

EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO. BALANCE DE UN CUARTO DE SIGLO

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

SUMARIO: 1. REFLEXIONES EN TORNO AL DISEÑO CONSTITUYENTE DE LAS FUERZAS ARMADAS.—2. AUSENCIA DE UN PODER MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR.—3. LA CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CASTRENSE Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO: A) *La organización de la jurisdicción militar.* B) *El derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías en el ámbito de la jurisdicción militar:* a) *El derecho a un Juez imparcial y la estructura de los Tribunales militares.* b) *El derecho de libre acceso al proceso y las particularidades procesales de la jurisdicción militar en relación a la acusación particular y a la acción civil.* c) *El derecho a la tutela judicial efectiva y la inimpugnabilidad jurisdiccional de las sanciones por falta leve no lesivas de derechos fundamentales.*—C) *La competencia de la jurisdicción militar.*

I. REFLEXIONES EN TORNO AL DISEÑO CONSTITUYENTE DE LAS FUERZAS ARMADAS

I. Un análisis de las vicisitudes por las que atravesó el diseño constitucional de la institución militar (1) en el proceso constituyente nos revela algunos datos que hoy, fuera del contexto de aquellos años, resultan a nuestro juicio un tanto sorprendentes.

En primer término, las mayores dudas que *ab initio* suscitó el tema tuvieron que ver no tanto con el contenido material que había de darse a la norma

(1) Cuando hablamos de «institución militar» lo estamos haciendo en el sentido que hemos precisado en algún otro lugar. *Cfr.* al efecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Las Fuerzas Armadas. Comentario al artículo 8.º», en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 409 y sigs.; en particular, págs. 434-439.

que incardinaba las Fuerzas Armadas en el marco constitucional sino más bien con un aspecto de índole formal, aun cuando de indudable trascendencia, como era el de la ubicación de la norma en cuestión. Conviene recordar al respecto que la Ponencia constitucional manejó la opción de situar el precepto relativo a las Fuerzas Armadas como norma de apertura de un Título *ad hoc* dedicado a las Fuerzas Armadas, de Orden Público y a los estados de excepción. Sólo una soterrada influencia del Título VI de la Ley Orgánica del Estado de 1967 podía explicar tal dislate, que aunque como es obvio no tuvo concreción en el texto constitucional, sí fue una hipótesis de trabajo específicamente manejada por los «padres de la Constitución» (2).

En segundo lugar, y ya en el ámbito de la regulación material de la institución, la cuestión más polémica, por lo menos si atendemos a las enmiendas presentadas, tuvo que ver no tanto con las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas cuanto con su composición; dicho de otro modo, en seis de las siete enmiendas presentadas en el Congreso al texto del por aquel entonces artículo 10 del Anteproyecto de Constitución, se cuestionó en uno u otro sentido la previsión con la que se iniciaba el citado precepto (idéntica a la que abre el actual artículo 8.º1 CE), lo que, en último término, planteaba un problema ya latente en el intento de ubicar en un mismo Título a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

El rechazo a integrar dentro de las Fuerzas Armadas a las Fuerzas de seguridad y la diferente ubicación sistemática de las normas relativas a unas y a otras (arts. 10 y 102 del texto del Anteproyecto, respectivamente), que tendría su correlato en el texto final de nuestra Norma suprema, lejos de presentar una mera connotación formal, traslucía un radical cambio del modelo policial históricamente arraigado en España hasta ese momento, al revelar la inequívoca voluntad del constituyente de ruptura con un modelo militarizado de mantenimiento del orden público, insensible a los derechos y libertades de la persona, que había pervivido en nuestro país desde el mismo nacimiento del régimen constitucional en los inicios del siglo XIX. Como sostuviera Ballbé (3), es una evidencia la decisiva y permanente presencia de las instituciones militares en el ordenamiento y en la praxis del orden público, de la organización policial y del régimen jurídico y ejercicio real de las libertades. No debe extrañar por ello

(2) Ello queda claro en las Actas de la Ponencia constitucional, que como es de sobra conocido se publicaron por vez primera en la *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 2.º cuatrimestre 1984, págs. 251 y sigs.; en particular, pág. 317.

(3) *Cfr.* al efecto, en orden al desarrollo casuístico del tema, MANUEL BALLBÉ: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, págs. 20-21.

mismo que las fuerzas políticas (o algunos de sus más significados miembros) que en el proceso constituyente podían visualizarse como más próximas al franquismo —caso del Sr. De la Fuente y de la Fuente, de Alianza Popular (enmienda núm. 35)— o, lisa y llanamente, por entero identificadas con una concepción autoritaria del Estado —caso del Sr. Fernández de la Mora, también de Alianza Popular (enmienda núm. 63)— defendieran por innecesaria o inconveniente la concreción a nivel constitucional de cómo habían de quedar constituidas las Fuerzas Armadas, pues la no concreción de este aspecto posibilitaba ulteriormente, en vía legislativa, la integración de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en las Fuerzas Armadas. Mayor sorpresa nos depara la posición sustentada por quienes, ubicados en una opción nítidamente democrática, bien alejada de la de los anteriores, como sería el caso del Sr. Morodo Leoncio (enmienda núm. 463), defendieron la integración de las Fuerzas de Orden Público (así se las tildaba en aquel preciso momento) dentro de las Fuerzas Armadas.

No sería pacífica, por así decirlo, la ubicación en el Título Preliminar de la norma referente a las Fuerzas Armadas, opción por la que se inclinó la Ponencia una vez descartado ese Título *ad hoc* al que en un momento anterior aludimos, y que desencadenó algunas enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado, que tendrían como último fundamento la idea de que en cuanto integrantes de la Administración, las Fuerzas Armadas no habían de tener en la Norma suprema un *status* privilegiado en el referido Título, en el que se consignaban los principios vertebradores de la organización política del Estado, los principios generales del ordenamiento jurídico y las grandes instituciones vertebradoras de la sociedad plural. En el trasfondo de todo ello se situaba la añeja dialéctica sobre la naturaleza de las Fuerzas Armadas: ¿Administración militar o institución militar? Ello no obstante, como ya hemos expuesto con cierto detenimiento en otro lugar y no vamos a reiterar en detalle aquí (4), no creemos que la singularidad que desde una óptica comparada suponía una norma como la que a la postre habría de ser el art. 8.º CE deba explicarse en términos de toma de posición del constituyente en torno a aquella controversia; sería suficiente para corroborar lo que acaba de señalarse con atender al art. 97 CE, que se refiere a la Administración militar y la sujeta a la dirección del Gobierno. Más bien habría que entender que la peculiar ordenación constitucional de los Ejércitos (incluyendo en esa peculiaridad la ubicación de la norma ordenadora) respondió a un dispar conjunto de circunstancias que abarcaban desde las específicas peculiaridades de la transición política a las altas misiones que el constituyente encomendó a las Fuerzas Armadas, sin olvidar, a nuestro

(4) *Cfr.* al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Las Fuerzas Armadas...», *op. cit.*, págs. 418-440.

modo de ver, una visión institucional de las Fuerzas Armadas, compatible con la articulación jurídica de las mismas como Administración militar en el marco de la estructura estatal, al visualizar socialmente a las Fuerzas Armadas como una institución social perfectamente delimitada.

Por último, cabe destacar que aunque ciertamente no faltaron enmiendas en cada una de las Cámaras encaminadas a modificar determinados aspectos de las misiones inicialmente encomendadas a los Ejércitos, incluso tales enmiendas representaron un alto porcentaje del total de las presentadas a la norma que nos ocupa (por ejemplo, cuatro de las siete enmiendas del Congreso), con las mismas se esbozaron más bien posiciones individuales que traducían antes el sentir de sus signatarios que la preocupación de las fuerzas políticas a las que pertenecían. Por ello, ni dieron pie a un debate digno de tal nombre ni condujeron a modificación alguna del precepto primigenio. De esta forma, el artículo 10.1 del Anteproyecto de Constitución se mantuvo incólume a lo largo de todo el *iter* constituyente, cambiando del mismo tan sólo su número.

La conclusión de todo lo expuesto es obvia: en el debate constituyente la normación de las Fuerzas Armadas se asentó en un altísimo grado de acuerdo entre las fuerzas políticas (acentuado aún más si cabe en lo que atañe a las misiones constitucionalmente encomendadas a los Ejércitos), que por cierto se ha mantenido como regla general en el desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales. Visible manifestación de todo ello sería que el texto del artículo 10.1 del Anteproyecto constitucional transitaría sin modificación alguna a lo largo de todo el *iter* constituyente, convirtiéndose finalmente en el actual artículo 8.1 CE (5).

II. El significado del inciso primero del artículo 8.1 CE, al circunscribir las Fuerzas Armadas a los tres Ejércitos, con exclusión de las Fuerzas de seguridad, ya ha sido expuesto en su esencia. Tal separación encuentra su correlato en el respectivo diseño constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de seguridad (arts. 8.1 y 104.1 CE, respectivamente), que aparecen perfectamente delimitadas.

En efecto, si, por un lado, el constituyente condensa la vertiente teleológica de la función policial, precisando cuáles son las misiones policiales por intermedio no de una cláusula general habilitante, como antaño sucedía con la cláusula de orden público, sino mediante la enunciación de una finalidad primaria que sirve como referente de legitimidad de la existencia y actuación de las

(5) Otro tanto puede decirse prácticamente del art. 8.2 CE, en cuyo texto sólo se ha producido una modificación de estilo: la expresión «conforme a» vino a sustituir a la inicialmente utilizada por el art. 10.2 del Anteproyecto: «dentro de».

fuerzas policiales: la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, por el otro, el constituyente encomienda a las Fuerzas Armadas unas misiones que pueden ser reconducidas genéricamente a la finalidad común de defensa de la colectividad, criterio teleológico que otorga su razón de ser a los Ejércitos. La ciudadanía, como es obvio por lo demás, es la razón de ser de unas y otras Fuerzas, bien que mientras a unas se encomienda velar por su seguridad en orden a posibilitar el libre ejercicio de sus derechos por los ciudadanos, a otras se les encomienda la defensa de los propios ciudadanos en orden a que el pueblo, titular de la soberanía, pueda ejercerla en su plenitud.

Los Ejércitos, efectivamente, se nos presentan como el instrumento del poder soberano que integra en la defensa a todo el pueblo, pues la soberanía reside en él como totalidad; es precisamente por ello por lo que, con excelente criterio, el art. 2.º de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (en adelante LODNOM), define la defensa nacional como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin, idea que, contra lo que pudiera quizá pensarse, en modo alguno se ve desvirtuada por el cambio de modelo de las Fuerzas Armadas que vino a normativizar la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante LRPFAS), al poner punto final a un modelo de Ejército se recluta universal, sustituyéndolo por un modelo de Ejército profesional asentado en la plena voluntariedad y profesionalidad de sus componentes, sin discriminación de sexos, tanto en los cuadros de mando como en la tropa y marinería.

A los Ejércitos, ahora profesionales, corresponde como ya se ha dicho la defensa militar de España; más aún, ésta es su razón de ser, como bien precisa el art. 3.º de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (art. 3.º de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas). Sin embargo, el concepto de defensa militar no coincide estrictamente con el más amplio y repleto de matices de «defensa nacional».

El concepto de «defensa nacional» sustituyó al más añejo concepto de «guerra», respondiendo quizá esta mutación a la conocida idea de *Clausewitz* de que la guerra se hace con toda la potencia de la nación (6). Con el devenir del tiempo, el concepto de «guerra total», fruto de la tecnificación de los armamentos y, sobre todo, de la irrupción del arma nuclear, consolidó el concepto

(6) Recordemos que para Clausewitz la guerra no era sino la simple continuación de la política con otros medios. CARLOS VON CLAUSEWITZ: *De la Guerra*, Ediciones Ejército, 2.ª ed., Madrid, 1980, pág. 43.

de «defensa nacional», que ya tendría acogida constitucional entre nosotros en la Constitución de 1931 (art. 14.7.^a).

El concepto de «defensa nacional» nos ofrece muy amplias perspectivas (7), pudiendo proyectarse hacia todos y cada uno de los elementos distintivos del Estado: el pueblo, la soberanía, el territorio y el orden jurídico. Un análisis del conjunto de las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas nos pone claramente sobre aviso de que esas misiones se conectan muy estrechamente con aquellos elementos tradicionalmente característicos del Estado. Veámoslo particularizadamente.

El art. 8.º atribuye a las Fuerzas Armadas la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, esto es, la defensa exterior del Estado. Con ello se pretende salvaguardar dos de sus elementos configuradores: la población o el pueblo y su soberanía. La determinación constitucional del art. 1.º CE, que convierte al pueblo en el origen de todo poder, puede aclarar el sentido último de esta misión, que habría de entenderse orientada a salvaguardar la residencia de la soberanía en el pueblo español y la libre capacidad de autodeterminación del mismo pueblo como un todo en el orden internacional que aquélla entraña.

La defensa de la integridad territorial presenta, a su vez, una doble proyección: exterior e interior. La proyección externa pretende, como es obvio, hacer frente a cualquier intento de agresión por parte de otro Estado con vistas a apropiarse de una parte de nuestro territorio. La protección del territorio es a la par la protección del pueblo y de su soberanía, pues cualquier ataque externo a nuestra integridad territorial deberá verse al unísono como un ataque a nuestra soberanía e independencia. La proyección interna pretende impedir una secesión o fragmentación de nuestro territorio, en el bien entendido de que una agresión interna a la integridad territorial lo será, al mismo tiempo, al ordenamiento constitucional, pues, como prevé el art. 2.º CE, la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española.

Finalmente, también el orden jurídico-político está garantizado. Y en sintonía con ello, el art. 8.º encomienda a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional. Quiere ello decir que nuestro constituyente ha convertido a las Fuerzas Armadas en una pieza clave para la defensa material del orden jurídico-político que para su pacífica convivencia se ha dado el pueblo soberano a través de sus legítimos representantes. Esta función de defensa ha

(7) Puede verse al respecto JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR: «Defensa, interés nacional y seguridad colectiva» (Anotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español), en el colectivo *Constitución y Derecho Público (Estudios en Homenaje a Santiago Varela)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 241 y sigs.; en concreto, pág. 246.

de ser entendida como defensa material, pues, al margen ya de su vertiente disuasoria, implica un llamamiento al empleo de la fuerza institucionalizada, sin que en modo alguno pueda entenderse que ello supone la creación de un poder autónomo de defensa residenciado en los propios Ejércitos por cuanto éstos sólo pueden intervenir en los supuestos legalmente establecidos y bajo las directrices y órdenes del Gobierno, al que corresponde dirigir la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97 CE). El carácter instrumental de las Fuerzas Armadas es una evidencia irrefutable. Como al efecto advierte Vergottini (8), el principio de intervención de las Fuerzas Armadas exclusivamente previa petición del poder político no es sino una especificación de la naturaleza meramente ejecutiva de los poderes propios de las autoridades castrenses.

En definitiva, las misiones constitucionalmente atribuidas a las Fuerzas Armadas casan a la perfección con la preservación de los diferentes elementos configuradores del Estado. Ello no obsta en lo más mínimo para que la idea de defensa esté fuertemente impresa en la colectividad social aunque en su articulación prime lo estatal, dado el progresivo desplazamiento hacia la esfera de lo estatal que se ha producido en algunos de los intereses de la colectividad social.

III. Las Fuerzas Armadas pueden cumplir otras misiones distintas de aquéllas a las que se refiere la Constitución, pues como bien advierte López Ramón (9), el art. 8.º no limita taxativamente el campo de actuación de los Ejércitos, bien que las misiones que en él se enumeran constituyan el ámbito competencial típico de los Ejércitos, es decir, las funciones que éstos realizan en cuanto tales, concretadas en intervenciones armadas.

Así, el art. 22.1 de la Ley Orgánica 6/1980 prevé que las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la autoridad civil, puedan colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga. La Ley 2/1985, de 21 de enero, de protección civil, desarrolla más estas misiones que, llegado el caso, pueden desempeñar las Fuerzas Armadas. En último término, el ejercicio de estas misiones encuentra su explicación en la última *ratio* de la existencia de los Ejércitos: la defensa de la colectividad, que como es obvio, puede presentar requerimientos de muy dispar naturaleza.

(8) GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, págs. 296-297. Cfr. igualmente la obra del propio autor, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1971.

(9) FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, pág. 328.

Un segundo tipo de misiones, esta vez de proyección externa, son las llamadas misiones de mantenimiento de la paz, a las que ya se referiría el art. 9.º de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, misiones que encuentran su fundamento último en la voluntad de la Nación (que ésta proclama de modo solemne en el Preámbulo de la Constitución) de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas entre todos los pueblos de la Tierra.

En una dirección que en cierto modo podría complementar la precedente, Rodríguez-Villasante (10) consideraría que los arts. 94 y 96 CE se deben poner en relación con el carácter constitucional de la Carta de las Naciones Unidas y la fuerza obligatoria de sus preceptos como expresión del consenso de la comunidad internacional. Así, las operaciones de mantenimiento de la paz y la colaboración en la propia acción coercitiva acordada por los órganos competentes de las Naciones Unidas, cuando suponga el empleo de nuestras Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, no carecería de respaldo constitucional.

Ciertamente, no faltan sectores doctrinales que manifiestan ciertas prevenciones o condicionamientos respecto de este tipo de misiones. Es el caso, entre otros, de Herrero de Miñón (11), para quien no puede sustituirse la percepción de la amenaza concreta por un altruismo universal que haga de la defensa de la paz y el orden internacional la motivación de una política de defensa y seguridad. Restablecer y guardar la paz al servicio de las Naciones Unidas puede ser importante tarea en beneficio de la propia seguridad, y ello por múltiples razones. Pero han de ser explicadas a la opinión pública en función de tal seguridad propia y no como mera contribución al bienestar de la comunidad internacional.

Esta tesis vincula inextricablemente operaciones de mantenimiento de la paz con el bien constitucional de la seguridad y defensa nacional de modo tal que cuando ésta no se viera afectada, en coherencia con el anterior razonamiento, no cabría una intervención de nuestras Fuerzas Armadas en una misión de mantenimiento de la paz (12).

(10) JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (ed.): *El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Editorial Dykinson/Fundación Alfredo Brañas, Madrid 1994, págs. 185 y sigs.; en concreto, págs. 191-192.

(11) MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN: «Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Derecho Político* (UNED), núm. 43, 1997, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 24.

(12) Haciendo suya esta posición, bien que con algún matiz final, Cotino considera que en cuanto nuestra Constitución sitúa en primer lugar «nuestros» intereses de seguridad, toda misión,

Una visión de nuestra participación en estas misiones internacionales así matizada, al margen ya de la insolidaridad con la comunidad internacional que revela, en cierto modo, chocaría con la propia naturaleza de las operaciones de mantenimiento de la paz que, en su sentido clásico, han sido definidas por Naciones Unidas como aquellas operaciones que involucran a personal militar, bien que sin poderes de utilización de la fuerza de las armas para establecer esa misma paz que se pretende alcanzar, organizadas por las propias Naciones Unidas, bien que no precisen de una toma de decisión sobre la base del Capítulo VII de la Carta de la ONU, al no tratarse de acciones coercitivas, con la finalidad de ayudar a mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales en áreas de conflicto. En definitiva, es la seguridad internacional el bien a salvaguardar, independientemente de que la misma repercuta o no en la seguridad nacional de un determinado Estado.

Por lo demás, es obvio que estas operaciones de mantenimiento de la paz nada tienen que ver con operaciones de combate, pues tratan tan sólo de controlar y garantizar el fin de las hostilidades y el restablecimiento de la paz; es por lo mismo, que las fuerzas de mantenimiento de la paz no pueden tomar la iniciativa de utilizar la violencia, pero tienen derecho a su propia defensa armada frente a un ataque, comprendiendo las tentativas de desalojarles de las posiciones que ocupan por orden del mando. Como señalan Nolte y Krieger (13), en la formulación de sus conclusiones comparativas de un estudio de los sistemas jurídico-militares de diez países europeos, «provision of humanitarian aid is a use of the armed forces which does not involve the use of arms and which therefore takes place with the agreement of the parties concerned». Por lo demás, las previsiones de ayuda humanitaria en el exterior son consideradas en los diez Estados europeos analizados como una forma menor de gestión de una crisis en el exterior (*crisis management abroad*) (14), concepto en el que los autores en cuestión incluyen (15) todas aquellas misiones de observación, de mantenimiento de la paz o de coacción en favor de la paz, siempre que las mismas encuentren su sustento en un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de una organización regional, o bien en una invita-

ya en el interior ya en el exterior, debe girar en torno a este centro nuclear y partir de él, bien que el autor matice a continuación que ello no debe ser necesariamente un obstáculo a las nuevas misiones en el extranjero de las Fuerzas Armadas. LORENZO COTINO HUESO: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, INAP/CEPC, Madrid, 2002, pág. 197.

(13) GEORG NOLTE y HEIKE KRIEGER: «Comparison of European Military Law Systems», en GEORG NOLTE (ed.): *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín, 2003, págs. 19 y sigs.; en concreto, pág. 41.

(14) *Ibidem*, pág. 42.

(15) *Ibidem*, pág. 39.

ción de un Gobierno extranjero o en una determinación del propio Ejecutivo acerca de la necesidad de la intervención humanitaria.

A nuestro juicio, si bien el concepto de crisis exterior, y de subsiguiente participación de un Estado en la resolución o gestión de la misma puede englobar todas esas misiones antes referidas, en rigor, las misiones de mantenimiento de la paz exigen de la específica intervención de Naciones Unidas; más aún, las fuerzas de mantenimiento de la paz son órganos auxiliares de la Asamblea General de la ONU (art. 22 de la Carta) o del Consejo de Seguridad (art. 29 de la propia Carta).

Bien diferente de las operaciones de mantenimiento de la paz ha de considerarse la participación militar española en Irak, aprobada en julio de 2003 por el Consejo de Ministros. Ciertamente, el Acuerdo se apoyó en la Resolución 1483, aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 22 de mayo de 2003, que tras considerar a Estados Unidos y el Reino Unido como «potencias ocupantes», preveía la posibilidad de que otros países contribuyeran «a la estabilidad y seguridad de Irak mediante la aportación de personal, equipo y otros recursos» bajo la autoridad norteamericana y británica.

Es obvio que la labor encomendada al contingente militar superior al millar de hombres y mujeres se aleja notablemente de la participación de las Fuerzas Armadas en misiones de mantenimiento de la paz o de ayuda humanitaria. Existe, desde luego, un apoyo genérico de Naciones Unidas, pero no son éstas quienes han organizado ni dirigen la misión que coloca a nuestros soldados como colaboradores de las fuerzas ocupantes, en lo que bien puede considerarse como el triste colofón del desafortunadísimo rol jugado por España, a instancia exclusiva de su Gobierno —y nos atreveríamos a decir que más bien de su Presidente—, pese al masivo rechazo de la opinión pública, en el conflicto de Irak, una guerra a nuestro juicio irrefutablemente ilegítima desde la óptica del Derecho Internacional y moralmente reprobable, como todas las instancias de la Iglesia Católica (entre otras muchas y muy diversas instituciones) tuvieron oportunidad de repetir hasta la saciedad, todo lo cual ha tenido además la negativa virtualidad de operar en nuestra sociedad como un elemento de fuerte enfrentamiento y crispación social y, por lo mismo, como un factor enormemente desintegrador, social y políticamente, lo que contraría de modo flagrante el espíritu constitucional, que no se satisface con meros artilugios retóricos o frases huera de todo contenido conciliador real, sino que requiere de actuaciones constructivas e integradoras, que si son exigibles de todos, particularmente del conjunto de las fuerzas políticas, aun en mayor medida deben exigirse a quienes tienen las responsabilidades del gobierno de la Nación. Una fuerte crisis institucional ha sido la consecuencia final de todo lo expuesto.

Aunque es indudable que el desarrollo legislativo relativo a la organización militar y a la defensa nacional ha acentuado, como tendremos oportunidad de ver con más detalle más adelante, el protagonismo del Ejecutivo —o, como se ha dicho (16), la concentración de poder a favor del Ejecutivo— en estos ámbitos materiales, a lo que no obsta la inclusión de las Cortes Generales entre los órganos superiores de la Defensa Nacional (art. 6.º LODNOM), que ha quedado muy devaluada, lo cierto es que resulta sorprendente, y por entero criticable, que una decisión de la trascendencia de la comentada se haya adoptado sin el más mínimo debate parlamentario previo. Un asunto de Estado como éste hubiera exigido un intento de previo acuerdo con las fuerzas políticas del arco parlamentario, de modo muy particular con el principal partido de la oposición. El desprecio con que se ha tratado al Parlamento por parte del Gobierno no es sino una irrefutable prueba más de los nocivos resultados a que han conducido las mayorías absolutas en España.

IV. El apartado segundo del art. 8.º CE se remite a una ley orgánica para la regulación de «las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución». La norma nos parece más afortunada que la del párrafo tercero del art. 52 de la Constitución italiana, que en cierto modo podría considerarse un antecedente de la norma española, y que viene a exigir que el ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspire en «el espíritu democrático de la República». Ciertamente, una y otra norma cumplen una función análoga: delimitar la esfera de discrecionalidad del poder legislativo (y qué duda cabe que también del poder ejecutivo) en su actuación ordenadora de la organización castrense, bien que en el caso español el vínculo al que se sujeta el legislador formalmente es más amplio, pues el específico régimen organizativo castrense habrá de acomodarse a los principios constitucionales *in genere*, si bien una interpretación flexible, abierta, de la norma italiana (17) podría conducirnos a similar conclusión, pues, como señalara Vittorio Bachelet, informar el *espíritu democrático de la República no significa trasplantar el espíritu democrático a las Fuerzas Armadas sino afirmar la plena sujeción del orden militar al orden estatal democrático y recordar que el ordenamiento militar debe de fundarse sobre la dignidad de la persona humana y sobre el pleno respeto de los derechos garantizados por la Constitución* (18).

(16) LORENZO COTINO HUESO: «El modelo constitucional de FAS», *op. cit.*, pág. 314.

(17) Cfr. al respecto, SILVANO LABRIOLA: «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel Diritto pubblico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, núm. 4, págs. 904 y sigs.; en particular, págs. 920-922.

(18) Cit. por FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 29.

El art. 8.º de nuestra Norma suprema, como es lógico, planteaba como cuestión central la de delimitar qué principios constitucionales habían de ser tenidos particularmente en cuenta a la hora de que el legislador en sede orgánica procediera a normar la organización castrense.

A nuestro juicio, el encuadramiento de las bases de la organización militar y, en un sentido amplio, de la defensa nacional, en el marco de los principios constitucionales exigía, ante todo, el respeto de los específicos principios que nuestra Norma suprema contempla en relación a las Fuerzas Armadas, esto es:

1.º) La sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil legítimamente emanado de la voluntad soberana del pueblo, que queda perfectamente comprendido en la atribución al Gobierno de la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97 CE).

2.º) La atribución del mando supremo de las Fuerzas Armadas al Rey [art. 62.h) CE] con el significado que a ello ha de darse en el ámbito de una Monarquía parlamentaria.

3.º) La delimitación competencial de la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense», además de la que pudiera establecerse en los supuestos de estado de sitio, de conformidad con las previsiones legales (art. 117.5 CE).

4.º) El acomodo del ejercicio de la jurisdicción castrense a los principios de la Constitución (art. 117.5 CE).

5.º) La configuración de la defensa de España como un derecho y deber de los españoles, que se había de modular legalmente tanto mediante la concreción por el legislador de las obligaciones militares de los españoles como mediante la regulación de la objeción de conciencia y de las demás causas de exención del servicio militar obligatorio (art. 30.1 y 2 CE).

6.º) La configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las Fuerzas Armadas, del que constituirían precisas manifestaciones constitucionales las previsiones de los arts. 28.1 (libertad sindical), 29.2 (derecho de petición) y 70.1.e) (configuración de la condición de militar profesional como causa de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores).

7.º) La atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de defensa y Fuerzas Armadas, lo que había de significar, de un lado, que a las Cortes Generales habría de corresponder la plena potestad de ordenación de estos ámbitos materiales y al Gobierno la potestad de ejecución, y de otro, que el principio de descentralización no era de aplicación en estos ámbitos.

Una segunda exigencia que dimanaría del art. 8.º CE vendría dada por el inexcusable acomodo del marco normativo de la defensa nacional y de la organización militar a los valores y principios constitucionales que nuestra *Lex superior* proclama a lo largo y ancho de su articulado, muy particularmente, a los valores, principios y derechos contemplados en sus Títulos Preliminar y pri-

mero. Especial incidencia debía de tener, a nuestro juicio, el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a la función pública militar, sin que cupiese discriminación alguna al efecto, particularmente por razón de sexo.

Por último, a los órganos de la Administración militar, en cuanto integrantes de la Administración pública, les eran de aplicación los principios que enuncia el art. 103.1 y 2 CE, con la ya referida salvedad del principio de descentralización. Y de igual forma, el acceso a la profesión militar había de venir regido por las previsiones del art. 103.3 CE, particularmente en lo que atañe a la efectividad de los principios de mérito y capacidad, revistiendo al respecto particular relevancia el que la enseñanza militar propicie una formación de los miembros de las Fuerzas Armadas acorde con los principios que la Norma suprema establece.

2. AUSENCIA DE UN PODER MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

I. El diseño constitucional de las Fuerzas Armadas al que nos hemos referido bien que de modo superficial, deja inequívocamente clara la inexistencia de un poder militar autónomo.

Recordemos que una de las características del Estado liberal sería la separación entre el poder civil y el poder militar, dando primacía al primero en cuanto poder político. En la teoría de la división de poderes de Montesquieu se puede ver el origen de la doctrina de la subordinación del poder militar al poder civil. Al exaltar la supremacía del Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial, no siendo los Ejércitos más que un mero brazo del Ejecutivo, se llega a la conclusión de su subordinación al Poder Legislativo, considerado como eminentemente civil (19).

La separación del poder militar respecto del poder civil y la afirmación orgánica, en sede constitucional, de la superioridad política de este último se consolidarán durante la Revolución Francesa. Es perfectamente conocida la norma de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (art. 12 del Título IV) a cuyo tenor: «La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer». Este principio, como diría Duguit (20), venía a significar

(19) LUIS GARCÍA ARIAS: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, marzo-abril 1967, págs. 137 y sigs.; en concreto, pág. 137.

(20) LÉON DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo IV («L'Organisation politique de la France»), E. de Boccard, 2.^a ed., París, 1924, pág. 597.

que la fuerza armada debía de ser un instrumento pasivo en manos del Gobierno.

Retornando a nuestra Constitución, está fuera de toda duda que su art. 8.º, lejos de situar a las Fuerzas Armadas en una posición ajena o extravagante a la misma, viene a insertarlas en el marco del Estado social y democrático de Derecho que la Norma suprema proclama, no pudiendo en modo alguno vislumbrarse (por el hecho de su inserción en el Título Preliminar) una esfera de poder autónomo para las Fuerzas Armadas.

La tesis precedente en absoluto puede quedar desvirtuada por la atribución al Rey del mando supremo de las Fuerzas Armadas [art. 62.h) CE]. Una manifestación de la subordinación de los Ejércitos al poder estatal, o lo que es igual, al legítimo poder civil del Estado, se ha visto en el hecho de poner a su cabeza al Jefe del Estado. Si en los sistemas presidenciales la atribución al Presidente del mando de las Fuerzas Armadas encierra un significado inequívoco: se trata de una función de garantía constitucional, no meramente simbólica, cual acontece en los Estados Unidos, donde, como afirma Pritchett (21), el Presidente es la cabeza ceremonial, jurídica y administrativa de las Fuerzas Armadas, en las Monarquías parlamentarias el sentido de ese mando supremo no puede quedar desvinculado del rol constitucional del Monarca.

Es cierto que en un primer momento un cierto sector doctrinal intentó, en alguna medida, contraponer al Rey y al Gobierno, sobre la base de que el Monarca se halla por encima de los intereses particulares que vendrían a representar los partidos y, por lo mismo, el Gobierno legítimo de la Nación, entresacado de una determinada mayoría. La trascendencia e intemporalidad de la defensa nacional, y también de las propias Fuerzas Armadas, que materializan la idea de defensa, exigiría que las mismas se vincularan no a un Gobierno representativo de una mayoría parlamentaria y, precisamente por ello, temporal, sino al Rey, símbolo de la unidad y permanencia de la Nación.

Tal interpretación ha de ser rechazada sin paliativo alguno. El mando supremo de las Fuerzas Armadas, constitucionalmente encomendado al Rey, no puede significar el mando efectivo de las mismas. Ello no sólo contradiría otros preceptos constitucionales (como el art. 97), sino que desnaturalizaría el rol constitucional del Rey en el ámbito de la Monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado. Este mando presenta, pues, al igual que las restantes atribuciones encomendadas por la Constitución al Rey, un carácter esencialmente simbólico. Puede admitirse, sin embargo, que quizá con esta atribu-

(21) C. HERMAN PRITCHETT: *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 467.

ción regia se acentúen aquellos «derechos» regios a que se refiriera Bagehot en 1867 (22), pero, en todo caso, esos «derechos», por mantener la terminología del conocido constitucionalista británico, no se traducirían en ninguna capacidad decisoria regia respecto de las Fuerzas Armadas; estarían más en la línea del ejercicio de la *auctoritas* que de la *potestas*. Como en similar dirección señalara De Otto (23), el Monarca dispondría de la máxima autoridad militar, pero desprovista por completo de mando. Fuera de las competencias que le son legalmente reconocidas, en base a corresponderle ese mando supremo de las Fuerzas Armadas, el Rey carece de toda capacidad de actuación. Y el ordenamiento le aparta de la jefatura de la cadena de mando en cualquier circunstancia, con lo cual ese mando regio, pese a situar al Monarca en la cabeza de una institución tan notablemente jerarquizada como es la institución castrense, no se traduce en la realidad más que en el plano de lo meramente simbólico.

II. El primer desarrollo constitucional en el ámbito que nos ocupa, una vez creado por Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, el Ministerio de Defensa, norma que, en unión de algunas otras ya posteriores a la Ley de 1980 (como los Reales Decretos 252/1982, 686/1982 y 3370/1982), fueron configurando el nuevo Departamento como el órgano de la Administración Central del Estado responsable de la coordinación y ejecución de la política militar, fue la ya citada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, LODNOM, que vino a atribuir al Gobierno, asistido por la Junta de Defensa Nacional, órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de defensa nacional, la determinación de la política de defensa y el aseguramiento de su ejecución, correspondiendo al Presidente del Gobierno dirigir y coordinar la acción del mismo en materia de defensa y ejercer la dirección de la guerra, asistido por la Junta de Defensa Nacional, siendo de la competencia del Ministro de Defensa la ordenación y coordinación inmediatas de la política de defensa y la ejecución de la política militar correspondiente.

La Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la LODNOM, iba a llevar a cabo un nuevo diseño, creemos que más nítido y racional, de la Administración militar. Las líneas maestras de la reforma eran las siguientes:

- a) Atribución al Presidente del Gobierno de modo directo e inmediato de

(22) «The sovereign —afirmaría Bagehot (WALTER BAGEHOT: *The English Constitution*, Oxford University Press, The World's Classics, Londres, 1974, pág. 67)— has, under a constitutional monarchy such as ours, three rights: the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn. And a king of great sense and sagacity would want no others».

(23) IGNACIO DE OTTO: «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, mayo-agosto 1988, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 41.

la dirección de la política de defensa, con el subsiguiente reconocimiento de su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas, correspondiendo al Presidente asimismo la dirección de la guerra, asistido por la Junta de Defensa Nacional, tal y como ya se preveía en el texto inicial de la Ley, aunque la referencia a esta función de asistencia cambie de ubicación tras la reforma de 1984, pasando a contemplarse no en el art. 8.º (que contempla la figura del Presidente del Gobierno) sino en el art. 9.º (que se refiere a la Junta de Defensa Nacional), cambio formal del que se puede entresacar alguna lectura en sentido material. Al Jefe del Ejecutivo corresponde de igual forma, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos tanto estratégicos como de política militar, a cuyo efecto es él quien debe aprobar los planes que se deriven de esa definición estratégica al igual que la distribución de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos. El Presidente del Gobierno ve pues extraordinariamente reforzadas sus atribuciones en el ámbito de la política de defensa y de la política militar.

b) El Ministro de Defensa, en igual forma, ve notablemente potenciado su rol en estos mismos ámbitos, ejerciendo por delegación la dirección de la política de defensa, siendo de su competencia proponer al Gobierno los objetivos de tal política y correspondiéndole asimismo la elaboración, determinación y ejecución de la política militar, que es el componente esencial de la política de defensa, y que se encamina a determinar la organización, preparación y actualización del potencial militar. Al Ministro de Defensa se le atribuye también la relevante facultad de formular el Plan Estratégico Conjunto y determinar el Objetivo de Fuerza Conjunto, elevándolos para su aprobación al Gobierno. El Ministro pasa a disponer legalmente de una amplísima capacidad en materia de administración de los recursos de personal, de material y financieros, siendo de su competencia asimismo la supervisión de la enseñanza militar. En definitiva, mientras por delegación del Presidente, el Ministro ejerce las facultades relativas a la política de defensa, por delegación del Gobierno, el Ministro asume la dirección de la política militar. El protagonismo del Ministro en las dos políticas que permite visualizar el concepto de «defensa nacional», la política de defensa y la política militar, es patente tras la reforma legal de 1984, que de esta forma viene a jerarquizar e individualizar de modo bien visible cuanto tiene que ver con los dos ámbitos de la defensa nacional.

c) La Ley Orgánica 1/1984 crea la figura del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, al que dota de facultades y competencias en materia de acción conjunta, convirtiéndolo en el principal colaborador del Ministro de Defensa, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los diferentes aspectos de la política militar. Acordado su nombramiento en

Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno, en tiempo de guerra, puede ser nombrado por el Ejecutivo, General jefe del mando operativo de las Fuerzas Armadas, ejerciendo como tal, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares. El proceso de consolidación de la figura del Jefe del Estado Mayor de la Defensa ha llegado hasta 1996 a través de diferentes modificaciones y adaptaciones normativas que le han ido dotando de mayores competencias.

d) Paralelamente a la creación del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, la Junta de Jefes de Estado Mayor queda desprovista de facultades de mando, convirtiéndose en un órgano asesor: el órgano colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa, en todo aquello que se refiera a la evaluación y conducción estratégica de las operaciones militares y a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta en relación con los recursos que les hayan sido proporcionados, rol que contrasta con el que se dio al propio órgano en el texto inicial de 1980: órgano colegiado superior de la cadena de mando militar de los tres Ejércitos. Por otro lado, el encuadramiento de la Junta de Jefes de Estado Mayor en el Ministerio de Defensa no sólo se hace a efectos orgánicos, sino también a efectos funcionales.

e) En lo que atañe a la Junta de Defensa Nacional, la reforma de 1984 no incide de modo frontal sobre este órgano que preside el Rey y, en su ausencia, el Presidente del Gobierno. Sigue conformándose como el órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de defensa nacional, aunque también puede asesorar al Rey y al Presidente del Gobierno. Su función originaria de formular y proponer al Gobierno la política militar se reconvierte, conformándose ahora como una facultad de informar sobre las grandes directrices de la política militar elaborada por el Ministro de Defensa, lo que significa la pérdida de una hipotética capacidad de iniciativa, que se reconvierte en una pura capacidad de informar acerca de las iniciativas tomadas en el ámbito de la política militar por el Ministro de Defensa.

f) En cuanto al Rey y a las Cortes Generales, los arts. 5.º y 6.º LODNOM, referidos a estos órganos superiores de la defensa nacional, no experimentaron modificación alguna en 1984 respecto al texto originario de 1980.

En relación al Rey, la Ley opera por remisión a otras normas legales en cuanto a las funciones del Monarca en el ámbito de la defensa nacional (al margen ya de la Constitución, hay una remisión a las Reales Ordenanzas y a las restantes leyes), y aunque, como no podía ser de otra forma, reitera la previsión constitucional que atribuye al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas, la LODNOM deja patente la exclusión del Monarca de la cadena de mando en todo caso y circunstancia.

En cuanto a las Cortes Generales, más allá del ejercicio de la potestad legislativa, que se concreta en relación a las leyes atinentes a la defensa, de la potestad presupuestaria, que se materializa en la aprobación de los créditos presupuestarios correspondientes, y de la potestad de control de la acción del Gobierno y de la Administración militar, y al margen ya de la reiteración de la facultad de las Cortes Generales a que se refiere el art. 94.1.b) CE (prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios internacionales de carácter militar), el art. 6.º LODNOM se limita a precisar que las Cortes Generales debatirán las líneas generales de la política de defensa y de los programas de armamento. De hecho, éste es el único reconocimiento legal de una facultad parlamentaria que no esté específicamente reconocida por la Constitución, lo que no deja de ser un triste balance para el Parlamento.

A las Cortes Generales, formalmente, se les reconoce su carácter de órgano superior de la defensa nacional, pero este reconocimiento no pasa de ser un mero revestimiento formal, pues, puesto en conexión con las trascendentales atribuciones que la Ley encomienda al Jefe del Gobierno, al Gobierno y al Ministro de Defensa, el rol en este ámbito del Parlamento queda claramente devaluado. Si en el sistema parlamentario de gobierno constitucionalmente diseñado la primacía del Ejecutivo no deja de ser evidente, en el ámbito de la defensa nacional el desequilibrio entre Ejecutivo y Legislativo es aún más notable y llamativo.

Ciertamente, la dirección de la Administración militar (y por lo mismo de la política militar) y de la defensa del Estado, como es notorio y ya se ha recordado en varias ocasiones, corresponde constitucionalmente al Gobierno, y es lógico que así sea, pero precisamente por ello, la potestad parlamentaria de control de la acción del Gobierno reviste en este ámbito una especialísima relevancia. Como dijera Oehling (24), si no se consigue una eficaz cooperación y control democrático, los problemas de la defensa pueden constituir un elemento desestabilizador. El consenso efectivo en los temas de la defensa pone de relieve la trascendencia de la función de control parlamentario en orden a que ese control sea verdaderamente democrático. Como el propio Oehling añade (25), los Parlamentos, dentro del plano más amplio de las relaciones civil-militares, deben ser el nexo de unión, el vínculo más importante entre las Fuerzas Armadas y la sociedad a la que sirven.

En el estudio de los sistemas jurídico-militares europeos, al que ya se ha he-

(24) HERMANN OEHLING RUIZ, en el Prólogo a la obra coordinada por él, *La defensa de España ante el siglo XXI*, Fundación Cánovas del Castillo (Colección Veintiuno), Madrid, 1997, págs. 13 y sigs.; en concreto, págs. 28-29.

(25) *Ibidem*, pág. 30.

cho mención, se subraya (26) que el control parlamentario de las Fuerzas Armadas se basa en los diez países analizados en el principio general de la responsabilidad parlamentaria del Gobierno y en la potestad legislativa del Parlamento, bien que se señalen a la par importantes diferencias entre unos y otros sistemas. Pero al margen ya de las divergencias jurídicas, Nolte y Kreiger han puesto el acento (al referirse a la creación de las Comisiones parlamentarias de control y a las preguntas parlamentarias, como cauces operativos de control parlamentario también en estos ámbitos de la defensa, bien que este matiz pueda expandirse a otros aspectos del control parlamentario) en la importancia de la cultura política de cada país, que puede llegar a marcar diferencias aún más significativas que las estrictamente jurídicas: «In this context it appears that not only the formal rights of parliaments are important but also the culture of how they are exercised in practice». Y descendiendo a ejemplos concretos, reveladores de la diferente cultura político-parlamentaria en unos y otros países, se subraya que mientras en el Reino Unido, el Gobierno queda sujeto a una intensa formulación de preguntas parlamentarias y a un estricto control en materia de defensa, circunstancia que se acentúa en los conflictos armados en que interviene el Reino Unido, aconteciendo algo similar en Alemania e Italia, en Francia y en España, por el contrario, tanto los respectivos Parlamentos como las Comisiones parlamentarias desempeñan su rol de control de un modo más bien comedido (27). Bien es cierto que crisis como la intervención militar en Kosovo parecen haber invertido esta tendencia, siempre a juicio de los citados autores.

Con todo, a nuestro juicio, este cambio de cultura política no es exigible tan sólo a los parlamentarios y órganos de las Cámaras, sino también al partido gubernamental y al propio Gobierno, que en la reciente crisis de Irak, a nuestro entender, ha dado un perfecto y lamentable ejemplo de una absoluta ausencia de sensibilidad parlamentaria, que se conecta íntimamente a la prepotencia partidista que en este cuarto de siglo de vigencia de la Constitución han generado las mayorías parlamentarias absolutas, lo que como es obvio redundaba en una minusvaloración de la tarea de control parlamentario si es que no, lisa y llanamente, en un desprecio de la propia función parlamentaria.

Digamos ya para finalizar con este punto que a partir de 1984, como significara Suárez Pertierra (28), se inició un proceso encaminado a la progresiva

(26) GEORG NOLTE y HEIKE KRIEGER: *Comparison of European Military Law Systems*, op. cit., pág. 67.

(27) *Ibidem*.

(28) GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA: «La Administración Militar a lo largo de los veinte años de vigencia de la Constitución», en ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, págs. 595 y sigs.; en concreto, pág. 601.

administrativización de las Fuerzas Armadas, algunos de cuyos hitos han sido: la reorganización de las demarcaciones territoriales militares, el establecimiento de una estructura orgánica análoga en la organización de los tres Ejércitos, la incorporación de los Ejércitos a las estructuras del Ministerio de Defensa y el cambio en la doctrina militar que concebía la organización de los Ejércitos en base a una finalidad de ocupación del territorio, que es sustituida por otra doctrina que proyecta la defensa hacia el exterior, con el subsiguiente acomodo de la organización castrense a ese nuevo fin.

3. LA CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CASTRENSE Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

I. El artículo 117.5 CE se hace eco de la jurisdicción militar inmediatamente después de proclamar el principio de unidad jurisdiccional, al que considera «la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales». «La ley —prescribe de inmediato el precepto en cuestión— 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 deja de ser bien significativo que la jurisdicción militar se reconozca en estrecha conexión con el principio de unidad jurisdiccional, principio al que entre sus varios significados cabe atribuirle el de que entraña la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad y de conformidad con unas normas de competencia y procedimentales previamente establecidas por las leyes con carácter general. Se trata, pues, de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el principio de unidad se conecta estrechamente con el principio de independencia. La garantía de independencia sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria cuyos integrantes estén sometidos únicamente al imperio de la Ley, y es por lo mismo por lo que el art. 117.6 CE prohíbe con carácter absoluto los Tribunales de excepción, mientras que el inciso segundo del art. 117.5 circunscribe la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense».

A la vista de todo ello, el Tribunal Constitucional ha podido establecer una muy estrecha vinculación entre el principio de unidad jurisdiccional y el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, derecho que, como ya advirtiera el Alto Tribunal en 1982 (29), resultaría vulnerado si se atribuyese un de-

(29) STC 75/1982, de 13 de diciembre, FJ. 1.º

terminado asunto a una jurisdicción especial y no a la ordinaria. Desarrollando más esta doctrina, en 1984, el Tribunal consideraba (30) que si bien el art. 24.2 CE garantiza a toda persona un Juez ordinario previamente determinado mediante la institución jurídico-pública de las competencias legales, su formulación debe verse, además, desde la conceptualización de la jurisdicción militar como jurisdicción especial que cabalmente, por este carácter, frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria, no consiente interpretaciones que lleven más allá de lo que se define por referencia al «ámbito estrictamente castrense».

Es precisamente por lo que acaba de decirse por lo que el conocimiento por la jurisdicción militar de una causa no ajustada a aquel ámbito puede verse desde la óptica del art. 117.5, entendiéndose que no respeta la regla general delimitadora del ámbito jurisdiccional castrense, aunque también desde la perspectiva del art. 24.2, y ello no sólo por el valor que tiene la formulación constitucional en cuanto utiliza el término «ordinario», indicativo de un órgano jurisdiccional integrado en la jurisdicción ordinaria, sino por la consideración más general de que «la predeterminación, mediante la formulación de las competencias legales, comprende las que definen el ámbito castrense exceptuado de la regla general de la jurisdicción ordinaria» (31).

En definitiva, el quebrantamiento del art. 117.5 CE mediante el conocimiento por la jurisdicción militar de un asunto de la competencia de la jurisdicción ordinaria, supone al unísono una lesión del derecho de toda persona al Juez ordinario predeterminado legalmente que proclama el art. 24.2 CE.

A la vista de todo lo expuesto, el problema nodular se trasladaba a la determinación legal de qué debía entenderse por «ámbito estrictamente castrense». Sin embargo, antes de analizar los diferentes desarrollos legislativos dados a esta materia en el último cuarto de siglo, quizá valga la pena tratar de desentrañar los significados de los distintos elementos constitucionalmente caracterizadores de la jurisdicción militar.

II. Conviene comenzar precisando, de acuerdo con López Ramón (32), que en el art. 117.5 no late una suerte de garantía institucional para la jurisdicción militar; ello es así porque no nos hallamos ante una institución que pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido por la Constitución, cuya preservación se juzgue indispensable para asegurar los

(30) STC 111/1984, dc 28 de noviembre, FJ. 3.º

(31) *Ibidem*.

(32) FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en el colectivo *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2605 y sigs.; en concreto, pág. 2627.

principios constitucionales; consecuentemente, no existe en la jurisdicción militar un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Ello no obstante, su existencia constituye una singularidad jurisdiccional de relevancia constitucional, singularidad que se traduce, como reconociera el Juez de la Constitución (33), en el hecho de que la jurisdicción castrense no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales respecto de la jurisdicción ordinaria. Estas particularidades, al igual que el propio reconocimiento constitucional de la jurisdicción militar, son a su vez la resultante de la peculiar configuración que deben revestir las Fuerzas Armadas a fin de poder cumplir con eficacia las altas misiones que les asigna el constituyente.

A partir de aquí, el tratamiento constitucional que a esta jurisdicción se da deja en claro los siguientes aspectos:

1.º) La jurisdicción militar se integra dentro del Poder Judicial del Estado, lo que revela que la actuación de los tribunales militares queda muy alejada de la idea de una actividad meramente administrativa o corporativa. Bien al contrario, se trata de una auténtica jurisdicción cuya integración en el Poder Judicial del Estado entraña varias consecuencias relevantes: ante todo, su existencia debe salvaguardar el principio de unidad del Poder Judicial, lo que exige que, por lo menos en el vértice de ese Poder, la unidad sea salvaguardada; en segundo término, la función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares a los que se ha de rodear de las garantías necesarias; en tercer lugar, ha de entenderse que en los asuntos de su competencia el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrenses legalmente determinados, que en su propio ámbito competencial habrán de considerarse juez ordinario predeterminado por la ley; por último, el principio de sujeción de estos órganos jurisdiccionales al imperio de la ley, soporte básico de su independencia, el de responsabilidad y el de plenitud (respecto de su ámbito de competencias propio) también rigen, como no podía ser de otro modo, respecto de la jurisdicción militar.

2.º) La jurisdicción militar ha de circunscribir su ámbito competencial a lo «estrictamente castrense», previsión que, sin duda, planteaba las mayores dificultades interpretativas al recurrir a un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción; en cualquier caso, como tuvimos oportunidad de advertir tiempo atrás (34), con el recurso a ese concepto, el constituyente parecía in-

(33) STC 180/1985, de 19 de diciembre, FJ. 2.º

(34) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia», en el colectivo *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 11 y sigs.; en concreto, págs. 30-31.

clinarse por un criterio material, abandonando así, de modo implícito, el tríplico competencial característico de la jurisdicción militar durante un dilatadísimo período histórico (competencia por razón de la persona, del lugar y de la materia).

Por lo demás, el carácter claramente restrictivo de la competencia de la jurisdicción castrense que late en el precepto que nos ocupa, expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional (35), entrañaba una consideración forzosamente limitada del alcance de su ámbito competencial, lo que a su vez se ha proyectado en una doble dirección:

A) De un lado, en una presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuya *vis* atractiva debe operar como pauta general.

B) De otro lado, en un criterio hermenéutico de la legislación de desarrollo del art. 117.5, sobre la base del propio valor interpretativo del mismo. En cuanto resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, tal carácter ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente (36).

3.º) La competencia de la jurisdicción militar puede verse ampliada en los supuestos de estado de sitio, previsión que había de ponerse en conexión con el art. 116.4 CE, que atribuye al Congreso de los Diputados la facultad de declarar el estado de sitio con la subsiguiente determinación, entre otros aspectos, de sus condiciones, en base a todo lo cual el art. 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, faculta al Congreso para que determine, si así lo considerara oportuno, los delitos que durante la vigencia del estado de sitio quedan sometidos a la jurisdicción castrense.

4.º) Por último, el ejercicio de la jurisdicción castrense debe en todo caso acomodarse a «los principios de la Constitución». A este respecto, pueden considerarse de particular interés: los principios informadores de la función jurisdiccional (presupuestos ya en la integración de la misma en el Poder Judicial del Estado), los principios procesales constitucionales y los derechos y garantías constitucionales, y de modo particularísimo los del art. 24 CE.

A partir de estos principios, el devenir de la jurisdicción militar exige atender a su desarrollo legislativo, a cuyo efecto nos referiremos separadamente a su organización y a su competencia.

(35) STC 93/1986, de 7 de julio, FJ. 8.º

(36) Este criterio hermenéutico sería tenido en cuenta en la propia Sentencia 93/1986.

A) *La organización de la jurisdicción militar*

Es la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar y del Código Penal, la primera que incidirá, mínimamente, desde luego, sobre los órganos jurisdiccionales castrenses en el sentido de una cierta tecnificación, como podrían revelar: la sustitución del Juez instructor por el Juez togado militar de instrucción y la formalización de la institución del Ministerio Fiscal jurídico-militar.

De la transitoriedad e insuficiencia radical de esta reforma, en orden a satisfacer los postulados constitucionales, daba idea el hecho de que el 17 de noviembre de 1980, once días después, una Orden Ministerial creaba formalmente la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar (37).

La tarea así iniciada se prolongaría varios años, culminando en la aprobación sucesiva de un conjunto de leyes cuya primera novedad era la ruptura con la técnica legislativa seguida hasta entonces (aunque no en nuestros Códigos militares de fines del siglo XIX), de un cuerpo normativo único en el que se recopilaban todas las normas penales: sustantivas, orgánicas y procesales. A lo largo de cuatro años, entre 1985 y 1989, se aprobarían cuatro Leyes que no sólo tratarían de modo separado las normas penales materiales, las normas procedimentales y las normas de naturaleza orgánica, sino que contemplarían separadamente, de igual forma, las normas penales y las normas disciplinarias. Las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar; 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, serían el fruto de esta magna reforma legislativa cuya última *ratio* era el acomodo de la justicia militar a los principios constitucionales.

Aunque con distintas reformas de dispar entidad y relevancia (38), este conjunto normativo ha llegado hasta nuestros días con una sola salvedad: la ordenación del régimen disciplinario militar fue objeto de una nueva norma: la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que derogó a la del año 1985.

(37) Sobre las diversas vicisitudes de su tarea, *cf.* ANTONIO MILLÁN GARRIDO: «La reforma de la Justicia militar en el Derecho español» (Prólogo a la 1.ª ed. de la obra dirigida por él mismo, *Justicia Militar*, Ariel Códigos, 3.ª ed., Barcelona, 2003, págs. 19 y sigs.; en concreto, págs. 30 y sigs.

(38) El Código Penal Militar ha sido objeto de cinco reformas legislativas de entre las que cabe subrayar la llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. Cuatro modificaciones ha sufrido la Ley Procesal Militar por otras tantas leyes. En cuanto a la LOCOJM, ha sido objeto de cinco reformas parciales de entre las que cabe destacar la más reciente y, a la par, más relevante: la llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio.

Retornando a la organización de la jurisdicción castrense, la misma debe buscarse en la ya citada Ley Orgánica 4/1987, LOCOJM. Esta norma iba a vertebrar la jurisdicción militar sobre la base de un conjunto de principios orgánicos (omisión hecha ahora de los competenciales, de los que nos ocuparemos más adelante) notablemente rupturistas respecto del modelo organizativo existente hasta ese momento. Esos principios pueden compendiarse así:

1.º) El principio de exclusión de la función jurisdiccional de los órganos militares de mandos, circunscribiéndose aquélla a los órganos judiciales militares. La innovación era de un enorme alcance, pues si de un lado implicaba una opción en favor de un criterio de tecnicización jurídica frente a los criterios tradicionales, que en España hacían de la jurisdicción castrense una manifestación más del mando, de otro lado, iba a contribuir decisivamente a hacer realidad el principio básico de independencia, pues era una utopía conciliar la vinculación de la jurisdicción militar al mando con su caracterización como poder judicial realmente independiente.

Con la nueva ordenación legal, los Capitanes Generales y demás autoridades militares con mando sólo podían actuar a través de la Fiscalía. Bien es verdad que, en cierta medida, a modo de compensación de la privación a la autoridad militar de toda potestad jurisdiccional, la LOCOJM 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». Tal legitimación se propuso como una de las instituciones determinantes de la especificidad de la jurisdicción militar, bien que no faltaran sectores doctrinales, incluso mayoritarios, que entendieran que no existían razones objetivas que justificaran que los Mandos Militares Superiores pudieran intervenir para la defensa de la disciplina y de otros intereses esenciales de la Institución, valores cuya protección y defensa corresponde en nuestro sistema jurídico al Ministerio Fiscal, en este caso, a la Fiscalía Jurídico Militar.

La Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, con excelente criterio, ha suprimido tal legitimación especial de los Mandos Superiores para recurrir en casación. Tras la reforma mencionada, son las autoridades del Ministerio de Defensa que se designen por Real Decreto las que 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.

2.º) El principio de tecnicización jurídica de los órganos judiciales militares se conecta muy estrechamente con el precedente, ofreciéndonos dos manifestaciones destacadas:

A) La desaparición de los Consejos de Guerra, compuestos habitualmente por profesionales de las armas con destinos de mando, y del llamado Consejo Supremo de Justicia Militar, órgano en un primer momento depen-

diente del Ministerio del Ejército, integrado por Oficiales Generales y Almirantes y, en todo caso, por personas que aun contando con asesores jurídicos, se aproximaban al mundo del Derecho sólo circunstancialmente.

B) En lógica contrapartida, la opción por unos órganos integrados fundamentalmente por técnicos en Derecho a los que se añadirán profesionales de las Armas, siempre en menor número, con lo que se opta por una composición mixta en la que priva el elemento técnico-jurídico. Al margen ya de que esta integración era reveladora de una cierta forma de escabinado, la misma suponía un paso decisivo en orden a la profesionalización de los juzgados y tribunales de la jurisdicción castrense.

3.º) La consagración real del principio de unidad jurisdiccional en el vértice de la jurisdicción militar. La LOCOJM creaba en el seno del Tribunal Supremo, como primer órgano judicial militar, una Sala Quinta de lo Militar cuyo régimen y estatuto de sus miembros quedaba sujeto a idénticas normas que las de las restantes Salas. Esta importantísima reforma —deudora en algún modo de la que llevara a cabo el Decreto-ley del Gobierno de la República de 11 de mayo de 1931— implicaba que la justicia castrense había de culminar en el Tribunal Supremo, esto es, en el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (excepción hecha del ámbito material de las garantías constitucionales), lo que a su vez suponía la consagración del principio de unidad jurisdiccional en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial del Estado y, por lo mismo, la integración de la jurisdicción militar en ese mismo Poder.

Un solo punto merece nuestra consideración crítica: la intervención que al Ministro de Defensa otorga la Ley (art. 27 LOCOJM) en el nombramiento de cuatro de los Magistrados de la Sala. Ésta queda integrada por ocho Magistrados, cuatro de ellos procedentes de la Carrera Judicial y los cuatro restantes del Cuerpo Jurídico Militar. Mientras que los cuatro primeros son nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tribunal Supremo, los otros cuatro son nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, y a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, éste ha de circunscribir su propuesta a la terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso que para cada vacante que se produzca ha de presentar al Consejo el Ministro de Defensa. Si como suele ser regla general, la propuesta del órgano de gobierno del Poder Judicial termina *recayendo sobre la persona propuesta por el Ministro en el primer lugar de la terna*, la realidad nos conduce a la inequívoca conclusión de que quien nombra *de facto* a los Magistrados de esta Sala que proceden del Cuerpo Jurídico Militar es el Ministro de Defensa. Creemos que la praxis de la aplicación de la Ley en este punto corrobora nuestra anterior apreciación: el Consejo General del Poder Judicial, básicamente, se ha limitado a dar forma legal a la voluntad de

los diferentes Ministros de Defensa, entre otras razones, porque la «parlamentarización» del órgano de gobierno del Poder Judicial, en una dinámica funesta, ha venido a trasladar a este órgano el mecánico juego partidista de mayorías y minorías de las Cámaras, pues, como bien dijera el Tribunal Constitucional ya en 1986 (39) —aunque fuera olvidado por todas las fuerzas políticas con notable rapidez—, si bien la lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial.

No vislumbramos razón alguna, por lo menos, razón de suficiente peso específico, como para que se justifique la diferencia apuntada en el procedimiento de nombramiento de los integrantes de la Sala Quinta, según provengan de la Carrera Judicial o del Cuerpo Jurídico Militar, mientras que, por el contrario, la intervención de un miembro del Ejecutivo en el nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo casa mal con el rol constitucional que al Consejo atribuye el art. 122.2 CE. Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, ciertamente, a lo largo de su carrera profesional, no sólo pueden desempeñar funciones jurisdiccionales, sino también fiscales o de asesoramiento al mando, pero ello no creemos que justifique en el caso en cuestión la intervención del Ministro, todo ello al margen ya de que la praxis vuelve a ser reveladora de la reiterada predilección de los distintos Ministros que se han sucedido en el cargo por personas del «entorno» ministerial en detrimento —en ocasiones realmente clamoroso— de quienes, reuniendo las mismas condiciones objetivas, han ejercido prevalentemente funciones jurisdiccionales. El Consejo General, al margen ya de toda relación de afinidad personal, debiera poder decidir con plena y «real» independencia de criterio quién, de entre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que reúnan los requisitos legales, debe ser propuesto para su nombramiento como miembro de la Sala Quinta.

4.º) La consagración del principio de independencia, máxima garantía de una recta administración de justicia, fue una de las mayores preocupaciones que guió la actuación del legislador, como se hacía constar expresamente en el Preámbulo de la LOCOJM. La independencia ha de entenderse como ausencia de subordinación jurídica, o lo que es lo mismo, como la ausencia de cualquier tipo de sujeción a otra persona en el ejercicio de la función judicial, en cuanto que la única sujeción de quienes ejercen jurisdicción es al imperio de la ley. De ahí que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma independiente sea tanto como su ejercicio en atención tan sólo a las previsio-

(39) STC 108/1986, de 29 de julio, FJ. 13.

nes, a los parámetros que el ordenamiento jurídico en su conjunto proporciona al juez.

En orden a la consecución real de tal principio, la Ley consagra la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la Ley de quienes desempeñan la función judicial castrense. La independencia es contemplada, en forma análoga a los jueces y magistrados ordinarios, en su doble perspectiva: *ad extra* y *ad intra*. La independencia *ad extra* se consagra con carácter absolutamente general, garantizándose frente a «todos», y en ese «todos», como es obvio, están incluidas todas las autoridades castrenses. Y en cuanto a la independencia *ad intra*, trata de proteger al Juez frente a las presiones o perturbaciones de cualquier naturaleza que pudieran tener su origen en el seno de los órganos de la propia jurisdicción. A tal efecto, el art. 6.º LOCOJM reproduce la cláusula del art. 12.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al disponer que: «Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto».

La Ley prevé finalmente un mecanismo (análogo asimismo al del art. 14 LOPJ) con el que enfrentar posibles perturbaciones en la independencia de los jueces castrenses. En tal supuesto, quien considere que su independencia está siendo perturbada, lo pondrá en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar *per se* las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

5.º) También el principio de responsabilidad judicial, el reverso de la independencia, es desarrollado por la LOCOJM, siendo de particular interés cuanto se refiere a la responsabilidad disciplinaria. Con carácter general, conviene recordar que una de las consecuencias más relevantes de la creación constitucional del Consejo General del Poder Judicial fue la sustracción de la exigencia de responsabilidad disciplinaria al Poder Ejecutivo y la atribución a aquel órgano de cuanto atañe al régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial.

Originariamente, la Ley Orgánica 4/1987 reguló la responsabilidad disciplinaria judicial, atribuyendo la competencia para la imposición de sanciones disciplinarias a quienes ejercieran funciones jurisdiccionales, a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (sanciones correspondientes a faltas leves y graves), a la Comisión Disciplinaria del Consejo General (para las sanciones de pérdida de destino y suspensión) y al Pleno del propio Consejo, para la sanción de separación del servicio (art. 138 LOCOJM).

La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, como bien señaló Rodríguez-Villasante (40), dio un paso importante más hacia la homogeneización de la jurisdicción militar con la ordinaria. En el punto primero de su Disposición Adicional 1.ª estableció que la responsabilidad disciplinaria de quienes, conforme a la LOCOJM, ejerzan cargos judiciales y fiscales, sería exigida con arreglo a lo dispuesto al efecto para Jueces y Magistrados en la LOPJ, con las adecuaciones pertinentes y algunas salvedades contempladas por la propia Ley. Con la nueva regulación se potenciaba la intervención del Consejo General del Poder Judicial, que asumía la competencia para la imposición de todo tipo de sanciones, con la sola salvedad de las que correspondieren a falta leve (para las que era competente la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central).

La técnica de remisión incompleta utilizada supuso tal complejidad que hubieron de elaborarse «régimenes adaptados» para facilitar el conocimiento y la utilización de la normativa reformada. Todo ello condujo al legislador a abandonar, en el plano formal tan sólo, el sistema unitario, reincorporando a través de la Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, a la Ley Orgánica 4/1987 el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, con la subsiguiente derogación de la citada Disposición Adicional 1.ª de la Ley Orgánica 16/1994, y el mantenimiento, como regla general, de su contenido, esto es, de la regulación dada a este aspecto desde 1994.

6.º) El principio de exclusividad es asimismo recepcionado por la LOCOJM en su doble vertiente: positiva y negativa. La reserva de jurisdicción (vertiente positiva) es formulada por su art. 2.º en términos similares a como se contempla por la LOPJ; cabría añadir que la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengán determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración del estado de sitio.

No se puede decir otro tanto de la vertiente negativa del principio en cuestión, a la que alude el art. 119 LOCOJM cuando dispone que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarías Relatorías, «no podrán ser nombrados instructores ni secretarios de expedientes disciplinarios, ni de expedientes administrativos, ni desempeñarán funciones distintas de las atribuidas expresamente por la ley en garantía de algún de-

(40) JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Responsabilidad disciplinaria judicial militar» (Comentario a los artículos 128 a 148 de la LOCOJM), en EUGENIO SÁNCHEZ GUZMÁN (coord.): *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, tomo I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, págs. 671 y sigs.; en concreto, pág. 689.

recho». La formulación se hace de modo distinto a como se lleva a cabo en la LOPJ, lo que, en último término, no es sino la consecuencia obligada de algo ya dicho: a lo largo de su carrera profesional, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar no sólo pueden desempeñar funciones jurisdiccionales, sino también fiscales o de asesoramiento del mando. Ello plantea con toda crudeza el problema de si la vertiente negativa del principio de exclusividad no resulta vulnerada en cuanto que tal principio no puede considerarse tan sólo de carácter temporal. Una vía de solución al problema puede venir dada por la consideración de que en la jurisdicción militar el principio de exclusividad debe predicarse del órgano, que no de su titular.

Nos encontramos claramente ante el problema más dificultoso que plantea la LOCOJM, que lógicamente se entrelaza con el del estatuto jurídico de los jueces militares, que como bien señalara Jiménez Villarejo (41), no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. La carrera profesional de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar presupone que éstos, más allá del estatuto jurídico que, en orden a la salvaguarda de su independencia, diseña el Título VIII LOCOJM, y respecto del cual, el Tribunal Constitucional ha entendido (42) que garantiza suficientemente el ejercicio independiente de sus funciones (43), van a seguir vinculados a decisiones adoptadas por las Autoridades y mandos militares respecto de ellos en relación a su carrera militar, y esta circunstancia es la que conduce a un sector de la doctrina a dudar de que las normas de la Ley Orgánica 4/1987 LOCOJM, puedan realmente garantizar la independencia material del juzgador (44). Desde luego, nos hallamos ante la problemática medular de la nueva estructura de la jurisdicción militar, y hay que ser consciente de ello, pero coincidimos plenamente con Jiménez Villarejo (45) en que la debilidad de este flanco estructural de la jurisdicción militar no debe significar el fracaso del esfuerzo renovador.

(41) JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1991, pág. 60.

(42) STC 204/1994, de 11 de julio, FF.JJ. 9.º y 10.

(43) «El principio de independencia judicial —afirma el Tribunal en la STC 204/1994, FJ. 8.º— no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el *status* que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas».

(44) En tal sentido, ANTONIO MILLÁN GARRIDO, en el Prólogo a la 1.ª ed. de la obra por él dirigida, *Justicia Militar*, op. cit., pág. 54.

(45) JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: *Potestad disciplinaria...*, op. cit., pág. 61.

B) *El derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías en el ámbito de la jurisdicción militar*

Las singularidades de la jurisdicción militar han de acomodarse en todo caso a los principios de la Constitución; así lo exige el inciso final del art. 117.5 CE, pero aunque tal exigencia no se hiciera constar de modo específico, el respeto a la Norma suprema sería inexcusable por parte del legislador, llegado el momento de normar esta jurisdicción. Es evidente, pues, que los derechos constitucionales han de ser respetados en cualquier caso y circunstancia, a salvo, claro está, los que pudieran ser suspendidos como consecuencia de la declaración por el Congreso de los Diputados del estado de sitio, en el bien entendido de que entre los derechos suspendibles el art. 55.1 CE no contempla los derechos y garantías del art. 24 CE.

Viene ello a cuento en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y a alguno de los derechos en que se manifiesta el contenido complejo del derecho contemplado por el art. 24.1 CE, como también en relación con alguno de los derechos que se integran dentro de las garantías constitucionales del proceso penal. Algunas particularidades procesales de la jurisdicción castrense han planteado (y siguen planteando) problemas de encaje o acomodo con determinados derechos del art. 24 CE. Algo análogo ha sucedido, aunque el problema haya sido ya resuelto por la Ley Orgánica 9/2003, con la propia estructura inicialmente diseñada por la LOCOJM del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales.

Analizaremos separadamente estas cuestiones problemáticas.

a) *El derecho a un Juez imparcial y la estructura de los Tribunales militares*

En íntima unión con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, y casi diríamos que imbricado en él, cabe situar el derecho a un Juez imparcial, garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, que el Tribunal Constitucional (46) incluyó entre las garantías constitucionales del art. 24.2 aunque no se cite en forma expresa.

La imparcialidad del Juez, como es sabido, presenta una doble faceta: la imparcialidad subjetiva, cuyo posible quebrantamiento deriva de la relación del Juez con las partes, y la imparcialidad objetiva, que puede ser vulnerada

(46) STC 145/1988, de 12 de julio, FJ. 5.º

por la relación del Juez con el objeto del proceso. A salvaguardar la imparcialidad objetiva se orienta la necesaria separación entre la función instructora y la juzgadora, doctrina que, siguiendo de cerca la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso «De Cubber» (Sentencia TEDH de 26 de octubre de 1984), haría suya el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 145/1988.

Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sendas Sentencias de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar) y de 25 de julio de 2002 (caso Perote Pellón), iba a condenar al Estado español por violación del art. 6.º del Convenio de Roma (que, entre otros derechos, reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal imparcial), como consecuencia de otras tantas Sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Militar Central con violación del principio de imparcialidad objetiva por «contaminación» de dos de los Magistrados que habían integrado la Sala del Tribunal que dictó las respectivas Sentencias, con la subsiguiente violación del derecho a un Juez imparcial que el art. 6.º del Convenio de Roma consagra.

En el primer supuesto, de la Sala que pronunció la sentencia condenatoria formaron parte dos miembros que habían resuelto con anterioridad un recurso de apelación interpuesto contra un segundo auto de procesamiento dictado por el Juez Togado Militar. Ni el Tribunal Supremo (ante el que el condenado interpuso recurso de casación sobre la base de que la Sala que le había juzgado y condenado no constituía un Tribunal imparcial) ni el Tribunal Constitucional (ante el que se interpuso recurso de amparo, inadmitido mediante Auto 70/1995, de 20 de febrero, por carencia de contenido constitucional) consideraron vulnerado ningún derecho por la Sentencia condenatoria del Tribunal Militar Central.

No sucedería lo mismo con el Tribunal de Estrasburgo. Circunscribiéndonos a la esencia de su razonamiento (47), recordaremos que parte de su conocida doctrina de la inexcusabilidad de la prueba objetiva de la imparcialidad, consistente en determinar si, con independencia del comportamiento personal

(47) La Sentencia del TEDH ha desencadenado un amplio debate doctrinal. Cfr. al respecto, JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: «Análisis de la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso Castillo Algar», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, págs. 489 y sigs. AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO: «Aproximación al Estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero/junio 2001, págs. 135 y sigs. ANGEL 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, julio/diciembre 2000, págs. 153 y sigs.

del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. A este respecto, como ha repetido en muchas ocasiones el TEDH, también las apariencias pueden revestir importancia. Bien es verdad que, como ya señalara en su Sentencia «Hauschildt», y reiteraría en el «Caso Garrido Guerrero» (en el que el Estado español era parte), «el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede (...), en sí mismo, justificar aprehensiones en cuanto a su imparcialidad» (48). Sin embargo, en el caso en cuestión, los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central que resolvió el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, de la que formaban parte dos miembros que después integrarían la Sala que dictó la sentencia condenatoria, podían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 1992 (49), según la cual existían «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar». Es por ello por lo que el TEDH estima que en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podía suscitar serias dudas y que los temores del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificados.

En el segundo supuesto, con claras concomitancias con el primero, iban a integrar la Sala sentenciadora del Tribunal Militar Central dos miembros que anteriormente habían confirmado el auto de procesamiento del encausado y la prórroga de su prisión provisional, formulando unos razonamientos y consideraciones que el TEDH consideraría determinantes de la pérdida de imparcialidad objetiva exigida por el art. 6.º del Convenio de Roma, bien que no lo hubieran considerado de igual forma ni el Tribunal Supremo, que rechazó la casación, ni el Tribunal Constitucional, que inadmitió el recurso de amparo.

Las dos condenas a España ponían de relieve un problema de casi imposible solución: el de la imposibilidad de evitar, a la vista de la estructura orgánica y composición de los Tribunales militares establecida por la LOCOJM (50),

(48) STEDH de 28 de octubre de 1998 (Caso Castillo Algar contra España), Fundamento de Derecho, II, B, punto 46.

(49) *Ibidem*, punto 48. Añadamos que mediante esa Sentencia de 20-I-1992, el Supremo, previo recurso de casación del Ministerio Fiscal, casó y anuló un previo auto de sobreseimiento del Tribunal Militar Central, estimando que los hechos «podían ser considerados, a los únicos fines de la instrucción (...) y sin perjuicio de que pudieran ser fijadas posteriores calificaciones, como constitutivos del delito contra la Hacienda militar previsto en el art. 189.1 del Código Penal Militar».

(50) En su redacción originaria, el art. 41 LOCOJM disponía que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se había de constituir por su Auditor Presidente, dos Vocales Togados y dos Vocales Militares. A su vez, el art. 36 establecía que el Tribunal Militar Central se com-

que entre los miembros del Tribunal que integrasen la Sala sentenciadora alguno de ellos hubiese intervenido en las actuaciones procesales previas, intervención que aunque *per se* no presuponía la contaminación, dejaba abierta la puerta para la misma de par en par, con la subsiguiente quiebra del principio (y a la par derecho del justiciable) de imparcialidad objetiva.

A hacer frente a este problema se iba a encaminar, primigeniamente, la ya mencionada Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, como en su propia Exposición de Motivos se hacía constar. La nueva Ley, con el fin de prevenir la eventual «contaminación» y garantizar la imparcialidad o neutralidad de los órganos judiciales militares con carácter general, modifica la composición numérica de los mismos 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 anteriores. De esta forma, se hace posible que puedan ser distintos los componentes de la Sala que, en su caso, haya adoptado resoluciones interlocutorias o previas en el mismo procedimiento, de aquellos otros que han de integrar la Sala sentenciadora.

b) *El derecho de libre acceso al proceso y las particularidades procesales de la jurisdicción militar en relación a la acusación particular y a la acción civil*

El párrafo segundo del art. 108 LOCOJM dispone: «No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculcado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

A su vez, el primer párrafo del art. 127 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal militar (LOPM), establece: «Salvo el supuesto del art. 168 de la LOCOJM, 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 inculcado sea militares y exista entre ellos relación je-

pondría de un Auditor Presidente, cuatro Vocales Togados y los Vocales Militares que se designaran. Estas normas ya revelaban a las claras la imposibilidad material de resolver el problema expuesto.

rárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones».

La doctrina (51) ha venido manifestándose en el sentido de que el respeto al valor de la disciplina y al principio de jerarquía son la causa para impedir el ejercicio de la acción penal y de la acción civil, en el proceso penal militar, amparándose en la circunstancia de subordinación jerárquica prevista en la norma, que de no establecerse así podría implicar posibles quebrantos para el principio de autoridad que está inmerso en el orden jerárquico, opinión obviamente discutible.

El problema se ha planteado con toda crudeza con ocasión de un recurso de amparo avocado que daría lugar a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo, en la que no sólo se concede el amparo solicitado (52), sino que se plantea ante el Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de las normas con anterioridad mencionadas. Desde luego, la Sentencia no fue pacífica, por así decirlo, pues a ella se unen dos votos particulares suscritos por un total de cuatro Magistrados.

No es éste el momento de entrar en los respectivos argumentos, si bien no podemos por menos de señalar que aun cuando coincidamos con la apreciación de quienes suscriben los votos particulares acerca de la enorme relevancia del principio de la disciplina, principio básico, estructurante o configurador de las Fuerzas Armadas (que desbordaría el más estricto concepto que maneja la mayoría del Tribunal, para la que la disciplina haría referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta), nuestra interpretación se sitúa de modo inequívoco en la línea de la Sentencia. Siendo ello así, no vemos argumentos de suficiente peso como para que tal principio se proyecte en el ámbito de los procesos ante la jurisdicción militar. En una jurisdicción castrense, como antaño, concebida como una manifestación más del ejercicio del mando, podría tener su lógica, pero como ya se dijo, éste no es en absoluto el modelo de jurisdicción militar constitucionalmente diseñado. Por lo mismo, coincidimos con la argumentación mayoritaria que entiende violados el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin

(51) JOSÉ LUIS BERMÚDEZ DE LA FUENTE: «Las partes en el proceso penal militar» (Comentario a los artículos 108 y 109 de la LOCOJM), en EUGENIO SÁNCHEZ GUZMÁN (coord.): *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, op. cit., tomo I, págs. 583 y sigs.; en concreto, pág. 588.

(52) El amparo fue solicitado por un Cabo de la Guardia Civil contra un Auto de una Sección del Tribunal Militar Territorial Primero desestimatorio de un recurso de queja promovido contra un Auto del Juez Togado Militar núm. 13, por el que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas que se seguían en relación a una denuncia del solicitante de amparo a unos mandos jerárquicamente superiores, por vejaciones e insultos.

indefensión y su derecho a la igualdad en la ley, que ha de entenderse violado por el legislador cuando establece una exclusión del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar sin que ello encuentre una justificación objetiva y razonable suficiente.

c) *El derecho a la tutela judicial efectiva y la inimpugnabilidad jurisdiccional de las sanciones por falta leve no lesivas de derechos fundamentales*

Otra peculiaridad procesal militar la encontramos en la previsión del párrafo segundo del art. 453 LOPM, que niega a los sancionados, en vía disciplinaria militar, por falta leve, cuando no se vea afectado el ejercicio de ningún derecho fundamental, la posibilidad de recurrir en vía jurisdiccional, norma a la que se une el art. 468.b) de la misma Ley. Mientras el art. 453, en su segundo párrafo, circunscribe el procedimiento contencioso-administrativo ordinario a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de una sanción disciplinaria extraordinaria, el art. 468.b), lisa y llanamente, dispone que no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

La problemática de la constitucionalidad de tales normas se iba a suscitar en forma análoga al caso inmediatamente antes expuesto. Con ocasión de un recurso de amparo que daba lugar a la STC 202/2002, de 28 de octubre, el Tribunal no sólo otorgaba el amparo solicitado por el recurrente, sino que planteaba cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno, respecto de las dos normas procesales mencionadas, por posible violación de los artículos 24.1, 106 y 117.5 CE.

Entre otras reflexiones, el Tribunal consideraría que el hecho de que las sanciones impuestas por faltas leves no puedan ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario, se traduce en que como en este último cauce no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, 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. Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta por el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el dere-

cho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa, argumentación que creemos por entero suscribible.

Estos dos pronunciamientos a los que acabamos de referirnos hacen difícil de explicar que el legislador, con ocasión de la Ley Orgánica 9/2003, no haya procedido a modificar los preceptos procesales militares hoy sujetos a control de constitucionalidad. Problema temporal no ha existido por cuanto el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOCOJM es posterior a la segunda de las Sentencias (53). Ciertamente, la presunción de constitucionalidad ha de mantenerse hasta tanto el Tribunal, en sendas nuevas Sentencias dictadas para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, no zanje definitivamente el problema, si bien, tras los dos fallos mencionados, esa presunción sólo formalmente puede sustentarse. Obviamente, no queremos pensar en que el Gobierno haya jugado con la posibilidad de un cambio jurisprudencial (que si parece imposible respecto a la inconstitucionalidad de los artículos 453 y 468.b) LOPM, alguno pudiera considerar más probable respecto de los artículos 108 LOCOJM y 127 LOPM) como resultado final de un cambio en la composición del Tribunal. Sin poder descartar *a priori* tal posibilidad, un cambio hermenéutico de tal envergadura, que no tendría muchas más explicaciones que la existencia de una nueva «mayoría político-ideológica» en el Tribunal, no haría sino ahondar en el fenómeno (con frecuencia inducido) de la «politización» del Tribunal y en el descrédito al que tal circunstancia le está conduciendo.

C) *La competencia de la jurisdicción militar*

I. La mayor dificultad interpretativa planteada por el reconocimiento constitucional de la jurisdicción militar la encontramos en la delimitación de lo que había de entenderse por «ámbito estrictamente castrense», concepto jurídico indeterminado al que, como ya se dijo, acuden los constituyentes como criterio de delimitación competencial. En todo caso, lo que no admite dudas es que con este concepto se está delimitando el dintel de tal ámbito competencial.

Así lo entendería el Tribunal Constitucional al señalar (54) que el art. 117.5

(53) Recordemos que el Proyecto de Ley fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 132-1, 28 de febrero de 2003.

(54) STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ. 3.º

CE reduce a límites muy estrechos el posible ámbito competencial de la jurisdicción militar, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar. El art. 117.5 impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios.

La noción de lo estrictamente castrense ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, particularmente, a la luz del art. 8.º CE, si bien el Tribunal Constitucional ha entendido que también a tal efecto debe atenderse al art. 30 CE. A partir de aquí, el Alto Tribunal entiende (55) que lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir, los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional», como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

Precisando algo más la noción, el Tribunal considera que la calificación de un delito como estrictamente castrense ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

II. La Ley Orgánica 6/1980, de 6 de noviembre, ya mencionada con anterioridad, a través de la reforma del Código de Justicia Militar, es el primer intento de acomodo a las exigencias constitucionales del ámbito de la jurisdicción castrense; sin embargo, se trató de una reforma alicorta e insuficiente que en modo alguno acomodaba a las exigencias constitucionales el ámbito competencial de la justicia militar.

Recordemos tan sólo que la idea central subyacente en la mencionada norma legal era la del recurso a cláusulas generales de atribución, entre las que

(55) STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ. 3.º

la cláusula de «afectación del buen régimen y servicio de las Fuerzas Aéreas» podía ser considerada como la clave de arco del nuevo sistema de atribución de competencias a la jurisdicción militar, bien que a tal cláusula se unieran otras como: el decoro de las clases militares, la seguridad de las Fuerzas Armadas; la soberanía nacional, la afectación de los compromisos internacionales contraídos por España..., etc. El carácter genérico de esas cláusulas presuponía una interpretación enormemente laxa por parte del legislador de la cláusula constitucional, bien restrictiva por contra, del art. 117.5 CE. Aunque el Tribunal Constitucional corroboraría la constitucionalidad de la reforma legal, lo cierto es que ésta nacía teñida de un inequívoco carácter de provisionalidad.

El art 3.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, LOPJ, corroboraba la fugacidad de la reforma de 1980, entrañando un notable giro respecto a la interpretación que hasta ese momento se había dado sobre lo que debía entenderse por «ámbito estrictamente castrense». Dejando de lado el tríptico competencial tradicional (competencia por razón del delito, por razón del lugar y por razón de la persona, mantenido por la reforma de 1980 bien que con los matices antes señalados), el precepto en cuestión se inclinaba, decidida y unidireccionalmente, en favor de un criterio material, de conformidad con el cual se entendía que el ámbito estrictamente castrense se debía circunscribir a los delitos militares. Ciertamente, así planteada la cuestión, la problemática se trasladaba a la conceptualización del delito militar.

La mencionada previsión de la LOPJ tendría su continuación en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, a cuyo tenor: «Queda derogado el Tratado II, "Leyes Penales", del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito».

La norma era ciertamente discutible (56) por cuanto no parece una buena técnica legislativa incluir en la Disposición Derogatoria de una Ley sustantiva, una norma procesal que altera sustancialmente los criterios de atribución competencial de la jurisdicción castrense. Bien es verdad que tan discutible determinación traía su causa del art. 3.º LOPJ. De no haberse previsto una norma como la que comentamos nos hubiéramos encontrado con la contradicción de que mientras el Tratado I CJM (cuyo Título I se refería a la competencia de esta jurisdicción) seguía vigente, regulando la clásica tricotomía competencial

(56) En análogo sentido, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «El Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 499, abril 1986, págs. 1257 y sigs.; en concreto, pág. 1286.

de la jurisdicción militar, la LOPJ se había decantado ya en favor de un criterio de atribución competencial único: el criterio material. La contradicción hubiera sido flagrante y aun que, en la obligada interpretación armónica del ordenamiento jurídico, hubiera debido primar, por múltiples razones, el criterio de la Ley Orgánica 6/1985 LOPJ, la situación hubiera sido ciertamente paradójica. Ello nos revela que hubiera sido muy conveniente la promulgación simultánea del conjunto de normas legales ordenadoras de la jurisdicción militar.

Como antes se dijo, a la vista de las mencionadas normas, el problema se trasladaba ahora a la delimitación o concreción del delito militar. Al respecto, el párrafo primero del art. 20 del Código Penal Militar, con un criterio puramente formal, se limitaba a señalar: «Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas en este Código».

Una definición puramente formal como la transcrita hacía inexcusable el examen de las conductas incriminadas como constitutivas de delito militar, a fin de entresacar los bienes jurídicos que se han estimado por el legislador de naturaleza militar y susceptibles por lo mismo de ser protegidos penalmente, pues son esos bienes jurídicos castrenses los que dotan de contenido al delito militar.

Desde luego, las categorizaciones en este ámbito resultan un tanto difusas; ello no obstante, la doctrina ha venido diferenciando los delitos exclusiva o propiamente militares, esto es, aquéllos en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, sin perjuicio de que también puedan ser responsabilizados por ellos los no militares por la vía indirecta de la participación de *stranei*, de aquellos otros delitos impropiaamente militares, en los que personas civiles pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico militar, o en los que su propio carácter pluriofensivo daña a la par bienes jurídicos tutelados por la legislación ordinaria y bienes de naturaleza castrense.

III. El Código Penal Militar vino a incriminar conductas constitutivas de delitos de uno y otro tipo. Así se explicitaría en la primera Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar. En ella, en efecto, se destacaba que la incriminación de conductas constitutivas de delito militar que se llevaba a cabo en su Libro II («De los delitos en particular») se centraba especialmente en los delitos exclusiva o propiamente militares, si bien «se extiende, excepcionalmente, a reducidos casos que afectan al servicio y a los intereses del Ejército, en los que paisanos pueden ser sujetos activos directos de un ataque a la Institución armada, como igualmente se da tal extensión con los delitos pluriofensivos, donde el delito es originariamente común, pero al cometerlo el militar, se daña preferentemente al Ejército, además de al bien jurí-

dico tutelado por la legislación ordinaria, por lo que la incriminación lo hará delito militar formal y materialmente» (57).

A la vista del repertorio de figuras tipificadas por el CPM, de los bienes jurídicos protegidos y de los sujetos activos, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1.ª) La incriminación de conductas por el CPM se apoyaba, fundamental, aunque no exclusivamente, en los delitos propiamente militares. A tal fin, como señalara Jiménez Villarejo (58), el delito militar se circunscribió a las acciones u omisiones que atentaran o pusieran en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o directamente vinculados a la seguridad o defensa nacionales que, en la mayoría de los tipos delictivos, se completaba con un elemento subjetivo consistente en la condición militar del autor del hecho.

2.ª) La regla general precedente admitía bastantes excepciones tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, siendo de notar al respecto que el CPM era mucho más estricto en relación con el criterio subjetivo; dicho de otro modo, eran más excepcionales las conductas incriminadas como delitos militares en las que el sujeto activo podía ser un civil, que aquellas otras que, atentando contra bienes no estrictamente castrenses, eran tipificadas formalmente como delito militar, bien sobre la base de su carácter pluriofensivo, bien por el hecho de tener como sujeto activo a un militar.

3.ª) La condición de militar del sujeto activo se ha erigido en un principio rector del delito militar que en tiempo de paz admite muy pocas excepciones. Si en tiempo de guerra (y en algunos casos también en estado de sitio) abundan más los delitos cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona, militar o civil, si bien siempre dentro de unos límites no muy dilatados, en tiempo de paz, aparte de los supuestos de participación de extraños (no militares) en un delito militar, los únicos casos en que el sujeto activo de una infracción penal militar puede ser un paisano son: 1) el allanamiento de dependencia militar (art. 61 CPM); 2) los delitos contra centinela (art. 85); 3) la incitación, apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y de la desertión (art. 129); 4) los delitos contra la Administración de Justicia Militar (arts. 180 y 182 a 188), y 5) la receptación de efectos militares (art. 197). La razón de

(57) La extensa y detallada Exposición de Motivos del Proyecto, drásticamente reducida en el texto definitivo de la Ley, puede verse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, 12 de noviembre de 1984, págs. 1827 y sigs.

(58) JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: «Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 11 y sis.; en concreto, pág. 14.

esta regla general la encontramos en que el enjuiciamiento de civiles por la jurisdicción castrense choca con el principio del Juez natural, o si se prefiere, del Juez ordinario predeterminado por la ley, y por lo mismo, debe ser interpretado restrictivamente, sobre la base de la *vis* atractiva de la jurisdicción ordinaria que, como señalara la Sala de Conflictos de Jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar (59), «supone un principio presuntivo de tal entidad que, en caso de duda, los conflictos competenciales han de solventarse a favor de la jurisdicción ordinaria, siempre, eso sí, que la dubitada interpretación tenga un mínimo fundamento fáctico-legal».

4.^a) La regla general a que responde la incriminación de conductas por el Código Penal Militar presenta también excepciones en el plano objetivo; dicho de otro modo, delitos originariamente comunes se incorporan al CPM por incidir de alguna manera sobre los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumentos de la defensa nacional. Tal incidencia puede ser el fruto bien del carácter pluriofensivo del delito, bien de la condición militar del sujeto activo. Sin embargo, en algunas ocasiones, esa incorporación al CPM se ha producido con independencia de lo anterior y de modo verdaderamente forzado. Buen ejemplo de ello lo encontramos en las figuras tipificadas por el Título VIII del Libro Segundo, referente a los delitos contra la Administración de Justicia Militar.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que el CPM, aun asentándose en los delitos propiamente militares, admite numerosas salvedades a tal regla, excepciones que son la consecuencia obligada de que el «ámbito estrictamente castrense» se identifica no con aquellas conductas constitutivas de un delito propiamente militar, cual sucede, por ejemplo, en Italia, sino, más ampliamente, con cuantas inciden sobre los intereses, valores y medios de los Ejércitos en cuanto instrumento al que debe dotarse de la mayor eficacia posible en orden al cumplimiento de las altas misiones que les encomienda la Constitución.

(59) Sentencia de 14 de diciembre de 1989, recaída en el conflicto de jurisdicción núm. 8/1988, FJ. 1.º

NOTAS

