condiciones de la detención o arresto, etc.). Así, la STC 194/1989 señala respecto a los procedimientos de *habeas corpus* que «conforme a su específica naturaleza y a su cognición limitada (de la que este Tribunal ya se ocupó en el fundamento jurídico 1.º de la STC 93/1986), sólo permitían determinar si la pérdida de libertad derivada de las sanciones impuestas comportaba una detención ilegal a los efectos del art. 1 de la LO 6/1984, de 24 de mayo, pero no una revisión plena de las sanciones, para lo que hubiera sido preciso intentar [en el concreto caso al que se refiere la sentencia de amparo], previo agotamiento de la vía administrativa ante el Ministerio de Defensa (art. 50 LO 12/1985), el recurso contencioso disciplinario militar (art. 52 LO 12/1985), o, en su caso, el contencioso-administrativo ordinario o especial de la Sección segunda de la Ley 62/1978»¹¹⁵.

En cuanto a la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de estos procedimientos, debemos partir del art. 17 LOCOJM, que dispone lo que sigue: «Corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo...» Más en concreto, el art. 61.3 atribuye a los Juzgados Togados Militares Territoriales «el conocimiento de la solicitud de *habeas corpus*», en conexión con el art. 2 de

¹¹⁴ STC 37/2005, FJ 3.

¹¹⁵ FJ 1.

la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *Habeas Corpus*, que atribuye el conocimiento de estos procedimientos en el ámbito de la Jurisdicción Militar al Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención. La competencia de la Jurisdicción Castrense respecto a los procedimientos de *habeas corpus* iniciados a raíz de una sanción disciplinaria militar fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia 194/1989, al decir que «*el habeas corpus corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de habeas corpus, y del art. 61.3 de la LO 4/1987, que se remite al anterior*»¹¹⁶. Esta doctrina constitucional fue reiterada por la STC 44/1991.

Respecto al *habeas corpus* como medio de revisión jurisdiccional de las sanciones disciplinarias militares, ya hemos dicho que dicho procedimiento se caracteriza por ser de cognición limitada y que no es posible erigirlo en un medio de revisión plena de la legalidad de las sanciones disciplinarias, ya que ello conduciría a la sustracción de las competencias atribuidas a los órganos judiciales militares predeterminados por la Ley para conocer de las acciones judiciales frente a las sanciones disciplinarias militares mediante el procedimiento establecido para este fin, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar en sus diferentes modalidades. La plenitud revisora en este ámbito del Juez del *habeas corpus* llevaría a un solapamiento, interacción o entrecruzamiento de las atribuciones de aquél con los órganos judiciales militares antes mencionados, por lo que el Tribunal Constitucional ha delimitado claramente la naturaleza de los distintos procedimientos y la competencia al respecto de los distintos órganos jurisdiccionales castrenses. Así, este procedimiento no tiene como finalidad tanto el enjuiciamiento de la legalidad de la sanción disciplinaria cuanto el ajuste al Ordenamiento Jurídico de la situación de privación de libertad. Dicho de otra manera: el Juez del *habeas corpus* no debe enjuiciar la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta sino en la medida en que ello afecte a la situación del sancionado privado de libertad, lo que, por lo general, solo ocurrirá en los supuestos de contravención más notoria, evidente o patente del Ordenamiento Jurídico, cualquiera que sea la interpretación efectuada del mismo. Esta delimitación respecto a los medios

¹¹⁶ FJ 5.

impugnatorios de las sanciones disciplinarias militares es la que se deriva de la jurisprudencia constitucional. En este sentido la STC 194/2001, de 1 de octubre declara lo siguiente, resumiendo su doctrina al respecto, que «en efecto, en la STC 208/2000, de 24 de julio, hemos recordado que «de la regulación legal del procedimiento de hábeas corpus se desprende, en una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal. El que ha sido privado de su libertad puede reaccionar contra tal privación optando por una cualquiera de estas tres vías, de naturaleza distinta y sin que se confundan entre sí, o incluso por varias o todas ellas, ya que no se excluyen mutuamente. Esta selección del sistema de impugnación se puede efectuar con plena libertad, ya que es a los ciudadanos a quienes corresponde elegir la vía de reacción más conveniente contra la detención sufrida (STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 9). Ahora bien, el que elige el procedimiento de hábeas corpus ha de saber, en una aproximación positiva al concepto, que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales. El Juez del hábeas corpus no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del hábeas corpus dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra¹¹⁷ (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6). Pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del hábeas corpus de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad (SSTC 12/1994, FJ 6; 232/1999, FJ 3)»¹¹⁸.

¹¹⁷ La referencia a los «Tribunales de lo Contencioso» hay que entenderla realizada a los Tribunales Militares competentes para conocer del recurso contencioso-disciplinario militar.

¹¹⁸ FJ 3. Los subrayados son míos. En el mismo sentido, las SSTC 208/2000, de 24 de julio y 37/2005, de 28 de febrero, entre otras.

Sobre las dos funciones esenciales de la Jurisdicción Militar, esto es, la contencioso-disciplinaria y la penal, se pronuncia PEÑARRUBIA IZA atribuyendo a la primera carácter tuitivo y a la segunda, represivo. La paradoja aparece cuando comprobamos que, en realidad, se atribuyen al Juez Togado Militar –que ostenta fundamentalmente competencias de instrucción penales- el conocimiento del procedimiento de *habeas corpus* en el ámbi-

Consideramos, por tanto, que la verdadera satisfacción de la tutela jurisdiccional respecto a las sanciones disciplinarias militares por faltas leves ha de venir, como con buen criterio señala MELÓN MUÑOZ, con «una pronta resolución del Tribunal Constitucional a la «auto-cuestión» de inconstitucionalidad planteada en su Sentencia de 28/10/2002 (y a otras cuestiones de inconstitucionalidad que, con idéntico fundamento, han sido ya admitidas a trámite por el Alto Tribunal...) y la definitiva erradicación del Ordenamiento de los preceptos afectados por lo que hoy son serias dudas sobre su constitucionalidad; a renglón seguido se hace necesaria una reforma legislativa que establezca un procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario aplicable en exclusiva a las sanciones por falta leve adecuado, en términos de brevedad de plazos y simplicidad de trámite, a su naturaleza de sanciones leves o menores»¹¹⁹.

V. LA FIGURA DEL «IMPUTADO» EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE LA LEY PROCESAL MILITAR. LA PARTE PASIVA DEL PROCESO

Si bien no resulta pacífica en la doctrina la existencia de partes propiamente dichas en el proceso penal, sí parece evidente la existencia de una «parte pasiva» frente a la que se dirigen las actuaciones y que toma diversos nombres según la fase del proceso que se trate, con cierta confusión en la LOPM e incluso en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, al menos, encontramos las categorías de imputado, inculpado y, finalmente, acusado. En cuanto a la institución procesal de las diligencias previas de la Ley Procesal Militar, resulta necesario –al efecto de determinar la posición del «imputado» en las mismas y el respeto de su Derecho de acceso a la tutela judicial efectiva sin indefensión– referirse a la naturaleza jurídica de esta institución. Quedan así reguladas en los arts. 141 a 143 bajo la rúbrica «De la prevención de los procedimientos». Parte de la doctrina, como veremos, mantiene que al no tratarse en

to castrense que es esencialmente tuitivo. Vid. PEÑARRUBIA IZA, J. M^a., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 374.

¹¹⁹ MELÓN MUÑOZ, G., «El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Posibles soluciones», *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 572 y 573.

realidad de un procedimiento penal no tiene sentido arbitrar medidas de defensa de un «imputado» que, por el momento, no existe como tal. Sí debemos dejar ya establecido desde ahora que la figura de las diligencias previas contemplada en la LOPM no tiene parangón en la jurisdicción ordinaria. De manera que el procedimiento contemplado en la LECr con este mismo nombre constituye la fase instructora de un proceso penal previa al juicio oral mientras que las diligencias previas de la LOPM solo se pueden incoar en el caso de que no fuese posible determinar el procedimiento a seguir o no existan evidencias claras de que se haya cometido un delito de la competencia de la Jurisdicción Militar. Parece claro, por tanto, que si desde el principio resulta patente la existencia de un hecho con caracteres de delito, se identifica a las personas que en él han participado y se establece con nitidez el procedimiento a seguir –a saber, diligencias preparatorias o sumario– no se tramitará este peculiar procedimiento. Del mismo modo, desde el momento en que, practicadas las mencionadas diligencias, resulten hechos con caracteres de delito, acreditados los extremos anteriormente meritados, el Juez Togado ordenará la formación de diligencias preparatorias o la elevación a sumario, según proceda (art. 141, 5ª LOPM).

Aunque, como decíamos, no resulta pacífica la consideración de esta institución como procedimiento penal, es lo cierto que en esta fase resulta posible que se comunique a una persona la existencia de hechos con caracteres de delito relacionados con la misma lo que, en la práctica, da lugar a que surja el concepto de «imputado», bien sea por la admisión de denuncia o querella¹²⁰ o porque así se deduzca de la investigación. Es posible asimismo en esta fase la adopción de las medidas cautelares previstas en la Ley Procesal Militar, con todo lo que ello conlleva, por lo que, aunque no sea posible referirse al imputado en un sentido formal, sí existe una persona a la que se le atribuyen unos hechos con caracteres de delito o contra la que se han acordado medidas cautelares. La problemática sobre el nacimiento de la condición de imputado en el marco de las diligencias previas adquiere relevancia a los efectos de nuestro trabajo desde el momento en que la apertura de actuaciones con las que una determinada persona pudiera tener relación como presunto responsable criminalmente pudieran ocasionarle indefensión por su imposibilidad de participar en el procedimiento debidamente asistido o de impugnar las decisiones judiciales que en el mismo se adopten. Y sin no demasiados esfuerzos podemos interpretar que las garantías que proporciona el art. 125 LOPM se refieren

¹²⁰ *Vid.* el paralelismo entre los arts. 118 LECr. y 125 LOPM.

al imputado incluso en la fase de diligencias previas¹²¹. De manera que, como con acierto dice MARTÍN DELPÓN «desde el momento en que se le notificase al imputado el auto de incoación de las diligencias previas debería de ser instruir y requerido para el nombramiento de letrado que le asistiese y representase en las actuaciones. Hay que hacer una pequeña salvedad a lo anteriormente expuesto. En estricta puridad procesal si se ha fijado la imputación de persona o personas concretas, dentro del ámbito de la jurisdicción militar, y por un delito concreto, la instrucción a la asistencia letrada debería de hacerse, cabalmente, en el seno de un sumario o de unas diligencias preparatorias, dependiente del delito que se haya perfilado previamente. Aunque no es menos cierto que, no pudiendo ser determinada con fijeza el encasillamiento de los hechos como ilícito penal o disciplinario, sería aconsejable incluso en este supuesto la instrucción de los derechos propios de la condición del imputado, para evitar indefensión»¹²². Aunque algún autor, como ROJAS CARO, estima que en este procedimiento «no hay, pues, [...] ningún inculcado, en principio, y por consiguiente no hay por qué instrumentar ninguna medida de defensa a su favor»¹²³, lo cierto es que se coloca en situación de indefensión a quien, habiéndole comunicado su situación de «imputado», no se le proporcionan todas las garantías que le permitan defenderse como tal. Advierte en este sentido LORCA NAVARRETE, en relación con la dicción del art. 142 LOPM¹²⁴, que «es sumamente criticable y me atrevería a señalar que inconstitucional en cuanto que niega al inculcado o imputado,

¹²¹ Dispone el art. 125 LOPM, en lo que nos interesa:

«Tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe Abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio. [...]»

La admisión de denuncia y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de éstas».

¹²² MARTÍN DELPÓN, J.L., «La condición del imputado en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 92, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, págs. 92 y 93.

¹²³ ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosh, Barcelona, 1991, pág. 277.

¹²⁴ Dispone el precepto en cuestión: *«En las diligencias previas a que se refiere el artículo anterior el Juez Togado instruirá de su derecho a la asistencia letrada a aquellas personas cuya declaración aparezca como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta. En el caso de que los méritos para la inculpación resultaren de la propia declaración se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente».*

esto es –y reitero que es literal–, a quien de su testimonio se deriven méritos para su inculpación el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva mediante el recurso (art. 24 C) ya que únicamente se prevé que en tales casos se suspenda la declaración para que el declarante sea provisto de asistencia letrada»¹²⁵. Hay que, a mi entender, en este supuesto, realizar la interpretación constitucionalmente adecuada del precepto, es decir, suspender la declaración al efecto de que sea asistido por letrado pero además informarle, en cuanto se reanude la diligencia, de todos los derechos que le asisten como imputado, incluido el de no contestar a las preguntas que se le formulen. Citando una vez más a MARTÍN DELPÓN «queda claro que se puede hablar de la figura del imputado desde el momento en que la *notitia criminis*, que el juez togado ha recibido y que ha dado lugar a la incoación de las diligencias previas, está íntimamente relacionada con un presunto responsable. Lo cual implica, a su vez, que si se halla determinada esa presunta persona responsable se le debe dotar de los mecanismos procesales de garantía y, por ello, le es aplicable, sin duda, lo previsto en el art. 125 de la LPM»¹²⁶. De la numerosa jurisprudencia constitucional recaída sobre el particular¹²⁷ se deriva que, aunque no exista una imputación formal, la mera investigación, aunque sea preliminar, sobre unos hechos con los que se relacione a una persona, máxime si existe denuncia o querrela o se han adoptado medidas cautelares, debe suponer proporcionar a esa persona las garantías que la Legislación Procesal reconoce al imputado. Por ello, no estaría de sobra una modificación de la Ley Procesal Militar tan simple como añadir un precepto en el capítulo relativo a las diligencias previas en el sentido de reconocer al que aparezca como «imputado» en esta fase todos los derechos y garantías que al mismo se reconocen en la fase de sumario, especialmente los mencionados en el art. 118 LECr.

Debemos convenir, por tanto, con CLAVER VALDERAS que «estas diligencias constituyen un verdadero procedimiento penal castrense, lo que de entrada las distingue de sus predecesores los procedimientos previos, ya que éstos –conforme señalaban los arts. 394 y 517 respectivamente de los Códigos de Justicia Militar de 1890 y 1945– a pesar de su índole judicial no tenían el carácter de procedimiento penal, el cual sin embargo es reco-

¹²⁵ LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, pág. 229.

¹²⁶ MARTÍN DELPÓN, J.L., «La condición del imputado en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 92, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, pág. 91.

¹²⁷ Por todas, SSTC 162/1997, de 3 de octubre; 56/1999, de 12 de abril; 79/2000, de 27 de marzo; 178/2001, de 17 de septiembre y 62/2002, de 11 de marzo.

nocido claramente por la vigente LPM a las actuales diligencias previas, como lo demuestra la posibilidad de adoptar en las mismas las referidas medidas cautelares, lo que expresamente no se permitía en aquellos procedimientos previos, al igual que tampoco cabía considerar a nadie como inculpado o presunto responsable, lo que ahora sí es factible»¹²⁸.

Establecido, por ello, que las diligencias previas constituyen un auténtico procedimiento –en el que puede aparecer la figura de un imputado, tenga o no esta denominación– no deja de ser chocante la previsión del art. 143 LOPM:

«El auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el art. 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado.

A tal efecto, dicho auto será comunicado por el medio más rápido posible al Fiscal Jurídico Militar y al Mando Militar promotor del parte y notificado, si constare su domicilio, al denunciante y al perjudicado».

El silencio que la Ley guarda respecto a la figura del posible imputado en las Diligencias Previas, vedándole así cualquier posibilidad de recurso respecto a las medidas judiciales contempladas en el art. 141, se pretende basar por parte de la doctrina¹²⁹ en la inexistencia en esta fase de imputado alguno. Pero es lo cierto que al Juez Togado, en virtud del art. 141, le es posible –en el marco de las diligencias previas– identificar hechos con caracteres de delito relacionando a determinada persona con los mismos (incluso considerando que una persona que declare ante él puede reunir méritos para una futura inculpación a cuyos efectos el art. 142 establece los pasos a seguir para garantizar su asistencia letrada) o llegando a adoptar respecto a la misma las medidas cautelares previstas en la Ley. Por ello, parece innegable la existencia de un imputado en esta fase, llámesele de este o de otro modo, al que le deben corresponder todas garantías para no sufrir indefensión tales como la asistencia letrada, tomar conocimiento de las diligencias a practicar y la posibilidad de recurso judicial –como parte de su derecho a la tutela judicial– frente al auto por el que el juez adopta alguna de las medidas del art. 141 que, además, le pueden afectar directamente a él. Esta omisión legal, sin embargo, es suplida judicialmente en la práctica dando recurso de apelación al «imputado» en esta fase con la finalidad de evitar su indefensión. Sin embargo, el silencio de la Ley en este aspecto –teniendo en cuenta que se da recurso de apelación a las demás partes, incluyendo al denunciante e incluso al Mando Militar promotor del parte– constituye

¹²⁸ CLAVER VALDERAS, J.M., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo II)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 1455.

¹²⁹ *Ad ex. vid.* ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosh, Barcelona, 1991, pág. 277.

a mi juicio una inconstitucionalidad por omisión de este precepto legal por vulneración del art. 14 CE –desigualdad de las partes en el proceso penal– y 24.1 debido a la denegación de recurso judicial a la parte pasiva del proceso, con la indefensión que ello supone, y sin que ese veto de acceso a la jurisdicción pueda salvarse mediante ninguna justificación como, por ejemplo, la primacía de otro bien o valor constitucionalmente protegido. En esta misma línea SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA sostiene que «el artículo 143 adolece de un defecto grave y somete a tratamiento discriminatorio a quien puede resultar inculpado. Piénsese que el propio artículo 142 reconoce la posibilidad de que de las actuaciones practicadas derive una inculpación e incluso que el Juez Togado se adelante a tal inculpación cuando prevea que ha de derivar de una declaración que aparezca como necesaria para dictar la resolución (supuesto en que «instruirá de su derecho a la asistencia letrada» del futuro declarante). En tales condiciones, me parece obvio que el «inculpado» –que, no olvidemos, puede existir en las diligencias previas– no puede ser privado de un derecho que afecta, en definitiva, no ya a su defensa sino al derecho mismo a ser tutelado por los tribunales. Creo que, pese a la dicción del art. 143, el órgano judicial competente no podría inadmitir la apelación, pues ésta no es sino una más de las posibilidades puestas a disposición de las partes con carácter general: una parte –y lo es el inculpado– no puede tener un trato discriminatorio»¹³⁰.

Estimamos, por tanto, como una cuestión de *lege ferenda* que se reconozca legitimación activa al imputado en las diligencias previas para interponer recurso frente a las decisiones del Juez Togado adoptadas en el marco del art. 141 LOPM ya que, entretanto, los Jueces Togados, en buena técnica procesal, no podrían reconocer al inculpado dicha capacidad de accionar al margen de las previsiones legales sino que deberían plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

VI. CONCLUSIONES

I. La especialidad de la Jurisdicción Militar, consagrada constitucionalmente *ex art.* 117.5 CE, consiste en una peculiaridad orgánica y funcional, reflejada en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

¹³⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J., «El estatuto del imputado y del procesado», *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 415.

Las singularidades estrictamente procesales que aún figuraban en la Ley Rituaria Castrense (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar) han ido siendo «depuradas» por el Supremo Intérprete de la Constitución a lo largo de su dilatada doctrina jurisprudencial. De manera que, aunque encontremos algún autor que sostenga lo contrario¹³¹, no resulta posible ya sostener que del mero reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Militar se deriven más peculiaridades, respecto a los procedimientos ante la Jurisdicción Ordinaria, que las orgánicas o aquellas que tengan su fundamento en un bien o valor constitucionalmente protegido.

II. La Jurisdicción Militar, como por otra parte se deriva de la incardinación del art. 117.5 en el Título VI de la Constitución, es una auténtica Jurisdicción, manifestación de la función jurisdiccional del Estado, aunque no se halle estrictamente integrada en el Poder Judicial, informada por los principios de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley, a la que cumple, por ello, velar por la satisfacción de los Derechos Fundamentales, en particular, el Derecho a la tutela judicial efectiva en su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De manera que los límites de acceso a la Jurisdicción han de contar con fundamento constitucional en poderosas razones, sin que la mera invocación del mantenimiento de la Disciplina que, aunque constituye un valor indudablemente indispensable para el mantenimiento de la cohesión de las Fuerzas Armadas en orden a la consecución de las altas funciones encomendadas por el art. 8.1 CE, debe mantenerse en su propio ámbito, sin llegar a alcanzar traducción en la esfera del proceso hasta vedar totalmente el acceso a la jurisdicción, trátese o no de la Justicia Castrense.

III. Sentado lo anterior, frente al tradicional monopolio acusador del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, tras varias resoluciones del Tribunal Constitucional, el Legislador introduce en la LOCOJM, reflejada posteriormente en la Ley Procesal Militar, la posibilidad del ejercicio de la acusación particular pero prohibiéndola cuando el perjudicado e inculcado fuesen militares y existiese entre ellos relación jerárquica de subordinación. Tras un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional (previo otorgamiento del mismo) plantea mediante la STC 115/2001 cues-

¹³¹ *Vid.* el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la STC 115/2001, de 10 de mayo, donde sostiene, frente a la postura mayoritaria del Pleno, lo que sigue: «La diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar que nace directamente del art. 117.5 de la Constitución, creo que justifica que la Ley que regule el ejercicio de la segunda, según el mandato contenido en dicho precepto constitucional, pueda incluir regulaciones distintas de las que son propias del ámbito de la jurisdicción ordinaria».

ción de inconstitucionalidad acerca de los preceptos de las Leyes Procesales Militares que restringían el acceso al proceso, resolviéndola finalmente por STC 179/2004. En este pronunciamiento el Supremo Intérprete considera inconstitucionales y declara la nulidad de los controvertidos preceptos¹³² por considerarlos contrarios a los arts. 14 (principio de igualdad en la Ley) y 24.1 CE (Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva). Considera el Alto Tribunal, en efecto, tras realizar una ponderación entre los bienes jurídicos en juego, que los preceptos cuestionados carecen de una justificación objetiva y razonable (la Disciplina militar, aunque esencial para la cohesión de las Fuerzas Armadas no lo es ya que debe proyectarse exclusivamente en el ámbito de la Administración Militar, sin llegar a reflejarse en el proceso), por lo que con ello se infringiría el art. 14 CE. Respecto al art. 24.1 CE, aunque no existe, según reiterada doctrina del Tribunal, un derecho al establecimiento de la acusación particular, una vez abierta esa vía por el Legislador, los vetos a la misma carentes de cobertura o justificación en otros bienes o valores constitucionales, han de decaer debido a la vulneración del art. 24.1 CE en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

IV. Una vez desaparecidas las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante los Tribunales Castrenses tras la sentencia constitucional de 2004, nos planteamos en el presente trabajo si es posible el ejercicio de la acción popular en el consabido ámbito.

Hemos partido en primer lugar para ello de la doctrina constitucional por la que la existencia de la acusación popular es de estricta configuración legal *ex* art. 125 CE. Así, mientras la acusación particular tiene su origen en el Derecho Fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, la acción popular deriva del art. 125 del Texto Fundamental. Ahora bien, ni la LOCOJM ni la LOPM se pronuncian sobre la posibilidad de ejercicio de la acción popular. La interpretación del silencio de las Leyes Procesales Militares dista de ser pacífica. Debemos, con carácter preliminar, aclarar –en línea con lo dicho– que la interpretación del silencio del Legislador se trata de una cuestión de legalidad ordinaria. No hay, pues, problema de constitucionalidad alguno, viene a declarar el Tribunal Constitucional en la STC 64/1999, en que los Tribunales Castrenses interpreten el silencio de las Leyes Procesales Militares como prohibición y rechacen la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que sí contempla la acusación popular–. Pues bien, nuestra postura consiste en que la interpretación de la legalidad ordinaria –sin que ello lleve aparejado reconocimiento de Derecho Fundamental alguno– debe ser diferente tras la STC 179/2004. En efecto, si antes

¹³² Art. 108, párrafo 2 LOCOJM y art. 127, párrafo 1 LOPM.

de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión —con anterioridad a la STC 179/2004— lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Sin embargo, desaparecidos los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, se impone una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que, mientras no nos encontremos en tiempo de guerra, ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares. De lo contrario, hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Por ello, resultaría sumamente esclarecedor que el Legislador Procesal Militar realizase referencia expresa a dicha institución, regulándola, estableciendo límites a su ejercicio o, simplemente, prohibiéndola (y ello con plena legitimidad) en el ámbito de la Jurisdicción Castrense a semejanza de lo establecido en otras Leyes Procesales como la que regula la Responsabilidad Penal del Menor¹³³.

Respecto a la prohibición del ejercicio de la acusación particular en tiempo de guerra (y por ende de la acción popular) ello determina el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en tan extraordinarias circunstancias. Aunque, según la doctrina constitucional, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acusación particular y mucho menos de la acción popular, el veto legal a cualquier posibilidad de accionar para defender los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales Castrenses, aunque se trate de tiempo de guerra, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra¹³⁴,

¹³³ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

¹³⁴ *Vid.* nota 74.

poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación¹³⁵ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes.

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

V. En cuanto al problema de la tutela judicial respecto a las sanciones por faltas disciplinarias leves, como ha sido puesto de manifiesto en el Capítulo IV, el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario está vedado para las faltas leves. Solamente en los supuestos en que resulten afectados derechos fundamentales con la actuación sancionadora de la Administración establece la Ley Procesal Militar un especial mecanismo de protección jurisdiccional en cumplimiento del art. 53.2 CE: el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario¹³⁶. Lo que ocurre es que estos procedimientos regulados en un principio en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los

¹³⁵ *Vid.* nota 75.

¹³⁶ Art. 518 y ss. LOPM.

Derechos Fundamentales de la Persona, resultaban en principio de cognición limitada –también en el ámbito de la Jurisdicción ordinaria– a la vulneración de Derechos Fundamentales, quedando las llamadas cuestiones de legalidad ordinaria ayunas de fiscalización en sede judicial. No existiendo, por ello, otra vía ordinaria de tutela, la Sala 5ª del Tribunal Supremo comenzó a conocer de estos problemas de legalidad ordinaria siempre que se apareciesen indisolublemente unidas con la violación de Derechos Fundamentales. Se trataba del conocido como «bloque de constitucionalidad». Por tanto, el problema de ausencia de tutela se venía dando respecto a aquellos espacios que resultasen de estricta legalidad ordinaria y en cuanto a las sanciones disciplinarias que no conllevasen en principio afectación a ningún Derecho Fundamental. Como quedó expuesto, sobre estos problemas de tutela judicial efectiva se terminó pronunciando el Tribunal Constitucional en la STC 202/2002, de 28 de octubre, que plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b), por considerar que estos preceptos vulneraban el art. 24.1 CE en conexión con el art. 106.1. La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002 consagra, o más bien confirma, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la Militar– derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del Ordenamiento o de la actividad administrativa «blindados» o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las restricciones que puedan imponer en el Derecho a la tutela judicial efectiva la proporcionada y justificada consideración de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, entre los cuales pueda hallarse el de la Disciplina militar, como elemento necesario para la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas (art. 8.1 CE), pero sin que ello deba significar la existencia de parcelas del Ordenamiento –cuál es el Derecho Disciplinario Militar– completamente ayunas de control judicial. De esta resolución del Alto Tribunal se deriva una reiterada jurisprudencia de la Sala 5ª en dos sentidos diferentes:

1.º Por una parte, se va a declarar admisible el recurso contencioso-disciplinario ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve.

2.º Por otro lado, se extiende el objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria, vayan incardinadas o no en el denominado «bloque de la constitucionalidad», pues de otra manera se carece de cauce procesal para su impugna-

ción, al contrario de lo que sucede en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, con la consiguiente vulneración del art. 24 CE.

Aunque esta solución jurisprudencial solventa en la práctica cualquier problema material de tutela judicial efectiva, no deja de constituir una medida provisional que quedará definitivamente cerrada con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional por el que previsiblemente expulse del Ordenamiento Jurídico los preceptos cuestionados. Pero la auténtica solución –como propuesta, por ello, de *lege ferenda*– debe venir dada, en mi opinión, por la consagración legislativa de la tutela judicial plena por los castigos disciplinarios militares¹³⁷, arbitrando respecto a las sanciones por faltas disciplinarias leves un sencillo procedimiento judicial ante los Jueces Togados, siguiendo los esquemas del procedimiento abreviado del art. 78 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VI. En cuanto al Derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de las Diligencias Previas examinábamos particularmente la figura de la parte pasiva en esta fase. Dejábamos establecido que las diligencias previas son un auténtico procedimiento penal donde puede llegar a existir un «imputado» concreto, incluso antes de decretar la formación de sumario o diligencias preparatorias. Por ello, concluimos que resulta de *lege ferenda* la necesidad de incluir en el articulado relativo a las diligencias previas una previsión legal por la que se reconozca al que aparezca como «imputado» en esta fase todos los derechos y garantías que al mismo se reconocen en la fase de sumario, especialmente los mencionados en el art. 125 LOPM en clara similitud con el art. 118 LECr.

Por otra parte, resulta asimismo necesaria una reforma legislativa del art. 143 LOPM, en orden a garantizar el derecho a los recursos del inculcado así como evitar que resulte para él una situación de indefensión, que reconozca, por ello, legitimación activa al imputado en las diligencias previas para interponer recurso frente a las decisiones del Juez Togado adoptadas en el marco del art. 141 LOPM ya que, entretanto, los Jueces Togados, en buena técnica procesal, no podrían reconocer al inculcado dicha capacidad de accionar al margen de las previsiones legales sino que deberían plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹³⁸.

¹³⁷ Como así se prevé sin ningún tipo de restricción en el art. 78 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

¹³⁸ Esta omisión legal, sin embargo, es suplida judicialmente en la práctica dando recurso de apelación al «imputado» en esta fase de diligencias previas con la finalidad de evitar su indefensión, como indicábamos más arriba.