

LA REFORMA DE LA JURISDICCION MILITAR EN ESPAÑA

(CON MOTIVO DE LA LEY ORGÁNICA 9/2003,
DE 15 DE JULIO)

*Antonio Millán Garrido**

SUMARIO

1. Introducción: la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio • 2. La imparcialidad objetiva del juzgador militar • 3. El «retorno» del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial en el ámbito de la jurisdicción militar • 4. La supresión de la legitimación especial, en el recurso de casación, de los Mandos Militares Superiores • 5. La prohibición de ejercicio de la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar • 6. La irrecurribilidad ordinaria de las sanciones disciplinarias militares por falta leve • 7. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA 9/2003, DE 15 DE JULIO

Casi tres lustros después de concluida la implantación de la nueva Justicia Militar en España, se publica esta Ley 9/2003, de 15 de julio,¹ que modifica tanto la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar como, en menor medida, la Ley Procesal Militar. Se trata, pese a su alcance limitado, de una extensa reforma del marco orgánico-procesal que, sin afectar sustancialmente al modelo vigente, insiste en la línea, emprendida hace años, de adecuación de la jurisdicción castrense a los postulados constitucionales y a las exigencias propias de una sociedad democrática.

Las tres vertientes de esta reforma vienen dadas por las medidas tendientes a garantizar la imparcialidad

objetiva de los miembros de los tribunales militares, por la reincorporación a la legislación especial del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial y por la supresión de la legitimación que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores. Las restantes modificaciones dispuestas por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, ofrecen una menor entidad, limitándose, como advierte el propio legislador, a «ligeros retoques de carácter técnico aconsejados por la experiencia, así como para actualizar ciertas denominaciones orgánicas». Es lo que acontece en la reforma de los artículos 23, 46, 62, 63.2, 79, 119.2 y 122 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y en todas las adaptaciones previstas en la disposición adicional 1.^a, entre las que destacan, por el número de preceptos

afectados, las relativas a las denominaciones del Cuerpo Jurídico Militar y de sus empleos.

Pero en esta Ley el debate se ha centrado, desde el primer momento, más que en las modificaciones asumidas, en las propuestas de reforma que no se incorporaron al proyecto. En este punto, convengo con quienes entienden que la reforma debió ampliarse a otras cuestiones, muchas de ellas de relevancia y trascendencia, cuyo tratamiento en la legislación vigente es inadecuado desde una perspectiva técnica, materialmente insatisfactorio o abiertamente inconstitucional. Este último es el caso de la imposibilidad de ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular y la acción civil cuando el perjudicado y el inculpado son militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación. Y también —y, a mi

* Catedrático de la Universidad de Cádiz (España).

¹ Boletín Oficial del Estado núm. 169, de 16 de julio.

modo de ver, especialmente— el de la negación de recurso a los sancionados, en vía disciplinaria militar, por falta leve, cuando no resulte afectado el ejercicio de ningún derecho fundamental. En ambos supuestos, confirmados por el Tribunal Constitucional los indicios de inconstitucionalidad de las correspondientes previsiones legales, éstas debieron haberse incluido en el ámbito de una reforma tendente, precisamente, a adecuar las normas reguladoras de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho.

En este comentario de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, destinado al jurista peruano, me ocupó, con brevedad, tanto de su contenido, esto es, de los temas resueltos, como de los dos supuestos indicados que fueron expresamente excluidos de la reforma y que, por ello, siguen constituyendo para el legislador cuestiones pendientes.

2. LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DEL JUZGADOR MILITAR

El objetivo prioritario de la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, es, en declaración del propio legislador, garantizar la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares, evitando la denominada «contaminación», de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En España, las dificultades para mantener la imparcialidad objetiva

del juzgador eran especialmente significadas en el ámbito de la jurisdicción militar, por cuanto tanto el Tribunal Militar Central como los tribunales militares territoriales están integrados por sólo cinco miembros del Cuerpo Jurídico Militar, de los que, hasta ahora, tres debían formar la Sala de Justicia para conocer de la mayoría de asuntos de su competencia. De ahí que, con frecuencia, no pudiera excluirse de la Sala sentenciadora a todos los miembros del tribunal que habían participado en actuaciones procesales previas.

De hecho, dos actuaciones de la jurisdicción militar fueron las determinantes de las condenas al Estado español, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de octubre de 1998) y *Perote Pellón* (Sentencia de 25 de julio de 2002).

En el primer supuesto, de la Sala del Tribunal Militar Central que pronunció la sentencia condenatoria formaron parte dos miembros —el presidente y un vocal— que, con anterioridad, habían resuelto el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento dictado por el Juez Togado Militar. Alegada, en casación, tal irregularidad, la misma fue desestimada, al entender el Tribunal Supremo que, no habiéndose planteado la recusación en el momento procesal oportuno, resulta inviable cuestionar después la imparcialidad del juez. Asimismo, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo interpuesto,

por considerar también que la alegación de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial tiene que ir precedida, necesariamente y en todo caso, de la recusación en instancia.

Sin entrar en el debate que el asunto propicia,² es lo cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 28 de octubre de 1998, consideró, por una parte, que el tribunal sentenciador estaba «contaminado», por cuanto formaron parte de él dos jueces que, con anterioridad, habían emitido un prejuicio de culpabilidad al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento del después condenado, y, por otra, que la previa recusación no es requisito imprescindible para poner de manifiesto la quiebra del derecho al juez imparcial.

En el segundo de los supuestos indicados, formaron parte del Tribunal Militar Central dos miembros —uno de ellos el presidente— que, con anterioridad, habían confirmado el auto de procesamiento del encausado y la prórroga de su prisión provisional, formulando juicios de culpabilidad determinantes de la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible al juzgador. No lo consideró así el Tribunal Supremo, que rechazó la casación, y tampoco el Tribunal Constitucional, que inadmitió el recurso de amparo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 25 de

² Vid., entre otros, Á. Arias Domínguez, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «Castillo Algar», de 28 de octubre de 1998», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76 (2000), pp. 153-170; A. Corrales Elizondo, «Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77 (2001), pp. 135-172; J. Jiménez Villarejo, «Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso «Castillo Algar»», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55 (1999), pp. 489-505; y G. Muñiz Vega, «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso «Castillo Algar» y la jurisdicción militar», en *La Ley*, núm. 4.749 (1999).

julio de 2002, entendió que, ante los razonamientos y consideraciones contenidos en las actuaciones de los dos jueces cuestionados, debían reputarse justificados los temores del condenado, de forma que el Tribunal Militar Central adoleció, también en este caso, de la imparcialidad objetiva exigida por el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³

Debe significarse que de los anteriores pronunciamientos no se deriva que cualquier actuación de un juez relacionada con un procedimiento en la fase de instrucción motive su falta de imparcialidad objetiva. Lo que provoca la «parcialidad» es la manifestación anticipada, en tales actuaciones, de juicios de valor que son determinantes en el posterior enjuiciamiento. En los dos casos señalados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite las demandas, no porque dos de los miembros del tribunal sentenciador hubiesen confirmado una decisión del instructor, sino porque, en sus actuaciones durante la instrucción, habían manifestado juicios de culpabilidad que implicaban la condena del procesado. Así, el Tribunal de Estrasburgo, en su Sentencia de 2 de marzo de 2000 (caso *Garrido Guerrero*), advierte cómo «el simple hecho de que un juez haya tomado ya decisiones antes del proceso no puede por sí mismo justificar los temores en cuanto a su imparcialidad», de forma que, aunque en este asunto formaron también parte de la Sala del Tribunal Militar Central dos

miembros con actuaciones previas en el proceso, de sus pronunciamientos no se desprendían juicios de valor que condicionaran su posterior intervención. Como destaca la referida Sentencia, en tales actuaciones previas, el tribunal «tuvo mucho cuidado en precisar los límites del auto de inculpación, su carácter de resolución formal y provisional, sin prejuzgar en nada la resolución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos ni en cuanto a la culpabilidad del encartado». Ciertamente, la óptica del acusado debe ser tenida en cuenta a los efectos de determinar si el tribunal goza de una imparcialidad objetiva, pero no se le debe atribuir una significación excesiva (Sentencia del TEDH de 29 de mayo de 1989, caso *Haussschlidt*): decisivo es que los temores del imputado puedan considerarse justificados en el asunto concreto (Sentencia del TEDH de 22 de abril de 1994, caso *Saraiva de Carvalho*). Es ésta, en otro orden, la doctrina acogida por el Tribunal Supremo español, en sus Sentencias de 17 de abril de 1999 y 13 de febrero de 2001, según la cual, «la imparcialidad del tribunal no depende de una actuación procesal determinada, es decir, de si se confirmó un auto de procesamiento o no, sino de si, en la confirmación de ese auto, teniendo en cuenta la intensidad de la intervención y, especialmente, el grado de certeza del juicio sobre la inculpación emitido, es posible considerar que los jueces —independientemente de su actitud psicológica respecto del caso— ya no pueden ser

considerados imparciales, según las exigencias de un Estado democrático de Derecho».⁴

Estos principios sirvieron a Corrales Elizondo para, aun reconociendo cómo, «en el ámbito jurisdiccional militar, es evidente que, por la actual estructura de sus órganos jurisdiccionales, no resulta sencillo evitar la participación de alguno de los componentes de un tribunal militar en el procedimiento con anterioridad a la vista oral», entender que no era necesaria una reforma legislativa, bastando con que «los órganos judiciales asuman la citada doctrina y la tengan en cuenta en todo momento para evitar perturbaciones derivadas de la problemática estudiada».⁵

Frente a esta postura, favorable, en definitiva, a una solución jurisprudencial, caso por caso, del problema de la «contaminación», el legislador ha optado, por evidentes motivos prácticos, por zanjar la cuestión, al menos en los términos ahora planteados, a través de la reforma legislativa que nos ocupa.

Realmente, la hasta ahora vigente estructura orgánica de los tribunales militares en la legislación española comportaba el que al menos uno de los vocales intervinientes en las actuaciones procesales previas debía formar sala en la vista oral que había de conocer el fondo del asunto. Y, aunque, como se ha apuntado, tal acumulación de funciones no determina, en sí misma, la falta de imparcialidad objetiva,

³ Vid., al respecto, U. Casella, «Aspectos problemáticos de la Justicia Militar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España)», trabajo pendiente de publicación, Roma, 2003.

⁴ *Base de Datos Bosch*, Tribunal Supremo, ref. 5694/2001.

⁵ A. Corrales Elizondo, «Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», cit., pp. 157-166 y 171.

es lo cierto que, por la propia naturaleza de tales actuaciones (impugnación del auto de procesamiento, recurso contra la adopción de medidas cautelares...), no será siempre fácil evitar juicios de valor que comporten una toma de postura sustancial y, con ella, la «contaminación» o «parcialidad objetiva» de quienes lo formulan.

En este sentido, considero aceptable la solución ofrecida por el legislador, consistente en modificar la composición numérica de las salas en los tribunales militares cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, de modo que la correspondiente sala se constituya por el auditor presidente o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar, es decir, por tres miembros en lugar de los cinco exigidos hasta ahora. No obstante, a mi modo de ver, la solución más correcta, desde una perspectiva estrictamente técnica, hubiera sido la de, pese al aumento de plantilla que comporta, incrementar a siete el número de miembros integrantes de los tribunales militares. De esta forma, sin disminuir los componentes de la sala sentenciadora —que continuaría integrada por cinco miembros—, se hubiera evitado también que formen parte de la misma quienes hayan adoptado resoluciones interlocutorias o previas durante la fase de instrucción, con independencia de que, en las mismas, hayan emitido o no juicios de valor

determinantes de la exigible pérdida de imparcialidad objetiva.

La reforma se materializa, por lo que a este tema se refiere, con la modificación de los artículos 39, 41, 49 y 51 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, relativos a la constitución de las salas de los tribunales militares, y de los artículos 47, 82.2 y 92 de la Ley Procesal Militar, con el fin de adaptar el régimen de funcionamiento de los órganos jurisdiccionales afectados a su nueva composición.

3. EL «RETORNO» DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

En una segunda medida, menos sustancial, la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, ha reincorporado a la legislación especial el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, abandonando la técnica unitaria acogida en 1994.

Originariamente, la Ley Orgánica de la Competencia y la Jurisdicción Militar reguló la responsabilidad disciplinaria judicial en sus artículos 128 a 148, constitutivos del capítulo II del título IX. Sin embargo, la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, estableció que la responsabilidad disciplinaria de quienes, en el ámbito de la jurisdicción militar, ejerzan cargos judiciales, fiscales y secretarías relatorías sería exigida con arreglo a lo dispuesto al efecto

para Jueces y Magistrados en el capítulo III del título III del libro IV de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con las adecuaciones pertinentes y las salvedades que se establecían en la disposición adicional 1.^a, a la vez que dejó sin contenido los artículos 129 a 134 y 136 a 142 de la Ley militar.

La reforma, que utilizó una técnica de remisión incompleta, por cuanto, de una parte, mantenía las singularidades propias de la jurisdicción militar, y, de otra, no afectó al régimen competencial y de procedimiento de los miembros de la Fiscalía Jurídico-Militar y de las Secretarías Relatorías, significó, para la doctrina, «un paso más en el proceso de homogeneización de la jurisdicción militar con la ordinaria»,⁶ «un acercamiento real y oportuno a la normalización y efectiva integración de la jurisdicción castrense en el poder judicial del Estado»,⁷ mereciendo, en general, una valoración positiva.

No obstante, los múltiples particularismos y las numerosas salvedades contenidos en los diecisiete apartados que seguían al inicial de la indicada disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, supusieron, desde el primer momento, tal complejidad en la remisión establecida que hubieron de elaborarse «regímenes adaptados» para facilitar el conocimiento y la utilización de la normativa reformada. Una de estas adaptaciones fue el texto refundido (no

⁶ Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Responsabilidad disciplinaria judicial militar», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, coord. de E. Sánchez Guzmán, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, t. I, p. 689.

⁷ Cfr. S. Prados Prados, «Significación y alcance de la reforma introducida por la Ley Orgánica 16/1994 en materia de responsabilidad disciplinaria judicial militar (Especial referencia a la subsistencia del régimen disciplinario militar en este ámbito)», en *Constitución y Jurisdicción Militar*, Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», Libros Pórticos, Zaragoza, 1997, p. 204.

oficial) del capítulo III del título III del libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para su aplicación en el ámbito de la jurisdicción militar, que elaboré, en 2001, como addenda del correspondiente apartado de mi obra *Justicia Militar*, y que aparece incluido en sus dos primeras ediciones.⁸

Estos y otros inconvenientes propios de las técnicas de remisión son los que, al parecer, han movido al legislador a abandonar, en el plano formal, el sistema unitario, reincorporando a la Ley Orgánica de la Competencia y la Jurisdicción Militar, en sus preceptos originarios, el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, con derogación expresa de la disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica 16/1984, de 8 de noviembre, y mantenimiento, en general, de su contenido, esto es, de la regulación hasta ahora vigente. De las innovaciones, merece una referencia específica la tipificación, como ilícitos disciplinarios judiciales, de las faltas, grave y leve, de ausencia injustificada de la sede del órgano judicial o fiscal (artículos 132.8 y 133.4), previstas en los artículos 418.8 y 419.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, preceptos que, en la situación normativa anterior, no eran de aplicación, en el ámbito de la jurisdicción militar, según la previsión expresa del apartado 4 de la

disposición adicional 1.^a de la indicada Ley Orgánica. Asimismo, cabe valorar de modo positivo la sustitución de la multa de hasta quinientas mil pesetas por la sanción de pérdida de uno a veinte días de haberes [art. 134.1.b)] y las precisiones y ajustes realizados en diversas previsiones competenciales y procedimentales del régimen disciplinario judicial (arts. 138 a 143).⁹

4. LA SUPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ESPECIAL, EN EL RECURSO DE CASACIÓN, DE LOS MANDOS MILITARES SUPERIORES

La tercera de las novedades de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, se contrae a la supresión de la legitimación especial que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores.

Conviene, al respecto, recordar cómo, en 1987, uno de los principios que informó la reforma de la justicia militar en España fue la atribución, exclusiva y excluyente, de la función jurisdiccional a los órganos judiciales, sin participación de la Autoridad militar, a la que, hasta ese momento, se le reconocía potestad jurisdiccional por considerarse la misma imprescindible para el efectivo ejercicio del mando. Como compensación, que, en

su momento, calificué de «innecesaria» y «carente de fundamento dogmático»,¹⁰ el legislador confirió a la Autoridad militar una legitimación especial para que, a través del recurso de casación, pudiese velar por «la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar».¹¹

Tal legitimación, que se propuso como una de las instituciones determinantes de la especificidad de la jurisdicción militar, fue bien acogida por un importante sector de nuestra doctrina, que señaló como fundamento «la necesidad de que los mandos militares ejerzan de continuo un control y una vigilancia escrupulosa en el mantenimiento de los valores esenciales inherentes a la milicia».¹²

Sin embargo, ha de reputarse mayoritaria la opinión de quienes consideraron la referida legitimación especial una reminiscencia injustificada, por cuanto, en el ordenamiento jurídico procesal, «es el Ministerio fiscal, por estatuto e imperativo constitucional, el único valedor del interés público tutelado por la ley»,¹³ máxime cuando, en el orden castrense, ejerce la función jurisdiccional un personal «cualificado por su especial preparación en el orden profesional y por su formación militar para salvaguardar los

⁸ Cfr. A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 186-191. El texto refundido se mantuvo hasta la incorporación de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, en la tercera edición (Barcelona, septiembre de 2003).

⁹ *Vid.*, aunque referido a la situación normativa anterior, L. Vacas García-Alos, «El régimen disciplinario judicial en la jurisdicción militar», en *La Ley*, núm. 5866 (8 de octubre de 2003), pp. 1-5.

¹⁰ Cfr. A. Millán Garrido, «La nueva legislación orgánico-procesal militar española: algunas consideraciones introductorias», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., p. 55. Y también en el prólogo a la primera edición de *Justicia Militar*, cit., p. 62.

¹¹ Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho procesal penal militar*. Barcelona: Bosch, 1991, pp. 245-246.

¹² Cfr. J. F. de Querol Lombardero, «Especial legitimación de los mandos militares superiores en el recurso de casación», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., p. 603.

¹³ Cfr. E. Rodríguez Viciano, «Recurso de casación: especial legitimación de los Mandos Militares Superiores», en *Derecho penal y procesal militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 947.

valores esenciales y permanentes de los ejércitos».¹⁴

La legitimación especial que, en el recurso de casación, se atribuyó a los Mandos Militares Superiores fue, pues, una concesión a los sectores más conservadores a fin de facilitar la transición normativa en las fuerzas armadas, que, sin precedente entre nosotros ni parangón en la legislación comparada, carecía, si no de justificación, sí de fundamento. No hay razón objetiva alguna que requiera la intervención de los mandos militares, ajenos a la función judicial y carentes de la condición de parte, para que garanticen la tutela de la disciplina y otros intereses esenciales de la institución militar, valores cuya protección y defensa corresponde, en nuestro sistema, al Ministerio fiscal. Se trataba, en definitiva, de una «anomalía técnica»¹⁵ y de «una institución hasta cierto punto superflua».¹⁶

Transcurrido el tiempo y desaparecidas las circunstancias que pudieron aconsejar su establecimiento, la referida legitimación especial estaba abocada a la supresión, que se ha materializado por el artículo 3.º de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, precepto que tuvo su origen en las enmiendas 27 y 28 formuladas por el Grupo Parlamentario Socialista y aceptadas, con enmienda transaccional, por el Grupo Parlamentario Popular. Según el indicado precepto, quedan sin contenido el título VI de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, y los artículos 111 a

114, que lo integraban, lo que comporta, asimismo, la pérdida de vigencia del Real Decreto 421/1988, de 29 de abril, por el que se determinaban los Mandos Militares Superiores legitimados para interponer recursos de casación contra sentencias y autos de sobreseimiento. Y, a fin de moderar, de alguna forma, la supresión, confirmando una vía de comunicación a los mandos y autoridades militares, se incluye en el artículo 92 de la citada Ley Orgánica una previsión, según la cual, «las autoridades del Ministerio de Defensa que se designen por real decreto podrán solicitar de los distintos órganos de la Fiscalía Jurídico Militar las actuaciones que puedan proceder en defensa del interés público en el ámbito militar».

Consecuencia de esta alteración normativa ha sido la modificación, por la propia Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, de los artículos 97, 252 y 339, así como la privación de contenido a los artículos 327 y 433.1.d), todos ellos de la Ley Procesal Militar. También debió haberse dejado sin contenido el artículo 446 y modificarse la redacción de aquellos otros que, como el artículo 254.2, se refieren a los preceptos derogados.

En definitiva, la reforma ha venido, en este punto, a normalizar la estructura orgánico-procesal de la jurisdicción militar, suprimiendo lo que, según queda dicho, constituía un anacronismo carente de funda-

mento, que, además, había perdido ya, en todo caso, su posible justificación.

5. LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN CIVIL EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

En el Derecho histórico español nunca se previó la posibilidad de acusación particular o de ejercicio de la acción civil en la jurisdicción militar. Tanto el Código de Justicia Militar de 1890 (art. 343) como la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894 (art. 7.º) partieron del principio de que la acusación, en todos sus términos, correspondía al Ministerio Fiscal, sin que tuviesen acceso al proceso los posibles perjudicados por la infracción enjuiciada, criterio que se mantuvo en el Código de Justicia Militar de 1945, al establecerse, con evidente laconismo, que «en ningún caso se admitirá la acción privada» (art. 452).

La situación se alteró desde el inicio de la reforma de la legislación judicial militar, al modificarse por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de diciembre, el indicado precepto, que, de prohibir la acción privada, pasó a proscribir tan sólo la querrela, de forma que la acusación particular «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

¹⁴ Cfr. I. Rodríguez Docavo, «Intervención de los Mandos Militares Superiores en el proceso penal militar por vía del recurso extraordinario de casación», en *Derecho penal y procesal militar*, cit., p. 930.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición del Consejo General del Poder Judicial y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, p. 190).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición cit., Madrid, 1993, p. 30).

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».

Esta previsión, que, como puede advertirse, se refería sólo a los delitos perseguibles a instancia de parte (de los que, en la legalidad anterior, podía conocer, en determinados supuestos, la jurisdicción militar), y otras, como los contenidos en los artículos 491 y 728, asimismo redactados por la reforma de 1980, abrieron paso tanto a la acusación privada como a la acción civil, si bien sin declaraciones expresas y en términos ciertamente confusos.

En tal situación normativa van a producirse dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, en la medida en que condicionaron la legislación posterior, merecen una especial referencia.

En el primero de ellos, por Auto 121/1984, de 29 de febrero,¹⁷ se inadmitió el recurso de amparo a un Coronel que pretendió ejercitar la acción penal contra el General del que dependía, imputándole un delito de extralimitación en el ejercicio del mando. Parte el Tribunal Constitucional de que el artículo 24.1 de la Constitución española, en tanto consagra una tutela judicial efectiva, reconoce el derecho a que los perjudicados por una in-

fracción puedan ejercitar la acción penal de modo directo con independencia de la acusación pública correspondiente al Ministerio Fiscal, principio que «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». Y así acontece en el supuesto analizado, por cuanto las fuerzas armadas exigen «una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestado por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia», lo que justifica la singularidad de la jurisdicción militar y sus particularismos. Ello llevó al Alto Tribunal a reputar, en estos casos, valor preferente el «mantenimiento de la vinculación y disciplina en las fuerzas armadas» y, por tanto, a considerar dentro del orden constitucional la prohibición de la querrela en el artículo 452.2 del derogado Código de Justicia Militar.

El segundo de los pronunciamientos contempla un supuesto sustancialmente diverso: la denegación de la solicitud de personación de los padres de un paisano fallecido a consecuencia de disparo de arma de fuego realizado por un miembro de la Guardia Civil. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 97/1985, de 29 de julio,¹⁸ que concede el amparo petitionado, entendió que el

artículo 452.2º del derogado Código de Justicia Militar, pese a contrariar el artículo 24.1 de la Constitución, es un precepto justificado, dentro del orden constitucional, «en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las fuerzas armadas», de ahí que la prohibición del ejercicio de la acción privada venga referida a los casos en que pretenda ser ejercitada «por un militar frente a otro, estando ambos ligados orgánicamente». Cuando, como en el supuesto contemplado, falta dicha relación jerárquica, no existe razón alguna que pueda fundamentar la prohibición a los perjudicados de ejercer, ante los tribunales militares, la referida acción privada.

Dado, sin embargo, que, en sentido estricto, la «acción privada» es únicamente admisible en los procedimientos instruidos por delitos privados (perseguidos sólo a instancia de parte), la Fiscalía del desaparecido Consejo Supremo de Justicia Militar llegó a la conclusión de que tal acción privada aludía «al ejercicio de una acción en defensa del derecho o intereses privados en un proceso público», o sea, a la acción civil, de manera que el derecho de los perjudicados a personarse en el proceso penal castrense —reconocido por el Tribunal Constitucional— quedaba limitado «a las facultades que la Ley de Enjuiciamiento Criminal confiere al actor civil en sus artículos 320, 385, 651, 735, 854 y sus concordantes»,¹⁹ interpretación

¹⁷ *Autos del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1984-1986)*, edic. de J. J. del Solar Ordóñez, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 1992, p. 81.

¹⁸ *Boletín Oficial del Estado* núm. 194, de 14 de agosto.

¹⁹ Circular de la Fiscalía del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de septiembre de 1985, que da «Instrucciones a seguir respecto a la personación de víctimas y perjudicados en los procedimientos militares». Su contenido se reproduce, bajo la rúbrica «Ejercicio de la acción particular», en la *Memoria de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar*, año judicial 1984-1985, Madrid, 1986, pp. 23-25.

restrictiva, ciertamente cuestionable, que defendió un sector de nuestra doctrina²⁰ y el propio Tribunal Supremo, según el cual, la acción privada «sólo puede ejercitarse en los procedimientos seguidos por aquellos delitos perseguibles a instancia de parte», entre los que «no se encuentran los seguidos y tramitados por delitos típicamente militares, como lo son los contrarios a la disciplina militar».²¹

Por el contrario, para la mayoría, la conclusión fue que, según el Tribunal Constitucional, la acusación particular y, en su caso, la acción civil podían ser ejercitadas en el ámbito de la jurisdicción militar, por exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, excepto cuando el perjudicado y el inculpado fuesen militares y entre ellos mediara relación jerárquica,²² lo que encontraba fundamento en la tutela de la disciplina como «valor o interés constitucional preponderante».²³

Incluso, según algún autor, en una interpretación forzada del artículo 452.2, el Código de Justicia Militar, tras la reforma de 1980, lo único que prohibía era la querrela como medio de iniciar el proceso, pero, una vez incoado éste, nada impedía que los perjudicados pudiesen, tras el oportuno ofrecimiento de acciones, ejercitar la acusación particular o, en su caso, la acción civil, aun cuando se tratase de delitos perseguibles de oficio.²⁴

Fue, sin embargo, la referida doctrina del Tribunal Constitucional o, para ser exactos, parte de la fundamentación contenida en los indicados pronunciamientos, la que, en 1987, determinó el sentido de los artículos 108 y 168 de la vigente Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y, posteriormente, en 1989, del artículo 127 de la Ley Procesal Militar. Así lo reconoce el propio preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, al destacar que, en tiempo de paz, «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*».

Esto es, la legalidad vigente, que, en tiempo de paz, admite la querrela salvo que querellante y querellado sean militares (art. 130.5 LPM), prohíbe el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en dos supuestos: en tiempo de guerra (art. 168 LOCOJM) y «cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación» (art. 108.2 LOCOJM). En ambos supuestos, la prohibición (reiterada en el artículo 127.1 de la LPM) es «sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

Tales limitaciones en el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil, discutidas ya durante la tramitación parlamentaria de las normas que las establecen, fueron, desde el primer momento, interpretadas en función de los razonamientos contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional que las motivó. Así, el ya citado Auto del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1989, según el cual, el artículo 108.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, «tiene un indudable valor interpretativo y descubre el interés que se quiere tutelar con dicha norma y que tiene carácter predominante, en este caso la salvaguardia de la disciplina y del buen orden de los Ejércitos, [recogiendo] con fidelidad la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional en el Auto de 29 de febrero de 1984 y en la Sentencia de 29 de julio de 1985». En la misma línea, con referencia a la doctrina constitucional, el Auto del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992 señala que «de los artículos 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127 de la Ley Procesal Militar podrá deducirse, acaso, una cierta limitación de orden procesal, que en ningún caso significa ni limitación ni menos aún privación de derecho constitucional alguno, sino tan sólo respeto a un determinado valor, cual es la disciplina, que impide en buena lógica el enfrentamiento jurisdiccional, como partes, entre

²⁰ Vid. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 55 (1990), p. 165.

²¹ Auto de 2 de enero de 1989 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición cit., Madrid, 1990, pp. 14-15).

²² Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho procesal penal militar*, cit., p. 244.

²³ Cfr. J. Carrillo Colmenero, «El acusador particular, el actor civil y los mandos militares en el procedimiento penal militar», en *La jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992-1993, p. 666.

²⁴ Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76 (2000), p. 194.

quienes están en una relación de subordinación jerárquica».²⁵

En la doctrina, sin embargo, se advirtieron pronto los inconvenientes y problemas técnicos derivados de la referida limitación del ejercicio de la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar, así como, para algunos, su falta de fundamento y de coherencia dentro de la misma normativa procesal castrense.

Así, se ha destacado cómo no existen razones sustanciales que justifiquen la limitación legal al ejercicio de un derecho fundamental con el fin de evitar un «enfrentamiento jurisdiccional» entre militares en relación jerárquica, el que, en todo caso, se dará, en los tribunales ordinarios, siempre que la controversia derive de un delito común.²⁶ Pero es que, además, el principio que parece inspirar tal limitación no es general en el enjuiciamiento castrense. El artículo 143 de la Ley Procesal Militar concede, en efecto, al denunciante, aun cuando no se haya constituido en parte, recurso de apelación contra el auto de archivo del procedimiento penal por considerarse que los hechos no son constitutivos de delito. Cuando el denunciante es militar, como el denunciado, y entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, el recurso comporta, sustancialmente, una acusación que, sin embargo, en este caso, no se ha considerado

atentatoria de la disciplina y, por ende, de la necesaria cohesión de las fuerzas armadas.²⁷

La falta de fundamento resulta más significada en la prohibición de ejercer, en el supuesto indicado, la acción civil, cuyo objeto «no es cabalmente una pretensión de condena penal del inculpado, sino el ejercicio de un crédito reparatorio frente al mismo»,²⁸ esto es, la demanda del resarcimiento del daño o perjuicio sufrido como consecuencia del delito.

La actual previsión dificulta y retrasa el ejercicio del derecho reparatorio que corresponde al perjudicado por el delito, obligándole a esperar a la finalización del proceso penal para, en vía civil, demandar la indemnización en la medida en que no le haya sido concedida de oficio.

Pero es que, asimismo, la vigente situación normativa comporta, en los supuestos contemplados, que, por una parte, la demanda, en vía civil, estará condicionada por la sentencia penal dictada en un proceso en el que no se permitió intervenir al perjudicado. Y, por otra, que, de alguna forma, la infracción militar habrá de ser objeto de un implícito nuevo enjuiciamiento por el juzgador civil.²⁹

Tales consideraciones ponen de manifiesto la escasa justificación y

los inconvenientes técnicos de la prohibición, en el supuesto analizado, del ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en los tribunales militares, lo que, además, no encuentra fundamento directo e inmediato en la doctrina del Tribunal Constitucional, que, según se ha advertido, afectaba a un precepto de distinto contenido y en un contexto material diferente.

Ante ello, la doctrina propuso, en el vigente marco normativo, una interpretación restrictiva de los artículos 108.2 de la Ley de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, conforme a la cual, cabrá el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil si, después de la ocurrencia de los hechos a que se contrae el procedimiento, desaparece la —concreta— relación jerárquica de subordinación existente entre el inculpado y el perjudicado,³⁰ y, en todo caso, permitiendo la acción civil cuando la ejercite, no el propio ofendido, sino sus causahabientes.³¹ Si bien, *de lege ferenda*, se considerase, por algunos, que, en último término, lo conveniente era la reforma de dichos preceptos, eliminando «todo tipo de trabas al ejercicio de la acusación particular y la acción civil en el proceso penal militar, en tiempo de paz».³²

No se cuestiona, en cambio, la constitucionalidad y fundamento de la prohibición de ejercer la acusa-

²⁵ *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.^a de lo Militar, edición cit., Madrid, 1993, p. 173.

²⁶ Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 197.

²⁷ *Vid.* P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., pp. 198-200.

²⁸ Cfr. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 170.

²⁹ Cfr. J. L. Bermúdez de la Fuente, «Las partes en el proceso penal militar», en *La jurisdicción militar*, cit., p. 648.

³⁰ *Vid.*, especialmente, J. Carrillo Colmenero, «El acusador particular, el actor civil y los mandos militares en el proceso penal militar», cit., pp. 667-669.

³¹ Cfr. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 170.

³² Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 201.

ción particular y la acción civil en tiempo de guerra, contenida en el artículo 168 de la vigente Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dadas las especialísimas circunstancias que se dan en un conflicto armado y las singularidades de la denominada justicia militar *de campaña*, que justifican —imponen— el monopolio del ejercicio de la acusación por el Ministerio Fiscal. En el caso de la acción civil, parece evidente que no es sólo el —imprescindible— mantenimiento de la disciplina y el debido respeto al orden jerárquico lo que determina su prohibición, sino que razones prácticas y de coherencia con las normas procesales de guerra también lo exigen. Se trata, en efecto, de conferir la máxima celeridad al enjuiciamiento de la cuestión penal, sin que el mismo deba atender, de forma específica, a las responsabilidades civiles, que, en tales circunstancias extraordinarias, resultan del todo infravalentes.³³

Éste es el contexto normativo, doctrinal y jurisprudencial en el que se dicta la Sentencia 115/2001, de 10 de mayo,³⁴ en la que el Tribunal Constitucional concede el amparo a un Cabo de la Guardia Civil a quien fue denegada la personación, como acusador particular, en el procedimiento abierto, tras su denuncia, a varios superiores de la Unidad en que prestaba servicio.

El Tribunal Constitucional, después de advertir que el Auto 121/1984, de 29 de febrero, y la Sentencia 97/1985, de 29 de julio, «no guardan una sustancial identidad con el

presente (asunto), por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser ahora considerada con muchas salvedades y matizaciones», centra el debate en si la exclusión al ejercicio de la acusación particular (y de la acción civil) «encuentra o no razonable justificación en la necesidad de salvaguardar la disciplina y la jerarquía de la institución militar, con la finalidad de evitar el enfrentamiento jurisdiccional, en su condición de partes procesales, entre quienes se hallan vinculados por relación de subordinación en el seno de las fuerzas e institutos armados».

Y la respuesta del Alto Tribunal es negativa. En primer lugar, «porque si la disciplina se configura, en este contexto, como expresión de acatamiento a las reglas externas e internas que configuran el propio Instituto armado, la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa 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, es posible apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar». En segundo término, porque la vigente regulación incurre en el siguiente contrasentido: «puede suceder que la jurisdicción penal ordi-

naria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión». Y, finalmente, «porque, en el ámbito de la prueba, la propia Ley Procesal Militar permite los careos entre inferior y superior [...], a lo que hay que añadir que, en la mayoría de los procesos penales iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte, lo hará normalmente en calidad de testigo de la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda, en tales casos, la imagen, pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior que litiga con un superior o la situación inversa».

Tal falta de justificación razonable y objetiva que fundamente la prohibición de ejercitar, en los supuestos indicados, la acusación particular (o la acción civil) determina que dicha prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el artículo 14 de la Constitución. Y, además, en la medida en que impide formular legítimas pretensiones ante el órgano jurisdiccional, la exclusión quebranta, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, del artículo 24.1 de la Carta Magna.

Concluye el Alto Tribunal que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el artículo 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y el artículo 127.1 de la Ley Procesal Militar, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la

³³ Vid. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., pp. 170-172.

³⁴ *Boletín Oficial del Estado* núm. 137, de 8 de junio.

disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las fuerzas armadas y de los institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex artículo 14 de la Constitución y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el artículo 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto éste que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga de acuerdo con los principios de la Constitución».

Y, en consecuencia, concede el amparo al recurrente, a la vez que plantea al Pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, por su contradicción con los artículos 14 y 24.1, en relación con el inciso final del artículo 117.5 de la Constitución.

Debe, sin embargo, significarse que el indicado pronunciamiento contó con dos votos particulares, formulados por los magistrados M. Jiménez

de Parga y Cabrera y V. Conde Martín de Hijas, al primero de los cuales se adhirieron los Magistrados R. de Mendizábal Allende y F. Garrido Falla. En ellos se sostiene que el Auto 121/1984, de 29 de febrero, y la Sentencia 97/1985, de 29 de julio, aun referidos a supuestos de hecho distintos, contienen una «doctrina clara» aplicable al caso debatido, que el artículo 24.1 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental al ejercicio de la acusación particular, que la disciplina militar es un principio configurador de las fuerzas armadas, una exigencia estructural que justifica, sobradamente, la diferencia de tratamiento que, en los preceptos cuestionados, se consagra «entre los perjudicados por el delito, en orden al posible ejercicio de la acción penal, según que entre el perjudicado y el inculcado exista o no una relación jerárquica de subordinación» y que, por ello, no debió haberse concedido el amparo ni planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

Este fallo, del Pleno, fue seguido de otro, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, la Sentencia 157/2001, de 2 de julio,³⁵ que se limita a reproducir la doctrina ya establecida, remitiéndose el Magistrado V. Conde Martín de Hijas, ponente de la misma, al voto particular formulado.³⁶

En un sugerente comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2001, la profesora Yolanda Doig Díaz considera que, con tal pronunciamiento, el Tribunal Constitucional sienta las bases de una nueva doctrina sobre la jurisdicción militar, que parte de un distinto entendimiento de la disciplina, acorde con el actual modelo —profesional— de fuerzas armadas. Se trataría de una disciplina necesaria —y exigible— en el marco estructural de las fuerzas armadas, pero limitada al ámbito de la estricta Administración militar, de forma que no puede «proyectarse en el proceso penal a través de una regulación que tenga en cuenta intereses diferentes de los de la mera ordenación interna del proceso, concretamente al asumir consideraciones extraprocesales relativas a la posición jurídica de las personas que pueden enfrentarse en él».³⁷

A mi modo de ver, tal interpretación excede de los propios términos del pronunciamiento comentado. Es cierto que, con él, el Tribunal Constitucional se aparta de unos razonamientos que, aun formulados respecto a un precepto de distinto contenido y en un contexto material diferente, hubieran conducido a una solución diversa. Pero la modificación de doctrina no afecta, en mi opinión, al concepto sustancial de disciplina, sino a la incidencia

³⁵ *Boletín Oficial del Estado* núm. 178, de 26 de julio.

³⁶ Asimismo, el Tribunal Constitucional, por providencia de 29 de octubre de 2002, admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4880/2002, planteada, por el Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), en relación a los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, «por presunta vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución» (*BOE* núm. 271, de 12 de noviembre de 2002). Y, por providencias de 25 de marzo de 2003, ha admitido dos cuestiones de inconstitucionalidad más (las números 6348/2002 y 445/2003), planteadas, asimismo por el Tribunal Militar Territorial Primero, en relación a los mismos preceptos y por idéntico motivo (*BOE* núm. 83, de 7 de abril). A ellas hay que añadir una tercera y última, cuando redactó esta nota (la número 5580/2003), admitida a trámite por providencia de 21 de octubre de 2003 (*BOE* núm. 262, de 1 de noviembre).

³⁷ Y. Doig Díaz, «La acusación particular en la justicia militar española. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo», en *Anuario de Derecho Penal* (Suiza-Perú), núm. 2001-2002 («La reforma del Derecho penal militar»), pp. 285-311.

que sobre ella pueden tener actuaciones procesales como el ejercicio de la acusación particular (o la acción civil) cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación. Con el discurso anterior se consideraba que tales actuaciones procesales podían afectar negativamente a la disciplina, mientras que ahora, manteniéndose nuclearmente el concepto de disciplina, se reconoce que su necesaria tutela y salvaguarda no precisa una medida procesal como la indicada, por cuanto el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil no tienen porqué menoscabar, en lo más mínimo, la cohesión interna de las fuerzas armadas.

En definitiva, la vigente prohibición de ejercer la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, constituye una limitación no requerida para el mantenimiento de la disciplina en las fuerzas armadas y, por ende, una limitación difícilmente compatible con los postulados constitucionales, que, además, a mi modo de ver, carece de razonabilidad en un sistema de enjuiciamiento en el que la acusación particular y la acción civil no las ejerce personalmente el militar perjudicado, sino su representación o dirección procesal.

Si a ello se añaden los problemas técnicos y consecuencias materialmente injustas de la exclusión, resulta obligado concluir que, sin ne-

cesidad de esperar a que el Pleno del Tribunal Constitucional determine su inconstitucionalidad, con anulación de las correspondientes previsiones normativas, el legislador español, aprovechando la reforma, debió afrontar la cuestión y resolverla definitivamente a través de la supresión del apartado segundo del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y del apartado primero del artículo 127 de la Ley Procesal Militar.

6. LA IRRECURRIBILIDAD ORDINARIA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES POR FALTA LEVE

Especialmente injustificado resulta el mantenimiento de la irrecurribilidad de las resoluciones sancionadoras por falta leve cuando no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona [arts. 453.2 y 468.b) LPM], medida de política legislativa de la que me he ocupado, en sucesivas ocasiones, desde 1989, postulando su supresión.

La exclusión del control judicial de los actos administrativos sancionadores por falta leve la implantó el artículo 51 de la Ley Disciplinaria de 1985, justificándose la medida por un sector de nuestra doctrina, según el cual, «las garantías individuales [...], en materia de faltas leves, 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».³⁸

Aunque manifestando fundadas reservas sobre la exclusión en sí y su alcance respecto a determinadas sanciones, según Fortún, «la justificación que se desprende de la Ley [...] es la necesidad de mantener a las Fuerzas Armadas en condiciones de cumplir las misiones que, también con rango constitucional, le vienen atribuidas, las cuales sólo se logran con la plena eficacia de los pilares básicos en los que se sustenta la institución militar, cuales son la unidad, el servicio y la disciplina. [...] Ello], si la sanción lo es por falta leve, bien porque la misma incide sobre bienes jurídicos de importancia secundaria, bien porque sólo supone una restricción de libertad de escasa duración, justifica una limitación de tales garantías en pro de conseguir la ejemplaridad de la pronta sanción y su rápido cumplimiento, evitando con ello dilaciones perturbadoras que menoscaben o dificulten la finalidad pretendida».³⁹

En realidad, la exclusión del control jurisdiccional en los actos sancionadores por falta leve fue, en su momento, una concesión «política» —no se olvide que los borradores inicialmente propuestos e, incluso, el Anteproyecto de 1982 no prevenían recursos judiciales ni contra las sanciones por falta grave— denunciada durante la tramitación parlamentaria del Proyecto y que prosperó con el apoyo de una discutible interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, según la cual, sólo sería preceptivo el control judicial cuando los actos sancionadores implicasen privación de libertad.

³⁸ Vid. J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 180.

³⁹ R. Fortún Esquifino, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley disciplinaria militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), p. 2480.

En efecto, en el debate de totalidad del Proyecto, afirmaba el Diputado del Grupo Parlamentario Popular Sr. Cañellas Fons cómo «en el sistema de recursos que establece la Ley se encuentra su máximo reproche, el de su inconstitucionalidad, cuando excluye de toda posible tutela a los militares sancionados por faltas leves disciplinarias; cuando éstos agoten los recursos jerárquicos que establece la propia Ley, no pueden acudir a los tribunales interponiendo el especial recurso contencioso-disciplinario militar, pues contra las resoluciones que ponen fin a la vía disciplinaria militar no cabe —dice la propia Ley— recurso alguno».⁴⁰

Para la —entonces— mayoría socialista, el control judicial sólo sería necesario cuando se tratase de actos sancionadores que comporten privación —no mera restricción— de libertad. Como por faltas leves únicamente pueden imponerse arrestos «en domicilio o Unidad», resulta suficiente la propia revisión administrativa.

Esta argumentación no supone sino una incorrecta interpretación de la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de junio de 1976 (Caso *Engel y otros*), según la cual, determinados arrestos, meramente privativos de libertad, pueden ser impuestos en vía administrativa, sin necesidad de intervención judicial.⁴¹

Como observa López Ramón, del indicado fallo no se deduce la posibilidad de «excluir el control judicial *a posteriori* de las sanciones que no impliquen privación de libertad, como pueden ser las sanciones por faltas militares leves en el Ordenamiento español. Tal consecuencia no está afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y aunque lo estuviera, se trataría de una consecuencia incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) y con la cláusula general de control jurisdiccional de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Constitución)».⁴²

Por ello, desde el primer momento, el precepto fue considerado «de dudosa constitucionalidad»⁴³ o «con visos sustanciales de inconstitucionalidad»⁴⁴ y, en cualquier caso, materialmente insatisfactorio.⁴⁵

Para Rodríguez-Villasante, «el último párrafo del artículo 51 de la Ley Orgánica 12/1985 [...] vulnera el derecho del sancionado a obtener del tribunal competente la tutela judicial efectiva, puesto que optar por una solución definitiva que deniegue la posibilidad de recurso jurisdiccional es inconstitucional».⁴⁶

Por mi parte, sin entrar en un análisis crítico de la naturaleza del arresto «en domicilio o Unidad», cuyo carácter meramente «restrictivo» de libertad puede resultar discutible,⁴⁷ pese a los esfuerzos jurisprudenciales en la delimitación de su contenido,⁴⁸ también he venido considerando que, con independencia de cual sea la naturaleza del correctivo, ningún acto sancionador puede quedar excluido de revisión jurisdiccional, por ser ello in-

⁴⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Sesión Plenaria núm. 189, celebrada el 14 de marzo de 1985, pp. 8702-8706.

⁴¹ El texto íntegro de la Sentencia, traducido al castellano por el Servicio de Estudios de las Cortes Generales, se encuentra publicado en *Derecho Penal Militar*, Documentación parlamentaria núm. 31, t. II (1984), pp. 1821-1849. La *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (t. XV, 1976, pp. 455-468) insertó, en su momento, una reseña que puede ser de utilidad. *Vid.*, asimismo, G. Genot, «Convention Européenne et service militaire (arrêt Engel et autres)», en la misma revista, t. XVI (1977), pp. 294-300.

⁴² F. López Ramón, «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54 (1987), p. 184.

⁴³ Cfr. M. Balado Ruiz-Gallegos, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica 12/1985», en *Revista de Derecho Público*, núm. 106 (1987), p. 73.

⁴⁴ Cfr. M. Manzano Sousa, «Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil», en *Revista General de Derecho*, núms. 538-539 (1989), p. 4781.

⁴⁵ Así, según Higuera, «se tendría que haber dado la posibilidad de la interposición de un recurso judicial en las faltas leves en los casos en que la sanción consistiera en arrestos de un día a treinta días en domicilio o Unidad, o en la privación de permisos discrecionales superiores a ocho días y hasta un mes». Cfr. J.-F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español*. Barcelona: Bosch, 1990, Parte General, vol. I, p. 66.

⁴⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Prólogo» al *Derecho Disciplinario Militar* de J. Rojas Caro, cit., p. 24.

⁴⁷ *Vid.*, especialmente, R. Fortún Esquifino, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley disciplinaria militar», cit., pp. 2473-2475.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 (*Actualidad Administrativa*, núm. 11/1991, ref. 183). Asimismo, J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*. Madrid: Colex, 1991, pp. 46-47.

compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y con la cláusula general de control de la actuación administrativa (art. 106.1 CE).⁴⁹

La situación creada por el referido artículo 51.2 de la Ley Disciplinaria Militar se vio resuelta, para algunos, con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, por cuanto, en su artículo 17, considera competencia de 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», a la vez que atribuye el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (art. 23.5), a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central (art. 34.7) o a los Tribunales Militares Territoriales (art. 45.6), sin excluir en ningún caso la posibilidad de recurso a los sancionados por falta leve.⁵⁰

Esta interpretación —ciertamente discutible, pero conducente a resultados materialmente justos— no podría ser mantenida sino hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que, de forma contundente, de-

termina la exclusión del control judicial de los actos sancionadores por falta leve [arts. 453.2 y 468.b)], aunque, en cierto modo, atenúe tal exclusión, instaurando un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (art. 518), que podrá interponerse siempre que las sanciones disciplinarias —incluidas aquellas por falta leve— «afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución» (art. 453.3).⁵¹

Como advirtió el Tribunal Supremo, tras la promulgación de la Ley Procesal Militar:

- «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; y
- 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».⁵²

Con ello —aunque algún autor pretenda hacer ver lo contrario—⁵³ se establece, como regla general, la exclusión del control judicial de los actos administrativos sancionadores por falta leve. La excepción viene dada por la posibilidad de impugnar dichos actos, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Esta excepción tiene un ámbito muy limitado y, desde luego, no resuelve la posible inconstitucionalidad de un sistema en el que, de principio, quedan excluidos de control judicial los actos sancionadores por falta leve⁵⁴. Mas, en todo caso, comporta un avance —ciertamente significativo— en el otorgamiento de tutela judicial efectiva a los sancionados por faltas leves y así ha sido, en general, reconocido por la doctrina.⁵⁵

Aun así, llegó a afirmarse que la posibilidad de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra actos sancionadores por faltas leves es «una solución perturbadora para la disciplina y 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 pernicio-

⁴⁹ A. Millán Garrido, *La Ley Procesal Militar*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 24-25.

⁵⁰ La nueva situación fue advertida por López Ramón antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Cfr. F. López Ramón, «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», cit., p. 185.

⁵¹ Vid. A. Millán Garrido, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57 (1990-1991), pp. 132-134.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 (*Actualidad Administrativa*, núm. 41/1990, ref. 670).

⁵³ Según Rojas Caro, la exclusión es «ilusoria»: el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «se podrá interponer siempre que se quiera, porque siempre se encontrará un derecho fundamental teóricamente lesionado que permita fundamentar con éxito la admisión a trámite de este recurso». Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, cit., p. 180.

⁵⁴ En contra, para Manzano Sousa, la posibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «colma las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva». Cfr. M. Manzano Sousa, «Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil», cit., p. 4783.

⁵⁵ Entre otros, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Prólogo», cit., p. 24.

sas para la disciplina y depresiva para el mando que impuso la sanción». ⁵⁶ Dicho parecer fue objeto de certera réplica por Jiménez Villarejo, afirmando «que lo que deprime la disciplina no es la revocación de un correctivo ilegal o inconstitucional, sino su imposición incontrolada e incontrolable y que las exigencias de la disciplina —valor esencial e insustituible de las Fuerzas Armadas— no pueden en ningún caso hacer olvidar la primacía de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes —artículo 10.1 de la Constitución— olvido en que se incurriría si se sofocase, en nombre de la disciplina y con el débil argumento de la levedad del castigo, toda posible reclamación judicial ante las sanciones eventualmente contradictorias con el núcleo esencial de nuestro Ordenamiento jurídico que puedan recaer por actos calificados de faltas leves». ⁵⁷

La referida situación normativa no se alteró con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que, en su ámbito material objetivo, consolidó la exclusión del control jurisdiccional de los actos que resuelvan recurso por falta leve y que —por no afectar a derechos fundamentales reconoci-

dos en el artículo 53.2 de la Constitución— no sean revisables a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Al respecto, en ocasiones anteriores, mantuve —en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar— la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria. ⁵⁸

Aunque considero que tal posibilidad no vulneraría, en si misma, el artículo 117.5 de la Constitución, ⁵⁹ reconozco que, en la vigente legalidad, la propuesta es, en efecto, «excesivamente aventurada» ⁶⁰ y muy difícilmente compatible con el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y, de modo especial, con los artículos 453.1 y 468.b) de la Ley Procesal Militar.

Lo que, desde luego, no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye del preceptivo control de legalidad determinados actos de la Administración (art. 106.1 CE) e impide a sancionados en vía disciplinaria militar obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como destaca Díez-Picazo, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ofrece «un sentido claro cuando se predica una tutela de los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos frente a los actos de la Administración. El artículo 24 se encontraría entonces en estrecha conexión con el artículo 103 y con la regla del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho [...]. Impediría la creación legal o reglamentaria de zonas exentas del control jurisdiccional». ⁶¹

En el mismo sentido, Chamorro Bernal recuerda cómo, en este punto, la tutela judicial efectiva se traduce en «el sometimiento general del poder ejecutivo al control judicial y, por tanto, [en] el reconocimiento de la libertad de acceso a la jurisdicción para impugnar los actos del mismo (arts. 103.1 y 106.1 CE)». ⁶²

Es, precisamente, la exclusión de la tutela judicial en supuestos indicados y la generalizada conciencia de su, al menos, dudosa constitucionalidad lo que, en la práctica, ha motivado que «la jurisprudencia se esté mostrando razonablemente inclinada a una interpretación benévola de los artículos 453 y 518 de la Ley Procesal Militar». Y convengo

⁵⁶ J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, cit., p. 180.

⁵⁷ J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, cit., p. 51.

⁵⁸ A. Millán Garrido, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar», cit., p. 133; y «Los recursos», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1.ª edic., Madrid, 1993, pp. 776-777.

⁵⁹ Vid. J. M. Asencio Mellado, «La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar», en *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar*, Madrid, 1991, pp. 107-113. O, desde otra perspectiva, F. Fernández Segado, «La jurisdicción militar en la doctrina constitucional», en *Revista General de Derecho*, núm. 562-563 (1991), pp. 5864-5867.

⁶⁰ Así la calificó, con generosidad, J. Sánchez del Río y Sierra, en su recensión crítica a la 1.ª edición de los *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, citada, publicada en *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 11 (1993), p. 452.

⁶¹ L. Díez-Picazo, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Poder Judicial*, núm. 5 (1987), p. 44.

⁶² F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 32.

Vid., asimismo, A. Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

con Sánchez del Río en que la solución debe ir por otro camino: «no deja de ser anómala la intervención de órganos judiciales de composición compleja para conocer de asuntos cuya nimiedad provoca un contraste casi cómico; habría que pensar, quizá, en algún órgano judicial más simple que pueda cumplir la misión de tutelar de forma también más simple y, por supuesto, más inmediata».⁶³

En esta línea, he venido señalando 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», recurso que, «dentro del sistema general de control por la jurisdicción castrense de la potestad disciplinaria militar, colmaría las exigencias de los referidos artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución».⁶⁴

Tal propuesta fue sugerida, en su informe de mayo de 1997, por el Consejo General del Poder Judicial, para el que sería aconsejable «extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la Administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por faltas leves que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo que probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la

legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, con toda probabilidad, se produciría y evitar la excesiva acumulación de causas menores en tribunales superiores».

La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, pudo —y debió— haber atendido la propuesta. Sólo así hubiese alcanzado plenamente uno de sus confesados objetivos: «hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las fuerzas armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución».⁶⁵

Al no hacerlo, se mantuvo una situación normativa que, pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo por justificarla,⁶⁶ ha sido, finalmente, denunciada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 202/2002, de 28 de octubre.⁶⁷

Según el Alto Tribunal, si al militar sancionado por falta leve sólo le cabe recurrir a través del cauce especial y sumario y en éste no es posible aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, resulta obvio que «el administrado no pue-

de 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». Por tanto, se concluye, «esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el artículo 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 artículo 24.1 de la Constitución, así como, eventualmente, con el contenido del artículo 106, que atribuye a los tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa».

El Tribunal Constitucional se detiene, además, a rebatir cada una de las razones esgrimidas en defensa de la vigente situación normativa, especialmente las que vinculan la exclusión del recurso a la necesidad de preservar la disciplina en las fuerzas armadas. Se afirma, al respecto, cómo «el mantenimiento de

⁶³ J. Sánchez del Río y Sierra, *recensión cit.*, p. 453.

⁶⁴ A. Millán Garrido, «Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., pp. 278-279. Y en «La jurisdicción militar en el actual Ordenamiento constitucional», en *Constitución y jurisdicción militar*, cit., p. 103.

⁶⁵ Cfr. A. Millán Garrido y S. Prados Prados, *Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 20-21.

⁶⁶ *Vid.*, entre otras, las Sentencias de 17 de abril y 9 de octubre de 2000 (*Revista Española de Derecho Militar*, Jurisprudencia contencioso-disciplinaria, 2000, pp. 245-253 y 619-627).

⁶⁷ *Boletín Oficial del Estado* núm. 278, de 20 de noviembre.

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».

De conformidad con ello, el Alto Tribunal concede el amparo solicitado por el recurrente, a la vez que eleva al Pleno cuestión de constitucionalidad respecto a los artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, preceptos no ajustados «al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE) y a la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (art. 117.5 CE)».⁶⁸

Debe advertirse, sin embargo, cómo la exclusión sustancial se contiene, según queda expuesto, en los artículos 77.1 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, y 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, preceptos a los que no es probable que el Tribunal Constitucional extienda, de forma expresa, su futuro pronunciamiento, dados los términos del artículo 39.1 de su Ley reguladora, que determina

«una limitación del alcance del enjuiciamiento efectuable adecuada al contenido propio de la jurisdicción constitucional, a la cual no corresponde innovar el Ordenamiento jurídico, y que en las cuestiones de inconstitucionalidad se encuentra adicionalmente justificado por la funcionalidad del pronunciamiento que se demanda en este tipo de procesos».⁶⁹

Es, precisamente, la necesidad de modificar, en este punto, los regímenes disciplinarios militares y, asimismo, de establecer los cauces orgánico-procesales adecuados para la resolución de los recursos cuestionados lo que reclama la intervención del legislador con unas medidas que, a mi entender, debieron también haberse adoptado en la comentada Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio.

7. CONCLUSIÓN

Las modificaciones orgánico-procesales introducidas por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, suponen un paso más, ciertamente importante, en la adecuación de la jurisdicción militar española a los postulados constitucionales y a las exigencias propias de una sociedad democrática. A este propósito responden tanto las medidas tendentes a garantizar la imparcialidad objetiva del juzgador como la supresión de la legitimación que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores. Asimismo, merece una

valoración positiva la reincorporación a la legislación especial del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial en el ámbito de la jurisdicción militar y las alteraciones normativas efectuadas en esta materia, así como la actualización general realizada en el marco orgánico-procesal militar a través de varios retoques y diversas precisiones de carácter estrictamente técnico. Son éstos los *temas resueltos*.

Menos satisfactorio resulta el ámbito material objetivo de la Ley, que debió abarcar otras cuestiones cuyo tratamiento en la legislación vigente es inadecuado desde una perspectiva técnica, materialmente insatisfactorio o abiertamente inconstitucional. En este último elenco de *cuestiones pendientes*, afectantes al estricto orden constitucional, resulta especialmente difícil de justificar que el legislador, en una reforma tendente a la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, no haya accedido a incluir en ella, al menos, los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1, 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, estableciendo, en el ámbito de la jurisdicción castrense, la posibilidad de ejercer, salvo en tiempo de guerra, la acusación particular y la acción civil, así como el derecho a recurrir las sanciones impuestas por infracciones disciplinarias, en el ámbito militar, cualquiera que sea su entidad y su naturaleza.

⁶⁸ Con posterioridad, el Tribunal Constitucional, por providencias de 30 de mayo de 2003, ha admitido a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad 4204/2003 y 5219/2003, planteadas ambas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto, en relación con los artículos 468.b) y 453.2, en el inciso «por falta grave», de la Ley Procesal Militar, por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución (BOE núm. 244, de 11 de octubre).

⁶⁹ Cfr. G. J. Jiménez Sánchez, «Algunas cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contencioso-disciplinario militar», trabajo pendiente de publicación, Madrid, 2003.