

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 34. Junio 1994

Canosa Usera, Raúl

Profesor titular de Derecho constitucional. Universidad Complutense

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. JURISDICCION MILITAR.

ÍNDICE

- I. Introducción
 - I.1. Finalidad de este estudio
 - I.2. Rasgos del recorrido histórico de la jurisdicción militar española
 - I.3. Epílogo de la evolución histórica: El actual modelo constitucional de jurisdicción militar
- II. Naturaleza de las fuerzas armadas y justificación de la jurisdicción militar
- III. Modelo constitucional de jurisdicción militar y concreción legal de la misma
 - III.1. Alcance de las especialidades de la jurisdicción militar
 - III.2. Ámbito de la jurisdicción militar
 - III.3. Jurisdicción militar y principios constitucionales
 - III.4. Jurisdicción militar y garantías procesales
 - III.5. Los órganos jurisdiccionales militares
 - III.6. Recurso de casación de los mandos militares
 - III.7. Controles sobre la jurisdicción militar
- IV. Conclusión

TEXTO

I. INTRODUCCION

I. 1. FINALIDAD DE ESTE ESTUDIO

La pretensión de estas páginas no podía ser otra, a la vista del título de cabecera, que indagar sobre la actual regulación jurídica de la jurisdicción militar y su encaje con la Constitución. Nuestra Ley fundamental recoge una mención expresa de la justicia castrense en su artículo 117.5 y sucesivas ordenaciones infra-constitucionales la han desarrollado, contradictoriamente, ya lo adelantamos, sin que, a nuestro juicio, pueda darse por cerrada la discusión sobre la bondad, legitimidad constitucional, de la legislación sobre la materia. Las titubeantes reformas introducidas a lo largo de los años por los legisladores no han aclarado el alcance del precepto constitucional porque no han fijado una interpretación uniforme del mismo. Los resultados, contradictorios como pocas líneas atrás anticipábamos, han ido incorporando novedades radicales sobre la legislación anterior, pero sin que el producto final, la regulación vigente, pueda aceptarse sin crítica.

Todo lo anterior justifica este modesto análisis que aspira a ilustrar esas contradicciones y enfocar desde la perspectiva constitucionalista un modelo de jurisdicción militar acorde con la Constitución. Desmenuzaremos críticamente los elementos que componen el cuerpo normativo de nuestro objeto y presentaremos las deficiencias, siempre a la luz de lo que consideramos ortodoxia constitucional. El estudio culminará con algunas proposiciones de lege ferenda, escrutar caminos posibles para rectificar las «irregularidades» constitucionales de nuestra legislación.

I.2. RASGOS DE RECORRIDO HISTORICO DE LA JURISDICCION MILITAR ESPAÑOLA

Varios autores se ocupan de pormenorizar el periplo histórico de la justicia castrense (1). Sería reiterativo pues que aquí nos extendiéramos en demasía apuntando los datos de la historia; sin embargo, algunos de los hechos que la jalonan deben tenerse en cuenta para cimentar sobre ellos el análisis posterior. Y no solo porque enfrentamos uno de esos rasgos historicistas de nuestra Constitución. No hay duda de que la peculiar administración de justicia en los ejércitos es forma originada y anclada en la historia y de que ello, por fuerza, ha de afectar a la interpretación que se haga del artículo 117.5 del Texto Constitucional.

La importancia de lo militar en la España del siglo XVI justificó y explica la creación de una Administración de justicia dentro de los ejércitos, cuando éstos, tan profusamente, se utilizaron durante el reinado de Felipe II en la política exterior de la Corona. Desde entonces quedó configurada una justicia castrense cuyas características, con las adaptaciones propias de cada época histórica, llega a nuestros días. Los elementos distintivos a los que se hace referencia son:

- a) Unidad de mando y de jurisdicción, es decir, quien ostenta el mando militar administra también justicia.
- b) Los superiores juzgan a los inferiores y se respeta así el principio jerárquico, consustancial a los ejércitos.
- c) Asesoramiento de auditores, letrados que aconsejaban al mando. Y, por último,
- d) Plenitud de competencia de los jueces militares no solo en la esfera penal, también en la civil e incluso en la administrativa.

De las características citadas una es del todo incompatible con el estado de derecho y resulta inaceptable, ni siquiera como excepción. Nos referimos a la amplísima competencia de la que históricamente disfrutaban los mandos militares investidos de una función judicial en ámbitos tan diversos. Por lo anterior, la promulgación de la Constitución de Cádiz hubo de incluir una mención expresa al fuero de los militares (2) que se desarrollaba en la Ordenanza (art. 250). En otras palabras, la Constitución de 1812 regulaba la condición aforada de los militares con la excepción expresa de los principios que acerca de la Administra-

ción de Justicia recogían principalmente los artículos 242 al 248; en especial éste último prescribía "... un solo fuero para toda clase de personas» en las causas civiles y criminales. A continuación los artículos 249 y 250 salvaban los fueros particulares de los eclesiásticos y de los militares, respectivamente. Como se ve, la Constitución de Cádiz alumbra ya un camino a seguir en todo Estado de derecho: Por un lado proclamar la generalidad de fuero junto con los principios de unidad, exclusividad, juez predeterminado por la ley y garantía de la independencia de los jueces. Y, por otro lado, mencionar, expresamente, las excepciones a los anteriores principios. De no proceder de esta manera ningún fuero especial podría reputarse legítimo y la generalidad de fuero, proclamada constitucionalmente, no podría suspenderse infraconstitucionalmente.

Con una técnica legislativa distinta y, por supuesto, más moderna el artículo 117.5 de la vigente Constitución procede de idéntica manera que los redactores del texto de 1812: proclamar los principios jurisdiccionales y la igualdad de trato por parte de la Administración de justicia, con la salvedad expresa de una jurisdicción militar para los acogidos al fuero militar. Toda excepción al principio de igualdad de todos ante la ley había y ha de tener hoy la cobertura constitucional que ofrecía el artículo 250 de la Carta de Cádiz y el artículo 117.5 de nuestra presente Constitución. Entonces, como ahora, se trataba de delimitar el alcance de la excepción, su juego con los principios rectores de la actividad judicial.

Las menciones constitucionales, aunque suficientes para legitimar la excepción, no detallan el alcance de la misma; mas bien al contrario dejan a las «ordenanzas», en el caso del Ordenamiento de Cádiz, o al legislador ordinario en el momento actual, la libertad para fijar los límites de la excepción. No es el constituyente, pues, quien concreta hasta que punto determinados ciudadanos reciben, al menos parcialmente, un trato distinto procedente, además, de órganos ajenos al Poder Judicial.

La laxitud en las normas constitucionales propició, precisamente, que los principios en ellas contenidas sobre la función jurisdiccional no se reflejaran de inmediato en la legislación, como tampoco se produjo la mínima acomodación de la jurisdicción castrense a las exigencias del Estado liberal hasta la segunda mitad del siglo XIX. Lo último acontece con el Decreto de unificación de fueros de 1866, el cual vino a reducir a la esfera penal el ámbito de actuación de los jueces militares. Sin embargo en la esfera criminal la competencia continuó siendo amplísima, cosa necesaria para que fuera posible el uso de la jurisdicción militar en tareas de represión política. En efecto, hasta los años sesenta del presente siglo, cuando el Tribunal de orden público sustituye a los Tribunales militares (aunque no totalmente) en la encomienda de castigar los delitos políticos, los Tribunales militares fueron utilizados a menudo para llevar a cabo misiones en nada acordes con su naturaleza. El repliegue introspectivo de los militares en los asuntos políticos patrios, por falta de auténticos objetivos profesionales y la tentación de intervenir por la fuerza en la vida política trastocaban la posición de los ejércitos en la vida nacional, convertidos en valedores de cualquier régimen político que se deseara implantar en España. Por todo lo anterior, hablamos de desnaturalización, ya que, sin duda, abusaron de la maquinaria militar tanto los propios mandos, como los políticos y la convirtieron en el formidable y definitivo instrumento de su política.

Durante el siglo XIX y también en buena parte del XX se mantiene, con la reducción comentada, el modelo tradicional de justicia militar al que se incorpora una novedad que contribuye a diferenciar más aún esta jurisdicción: se militariza progresivamente a los Auditores, antes civiles y ya incorporados como cuerpo jurídico-militar a los Ejércitos.

La Constitución de 1931 intentó restringir radicalmente el ámbito jurisdiccional castrense a lo penal, y dentro de esta esfera a los «delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados.» La loable pretensión republicana de imponer límites nítidos a la excepción que la existencia de la jurisdicción militar siempre supone, no fue bastante para impedir que la misma inercia histórica pusiera en manos de los militares, una vez más, los destinos de España, ya en tareas de represión encomendadas por la propia República, ya en pronunciamientos a la usanza del siglo XIX.

El franquismo no hace más que confirmar las peores tendencias en el abuso de las Fuerzas armadas y

en su consiguiente desnaturalización, al convertirlas en brazo armado de una política de cuyo sostén los Ejércitos fueron instrumento principal.

I.3. EPILOGO DE LA EVOLUCION HISTORICA: EL ACTUAL MODELO CONSTITUCIONAL DE JURISDICCION MILITAR

Si ya hemos tratado los grandes rasgos de la evolución histórica de la justicia militar, ahora conviene encuadrar nuestro actual modelo en el marco de esa evolución y con esta perspectiva situarlo histórica y conceptualmente. Sólo después se podrá aventurar el análisis técnico-jurídico.

Una de las estipulaciones contenidas en los Pactos de la Moncloa de 1977 reclamaba la modificación urgente de algunos aspectos intolerables de la todavía entonces vigente regulación legal de la justicia militar. Se repudiaba, sobre todo, su relación con la represión política. No se planteó, empero, su supresión, ni entonces ni seriamente en el transcurso del debate constituyente. El texto de la Carta de 1978 reconoce y ampara la permanencia de una institución judicial militar, pero, al igual que su antecesora, la Constitución de 1931, le impone límites y consagra un principio restrictivo (3), pero tan genérico que ha de aclararse. El artículo 117.5 reza así:

«...La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»

Sin duda en el ánimo del legislador pesaba, como en 1931, el afán de reducir drásticamente los márgenes de la jurisdicción militar (4) y, al menos en 1978, el deseo de impedir el abuso de las Fuerzas armadas como brazo armado de la represión política. Había, ya en el último tercio del siglo XX, que recuperar a las FF.AA. para misiones específicamente militares y alejarlas de la controversia política. Se pretendía, en resumidas cuentas, garantizar la plena supremacía del poder civil sobre los militares (5) y la Constitución era el principal instrumento para lograrlo.

No se optó, como demuestra el artículo 117.5, por la supresión de la jurisdicción militar, pero, al imperar el principio restrictivo (6), dicha jurisdicción no puede dedicarse a menesteres represivos. Es verdad que los contornos exactos de la función jurisdiccional castrense quedan al albur del legislador, a quien corresponde dotarla de contenido, más o menos amplio, según aconseje la discrecionalidad política.

Hay que preguntarse, sin embargo, cuál es el «ámbito estrictamente castrense». La frase del artículo 117.5 encierra un concepto jurídico indeterminado que debe concretar el legislador. A éste compete, por tanto, decidir sobre el modelo preciso de jurisdicción militar y la libertad legislativa no es pequeña como trataremos de demostrar.

Tanto el legislador, éste con carácter imperativo, como cualquier otro operador jurídico interesado en la materia se han de plantear, a nuestro juicio, los siguientes interrogantes: Primero, ¿qué es lo castrense y qué naturaleza posee? Segundo, ¿cuándo tal jurisdicción es respetuosa con los principios constitucionales en los términos exigidos por el ya citado artículo 117.9, lo anterior implica preguntarse por el grado exigible de cumplimiento de esos principios; y, tercero y último, una vez respondidas las cuestiones anteriores, ¿cómo reducimos técnicamente la jurisdicción militar?, ¿cuáles habrán de ser los contenidos de la ordenación legal para considerarlos constitucionalmente legítimos?

A despejar todas las interrogantes enunciadas dedicaremos todo este trabajo en lo sucesivo. Pero para culminar este epígrafe y antes de entrar en el análisis pormenorizado adelantamos las alternativas que según nuestro criterio pudiera permitir la Constitución al legislador. Y son tres, a saber: Mantener el modelo tradicional cuyas características exponíamos más atrás (unidad de mando y de jurisdicción, juicio de los superiores y asesoramiento de Letrados) y que gozaría de la cobertura constitucional del artículo 117.5, el

cual al reconocer la existencia de la jurisdicción militar, ampara las especialidades de la misma y permite su subsistencia como jurisdicción especial. Puede el legislador, alternativamente, incorporar plenamente la justicia castrense al Poder judicial y convertirla en un orden más del mismo, especializado, no especial, en su propio ámbito. La plena asimilación haría desaparecer los rasgos del modelo tradicional en cualquiera de sus manifestaciones, del tal modo que los jueces integrantes de los órganos judiciales militares habrían de venir seleccionados y regidos de igual modo que los jueces comunes: en realidad, serían ellos también jueces comunes. La independencia de los órganos juzgadores frente a las FF.AA. alcanzaría el máximo grado, porque la independencia prevalecería sobre la sumisión jerárquica del juez militar en el modelo tradicional.

La tercera y última alternativa, ofrecida al legislador, consistiría en suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla sólo en caso de guerra, cuando fuera declarado el estado de sitio. Puede objetarse contra esta última posibilidad, que el artículo 117.5 de la Constitución contiene una garantía expresa de la existencia misma de la jurisdicción militar; pero entendemos que tal garantía no impide la reducción temporal de actuación al estado de sitio, lo que intensificaría, de producirse tal acotamiento, la proyección infraconstitucional del principio restrictivo, aquel elemento catalizador de la voluntad constituyente en la materia que nos ocupa. De optarse por la tercera hipótesis, el enjuiciamiento de las causas criminales y de todo tipo pasarían íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial ordinario, no especializado en asuntos castrenses, aplicará, si los hubiera, los tipos penales militares en tiempo de paz. En realidad la única diferencia entre este último modelo y el anterior radica en la especialización o no del órgano juzgador y, por consiguiente, en la presencia o no dentro del Poder judicial único de órganos especialmente dedicados a las causas militares.

Las tres hipótesis alternativas planteadas (9) respetan, a nuestro entender, sin bien con distinta intensidad los principios constitucionales. En el primer caso, ese respeto no alcanza a los criterios impuestos constitucionalmente para organizar la administración de justicia, puesto que las señas de identidad tradicionales de la jurisdicción militar son excepción de aquellos criterios. El respeto a los principios Constitucionales se cifraría, exclusivamente, en la proscripción de la pena de muerte en tiempo de paz (imposición del artículo 25 de la Constitución) y en la introducción de ciertas reglas inherentes a la proyección mínima del derecho a la tutela judicial efectiva en la esfera jurisdiccional castrense; proyección inevitable y reductora del alcance de la excepción que, en materia de derechos fundamentales, supone la existencia misma de esa jurisdicción.

La segunda y la terceras alternativas sí que ofrecen respeto total por todos los principios constitucionales, incluyendo aquellos relativos a la organización judicial: La unidad, la exclusividad *ad intra* y *ad extra*, la independencia de los Jueces, todo ello se respeta sin menoscabo alguno. No puede, según lo dicho, considerarse que la especialización de la segunda alternativa vaya en desdoro de ninguno de los principios citados, ya que tal especialización es la tónica dominante en la organización judicial moderna.

¿Dónde encuadraremos las sucesivas regulaciones normativas aparecidas en España luego de la promulgación del Texto Constitucional vigente? (10). De las dos grandes leyes, ordenadoras de lo esencial de la jurisdicción militar, la Ley Orgánica 9/1980 se ajusta al primero de los modelos pergeñados. Sobre aspectos de esta ley se pronunció el Tribunal constitucional sin encontrar vicio de inconstitucionalidad. La vigente ordenación que derogó la de 1980, impone un sistema híbrido entre el primero y el segundo modelo; ni se acomoda al paradigma tradicional, inspirador de la Ley de 1980, ni incorpora plenamente la jurisdicción militar al Poder judicial común. Se mantienen elementos tradicionales revestidos de rasgos, más bien aparentes, de incorporación a la organización judicial ordinaria.

Nuestra posición es crítica, como se verá, de la última opción del legislador, porque no se decanta hacia ninguno de los modelos esbozados y, al mantenerse a caballo entre dos de ellos, bordea, desde nuestro punto de vista, la inconstitucionalidad. Las páginas siguientes se ocuparán de argumentar en este sentido.

II. NATURALEZA DE LAS FUERZAS ARMADAS Y JUSTIFICACION DE LA JURISDICCION MILITAR

Al obligar nuestra Constitución a reducir la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense», exige, primeramente, aclarar cuál es ese ámbito. Habrá de interpretarse este concepto jurídico indeterminado (11), hallar su contenido y sobre él construir técnicamente una justicia militar respetuosa con el mandato constitucional. Una de las claves de la legitimidad constitucional de la jurisdicción militar, quizás la más importante, radica pues en fijar que es lo castrense. Lo anterior equivale a preguntarse por la naturaleza misma de las Fuerzas armadas. Y aquí de nuevo se suscitan discrepancias que podían ser esenciales a la hora de materializar esa jurisdicción. En efecto, si aceptáramos que los ejércitos son un poder autónomo del civil, habríamos de regular una justicia castrense cuajada de especialidades que la separarían abruptamente de la ordinaria. También las especialidades se justificarían en la naturaleza institucional de las FF.AA., garantizada, supuestamente, por la Constitución. Por contra, si nos atuviéramos al carácter puramente administrativo de las FF.AA. afirmando que son Administración pública, sin diferencia sustancial con los otros órganos administrativos, nada esencial justificaría especialidad de trato alguno, tampoco jurisdiccional. En otra parte tendría que cimentarse cualquier especial configuración normativa de la jurisdicción castrense.

Se nos presentan, pues, tres hipótesis a la hora de captar la esencial de las FF.AA.: En la primera se tratarían de un poder distinto y autónomo del civil, en la segunda, de una institución garantizada por la constitución, y, en la tercera, las FF.AA. son, llanamente, administración del Estado. Las muy distintas maneras de concebir jurídicamente los Ejércitos conducen a modelos de justicia militar también diversos.

Las tres posiciones esbozadas cuentan, en opinión de sus respectivos defensores, con apoyaturas constitucionales. Adentrémonos en las de unos y otros. Mantener que las FF.AA. son un poder autónomo y no dependiente del civil lo equipara a éste y coloca a ambos en pie de igualdad influyéndose mutuamente; eleva, en suma, la posición de las FF.AA. en la organización constitucional hasta convertirlas en piezas del máximo rango. Pero, además, se somete al poder civil a una suerte de tutela por parte del poder militar. De la vigilancia y control recíproco no cabría nunca inferir supremacía del poder civil. La apoyatura constitucional de este modo de entender las relaciones entre lo civil y lo militar, en suma, de captar la esencia de las FF.AA., la constituyen dos preceptos de nuestra Carta Magna: los artículos 8 y 62. En el primero se encomienda a las FF.AA. la tarea de defender el Ordenamiento constitucional y la integridad territorial de España y en el segundo al Rey se atribuye la jefatura suprema de los ejércitos. Olvidando otros preceptos constitucionales, los dos citados configurarían unas FF.AA. encabezadas por un jefe efectivo, el Rey, y dotadas de las facultades excepcionales de protección última de la Constitución. Acaba así por construirse un sistema de defensa schmittiana de la Constitución, a cuyo frente quedaría el Monarca al ser cabeza de los Ejércitos. La jefatura regia, huelga decirlo, no sería simbólica sino efectiva; cobraría vida en los casos de extrema gravedad cuando a través de sus órdenes a los militares activara la acción militar en defensa de la integridad territorial patria o de la legalidad constitucional. Los acontecimientos ocurridos durante el pronunciamiento militar de febrero de 1981 corroborarían la tesis explicada. En resumidas cuentas la antinomia poder militar poder civil queda construida como expresión del viejo principio monárquico.

Hay que desechar frontalmente la tesis expuesta, pues carece del substrato constitucional suficiente, toda vez que olvida otros preceptos de la Constitución que la contradicen, como demostraremos, al analizar las disposiciones constitucionales aún sin revisar.

La segunda postura doctrinal (12) considera que las FF.AA. son una institución, con todos los rasgos comunes a las instituciones, si bien en ningún modo discute la subordinación funcional de los Ejércitos al poder civil. Cabalmente, tiene en cuenta esta segunda posición la Constitución como totalidad, al contrario de la tesis anterior, e interpreta sistemáticamente todos sus preceptos que vienen al caso. Los rasgos

institucionales que se extraen de la Constitución y se atribuyen a las FF.AA. son: Se reconoce la existencia de las FF.AA. en el artículo 8, el cual opera como garantía institucional. La norma incorpora de esta manera al Ordenamiento los elementos tradicionales de la institución, algunos implícitos, pero todos protegidos por la garantía institucional, Así: la presunción, de que las FF.AA. poseen un grupo de valores propio, una organización que los sirve y otros elementos expresos en el Texto fundamental: la situación personal de los militares, las misiones específicas y esenciales que se encomienda a la institución, la jurisdicción militar y el mando supremo del Jefe del Estado. Sobre las facultades regias de mando se ha sostenido desde diferentes puntos de vista su carácter meramente simbólico y se ha tratado de conciliar con la dirección política del Gobierno (art. 97 de la Constitución) y la necesidad ineludible del refrendo de los actos regios que en esta materia, como en todas, prevé el artículo 64 de la Constitución.

Para quienes resultan inaceptables la posición «autonomista» y la tesis institucionalista, las FF.AA. son administración del Estado. Una administración peculiar, especializada en grado mayor que otras, pero de igual naturaleza (13). Se pone el énfasis en otros preceptos constitucionales y se subordina el contenido de aquellos sobre los cuales se basaron las posiciones anteriores al despliegue normativo de los preferentes: los artículos 97, 62 y 64 y el 149.1.4º de la Constitución. De la interpretación sistemática de todos los preceptos se deduce la preeminencia práctica de los mencionados en último lugar porque concretan facultades que se ejercerán efectivamente dentro del marco constitucional por los órganos a quienes se atribuyen.

Aunque la posición institucionalista no menoscaba, necesariamente, la subordinación de los Ejércitos al poder civil, la que con mayor nitidez la asegura es, a nuestro juicio, la posición administrativista que ahora estamos analizando. En efecto, para esta última el precepto clave en torno al cual gira toda la regulación constitucional de las FF.AA. es el artículo 97. En él al Gobierno se encomiendan diversas misiones, entre las cuales figura la dirección de la «Administración civil y militar» y la dirección, igualmente, de la política de defensa. El constituyente parece, en este artículo, apostar por unas FF.AA. integradas en la Administración del Estado y dirigidas por el Gobierno al que, paralela y coherentemente, se atribuye la dirección de la política de defensa. Todo ello, por supuesto, en el marco de la Constitución y de la legalidad vigente. No puede ser el precepto más explícito y por ello constituye un poderoso argumento en contra de las posiciones «autonomista» e institucionalista. Afirma sin paliativos el carácter administrativo, especializado cierto es, de las FF.AA. y sin resquicios coloca a su frente al Gobierno.

De lo anterior se deduce que la jefatura regia de los Ejércitos (art. 62) y las actividades que como jefe supremo de los mismos protagonice el Rey tienen el mismo alcance y están sometidas a los mismos requisitos que el resto de los actos regios producidos en el marco del artículo 62 citado. Es decir, necesitan refrendo y son actos debidos; imprescindibles, eso sí, para la perfección de las decisiones del Gobierno, pero sin que al protagonizarlas el Rey goce de dosis alguna de discrecionalidad (14) , pues ésta corresponde a quien es responsable de esos actos, es decir, al Gobierno. Es éste último quien ostenta la efectiva jefatura de los Ejércitos, relegando al Rey a una simbólica preeminencia. Y cuando decimos simbólica no queremos decir intrascendente, ya que todo lo simbólico cumple funciones integradoras imprescindibles para mantener y fortalecer, constantemente, la unidad estatal.

Como el resto de las actuaciones gubernamentales, la relativa a las FF.AA. se despliega en el marco legalmente establecido. Y ese marco lo imponen las Cortes generales. Por lo demás, tanto la actuación ejecutiva como la legislativa son exclusivas del Estado, ya que nada en este terreno incumbe a las CC.AA. a la luz del artículo 149.1.4º de la Constitución. No hay resquicio alguno donde los entes autonómicos puedan incidir en materia militar.

Las FF.AA. se mueven dentro de los límites estipulados normativamente por las Cortes generales y a las órdenes del Gobierno central. Cumple hablar de los Ejércitos y, en general, de la política de defensa como de una materia de competencia exclusiva absoluta del Estado. Todas las funciones militares se ejer-

cen, tanto en tiempo de paz como en caso de guerra, dentro de ese ámbito regulado de consuno por la Constitución y el resto del Orden jurídico. No es lícito, por consiguiente, hablar de unas misiones directamente encomendadas por la constitución a las FF.AA. al margen de las decisiones del Gobierno; los artículos 8 y 116 de la Carta, junto con las leyes de desarrollo concretan la efectiva defensa del Ordenamiento constitucional y de la integridad territorial española, y lo hacen asegurando la inquebrantable sumisión de la acción militar a la autoridad civil representada por las Cortes generales y el Gobierno. No cabe inferir del artículo 8 de la Carta, por muy preeminente que sea su colocación, dentro del título preliminar, encomienda excepcional alguna a las FF.AA. que las convirtieran en garantes y protectores de la Constitución, al margen de la voluntad parlamentaria y ejecutiva. Sólo dentro de lo establecido legalmente cumplen los militares las altas misiones previstas en el artículo 8 de nuestro Código constitucional.

A pesar de que asimilemos a las FF.AA. como Administración del Estado, la propia naturaleza de sus funciones pone sobre la pista de sus indudables especialidades. Las menciones constitucionales ilustran lo anterior y obligan a considerar cuáles son esas especialidades y por qué son necesarias. A la segunda pregunta hay que responder prontamente trayendo a colación las funciones que las FF.AA. tienen encomendadas. La defensa de la integridad territorial y, en su caso, la protección del Orden constitucional, siempre conforme al orden legal, son las dos misiones esenciales de los militares y su satisfactorio cumplimiento reclama una peculiar organización, privativa de las FF.AA., convertidas así en organizaciones *sui generis*. Lo anterior ha permitido al Tribunal Constitucional (16) referirse a la peculiar naturaleza de las FF.AA. Las peculiaridades, como resalta el T.C. derivan, precisamente, del cumplimiento de los objetivos que la Constitución marca a las FF.AA. La defensa nacional (17) se convierte en la apoyatura constitucional para explicar esas indudables especialidades de la organización militar. Bastaría, por tanto, interrogarse ante cada rasgo distintivo de los ejércitos por su entronque con la defensa nacional; si sirve a ésta no cabrán dudas de su legitimidad constitucional; si, por el contrario, la defensa nacional se garantiza sin ese elemento diferencia, entonces, lo conveniente sería eliminar tal especialidad.

En línea con lo anterior, nada justifica en un Estado de derecho que un derecho penal militar, sustantivo y procesal, perviva al margen de la Constitución e implique fuero privilegiado para los miembros de los institutos armados (18), como tampoco resulta admisible que se utilice a las FF.AA. para la represión política, algo tristemente corriente en la historia española. Lo dicho no impide, sin embargo, que los militares reciban de los poderes públicos un trato distinto, siempre y cuando las diferencias de trato estén justificadas por las peculiaridades organizativas de las FF.AA. que obligan a imponer la disciplina, inherente a los Ejércitos e imprescindible para el cumplimiento de sus fines (19). La disciplina y su mantenimiento requieren, no hay duda, trato diferente a los militares, pero cualquier distinción no encaminada a salvaguardarla sería arbitraria e ilegítima. Por lo dicho, las «peculiaridades organizativas» perjudican, mas que benefician a los dedicados a la milicia al imponerles un tratamiento más duro y restringir de manera significativa el disfrute de sus derechos constitucionales. La situación personal de los militares queda sometida, de esta suerte, a un interés superior: la garantía de la disciplina, en aras del exacto cumplimiento de las tareas atribuidas a las FF.AA. Sólo así son admisibles, por razonables, las excepciones al principio de igualdad que conlleva la disciplina en el seno de los Ejércitos.

El derecho sustantivo penal militar no ha de tener otro objeto que castigar las acciones contrarias a la disciplina. Se trata de un instrumento normativo al servicio de este fin (20). Toda sanción que persiga un Interés distinto debe trasladarse a otro corpus normativo, pues conviene que sólo las sanciones penales que atiendan el castigo de las faltas contra la disciplina formen parte del Código de justicia Militar.

¿La aplicación de la disposición penal específicamente militar debe corresponder a una organización jurisdiccional especializada? (21). Y ¿la especialización debe o puede llevar aparejada la creación de una jurisdicción incardinada en las FF.AA. (22) y separada, pues, de la organización judicial común, es decir,

una jurisdicción especial? El resto del ensayo se dedica, íntegramente, a responder estas interrogantes.

III. MODELO CONSTITUCIONAL DE JURISDICCION MILITAR Y CONCRECION LEGAL DE LA MISMA

III. 1 . ALCANCE DE LAS ESPECIALIDADES DE LA JURISDICCION MILITAR

Si recuperamos, momentáneamente el hilo del discurso donde lo dejamos al final del epígrafe I, recordaremos que allí se planteaban las alternativas posibles para el legislador infraconstitucional (23) a la hora de optar entre los tres modelos de jurisdicción militar que, a priori, alternativamente se le ofrecían: el tradicional, el integrado en el Poder judicial o la desaparición en tiempo de paz de la jurisdicción castrense. Cumple ahora abordar con mayor detalle, a la luz de las consideraciones que se acaban de hacer en el epígrafe II, cada una de las tres posibilidades abiertas al legislador. ¿Cuál es el modelo constitucionalmente mas correcto? y, sobre todo, ¿cuándo la jurisdicción militar caería en inconstitucionalidad?

Se anticipaba, páginas atrás, que las tres opciones descritas podrían ser legítimas, presentadas cada una desde una interpretación posible del Texto constitucional. Pero, al ser distintas entre sí, la plasmación de alguna de ellas, desechando las demás, implicaba una interpretación distinta del «acuerdo» exigido por la Constitución con los principios constitucionales y una proyección, diversa también, del criterio restrictivo (24). Si empezamos por esto último, no hay duda de que la desaparición de la jurisdicción militar es la opción más restrictiva posible. Se objetará que el constituyente incluye en el Texto de la Carta fundamental una garantía de la existencia misma de la jurisdicción militar (art. 117.5) cuya sola mención salvaguarda la pervivencia de la misma. La objeción es fundada, pero podría superarse con la reserva de que la justicia castrense perviviría, aunque de modo latente, en tiempos de paz y efectiva solo en caso de estado de sitio. El legislador aprovecharía así el encargo hecho por el constituyente en el artículo 117.5 y la libertad que de él deriva para, si lo creyera conveniente, suprimir la jurisdicción militar en épocas de normalidad y siempre, claro está, que esa supresión no pusiera en peligro la cohesión de las FF.AA. y el mantenimiento de la disciplina, condiciones de la consecución de los objetivos que la Constitución les marca (art. 8). De optarse por lo anterior, los atentados contra la disciplina se sancionarían en los Tribunales penales ordinarios.

Si se desea mantener la especialización mínima del órgano encargado de imponer las sanciones penales militares, caben cualquiera de las otras dos alternativas, especializar a tinos dentro del Poder judicial para que apliquen los tipos penales militares o mantener unos órganos juzgadores propiamente castrenses, al margen, fuera, del Poder judicial. No es aceptable empero caer en la posición híbrida de organizar un aparato judicial castrense, solo a medias integrado en el Poder judicial.

Para quienes entienden que el artículo 117.5 de la Constitución contiene una verdadera garantía institucional de la jurisdicción militar, la libertad del legislador quedaría por ella constreñida sin que la ley reguladora pudiera privar a la jurisdicción militar de los rasgos sobresalientes y característicos que la identifican. Habría de concretarse normativamente el tipo tradicional de justicia castrense, una jurisdicción especial consentida por la Carta Magna. Su existencia comportaría excepción de los principios de unidad jurisdiccional y de exclusividad. Para evitar la hipertrofia de la jurisdicción militar, la Constitución acompaña la mención de la misma con la cautela siguiente: la reducción al ámbito estrictamente castrense, con lo cual el modelo tradicional se consolidaría, pero sólo para aplicar sanciones a conductas surgidas en la esfera militar. En resumen: respeto por el modelo tradicional, pero seguridad de que no va a invadir espacios ajenos.

La integración plena de la justicia militar en el Poder Judicial o, si se prefiere decirlo con mayor claridad técnica, la especialización de algunos órganos del Poder Judicial, a quienes se encomiende la aplicación del derecho penal militar, parte de postulados, lógicamente, distintos a los acabados de exponer para explicar la posición institucionalista. No se inferiría del artículo 117.5 de la Constitución garantía institucional

(26) ninguna y la libertad del legislador sería, en consecuencia, completa para extraer de los términos del precepto citado el sentido normativo que deseara. Si mantuviera el modelo tradicional de jurisdicción militar no lo haría por imperativo constitucional, sino por voluntad propia. Mas acorde, según lo dicho, sería regular una justicia castrense integrada plenamente en el Poder judicial, porque así resultaría más intenso el respeto de los principios constitucionales. La especialización de los órganos juzgadores en lo militar perduraría si fuera necesario para satisfacer los objetivos que competen a las FF.AA.

El legislador postconstitucional optó en 1980 por recrear el modelo tradicional, pero con las exigibles adaptaciones a la nueva situación constitucional. La Ley Orgánica 9/1980, sobre algunos de cuyos aspectos tuvo ocasión de pronunciarse el T.C., mantenía la justicia militar como jurisdicción especial. Con respeto a la tradición se consagraba la unidad de mando y de jurisdicción y el juicio de los superiores, sin olvidar el carácter profesional de los consejos de guerra. Se produjo, pues, una interpretación del artículo 117.5 de la Constitución compatible con el modelo tradicional de justicia castrense (27). Se confirmó entonces que sólo los profesionales militares estaban capacitados para aplicar el derecho penal militar porque sólo ellos podían satisfacer cabalmente las exigencias de la disciplina.

Naturalmente, la ordenación normativa de 1980 hubo de incorporar novedades importantes, que, sin desfigurar el modelo tradicional por el que se había optado, lo hicieran digerible en un Estado de derecho. Con este propósito se introdujo el recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra las decisiones de los máximos órganos juzgadores militares. Asimismo se procuró la tecnificación al sustituir a los Fiscales militares por los juzgados territoriales en la instrucción de todos los procesos.

A todo lo anterior se debe añadir que, hasta 1985, el Ordenamiento penal militar mantuvo un ámbito, aún muy amplio, en favor de la competencia de los consejos de guerra. Operaban a la hora de determinar su competencia, no solo el criterio formal, sino también los criterios *ratio loci* y *ratio personae*.

La vigente Ley Procesal militar, la Ley Orgánica 4/1987, reduce notablemente las especialidades que la jurisdicción militar presentaba en la Ley 9/1980, pero no acomete, a nuestro juicio, su plena incorporación en el Poder judicial, lo que hubiera supuesto integrar por completo a sus órganos, como un orden especializado más, en la jurisdicción ordinaria. La reforma queda a medio camino entre esa incorporación y el punto de partida (la Ley de 1980). Se llega a una solución híbrida nada satisfactoria, a un *tertium genus* de difícil explicación doctrinal (29) que no implica ni plena integración el Poder judicial ni, por ende, respeta escrupulosamente los principios constitucionales sobre jurisdicción.

III. 2. AMBITO DE LA JURISDICCION MILITAR

Resulta imprescindible partir de una primera distinción entre tiempo de paz y tiempo de guerra (30). La amplitud de la justicia castrense varía en un caso y en otro. Cosa cierta es que puede extenderse durante la vigencia del estado de sitio (31), algo connatural a una institución cuya misión esencial es prepararse para el combate y en él, fundamentalmente, encuentra su razón de ser. Tanto en un tiempo como en otro la jurisdicción militar funciona según dispone la Constitución y detallan las leyes reguladoras. Por eso mas propiamente nos referimos al estado de sitio y no al tiempo de guerra, porque el ensanchamiento de la competencia juzgadora de los órganos militares acaece sólo en el marco de esa situación formalmente declarada y en los términos de la declaración aprobada por el Congreso de los Diputados (32). No son los militares quienes pueden extender unilateralmente la competencia de sus órganos juzgadores, extensión que depende, exclusivamente, de la voluntad de nuestra cámara baja. Aunque sea cierto que la jurisdicción militar se ocupa durante la vigencia de estado de sitio de un número mayor de asuntos, porque le corresponden causas que son, por regla general, competencia de los Tribunales ordinarios, la ampliación de su ámbito depende de que expresamente el Congreso de los Diputados haya dispuesto tal ampliación.

Recordar, además, que en este supuesto, como en todos los demás, la relación entre las FF.AA. y la autoridad civil es de total sumisión de las primeras a la segunda.

En tiempo de paz la justicia militar, según la actual regulación, conserva competencias en materia penal, contencioso disciplinaria y, residualmente, en materia civil. Por lo que respecta a la primera, la penal, la Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre, el Código de justicia Militar, introduce una novedad importante con el abandono de los criterios por razón del lugar y por razón de la persona y fía solo al criterio formal la delimitación del ámbito material de la jurisdicción militar. El cambio en la legislación no lo impuso el Tribunal constitucional que no discutió la validez constitucional de los criterios suprimidos (33) y se limitó a sentar la presunción de competencia del juzgador ordinario. Había en cada caso que desmontar esa presunción demostrando la competencia del órgano militar. El Tribunal Constitucional no discutió la pertinencia constitucional de las normas, sino que se limitó a imponer un criterio restrictivo (34) cuando se hubiera de decidir quien era competente (35). Latía tras la argumentación del T.C. el deseo de impedir la extensión indebida de la justicia militar a costa de la ordinaria (36) por el espurio camino de considerar afectados intereses militares y atraer para la jurisdicción especial la protección de los mismos en más supuestos de los que el principio restrictivo impuesto por la Constitución hacia deseable.

En síntesis, la legislación española anterior a 1985 consideraba delito militar toda conducta que menoscababa el cumplimiento de los fines militares. Dichos fines los concretó la jurisprudencia del T.C.: Disciplina, cohesión de las FF.AA. y la defensa nacional. Este criterio formal tan amplio se completaba con la atribución a la justicia castrense de todas aquellas causas en las que se hubiera producido atentado contra bienes jurídicos militares, siempre y cuando los autores fueran algunas de las personas previstas en el Código, normalmente militares, o que la comisión de la acción hubiera tenido lugar en establecimiento militar. En otras palabras, el criterio formal se completaba con el de *ratio loci* y el de *ratio personae*. También conductas no tipificadas en el Código de justicia Militar pasaban a la justicia castrense en virtud del poder de atracción de los criterios citados. Y aquí empezaban los conflictos de jurisdicción que aconsejaron al T.C. imponer la restricción antes aludida.

Para conjurar el peligro apuntado, el legislador en 1985 hace tabla rasa y apuesta por la total tipificación de todas las conductas susceptibles de ser vistas en la jurisdicción militar (37). Se suprimen así los criterios en razón de la persona y del lugar y se emplea, exclusivamente, el criterio formal (38). La seguridad jurídica de la opción legislativa de 1985 parece mayor, al excluir la previa interpretación de aquellos preceptos anteriores. Ahora, en cambio, el reparto entre la justicia ordinaria y la militar resulta más cómodo y, aunque persisten las críticas, más nítida es la distribución de causas. Ya no se necesita demostrar en cada caso el peligro para los intereses militares; basta comprobar que la acción imputada está tipificada y si no lo está enviar el asunto al juez ordinario.

Las críticas (39) al uso exclusivo del criterio formal destacan lo artificioso del mismo, cuando militariza conductas que no revisten esa naturaleza o, al revés, deja fuera de persecución jurisdiccional militar actos lesivos de los intereses castrenses; éstos quedan, así, privados de específica protección jurisdiccional militar y, aunque no quedan exentos de castigo, su imposición corresponde a los Tribunales ordinarios. Desde el prisma de los críticos el reparto trazado resulta a menudo caprichoso y arbitrario.

Más contundentes son las descalificaciones (40) que se hacen de la competencia contencioso-disciplinaria atribuida a los órganos juzgadores militares. El nuevo Código de justicia Militar despenalizó las faltas graves y leves que pasaron, desde entonces, a ser consideradas susceptibles de sanción administrativa. En este tránsito el Ministerio de Defensa y su subsecretario recibieron la facultad de imponer dichas sanciones. Ya no son sólo los mandos quienes imponen esas sanciones, ahora comparten esa facultad con las autoridades políticas del ministerio. Si las sanciones tienen por objeto salvaguardar la disciplina, ahora las autoridades políticas disfrutaban de esa posibilidad, además en el escalón superior. Se rompe también en materia de faltas el principio de unidad de mando y de sanción. Distinguen los críticos del modelo adoptado entre

dirección política, sin discusión atribuible al Gobierno, y mando propiamente dicho que debería corresponder, a su juicio, solo a los superiores militares. Sea como fuere, hoy toda sanción impuesta por un mando militar puede, en su caso, ser revisada por el Ministro que, a su vez, puede imponerla directamente (41).

Se introduce un procedimiento contencioso-administrativo donde encauzar los recursos contra las imposiciones de estas sanciones y de su sustanciación y resolución se encarga a la jurisdicción militar. De este modo se ensancha, aunque solo nominalmente, el ámbito de la justicia militar pues trata de estos supuestos contencioso-administrativos además de los habituales de índole penal.

III.3. JURISDICCION MILITAR Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Hasta aquí nos hemos venido ocupando de las alternativas posibles y hemos reparado en la vigente ordenación normativa de nuestro objeto. Ya es hora de ocuparse del aspecto más esencial de la justicia castrense: su relación con los principios constitucionales y en especial, con aquellos que directamente afectan a la función de administrar justicia. Esta relación no es un arbitrio teórico por nuestra parte, sino que viene impuesta por el artículo 117.5 de la Constitución cuando exige el «acuerdo» de la justicia militar con los «principios constitucionales». Ya hemos explicado que el grado de intensidad de ese «acuerdo» dependía de cual fuera la alternativa escogida por el legislador: Veamos ahora como la legislación actual se adecua o mejor, trata de adecuarse a los «principios constitucionales». Pero para comenzar, ¿cuáles son estos principios?, ¿sólo los referidos a la Administración de justicia o todos los recogidos en la Carta Magna? A nuestro parecer son todos los principios recogidos en el Texto constitucional los que vinculan al legislador en todo instante, también cuando acomete la regulación de la jurisdicción militar. No obstante, son los principios relativos a la función jurisdiccional los que, por obvias razones, con mayor especificidad afectan a la ordenación normativa que aquí nos interesa. A ellos nos referiremos, pues, con mayor extensión.

De la primera interpretación sistemática de la Constitución se desprenden inmediatamente dos consecuencias: Primera, la intensa proyección que han de tener los principios en ella proclamados, e incluimos la operatividad principal de los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, que toda excepción a esa proyección o toda exclusión del disfrute pleno de un derecho deben estar justificadas en valores, intereses, en suma, en preceptos constitucionales.

Como se mencionó más atrás, la situación de los militares no es idéntica a la del resto de los ciudadanos. Los militares, como sucede con otros colectivos, ven limitados el goce de alguno de sus derechos fundamentales; baste citar el derecho a la participación política, la libertad sindical, el derecho de reunión y manifestación o el derecho de asociación. No siempre además esas excepciones se hallan expresamente mencionadas en la Constitución, si bien la «razonabilidad» de las mismas se explica por las altas misiones que la Constitución atribuye a los Ejércitos y para cuyo cumplimiento resulta imprescindible la disciplina. Esta última justifica todas las excepciones mencionadas para garantizar la cohesión de las FF.AA. al servicio de la defensa nacional.

Tampoco sería de recibo que el ejército se inspirara en principios democráticos cuando de organizarlo se tratara, ni su funcionamiento podría encauzarse por procedimientos electorales. Las FF.AA. rehuyen, por su propia naturaleza, la proyección en su seno de ciertos principios constitucionales; y ello es así porque de proceder de otra manera se inhabilitaría a los Ejércitos para desempeñar sus misiones. ¿Ocurriría lo mismo si se organizara una jurisdicción militar del todo respetuosa con los principios de unidad jurisdiccional, exclusividad e independencia? ¿Es esto precisamente lo que reclama el artículo 117.5 de la Constitución?, o, por el contrario ¿las mismas causas que justifican las excepciones, mas atrás apuntadas, exigen que también en la esfera judicial se respeten las peculiaridades tradicionales de lo castrense? Desde el punto de vista que venimos manteniendo, entendemos que la Constitución no exige ese pleno

respeto de los principios relativos a la Administración de justicia y que sólo impone la reducción de las posibles excepciones al ámbito estrictamente castrense. Ahora bien, el legislador ha de calibrar, en cada momento, si las excepciones comentadas, también las que afectan a los principios jurisdiccionales, pueden suprimirse, sin afectar el cabal cumplimiento de las misiones encomendadas a los Ejércitos (42). De esta suerte, en algunos Estados de larga tradición militar, como Francia, se suprimió la jurisdicción militar, sin que tal eliminación suponga menoscabo ninguno en la efectividad de los cometidos militares. En el Reino Unido, Estados Unidos y, en general, en aquellos países de la órbita anglosajona se conserva, empero, una justicia militar mas bien tradicional, la «*justice under fire*». Mientras que en otros estados, como Italia, procedieron a la incorporación total de los órganos judiciales militares dentro de la jurisdicción ordinaria, como jurisdicción especializada. Países, todos ellos democráticos, con opciones distintas y en los cuales las FF.AA. cumplen con eficacia sus cometidos (43).

Pudiera desprenderse de la argumentación anterior que, puesto que las FF.AA. pueden funcionar correctamente sin contar con su propia, especial o especializada, jurisdicción, lo más correcto sería suprimir la excepción a los principios constitucionales y encomendar toda actividad jurisdiccional a los Tribunales ordinarios. Aunque correcto, el razonamiento no es del todo aplicable a nuestro Ordenamiento porque el constituyente no impone, eso entendemos nosotros, un modelo de los tres posibles, sino que permite al legislador optar por aquel que le parezca mejor. Así, en 1980 se establece justicia militar de corte tradicional y en 1987 se regula otra distinta que ahora pasamos a analizar.

La Ley Orgánica 4/1987 parece llevar a cabo la incorporación de la jurisdicción militar al Poder Judicial y terminar, de esta suerte, con las excepciones a los principios constitucionales sobre jurisdicción. Pero la integración es puramente nominal, solo en apariencia. El resultado es un híbrido entre el modelo tradicional y el de jurisdicción especializada dentro del Poder judicial (44). Se mantienen en la práctica elementos, rasgos, y no poco importantes, del modelo tradicional, pero se proclama formalmente la integración. La armonía vista por algunos autores (45) no existe porque la relación entre la jurisdicción militar y los principios jurisdiccionales sigue siendo problemática. Para empezar, el principio de unidad proclamado en el artículo 117.5 de la Constitución no se respeta cabalmente por mucho que se interprete la creación de la Sala quinta del Tribunal Supremo como la prueba de tal integración (46). La integración se produce, si, pero en la cúspide, sin que en el resto de los escalones judiciales pueda hablarse de unidad jurisdiccional. Las diferencias organizativas, de funcionamiento, de reclutamiento de los jueces militares, de gobierno de los órganos juzgadores son muy notables. Forman los órganos judiciales militares un cuerpo separado que opera, en definitiva, como una jurisdicción especial. No se les puede aplicar el calificativo de órganos judiciales especializados dentro del Poder judicial. Ni siquiera en la cúspide del organigrama judicial se produce la absoluta integración puesto que el nombramiento de la mitad de los vocales de la Sala Quinta, los Vocales Togados militares, sigue cauces distintos de los del resto de sus compañeros de sala.

Por añadidura, el respeto absoluto del principio de unidad exige el cumplimiento, también, del resto de los principios. Sólo el respeto combinado de todas las exigencias dimanantes de todos los principios permitiría consagrar la auténtica integración de la jurisdicción militar en el Poder judicial.

La Ley Orgánica 4/1987 proclama solemnemente que la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde, exclusivamente a los órganos judiciales militares (47). También aquí se trata de puro nominalismo porque la exclusividad sólo existe, en realidad, cuando los órganos juzgadores pertenecen a un único Poder judicial, lo que no sucede con los Tribunales militares, por muy adelante que lleve la Ley Orgánica 4/1987 la tecnificación de los mismos.

Lo que si hace la Ley Orgánica 4/1987 es despojar a los mandos militares de la función de juzgar que, tradicionalmente, les había correspondido. Recuérdese que esa coincidencia entre el mando y la función jurisdiccional era uno de los rasgos más importantes, si no el que más, del modelo tradicional de justicia

castrense. Quien daba las órdenes, era asimismo el encargado de sancionar su incumplimiento. Privar al mando de su facultad de juzgar debilita su posición y resquebraja la disciplina, según los defensores del modelo más tradicional. En la actual legislación española el mando no ha perdido por completo la capacidad de sancionar ya que conserva la facultad de castigar las faltas graves y leves; pierde, eso sí, la posibilidad de imponer penas a través de los consejos de guerra. Antes de 1985, como se explicó páginas atrás, toda conducta lesiva de los intereses militares o tipificada en la norma penal militar podía ser sancionada penalmente por el mando. Desde esa fecha, cuando se despenalizan las faltas graves y leves, el mando ya no impone penas, puede solo sancionar administrativamente. Le resta un ámbito donde actuar, pero se le sustrae la parte principal que pasa en exclusiva a los órganos jurisdiccionales militares. Por lo demás, el mando comparte la facultad de sancionar administrativamente con las máximas autoridades políticas del Ministerio de Defensa.

La exclusividad de los Tribunales militares, tal y como la regula la Ley Orgánica 4/1987, no es real porque no forman parte del Poder judicial. La efectiva exclusión se nota en varios de los elementos de la justicia militar: En primer lugar, no todos los vocales de los Tribunales militares son juristas pues, aunque en minoría, comparten Tribunal profesionales estrictos de la milicia que sólo por azar ocupan ocasionalmente plaza en el Tribunal. Se afirma que la presencia de éstos últimos vocales permite al Tribunal conocer el punto de vista del profesional puro. La exacerbación de esa idea es propia del modelo tradicional que, como vemos, todavía se proyecta, si bien débilmente en el sistema actual. Algunos autores e incluso el preámbulo de la propia Ley 4/1987 justifican la oportunidad de incluir a esos vocales militares, no en la tradición sino en la institución del jurado, prevista por nuestra Constitución para la justicia penal.

Por lo que respecta a los vocales letrados, proceden de un cuerpo jurídico militar y no del cuerpo único de Jueces del Estado, como sucede, por ejemplo en Italia. Los miembros del cuerpo Jurídico siguen la carrera militar con sus correspondientes ascensos y están sometidos en ella al Ministerio de Defensa.

No hay en puridad exclusividad, tampoco, porque los miembros del cuerpo jurídico se dedican, según el puesto que ocupen, de la facultad jurisdiccional o de tareas de asesoramiento al mando. Cierto que nunca despliegan actividades judiciales y de asesoría a un tiempo, pero el sentido pleno del principio de exclusividad exige, no solo de los órganos juzgadores, sino también de sus miembros que se dediquen por entero a lo largo de su carrera en el cuerpo único de Jueces a la aplicación de la ley y sólo a la aplicación de la ley.

Tampoco son los órganos jurisdiccionales militares órganos judiciales en sentido estricto ya que no son gobernados por el Consejo General del Poder judicial, salvo alguna poco relevante conexión, sino por el Ministerio de Defensa. Más bien se trata de una justicia administrativa concentrada, sobre todo, en la esfera penal. Tanto los órganos como los componentes de los mismos, dependen casi en todos los supuestos del Ministerio de Defensa (48). Así las cosas, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, con su composición mixta, la mitad de sus miembros provienen del cuerpo jurídico militar, resulta anecdótica y no permite con su sola presencia certificar la incorporación de la jurisdicción militar al Poder judicial ni consagrar, como pomposamente hace la Ley 4/1987, la exclusividad.

Con reiteración, la Ley Orgánica 4/1987 proclama la independencia de los Tribunales militares y de sus miembros, y lo hace en términos parecidos a los empleados en la Ley Orgánica del Poder judicial. La coincidencia terminológica acaba en los formalismos empleados ya que tal independencia está todavía lejos de verse eficazmente garantizada en la jurisdicción militar. Expliquemos por qué.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 4/1987 impone a todos la obligación de respetar la independencia de los órganos juzgadores militares. También se garantiza esa independencia frente a los propios órganos de gobierno de los Tribunales (art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987). El artículo 9 enfatiza la independencia de los Tribunales militares y declara la inamovilidad de sus miembros; al tiempo advierte su solo sometimiento al imperio de la ley. Como garantía de esa independencia, los jueces militares pueden elevar sus quejas al Consejo General del Poder judicial, cuando consideren que está en peligro. Hay que recalcar que el

Consejo General del Poder judicial no es el órgano de gobierno de los Tribunales militares; de esta encomienda se ocupa la Sala de gobierno del más Alto Tribunal militar. Lo anterior demuestra la falta de completa integración de la justicia militar en la jurisdicción ordinaria. No obstante, el legislador, al regular la posibilidad de que los jueces militares puedan elevar sus quejas al Consejo General, parece considerar insuficiente la protección de la independencia ofrecida dentro de la propia justicia militar y creer necesaria una protección supletoria. El Consejo General del Poder judicial, que apenas cuenta con facultades testimoniales sobre la jurisdicción militar, es, sin embargo, el baluarte último de la independencia de los jueces castrenses.

Al margen de lo dicho hasta ahora, la única garantía indiscutible y eficaz de la independencia judicial es la pertenencia a un cuerpo único de Jueces y Magistrados. Y no hay duda de que los miembros de los Tribunales militares no forman parte de ese cuerpo, sino de otro: el jurídico militar, los Vocales Togados, o son, escuetamente, profesionales de la milicia sin cualificación jurídica ninguna, los vocales militares.

La verdadera unidad del Poder judicial exigiría que los vocales de los Tribunales militares fueran miembros del cuerpo único de Jueces del Estado (49). Además de la integración de los Tribunales militares en el Poder Judicial se precisa la absorción del cuerpo jurídico militar por el cuerpo único de Jueces. Sólo esta doble integración, orgánica y funcional, supone respeto íntegro de los principios de unidad, independencia y exclusividad. No basta la integración en la cúspide del Poder judicial con la Sala Quinta del Tribunal Supremo, ni la tecnificación de la jurisdicción militar ni la proclamación enfática de la independencia de sus protagonistas si, a la postre, la carrera de los miembros del cuerpo jurídico no depende, como la de los jueces ordinarios, del Consejo General del Poder Judicial, sino del Ministerio de Defensa. La carrera de los jueces militares es la de los profesionales de la milicia, se someten, por ello, al sistema de ascensos y cambios de destino que tales ascensos suponen. La promoción de los componentes del cuerpo jurídico militar depende íntegramente de la voluntad del Ministerio de Defensa y, en concreto, de unas juntas de evaluación, en cuya composición es casi simbólica la presencia de Jueces. Salvo en la selección de los miembros militares de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, el Consejo General carece de competencias en materia de promoción dentro de la jurisdicción militar; y ni siquiera en el caso de la Sala Quinta del Tribunal Supremo las atribuciones del Consejo son muy significativas, puesto que se limita a escoger a cada uno de los vocales militares entre los propuestos en una terna por el Ministerio de Defensa. Por último, tampoco está en la mano del Consejo General sancionar a los miembros de los Tribunales militares.

Muy débilmente se asegura la inamovilidad de los jueces militares, toda vez que sus ascensos llevan aparejados cambios de destino, y lo que es más importante, pueden acarrear pérdida de condición de juez y paso a tareas de asesoramiento. Los «inocentes ascensos» (51) podría utilizarlos el Ministerio de Defensa para desplazar a jueces incómodos, poco afectos a la autoridad del Ministerio. Nada garantiza que un juez militar lo siga siendo hasta su retiro, debido a la duplicidad de funciones que caracteriza al cuerpo jurídico militar (52). Lo anterior constituye excepción importantísima al principio de exclusividad, que impone, por un lado, que los órganos juzgadores se dediquen solo a juzgar y, por otro, que sus miembros se ocupen en exclusiva de la función jurisdiccional. De considerar cumplido el principio de exclusividad en el plano puramente orgánico, lo privaríamos de su papel esencial como refuerzo de la independencia judicial. De nada sirve la exclusividad de los órganos si sus miembros pueden, con un ascenso, ser despojados de su condición de Jueces.

III. 4. JURISDICCION MILITAR Y GARANTIAS PROCESALES

¿En qué medida es posible que en la jurisdicción militar no se cumplan cabalmente todas las garantías procesales recogidas en la Constitución? El T.C. ha reconocido en diversas sentencias las especialidades del proceso castrense (53). Ello, sin embargo, no obsta para que el contenido del artículo 24 del Código

Constitucional se proyecte intensamente en el funcionamiento de la justicia militar, sin poner en peligro los valores militares (54). Esta proyección suficiente se garantiza, a nuestro juicio, en buena medida con la legislación vigente. Se evita que tampoco en la esfera castrense sean frecuentes los supuestos de indefensión y que cada implicado pueda, en condiciones de igualdad hacer valer su derecho a acceder a la jurisdicción y la presunción de inocencia. Sin embargo, la plenitud de esa proyección está ligada, estrechamente, a la efectividad de los principios de unidad, exclusividad e independencia: Cuantas mas excepciones a los principios presente la legislación, mas débil cumplimiento de las garantías procesales. Una regulación de la jurisdicción militar como la española de 1980, configuradora de un modelo tradicional, incorporaba excepciones al disfrute de las garantías procesales. Era el sino de una jurisdicción especial separada y distinta de la jurisdicción ordinaria. Entre las diferencias mas significativas la de que los inferiores juzgaban a los superiores, ni siquiera la tecnificación, implantada por la actual legislación, la de 1987, rompe la tradición secular en los ejércitos: A un superior no puede juzgarle nunca un inferior, aunque el inferior sea un técnico del derecho. Lo anterior es consecuencia de la militarización del cuerpo jurídico militar.

Si la Ley Orgánica 4/1987 presenta muchos defectos, algunos de ellos esenciales, también ofrece aciertos indudables, en especial, la multiplicación de las cautelas tendentes a salvaguardar el disfrute de los derechos recogidos en el artículo 24 de la Constitución. Empero, el pleno goce de tales derechos viene estorbado, como hemos afirmado atrás, por la estructura misma de la justicia militar. A pesar de todo, se regula acertadamente el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (55) y mas probables son los procesos sin dilaciones indebidas en la jurisdicción castrense que en la ordinaria.

La problemática proyección de los principios jurisdiccionales en la justicia militar oscurece la eficacia de otras garantías procesales en este ámbito. ¿Hasta qué punto la excepción a la exclusividad que conlleva la duplicidad de funciones en el cuerpo jurídico militar debilita la presunción de inocencia y la igualdad entre las partes? O ¿en qué medida la jerarquización castrense del cuerpo jurídico y la peculiaridad de la jurisdicción militar menoscaban el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley? (56). Hay perturbaciones evidentes que no vamos a pormenorizar aquí, pero que tienen su raíz en la mentada relación, no siempre armónica, entre justicia militar y principios jurisdiccionales de la Constitución. No basta, tampoco, en relación con las garantías procesales su mera proclamación si su concreción práctica no resulta convincente.

Las eventuales lesiones, infringidas al derecho de tutela judicial efectiva en la esfera militar, tienen cauce para corregirse. Del sistema general de protección de este derecho no queda fuera, claro está, la justicia militar. Por un lado, el afectado dispone de la vía judicial que le exige agotar la vía previa ante los Tribunales militares y acudir al Tribunal Supremo, Sala Quinta, en todos los casos invocando el derecho vulnerado. Después de lo anterior podrá interponer recurso de amparo ante el T.C. El Alto Tribunal, cuando se ha pronunciado, reconoce las especialidades de la justicia militar en lo tocante a los derechos procesales (57).

Por otro lado y en relación con la protección descrita, los militares disponen del *Habeas corpus* (58) y el complemento de las quejas ante el Defensor del Pueblo.

III.5. LOS ORGANOS JURISDICCIONALES MILITARES

La reforma del año 1987 rompe con el modelo tradicional en casi todo y significativamente despoja a los mandos militares de la función juzgadora que, tradicionalmente, desempeñaban por medio de los consejos de guerra. Los nuevos órganos juzgadores militares son, al menos sobre el papel, independientes del mando; se priva a éste de la función de juzgar y se atribuye a los Tribunales militares; solo a éstos corresponde ahora juzgar y nada más que juzgar. En lo anterior fundan su opinión quienes entienden cumplidos los principios de exclusividad y de independencia. La Sala quinta del Tribunal Supremo bastaría, por su parte para considerar cumplido el principio de unidad jurisdiccional. Más atrás criticábamos la facilidad con

la que se consideraban atendidos en la esfera militar los principios constitucionales sobre jurisdicción. No es, por tanto ahora, el momento de incidir en lo ya expuesto, pero sí convendría recordar el contexto donde las consideraciones que siguen van a desplegarse.

Los Tribunales militares son órganos permanentes, a diferencia de los consejos de guerra, creados para cada ocasión. El mando carece además de toda facultad para nombrar a sus componentes que, con la excepción de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, son escogidos por el Ministerio de Defensa mediante Real Decreto, entre los componentes de una terna propuesta por la sala de gobierno del Tribunal central militar. Así se seleccionan los Vocales Togados, miembros, todos ellos, del cuerpo jurídico militar. Los componentes letrados del Tribunal militar suman cinco: el presidente y cuatro vocales, a los que se añaden otros dos vocales, militares profesionales y legos en derecho. Los vocales estrictamente militares no tienen en el Tribunal una presencia permanente, sino que se nombran para cada caso mediante sorteo y reciben, por esto, el nombre de escabinados. El preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987 justifica la presencia de esos dos vocales en la previsión constitucional del Jurado en el proceso pena, pero mas crédito merece la opinión de que están en el Tribunal militar para ofrecer el punto de vista del auténtico profesional de la milicia, en asuntos en los cuales su conocimiento parece imprescindible porque los Vocales Togados, aunque militares, carecen de la experiencia y del contacto diario con la realidad castrense. En la actual composición mixta de los Tribunales militares parece desprenderse cierta desconfianza, a pesar de todo, hacia los saberes estrictamente militares de los Vocales Togados y, por ello, se les proporciona la colaboración de dos militares profesionales. También en este punto se invierte la situación en relación con los Consejos de guerra en donde los auditores estaban en franca minoría; eran ellos quienes asesoraban, desde el punto de vista jurídico en casos considerados antes, preferentemente, desde el lado profesional. Ahora la tecnificación de los órganos jurisdiccionales militares (59) ha llevado a la judicialización de esos asuntos y reducido a los vocales profesionales a ser meros auxiliares de los Vocales Togados (60).

En la Sala Quinta del Tribunal Supremo no hay ya vocales profesionales y los togados comparten la sala con igual número de vocales procedentes de la carrera judicial: cuatro y cuatro se sientan en la sala y, tal como impone la Ley Orgánica 4/1987, los Vocales Togados se incorporan a todos sus efectos, desde su inclusión en el Tribunal Supremo, a la carrera judicial. Lo que no se hace con el resto de los miembros de los Tribunales militares se lleva a cabo con los que alcanzan la Sala Quinta. Pero solo a partir del momento de la incorporación porque hasta entonces, se promocionan dentro del cuerpo jurídico militar, sometidos a las directrices del Ministerio de Defensa. A los Vocales Togados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo los nombra el Consejo General del Poder Judicial entre los componentes de una terna presentada por el Ministerio de Defensa, quien tamiza de esta manera el acceso al Tribunal Supremo y ha controlado, por lo demás, el ascenso al generalato, grado que deben poseer los incluidos en las ternas.

También apuntamos páginas atrás que, si bien los Tribunales militares son permanentes, no lo es la dedicación de los miembros del cuerpo jurídico militar a la tarea juzgadora. La duplicidad de funciones de los componentes de ese cuerpo constituye, quizás, el punto mas débil de la jurisdicción militar. Dicha duplicidad permite que los cambios de destino lleven aparejadas funciones de asesoramiento, es decir labor predominantemente burocrática al servicio del mando o del mismo Ministerio de Defensa.

La estructura orgánica de la jurisdicción militar comienza con la discutible integración de la Sala quinta de lo militar del Tribunal Supremo y continua, ya con su organización propia, en el Tribunal central militar cuya sala de gobierno dispone de numerosas e importantes facultades, sobre todo, la casi en exclusiva de gobierno e inspección de los Tribunales militares inferiores. Los siguientes escalones los forman, en orden jerárquico, los Tribunales militares territoriales y los juzgados togados militares; a los últimos se encomiendan tareas de instrucción, preparatorias de las resoluciones de los Tribunales superiores. En la distribución de las causas entre todos los Tribunales mencionados la Ley Orgánica 4/1987 impone el tradicional criterio de que los superiores juzgan a los inferiores. De esa suerte, el reparto se hará según el grado de

los miembros de cada Tribunal y el grado del encausado.

III.6. RECURSO DE CASACION DE LOS MANDOS MILITARES

En clara compensación por haber sido despojados de sus facultades jurisdiccionales, los mandos militares reciben en la vigente legislación la posibilidad de interponer recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales militares. Se trata de una figura novedosa (61) que pone en manos de quien no ha sido parte en el proceso una última posibilidad para instar la acción revisora del Tribunal Supremo y propiciar la modificación del estado de cosas sentado por la sentencia recurrida. El mando militar recurrente no disfruta de ocasión ninguna para hacer valer su punto de vista en situaciones que afectan directamente a personas a sus órdenes, salvo, ya una vez dictada la resolución del órgano judicial militar, la abierta por este recurso de casación. Podríamos preguntarnos por qué no se ha previsto cauce procesal a través del cual la posición del mando se exprese antes de dictarse la sentencia que puede recurrirse en casación. Tal vez la respuesta haya de buscarse en la preservación de la independencia del Tribunal, mermada si se admitiera la participación procesal del mando. Para evitar ese hipotético menoscabo de la independencia, pero abrir la puerta para expresar el disentimiento, el legislador articuló el comentado recurso de casación. De esta manera, el Tribunal militar actúa sin cortapisa ninguna y solo después el mando, si disiente, puede interponer el recurso de casación en defensa de los intereses que la legislación contempla. De la confección del recurso y del asesoramiento al mando recurrente se encarga un miembro del cuerpo jurídico militar. Están legitimados para interponer el recurso los mandos superiores genéricamente contemplados en la Ley Orgánica 4/1987. Quienes han de considerarse tales a los efectos del recurso lo detalla una norma inferior (62).

f0 En términos, quizás vagos, el artículo 181 de la Ley Orgánica 4/1987 establece que intereses justifiquen la intervención, extramuros del proceso hasta ese momento, del mando militar al interponer un recurso de casación. Se dice en la ley que es la «defensa de los intereses militares esenciales». De nuevo chocamos con un concepto jurídico indeterminado (63) cuyo sentido concreto es susceptible de interpretación en cada caso, para apreciar si quien recurre cumple este requisito ineludible, pues sólo para la defensa de esos intereses cabe el uso del recurso (64). La disciplina y la cohesión de las FF.AA. son los criterios más plausibles para explicar la frase aludida. Sería admisible el recurso cuando el mando considerara amenazadas la disciplina o la cohesión del Ejército por la sentencia de un Tribunal militar.

Pero al requisito anterior se unen otros, igualmente imprescindibles, a saber: Que el encausado sea personal militar a las órdenes del mando recurrente y que los hechos afecten al territorio bajo su mando. La coincidencia de ambos requisitos, más el señalado con anterioridad (el subjetivo, ser mando superior y esgrimir como pretensión procesal la defensa de la disciplina) capacitan al recurrente para actuar. Naturalmente, al legitimado no se le obliga a hacer uso de su legitimación contra cada sentencia recurrible (65). Es libre de apreciar si hay peligro para los intereses esenciales y, sólo en el caso de peligro para los mismos, debe proceder. Los intereses esenciales constituyen pues el bien jurídico que con este recurso le cabe al mando proteger y la pretensión procesal cristaliza en el plano más técnico esa defensa (66), que, por lo demás, incumbe al mando en todo momento de su vida profesional. La articulación procesal de la mentada pretensión revestirá la forma de recurso por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, actuando la Sala Quinta del Tribunal Supremo como proceda en cada caso.

III.7. CONTROLES SOBRE LA JURISDICCION MILITAR

Dentro del marco de la Constitución, el primero de los controles lo protagoniza el propio legislador, al ser él quien aprueba las normas reguladoras de la justicia castrense. Así lo prevé el artículo 117.5 del Texto

constitucional, que, salvo las pautas esenciales, permite a las Cortes generales un margen de maniobra muy amplio, como demuestran los vaivenes legislativos habidos en esta materia.

Establecida la legalidad, al Gobierno, y al Ministerio de Defensa en concreto, corresponde gobernar y dirigir el funcionamiento de la jurisdicción militar. Bien es verdad que la ley impone múltiples cautelas para salvaguardar la independencia de los órganos juzgadores, pero son muchas las vías a través de las cuales el Ejecutivo influye en la vida de los Tribunales militares, sobre todo porque controla la carrera de sus componentes.

El gobierno directo de los órganos juzgadores militares no lo ostenta el Ministerio de justicia ni el Consejo General del Poder judicial, sino la Sala de gobierno del Tribunal central militar. El papel del Consejo es menor y apenas posee mínimas facultades en materia de inspección, el nombramiento de los vocales militares de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y la recepción de quejas que le presenten los vocales de los Tribunales militares cuando sientan amenazada su independencia.

El Tribunal Constitucional puede por dos vías convertirse en supervisor del funcionamiento de la jurisdicción militar. Como cualquier poder público, también los Tribunales militares pueden, potencialmente, lesionar derechos constitucionales, los recogidos en el artículo 24 de la Constitución, sobre todo. El recurso de amparo, interpuesto por los afectados, provoca, si se admite, el pronunciamiento del Tribunal constitucional. Antes internamente la propia jurisdicción militar se depura con los recursos que procedan y asegura la exacta apreciación de los hechos y de las pruebas y se asegura la correcta interpretación y aplicación del derecho.

Sin detenernos en el recurso de inconstitucionalidad, sí merece la pena considerar las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los órganos jurisdiccionales militares. En idénticos términos a la Ley Orgánica del Poder judicial, la Ley Orgánica 4/1987 impone a los Tribunales militares la obligación de elevar cuestión cuando consideren que la norma con rango de ley aplicable al caso no admite una interpretación conforme a la Constitución. Esta posibilidad ha sido utilizada por los Tribunales militares, pero todavía no se han resuelto las cuestiones planteadas que afectan, según nuestras noticias, a aspectos importantes de la justicia castrense.

Son, pues, muchas las maneras que nuestro Ordenamiento prevé para asegurarse, primero, la constitucionalidad de la legislación en la materia y, después, la correcta aplicación de la ley.

IV. CONCLUSION

Nuestro legislador, discrecionalmente, ha configurado la actual jurisdicción militar sin atenerse al modelo que brinda la tradición, pero tampoco ha afrontado la plena y consecuente integración de la misma en la jurisdicción ordinaria (67). A diferencia de quienes opinan que tal integración es ya efectiva, disentimos y ello, a pesar del énfasis con que la ley proclama dicha integración. Ni hay respeto cabal de los principios de unidad, exclusividad e independencia, ni por ello completo disfrute de las garantías procesales en el ámbito jurisdiccional castrense. En suma, no se trata de una jurisdicción militar especializada dentro del Poder judicial, como pretenden hacer creer sus apologetas, sino de un *tertium genus* a caballo entre la jurisdicción integrada y la especial. Desemboca, más bien, en una justicia especial pues no caben medias tintas, o se integra con plenitud o queda fuera. Reproducir en la jurisdicción especial muchos rasgos de la jurisdicción ordinaria, como ocurre en la actual legislación, no significa integrar sino mimetizar.

Además, la presente configuración mantiene rasgos del modelo tradicional que como hemos explicado no está proscrito por nuestra Constitución (68). Si no es una cosa ni otra, ¿qué calificación daríamos a nuestra legislación castrense? Una suerte de justicia ni genuinamente militar ni integrada, mejor calificarla de administrativizada (69) y, casi por completo, sometida al Ministerio de Defensa. Así se logra el máximo

control político sobre la misma, pero se desnaturaliza y obliga a dudar de su carácter jurisdiccional.

Las puertas están abiertas a una nueva reforma que resuelva las contradicciones y palie los defectos de la legislación vigente. Convendría avanzar decididamente hacia una justicia militar sin claudicaciones (70) integrada de veras en el Poder judicial, aún con ciertas especialidades ineludibles (71), y si dicha integración se retrasa, desdóblese el cuerpo jurídico militar creando dos ramas: una dedicada a tareas de asesoramiento y otra encargada, exclusivamente, de juzgar.

NOTAS:

(1) Entre los que destacan Francisco FERNANDEZ SEGADO, «La jurisdicción militar en la perspectiva histórica», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, 1990-91, pp. 13 y ss. Ramón PARADA, «Toque de queda por la justicia militar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, 1992, pp. 17 y ss.

(2) R. PARADA explica la contradicción entre los presupuestos tradicionales de la justicia castrense y la Constitución de 1812, ob. cit., p. 24.

(3) Reconocimiento y reducción de la jurisdicción militar en el artículo 117.5 de la vigente Constitución española son los dos elementos configuradores de la misma, F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 764.

(4) Se «imponía, pues, una «transformación radical de la jurisdicción militar», ibid., p.763. R. PARADA, por el contrario, considera posible, a la luz de la Constitución, mantener el modelo tradicional de jurisdicción militar, ob. cit., p. 42.

(5) Cfr. mira cap. II.

(6) El carácter restrictivo impuesto constitucionalmente, o observa, entre otros, F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema...*, ob. cit., p.764 y Eduardo CALDERON SUSIN, «En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, p. 104. Lo mismo establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: así la sentencia 4/1990 de 18 de enero.

(7) Cuyas características describe R. PARADA, ob. cit., p. 13.

(8) La jurisdicción militar sería una excepción al principio de unidad, ibidem.

(9) Sólo dos alternativas, a juicio de R. PARADA, ob. cit., p. 13.

(10) Resumidas y explicadas por F. FERNANDEZ SEGADO en «La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar», en *Cuadernos de estrategia*, núm. 50, 1992, pp. 19 y ss.

(11) Cfr. E. CALDERON SUSIN, ob. cit. p. 83 y F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema....* ob. cit., p. 766.

(12) Así parece desprenderse de lo dicho por José JIMÉNEZ VILLAREJO, «Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, p. 13, cuando se refiere a un cuadro de valores propio de los Ejércitos que explica sus singularidades. También el Tribunal constitucional utiliza en alguna ocasión, aunque sin precisar, los términos «institución militar, para resumir sus peculiaridades y justificar, por ende, las diferencias de trato en la jurisdicción militar, STC 180/1985 de 18 de diciembre.

(13) Como argumenta Fernando LOPEZ RAMON, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 62 y ss.

(14) Para M. HERRERO, en materia militar el refrendo de los actos del Rey constituye un acto complejo, en cuya realización el Rey conserva parte de discrecionalidad, «El Rey y las fuerzas armadas», en *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 39 y ss.

(15) Cfr. Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1985, pp. 62 y ss.

(16) STC 97/1987 de 29 de julio, STC 97/1985 de 29 de julio y la STC 180/1985 de 18 de diciembre

concretan las especialidades de las FF.AA. en su estructura profundamente jerarquizada.

(17) La defensa nacional, tal y como reconocen la STC 75/1982 de 13 de diciembre y la STC 160/1987 de 27 de octubre, o las exigencias defensivas colectivas de la comunidad o los altos fines de las FF.AA., ATC 375/1983 de 30 de julio, son maneras distintas de referirse al contenido del artículo 8 de la Constitución y hallar en él la justificación de las peculiaridades organizativas de los Ejércitos.

(18) Incompatible semejante situación con la Constitución, como demuestra J. JIMENEZ VILLAREJO, ob. cit. p. 12.

(19) La STC 180/ 1985 de 19 de diciembre precisa que las peculiaridades de trato en el ámbito militar no contradicen la eficacia del artículo 14 de la Constitución y responden a la propia naturaleza de la jurisdicción militar.

(20) Así puede proclamarse, como hace J. JIMENEZ VILLAREJO, la autonomía del Derecho penal militar, ob. cit., p. 14.

(21) La jurisdicción militar resulta ser una «derivación y exigencia técnica de la propia especialidad y autonomía del derecho pena militar y del derecho disciplinario militar», J. JIMÉNEZ VILLAREJO, ob. cit., p. 12. En las palabras de Pascual GARCIA BALLESTER, «especialidades derivadas de la propia naturaleza de las FF.AA.», «Jurisdicción militar y Constitución española», en Revista Española de *Derecho Militar*, núm. 53, 1991, p. 158. Esta conexión entre justicia milita, y peculiaridades de los Ejércitos la recalca el Tribunal Constitucional en casi todas sus sentencias sobre la materia; cfr. las sentencias ya citadas en notas anteriores y la STC 121 /1984 de 29 de febrero.

(22) F. FERNANDEZ SEGADO opina que la Constitución española no exige la integración de la jurisdicción militar en las FF.AA., *El sistema....* ob. cit., p. 765.

(23) Implícitamente, la STC 91/1984 de 19 de octubre reconoce la libertad del legislador a la hora de configurar la jurisdicción militar; la discrecionalidad legislativa estaría condicionada por las cautelas constitucionales que obligan a mantener ciertas peculiaridades al regular la justicia castrense.

(24) El criterio restrictivo tendría valor interpretativo, como apunta la STC 75/1982 de 13 de diciembre, pero, a su vez, es también objeto de interpretación.

(25) La regula además, según Oscar ALZAGA, como excepción a la jurisdicción ordinaria, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Foro, p. 718.

(26) Rotundamente lo afirma F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema....*, ob. cit., p. 762. En la misma línea, F. LOPEZ RAMON. ob. cit.

(27) Cfr. R. PARADA, ob. cit., p. 36.

(28) Cfr. J. JIMÉNEZ VILLAREJO, ob. cit., p. 21.

(29) Una integración matizada por P. GARCÍA BALLESTER, ob. cit. p. 154. La jurisdicción militar mantiene su «carácter especial» pero no excepcional, según califica la Sala Quinta del Tribunal Supremo en su sentencia 13/1991.

(30) Cfr. por todos, Enrique RUIZ VADILLO, «Comentario al artículo 117 de la Constitución» en O. ALZAGA (ed.), *Constitución y leyes políticas*, Madrid, EDERSA, tomo IX, p. 349.

(31) *Ibidem* y F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema....* ob. cit., p. 769.

(32) Cfr. artículos 55.1 y 116 de la Constitución y artículos 32 y ss. de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estado de alarma, excepción y sitio.

(33) Cfr. la STC 75/1982, de 13 de diciembre.

(34) STC 22/1982 de 12 de mayo y STC 382/1984 de 27 de junio.

(35) La STC 75/1982 de 13 de diciembre y la STC 4/1990 de 18 de enero consagran la presunción de competencia a favor de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en cada caso, habrá que demostrar la competencia de la justicia castrense.

(36) Cfr. STC 54/1981 de 3 de junio y STC 93/1986 de 7 de julio.

(37) Cfr. F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema...*, ob. cit., p. 768.

(38) Como ejemplo extremo de tipificación exclusivamente formal la del incumplimiento de la prestación civil sustitutoria, cfr. al respecto la STC 60/1981, de 14 de marzo.

(39) Cfr. E. CALDERON SUSIN, ob. cit., p. 103 y ss.

(40) Sobre todo R. PARADA, ob. cit., p. 27.

(41) Esta diferencia no la tiene en cuenta P. GARCIA BALLESTER que enfatiza la semejanza del régimen disciplinario de los jueces militares con el aplicable a los Jueces ordinarios.

(42) En palabras de E. RUIZ VADILLO, «La protección de los intereses de los ejércitos en cuanto instrumentos de la defensa nacional», ob. cit., p. 350. Según E. CALDERON SUSIN, la justicia militar es necesaria porque la jurisdicción ordinaria «no está en condiciones de juzgar con la presteza necesaria», ob. cit., p. 83.

(43) Cfr. por todos José Luis VILLASANTE PRIETO, «Estudio de Derecho comparado sobre organización de la jurisdicción militar en diversos países», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, pp. 57 y ss. y F. FERNANDEZ SEGADO, «La jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia», en *Boletín de Información del CESEDEN*, Ministerio de Defensa, núm. 224, pp. 9 y ss.

(44) Que no respeta ni el modelo tradicional ni, cabalmente los principios constitucionales atinentes a la jurisdicción, R. PARADA, ob. cit., p.39.

(45) Son muchos los que opinan que se ha realizado con la Ley Orgánica 4/1987 la plenitud del principio de unidad jurisdiccional, así: E. GARCIA BALLESTER, ob. cit., pp. 157 y ss. F. JIMÉNEZ VILLAREJO afirma que «se realiza en toda su pureza el principios de unidad jurisdiccional», ob. cit., p. 17. HERNANDEZ MONTIEL califica la justicia militar de especialidad de la jurisdicción única, «En torno a la nueva jurisdicción militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 55, 1990. p. 180. F. FERNANDEZ SEGADO, más cauto dice que la integración se ha conseguido realmente, pero sólo es orgánicamente una realidad en el vértice del Poder judicial, en el Tribunal Supremo, *El sistema...*, ob. cit., p. 765.

(46) J. JIMÉNEZ VILLAREJO parece contradecir su opinión reflejada en la nota anterior, cuando, más adelante, matiza que la jurisdicción militar integra el Poder judicial o, al menos, no se halla «... absolutamente desconectada» de la jurisdicción ordinaria. Luego, implícitamente reconoce cierta desconexión orgánica.

(47) La exclusividad proclamada en el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1987 es incuestionable, según J. JIMÉNEZ VILLAREJO, ob. cit., p. 18. En parecidos términos se expresa F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema ...*, ob. cit., p.770.

(48) José Manuel RAMIREZ SINEIRO detalla, perfectamente los trámites previstos en las normas reguladoras, «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la jurisdicción militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General del Derecho*, 1992, pp. 7167 y ss.

(49) Y ahora no forman los jueces militares parte de ese cuerpo único, R. PARADA, ob. cit., p. 39.

(50) La proclamación de la independencia en la Ley Orgánica 4/1987 no es real, J.M. RAMIREZ SINEIRO, ob. cit., 7.165. La solución sería crear una auténtica carrera judicial militar, *ibid.*, p. 7.183.

(51) R. PARADA, ob. cit., p. 41. También J.M. RAMIREZ SINEIRO advierte sobre el uso político de los ascensos. No se garantiza, pues, la inamovilidad y quede así relativizada la independencia, Antonio MILLAN GARRIDO, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, p. 119. También cfr. HERNANDEZ MONTIEL, ob. cit., p. 183.

(52) Cfr. R. PARADA, ob. cit., p. 40 y J.M. RAMIREZ SINEIRO, ob. cit., p. 7.172.

(53) Cuando los valores militares pueden verse afectados, STC 107/1986 de 24 de junio.

(54) Línea argumental común a todas las sentencias del Tribunal constitucional. Como ejemplo: STC

11/1984, de 28 de noviembre, STC 97/1985, de 29 de julio, STC 66/1986, de 23 de mayo, STC 37/1993, de 8 de febrero. Todas ellas proclives a una intensa proyección de las garantías procesales en la jurisdicción militar.

(55) Artículos 101 y ss. de la Ley Orgánica 4/1987.

(56) A juicio de P. GARCIA BALLESTER, los jueces militares son órganos judiciales no dependientes del mando militar y, por lo mismo "juez ordinario predeterminado por la ley", ob. cit., p. 160. De la misma opinión, J. JIMENEZ VILLAREJO, ob. cit., pp. 22 y 23.

(57) STC 97/1985, de 29 de julio.

(58) STC 93/1986, de 7 de julio.

(59) Cfr. J. JIMENEZ VILLAREJO, ob. cit., pp. 19 y 20.

(60) «Invitados» como los califica R. PARADA, ob. cit., p. 10.

(61) Aunque encontramos sus antecedentes en el antiguo «disentimiento», como recuerda José Francisco QUEROL Y LOMBARDERO, «El mando militar ante el recurso de casación», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, p. 27.

(62) Cfr. el artículo 181 de la Ley Orgánica 4/1987 y su desarrollo en el Real Decreto de 29 de abril de 1990. Todo cumplidamente explicado por J.F. QUEROL LOMBARDERO, ob. cit., p. 43.

(63) Resulta necesario, pues, aclarar el significado de la expresión «intereses militares esenciales» y este propósito tienen las consideraciones de J. F. QUEROL LOMBARDERO, ob. cit., pp. 43 y ss.

(64) El fundamento del recurso señala «la defensa de la disciplina e intereses de los ejércitos», J. F. QUEROL LOMBARDERO, ob. cit., p. 39.

(65) *Ibid.*, p. 35.

(66) Aduciendo los motivos de casación previstos en la ley, *ibid.*, p. 46.

(67) Las dos grandes alternativas ofrecidas por R. PARADA, ob. cit., p. 42.

(68) Luis ALVAREZ ROLDAN califica a la jurisdicción militar de especial equiparándola en esto a la del Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de la Unión Europea, «La nueva jurisdicción militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, tomo I, p. 75.

(69) Una jurisdicción administrativizada contra la que advertía Ignacio de OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 90 y denuncia que se ha materializado en la actual legislación R. PARADA, ob. cit., p. 8.

(70) Sobre todo en materia de independencia de los jueces, *conditio sine qua non* de una auténtica jurisdicción, Trasladar este principio al campo de la justicia castrense es lo que pide I. de OTTO, *Estudios ...* ob. cit., p. 90. Pero no solo este principio, sino todos, como reconoce F. FERNANDEZ SEGADO, «La reforma ... », ob. cit., p.28 o la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo en su sentencia 60/1991, de 14 de marzo.

(71) Cfr. F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema...*, ob. cit., p. 762,

(72) Cfr. A. MILLAN GARRIDO, ob. cit., p. 18.