

**LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN LA JUSTICIA MILITAR ESPAÑOLA. UN
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 115/
2001 DE 10 DE MAYO.**

YOLANDA DOIG DÍAZ

SUMARIO: **I.** Contenido de la sentencia. **II.** Análisis crítico de la sentencia. **1.** El alcance de la disciplina castrense en la justicia militar. **2.** La correspondencia entre la STC 115/2001 y el nuevo modelo de Fuerzas Armadas. **3.** La especial manifestación de la tutela judicial efectiva en el ámbito judicial castrense.

Es posible resumir la trascendencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001 en dos ideas, en la cuestión de inconstitucionalidad que plantea ante el pleno del TC por un lado, y, en la utilización de argumentos que reducen las particularidades de la justicia militar frente a la ordinaria por el otro. Tras el análisis de esta sentencia, se descubrirá que la concepción en torno a la justicia militar que hasta ese momento mantenía el alto tribunal ha sufrido un ligero pero sustancial cambio.

Para demostrarlo, esta sentencia será estudiada desde dos perspectivas. En una primera se presentarán los hechos que promueven el recurso de amparo, se identificarán las cuestiones controvertidas y se resumirán las líneas argumentales de la decisión judicial. En la segunda serán examinados críticamente los fundamentos centrales de la sentencia, comparándolos con pronunciamien-

tos anteriores, destacando su originalidad y subrayando los puntos débiles de su argumentación.

I CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La sentencia materia de estudio resuelve un conflicto que originalmente se planteó ante el juzgado togado militar territorial de Madrid. El cabo de la guardia civil A.B.R. solicitó al juez togado la personación en las diligencias previas abiertas por vejaciones e insultos contra un teniente y otros oficiales que ejercían funciones en el Servicio de Protección y Seguridad existente en la Dirección General de la Guardia Civil. El juez denegó su solicitud por auto de 30 de enero de 1998, pues entendía que la relación jerárquica de subordinación existente entre el perjudicado y los superiores denunciados impedía, de acuerdo con los arts. 127 LPM¹ y 108 LOCOJM², que se persone como acusación particular en las diligencias previas.

En desacuerdo con tal fallo, el solicitante decidió recurrirlo ante el tribunal militar territorial pues consideraba, por un lado, que los denunciados no podían seguir siendo considerados sus superiores al no encontrarse más destinados en la misma Unidad, y solicitaba al tribunal, por otro lado, que planteara cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El tribunal militar desestimó el recurso por auto de 27 de noviembre de 1998, al entender que la condición de superior e inferior es una situación de carácter permanente que no requiere que ambos se encuentren destinados en la misma Unidad como se infiere del art. 12 del Código Penal Militar. Y en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, expresó que el principio constitucional que promueve el ejercicio

- 1 Art. 127 LPM. «Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones. El ejercicio de las acciones que correspondan se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar».
- 2 Art. 108. LOCOJM. «Si la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar lesionare bienes o derechos particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos. No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

de la acción penal sufre una excepción en los supuestos en que lo vedan intereses constitucionalmente relevantes, igualmente protegidos y de condición preponderante, como es la propia naturaleza de la profesión castrense, en la que se inserta la Guardia Civil. Para el específico cometido de sus funciones, la Guardia Civil se organiza en un sistema jerárquico que se manifiesta en una situación de sujeción enmarcada en la unidad y disciplina como factor de cohesión que obliga a todos por igual.

Ante la desestimación del recurso, y habiendo agotado la vía judicial militar, el recurrente interpuso demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, sustentando su pretensión en un doble razonamiento. En primer lugar, alega que el auto ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, por la ausencia de motivación y la aplicación rigorista e inadecuada del supuesto de hecho de la excepción contenida en los arts. 127 LPM y 108.2 LOCOJM. En segundo lugar, propone que la sala del TC plantee al pleno la inconstitucionalidad de los arts. 127 LPM y 108.2 LOCOJM, por encontrarse en contradicción con el art. 24.1 y 2³ en relación con el art. 117.5 CE⁴.

Por su parte, la posición del Ministerio Fiscal es contraria a la del recurrente de amparo y se resume en los siguientes cinco puntos: 1) Se remite a la exposición de motivos de la LOCOJM, donde se justifica la excepción prevista en los arts. 127 LPM y 108.2 LOCOJM; 2) Admite que el legislador no ha querido privar de toda tutela al agraviado, pues tiene siempre expedito su derecho a ejercer la pertinente acción civil ante la jurisdicción ordinaria. 3) Reconoce que la limitación del perjudicado se sustenta en la necesidad de salvaguardar la unidad y la disciplina como elementos fundamentales de la institución militar. 4) Afirma que la relación superior/inferior es de carácter permanente. 5) Entiende que no se vulnera el art. 14 CE, que consagra el principio de igualdad, dado que es imposible establecer un juicio comparativo entre la regulación legal de la

-
- 3 Art. 24.1 CE. «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». «2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminados por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos profundamente delictivos».
- 4 Art. 117.5 CE. «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

jurisdicción castrense y la de la jurisdicción ordinaria, cuando se trata de realidades distintas, cuya especificidad viene reconocida por la propia Constitución.

En este punto, resumiremos los fundamentos jurídicos sobre los que se sustenta la decisión tomada por el TC en la STC 115/2001. En su primer razonamiento, el TC desestima que el auto recurrido carezca de motivación y considera que no se ha hecho una interpretación rigorista de la normas militares, pues, tanto en la fecha de comisión de los hechos motivadores de la denuncia, como en aquella otra en que pretendió comparecer como parte, el Cabo y los Oficiales denunciados ejercían funciones orgánicamente vinculadas en el Servicio de Protección y Seguridad existente en la Dirección General de la Guardia Civil.

Para examinar la cuestión de mayor enjundia constitucional del recurso de amparo, el TC inicia su razonamiento con el sentido de la excepción prevista en los arts. 127 LPM y 108 LOCOJM. Según el TC la exigencia de que exista una relación de subordinación entre agraviado e inculpado, siendo ambos militares, constituye un requisito *sine qua non* para la aplicación de la excepción a la regla general que permite al ofendido mostrarse parte en el proceso penal. El legislador ha querido así atender a determinada singularidad propia de la jurisdicción castrense, al considerar que, en virtud del *status* en que se encuentran los militares afectados, es plenamente constitucional introducir ciertas restricciones o limitaciones al ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, el TC entiende que cualquier análisis sobre la tacha de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM debe tomar en consideración lo establecido por el art. 117.5 CE, que obliga al legislador a regular el ejercicio de la jurisdicción militar de acuerdo con los principios de la Constitución, de manera que la alegada vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24 CE ha de ser enjuiciada partiendo de la indicada premisa constitucional. En función de lo anterior, el TC examina la presunta vulneración del principio de igualdad en la ley y de la tutela judicial efectiva.

La primera perspectiva del análisis del TC, viene referida al principio de igualdad en la ley, exigido por el art. 14 de la Constitución, a fin de determinar si al introducir una exclusión a la genérica facultad de constituirse como acusador particular y ser parte en el proceso penal militar, el legislador ha conculcado el mencionado principio constitucional.

Tanto en el proceso penal ordinario o común como en el militar, suele denominarse partes contingentes o no necesarias a las distintas del Ministerio Fiscal

o acusado, lo que implica la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, susceptible de ejercicio en los términos en que aparezca regulado por el legislador. Concretamente en el proceso penal militar, tanto en el art. 108 LOCOJM, como en el art. 127 LPM, el legislador ha admitido, mediante un reconocimiento expreso y generalizado, el ejercicio, por el ofendido por un delito o falta de competencia de la jurisdicción castrense, de la acusación particular, es decir, ha reconocido al agraviado por el hecho punible la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitarla acción penal y eventualmente la acción civil aneja. El problema de constitucionalidad radica, sin embargo, en la salvedad o excepción que introduce el legislador para establecer una exclusión a dicho régimen, para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular «cuando ofendido e inculpa-do sean militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación».

Para comprobar si se ha vulnerado el principio constitucional de igualdad analiza el TC si la existencia de un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por una relación de subordinación, que los excluye del ejercicio de la acusación particular, constituye una discriminación o si encuentra justificación, de carácter objetivo y razonable, en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar, que podría verse violentado por el enfrentamiento jurisdiccional en su condición de partes procesales.

Como cuestión previa, subraya el TC que el problema de constitucionalidad no ha sido decidido anteriormente, pues si bien existen dos pronunciamientos del mismo tribunal que han versado sobre asuntos relacionados por su temática, no guardan una sustancial identidad con el presente y se refieren, además, a un precepto del entonces vigente Código de Justicia Militar.

Sentada tal precisión, advierte el TC que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el art. 8.1 CE⁵. De acuerdo con ello, la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus Derechos Fundamentales y sólo se admiten aquellas disposiciones legales limitativas del ejercicio de sus derechos, que resulten estrictamente indispensables

5 Art. 8.1.CE. « Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

para el cumplimiento de su misión, entre las que se sitúan las que sean imprescindibles para salvaguardar la disciplina.

Del carácter esencial que tiene la disciplina en los Cuerpos e Institutos armados, apunta el TC, no se deriva que, frente al régimen general de reconocimiento en la jurisdicción castrense del derecho a ejercitar la acusación particular y comparecer como parte en el procedimiento, tal régimen deba exceptuarse cuando entre inculpado y ofendido medie una relación de subordinación jerárquica.

Indaga entonces el TC, si la oposición entre partes con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, supone un riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar. Para responder tal interrogante, define la disciplina, en los términos fijados por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo⁶, como la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta y, por tanto, a la idea de respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía, exteriorizado en el rango atribuido por los diversos empleos militares. A la vista de tal definición, considera el TC que la relación jerárquica entre los miembros de la institución militar, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio. Esto supone que incide en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr así la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes (art. 103.1 CE). Por todo lo anterior, considera el intérprete de la Constitución que la disciplina castrense no debe extravasarse el ámbito de la Administración militar para proyectarse en el seno del proceso, entendido éste como instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, y regularse de acuerdo con los principios de la Constitución.

La idea de un posible menoscabo a la disciplina —asume el TC— pudo tener justificación en la anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los mandos militares. Sin embargo, tal idea no encuentra respaldo legal alguno, por cuanto tal jurisdicción es desempeñada por los Jueces Togados y Tribunales militares dotados de independencia en el

6 Sentencia de 21 de noviembre de 1996.

ejercicio de su función jurisdiccional y desvinculados por completo del mando militar.

Si la disciplina se configura como expresión de acatamiento a las reglas externas e internas que configuran el propio Instituto Armado, deduce el TC que la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina. Según el intérprete de la Constitución, sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido —como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa— es posible apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar.

Por último, la regulación militar incurre, a juicio del TC, en un contrasentido pues puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión (art. 14 OCOJM), delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM, y, porque en el ámbito de la prueba, la propia LPM permite los careos entre inferior y superior, «cuidando el Juez Togado especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no sea vea coartado en sus manifestaciones» (art. 179 LPM).

Finaliza el TC esta parte del análisis concluyendo que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima del delito, y siendo ello así, la exclusión o prohibición prevista en el art. 127 LPM y 108 LOCOJM vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución.

El primer razonamiento en torno a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se centra en el alcance de los art. 127 LPM y 108 LOCOJM. La exclusión del ejercicio de la acusación particular, que frente al régimen legal general, efectúan dichos preceptos, incide por otra parte en la facultad de formular pretensiones ante los órganos jurisdiccionales para, si son admitidas y mediante el adecuado el proceso, obtener de ellos una tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el art. 24 CE.

En el estudio que efectúa el TC sobre la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, trae a colación la doctrina sobre el derecho a la acción en el proceso penal. Tal derecho ha sido considerado como un *ius ut procedatur* que no forma parte propiamente de ningún derecho fundamental sustantivo, razón por la que ha sido tratado como una manifestación del derecho funda-

mental a la jurisdicción, lo que explica que tal *ius ut procedatur* no pueda quedar reducido a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso.

De acuerdo con ello, la posibilidad real de ser parte en el proceso, sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante. Téngase presente que, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen⁷.

Extiende el TC su análisis a la acción civil, al considerar que la prohibición de mostrarse parte en la causa penal seguida ante la jurisdicción militar comprende también, como expresamente disponen los dos preceptos legales que se vienen aludiendo, el ejercicio de la acción civil, que es remitida para su ejercicio a la jurisdicción ordinaria (art. 108, pfo. 2, inciso final LOCOJM).

Consecuentemente con lo anterior, entiende el TC que impedir al agraviado y perjudicado por el delito o falta militar que, actuando en su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal, obstaculiza la obtención y efectividad del deber de reparación a cargo del responsable criminal. No constituye, frente a tal impedimento, una justificación el principio de jerarquía entre los diversos empleos militares ni está, en modo alguno, concernida la disciplina propia de la institución militar. Dado que mediante dicha pretensión resarcitoria no se persigue la inculpación y condena penal del militar acusado, sino tan sólo la fijación de la adecuada indemnización de la lesión producida en los bienes y derechos del militar agraviado. Todo ello a pesar de la existencia de una cláusula de remisión a la jurisdicción ordinaria en el párrafo segundo del art. 108 LOCOJM, para ejercer en esta última la pretensión de resarcimiento de daños. A juicio del TC tal remisión introduce serios obstáculos para la estimación de los daños, dado que, con independencia de que se produzca la formal prejudicialidad del proceso penal —regulada en el art. 111 LECrim—, lo cierto es que los eventuales pronunciamientos de la jurisdicción militar podrían obstaculizar la decisión sobre dicha pretensión ejercitada fuera del proceso penal militar, y

7 Especialmente en la STC 76/1996 de 30 de abril (fj.2). También en SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1195.

en el que no ha podido intervenir el militar que ha sufrido los daños y perjuicios de cuya reparación se trata. Esta postura en torno a la acción civil, según el voto particular del Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, desborda el planteamiento del recurrente de amparo, que no cuestiona que se le haya impedido el ejercicio de la acción civil, sino el de la penal y considera, por tanto, que la respuesta del TC debió limitarse a tal reclamación.

En virtud de lo razonado, concluye el TC que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108 LOCOJM y 127 LPM, no encuentra justificación suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Atendiendo a todos los argumentos antes expuestos, el TC otorga el amparo solicitado por el cabo ABR⁸ y plantea ante el pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 108. 2 de la LOCOJM y 127.1 LPM, por su contradicción con los arts. 14 y 24.1. CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 de la Constitución.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

En este punto serán estudiados tres aspectos de la sentencia que merecen un tratamiento independiente. En primer lugar se analizará el valor que la sentencia asigna a la disciplina militar y que ha supuesto un nuevo enfoque de la justicia castrense con respecto a sus anterior pronunciamientos. En segundo lugar, se reflexionará en torno a la correspondencia que existe entre el contenido de la sentencia y el nuevo modelo de FFAA; y en tercer y último lugar, se

8 La parte resolutoria del fallo se expresa en el siguiente sentido. «Primero, reconoce el derecho del recurrente a la igualdad en la ley (art.14 CE), y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Segundo, declara la nulidad del auto dictado el 27 de febrero de 1997 por el Tribunal Militar Territorial Primero, sección Primera, así como el del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 13, de 30 de enero de 1998. Tercero, retrotrae las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que la solicitud del recurrente de mostrarse parte en la causa como acusador particular sea resuelta de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos».

delimitará el singular alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de la jurisdicción militar.

1. El alcance de la disciplina castrense en la justicia militar

Resulta habitual constatar que alguna de las especialidades que presentan las Fuerzas Armadas en tanto conjunto de funcionarios públicos al servicio de los intereses de la Administración, bien en su estructura orgánica o bien en su administración de justicia, se sustentan en la consideración de que sin tal singularidad se menoscabaría la disciplina castrense y no se daría cumplimiento, en consecuencia, a la misión encomendada por la Constitución en el art. 8.1.CE. Algunas veces el razonamiento no se ha construido adecuadamente y por ello, el TC ha tenido que limitar la esfera de la disciplina castrense al ámbito de la organización militar no permitiendo que desborde sus efectos al proceso, supuesto de hecho que se da, precisamente, en la sentencia que se analiza.

Esta postura, sin embargo, no la ha mantenido siempre el TC, y en el pasado tampoco pudo resistirse a apelar a la disciplina castrense en casos sustancialmente similares al que actualmente se analiza.

Efectivamente, el TC analizó en 1984 y 1985 la restricción al derecho de acción que imponía la legislación militar, en ese tiempo concentrada en el art. 452 del Código de Justicia Militar y apeló a la disciplina castrense para resolver dos amparos. Es preciso recordar en este punto, que el art. 452 anterior a la reforma introducida en el año 1980, establecía que en ningún caso se admitía la acción privada⁹ y a partir de tal reforma se reconoció su ejercicio únicamente en los delitos perseguibles a instancia de parte.

En el ATC 121/1984 de 29 de febrero, el TC examinó el artículo 452.2 CJM reformado por la ley 9/1980. Entendió que el art. 452.2 CJM¹⁰, continuaba una

9 CARRILLO COLMENERO, p. 666.

10 Art. 452 CJM. 1. Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o denuncia o a instancia del Fiscal Jurídico Militar, que la podrá tramitar directamente al Juzgado Togado Militar de Instrucción si el conocimiento de la misma fuera de los de su competencia. 2. En ningún caso se admitirá querrela. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor.

antigua tradición aunque, excepcionalmente, permitía la acción privada luego del procesamiento y ofrecimiento de acciones en delitos sólo perseguibles a instancia de parte. El TC consideró que el precepto contenía una regla para la mayoría de delitos enjuiciados en la jurisdicción militar, según la cual el monopolio de la acusación está a cargo del Ministerio Fiscal, sin la posibilidad de concurrencia de los perjudicados u ofendidos por el delito, o de los ciudadanos ejercitando las acciones privadas o populares reconocidas por la Constitución en el ámbito ordinario.

El TC apeló al carácter constitucional de la restricción a ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva contenida en el art. 452.2 CJM, puesto que todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en supuestos de conflicto, un límite para otros bienes y valores de menor entidad. Debe efectuarse —ordena el TC— una ponderación para conseguir armonizar los diversos bienes o intereses constitucionalmente relevantes, y sólo en el supuesto de que justificadamente el legislador cometiera equivocación en su función valorativa, deben corregirse sus errores en defensa del principio constitucional de superior contenido axiológico.

Para realizar dicha ponderación el TC tomó en consideración el art. 8.1 CE, en oposición al 24 CE, que asigna a las Fuerzas Armadas una función de singular relevancia en el orden constitucional, que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz de las que entre otras singularidades se deriva el reconocimiento de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, y diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria. Una de esas diferencias se manifiesta en el proceso penal militar al impedir que la víctima pueda personarse como actor privado cuando el inculpado es un militar de superior jerarquía. Repercuten de ese modo en el proceso las relaciones entre el personal militar en sus diferentes grados, puesto que la profesión castrense requiere por su especial naturaleza de una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico y manifestada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y que es factor de obligada conexión.

En la sentencia 97/1985 y también al analizar el art. 452.2 CJM, el TC reconoció que dicho precepto estaba en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque lo considera convalidado constitucionalmente, en cuanto está pensado para evitar contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas que puedan alterar su organización firmemente apoyada en el sistema jerárquico, del que necesita imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1

CE. En esa decisión, y pese a remitirse al ATC 121/1984, el TC otorgó el amparo solicitado frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 del entonces vigente CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego, la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. Estimaba el intérprete de la Constitución que en ese supuesto de hecho, el ejercicio de la acción privada por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, no representaba un peligro para su cohesión.

Ahora bien, tanto en el auto cuanto en la sentencia reseñada, el TC concluyó que la restricción a la tutela judicial efectiva no era inconstitucional desde el momento que tenía por finalidad salvaguardar la disciplina y jerarquía castrense, indispensables para el cumplimiento de los fines que encomienda la Constitución a las Fuerzas Armadas.

A pesar de la similitud entre el objeto de estas dos resoluciones y el de la sentencia 115/2001, el Tribunal admite que existe sólo una relación entre la temática de aquellas resoluciones y la presente¹¹, que no guardan una sustancial identidad, por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser considerada con muchas salvedades y matizaciones. No le falta razón al TC cuando afirma que dichas resoluciones aludían al Código de Justicia Militar de 1945, mientras que los preceptos analizados en la STC 115/2001 se refieren a la nueva regulación del ámbito judicial militar. Sin embargo, tan decisivos fueron los fundamentos de aquellas resoluciones, que acabaron influyendo en el legislador al promulgar la LOCOJM y determinar la restricción al derecho de acción allí contenida.

Así se desprende de la Exposición de Motivos de la LOCOJM, cuando reconoce que la nueva legislación permite la actuación del acusador particular y el actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare relación de subordinación; y afirma estar siguiendo en este extremo la doctrina del TC. Hasta la promulgación de la LOCOJM, la citada doctrina sólo podía ser la prevista en el auto 121/1984 y la sentencia 97/1985, ambas en relación con el art. 452.2 CJM de 1945.

11 Los votos particulares formulados en la sentencia analizada por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas y don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (al que prestan su adhesión don Rafael de Mendizábal Allende y don Fernando Garrido Falla) coinciden en considerar que la doctrina sentada en la STC 97/1985 y el ATC 121/1984 tienen perfecta aplicación en la sentencia 115/2001.

A mayor abundamiento, los debates parlamentarios de la LOCOJM reflejan que el legislador redactó el art. 108 LOCOJM conforme a los postulados establecidos por el TC en el auto 121/1984 y en la sentencia 97/1985. Así lo revela la respuesta del diputado del grupo socialista Cuesta Martínez a las enmiendas presentadas por el grupo parlamentario del CDS. El defensor de la redacción del art. 108 alegaba que dicho precepto constituía una importante innovación en tanto en cuanto introducía la acusación particular en el proceso penal militar y, precisaba, que la limitación existente en caso de existir una relación jerárquica de subordinación contaba con el aval del TC, que hasta en dos pronunciamientos (las resoluciones antes citadas) no calificó nunca de inconstitucional tal restricción, reproduciendo algunos de los fundamentos a los que líneas atrás se ha hecho referencia¹². Es evidente que con esta declaración, el legislador está proclamando su vinculación, indirecta y con todas las reservas posibles, con la doctrina jurisprudencial sentada por el TC en el auto 121/1984 y en la sentencia 97/1985, al reconocer expresamente que la reforma legislativa de la justicia militar, concretamente la que lleva a cabo a través de la LOCOJM, se inspira en los criterios asentados en tales resoluciones¹³.

Siempre intentando justificar que no se trata de un cambio en la doctrina constitucional, considera el TC que la excepción que introducen los arts. 127 LPM y 108 LOCOJM pudo evitar el menoscabo a la disciplina militar en la justicia castrense regulada por el CJM, configurada de forma tal que existía una estrecha vinculación con los mandos militares. Actualmente, entiende el TC que tal excepción no encuentra respaldo alguno en la nueva configuración orgánica por cuanto tal jurisdicción es ejercida por Juzgados Togados y Tribunales Militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional y desvinculados por completo del mando militar.

Tal argumento requiere ser matizado. Tiene razón el TC cuando afirma que la jurisdicción militar no constituye más un atributo del mando militar, al ser ejercida actualmente por Jueces Togados, Vocales Togados y Auditores Presidentes. Omite sin embargo precisar que todo titular de un juzgado o tribunal militar sigue siendo militar, del Cuerpo Jurídico pero militar, con un empleo que lo distingue del resto y que lo inserta en la jerarquía castrense. No resulta tan cierto que los titulares de los órganos judiciales militares ejerzan su función con

12 Congreso de los Diputados, diario de sesiones Nº 44 de 23 de abril de 1987. Debate en el Pleno del Congreso. Recogido en la REDEM, núm. 53, p.362-366.

13 Sobre la vinculación del legislador a los criterios asentados por el TS o el TC vid. BLASCO GASCO, p.77.

independencia, las normas proclaman dicha independencia pero carecen de mecanismos para garantizarla adecuadamente.

Por último y relacionado con todo lo anterior, un aspecto altamente relevante de la sentencia estudiada, reside en su concepción del art. 117.5 CE. Se podrá apreciar que la sentencia entiende que las peculiaridades que presenta el proceso penal militar deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5, de estar reguladas de acuerdo con los principios de la Constitución. Dicho precepto, convierte a los principios constitucionales, en un filtro por el que debe pasar toda especialidad propia de la jurisdicción militar. El TC no afirma en esta sentencia, como sí lo hace en otras¹⁴, y de ahí su importancia, que la jurisdicción militar sea distinta de la ordinaria, sólo reconoce que presenta ciertas particularidades respecto de ésta.

En desacuerdo con tal postura, el voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas contempla una distinta concepción del art. 117.5 CE, pues entiende que en ese precepto nace directamente la diferencia entre la jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar. Obviamente, este magistrado pone énfasis en esas diferencias, les da una trascendencia mucho mayor y las justifica en el art. 8.1. CE¹⁵.

14 Un ejemplo ilustrativo es la STC 180/1985 de 19 de diciembre (f.j.2), donde se aprecia con claridad la especial consideración del ámbito judicial militar: «La jurisdicción no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto de las garantías del justiciable y del condenado previstos en la Constitución, no resultarán contradictorios con su art. 14 cuando responden a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y Procesal Militar resultan genéricamente de la organización profundamente jerarquizada...».

15 Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas. «Frente a la tesis mayoritaria estimo que éstos (artículos 108, párrafo segundo de la LOCOJM y 128, párrafo primero, de la LPM) no vulneran la Constitución, sino que responden a una opción legislativa constitucionalmente lícita, dentro de la libertad de configuración de la Ley que corresponde al legislador en un Estado democrático. La diferencia entre la Jurisdicción ordinaria y la militar que nace directamente del art. 117.5 de la Constitución, creo que justifica que la Ley que regule el ejercicio de la segunda, según el mandato contenido en dicho precepto constitucional, pueda incluir regulaciones distintas de las que son propias del ámbito de la jurisdicción ordinaria». «Téngase en cuenta que por principio de la Jurisdicción militar opera ‘en el ámbito estrictamente castrense’ (art. 117.5), y ese ámbito (por completo distinto del propio de la jurisdicción común) tiene unas características tan acusadas, que precisamente en consideración a ellas el constituyente consideró oportuno establecerla». «Ciertamente su establecimiento tiene un condicionante: ‘de acuerdo con los principios de la Constitución’. Pero no creo que pueda chocar con esos principios el que el régimen del ejercicio de acciones en la Jurisdicción militar se configure en relación con la existencia o no de relación jerárquica

Puede concluirse pues que el TC ha cambiado su postura respecto a la Jurisdicción Militar y a las singularidades que presenta frente a la ordinaria. En primer lugar y apartándose de razonamientos anteriores, el TC deja de considerar que el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar, cuando perjudicado e inculpado son militares y media entre ellos relación jerárquica de subordinación, supone un perjuicio para la disciplina castrense y, reformando su doctrina, considera que tal restricción vulnera derechos fundamentales como el principio de igualdad (art. 14 CE) o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En segundo lugar y tras efectuar un análisis detenido del concepto y alcance de la disciplina castrense, destaca su trascendencia dentro de la estructura de las Fuerzas Armadas y limita su ámbito de exigencia al de la Administración Militar. En tercer lugar y relacionado con lo anterior, niega que la disciplina militar pueda proyectarse en el proceso penal a través de una regulación que tenga en cuenta intereses diferentes de los de la mera ordenación interna del proceso, concretamente al asumir consideraciones extraprocesales relativas a la posición jurídica de las personas que puedan enfrentarse en él. Lo anterior, no significa que el proceso penal militar no sea un instrumento idóneo para castigar delitos y faltas que lesionen el bien jurídico disciplina militar. Es evidente que el proceso penal militar es el conducto a través del cual puede sancionarse penalmente una infracción a la disciplina castrense y ello, sin embargo, no supone que dicho proceso deba estructurarse y configurarse de acuerdo con pautas que salvaguarden esa disciplina que, como ha sentenciado el TC, debe mantenerse y exigirse en la esfera propia de la Administración Militar y no en el proceso. En cuarto y último lugar, el TC ha dejado de considerar a la jurisdicción militar consagrada en el art. 117.5 en términos de oposición a la ordinaria.

2. La correspondencia entre la STC 115/2001 y el nuevo modelo de Fuerzas Armadas

Como se ha dicho anteriormente, la STC 115/2001 supone un giro en la doctrina del TC y en su concepción de la jurisdicción militar. El TC ha dejado pues de

de subordinación entre perjudicado e inculpado. Partir de la intrascendencia de la distinción de tales situaciones en un ámbito tan rígidamente estructurado como el de las Fuerzas Armadas, a las que se refiere el art. 8 CE, y que son un elemento natural de la referencia del art. 117.5 CE al 'ámbito estrictamente castrense', me parece una visión inadecuada de la especial idiosincrasia de dichas Fuerzas».

considerar que la disciplina castrense y, en último término, los fines encomendados por la Constitución a las Fuerzas Armadas, requieran de singularidades en el proceso penal militar como la exclusión de la acusación particular en los casos en los que existe una relación jerárquica de subordinación. Las especialidades se han visto reducidas a partir de esta sentencia y, lo que es más importante, la disciplina ha sido situada en su real dimensión, es decir, en el ámbito de la Administración Militar. La disciplina se ejerce y exige en dicho ámbito y no cabe trasladar tal exigencia a los derechos de las partes en el proceso penal militar, como sucede con la restricción al ejercicio de la acusación particular.

Un análisis de la realidad social y política de las Fuerzas Armadas, de la cual el Derecho no puede mantenerse al margen, permite afirmar que la decisión adoptada por el TC es consecuente y coherente con tal realidad.

Efectivamente, las Fuerzas Armadas vienen sufriendo cambios dentro de la sociedad española que afectan, fundamentalmente, a su configuración y que hacen de ella una organización sustancialmente distinta a la que existía en 1984 y 1985. Se trata del proceso de profesionalización en el que se hallan inmersas las Fuerzas Armadas españolas y que, como se explicará, tiene repercusión en la intensidad en la que se ejercen la disciplina y la jerarquía castrense.

La profesionalización¹⁶ es el proceso de selección realizado en función del potencial y aptitudes del personal, que previa motivación y adecuada gestión, pretende obtener la máxima eficacia en el trabajo acompañada de altos rendimientos en las áreas en las que apliquen sus esfuerzos. Este concepto viene siendo aplicado desde hace pocos años también en el ámbito de la defensa, tanto entre el personal militar cuanto entre los civiles que prestan sus servicios en el Ministerio de Defensa. Los recursos humanos son considerados un bien escaso en las Fuerzas Armadas por la incidencia, de una parte, de su elevado coste y, de otra, por la disminución paulatina de la tasa de natalidad que en su momento experimentó la sociedad española y que ahora se deja notar en la juventud actual.

Los cambios estratégicos experimentados los últimos años en la Europa occidental han provocado la paulatina desaparición del reclutamiento obligatorio a través del cual ingresaba personal temporalmente y sin la debida formación; a lo que se suma la necesidad de personal —tanto mujeres como hombres— mucho más cualificados. Atendiendo a ello, la política de recursos humanos introducida en el ámbito militar si bien respeta las singularidades de la

16 MINISTERIO DE DEFENSA, p. 100-1

institución castrense, pretende seguir las mismas pautas de las políticas que siguen las organizaciones modernas orientadas al logro más eficiente de sus objetivos y al desarrollo de la carrera de sus profesionales.

En líneas generales puede decirse que la profesionalización de las Fuerzas Armadas supone introducir una gama importante de cambios en la organización militar, los que podrían repercutir en la intensidad con la que se conciba de ahora en adelante la disciplina. Así lo refleja el Libro Blanco de la Defensa, al reconocer que «el estilo de mando deberá adaptarse a las necesidades específicas de un personal de tropa y marinería con mayor permanencia y experiencia que en el pasado. Esta circunstancia, unida al hecho de que en lo sucesivo sólo existirá en las Fuerzas Armadas una vinculación profesional con el servicio, supone para la Administración enfocar la gestión del personal con criterios que permitan el adecuado tratamiento de sus aspectos profesionales y sociales»¹⁷. Se pasará pues de un estilo de mando centrado en el control y tutela de los soldados a otro muy diferente orientado a responsabilizar a todo un equipo cuyos componentes saben lo que tienen que hacer, quieren hacerlo por voluntad propia y se esfuerzan por alcanzar nuevas metas. Hasta ahora en España la preocupación de los mandos se basaba en el control y tutela de los soldados, en tanto que su paso por el ejército era fugaz y necesitaban de capacitación conjunta¹⁸. El proceso de profesionalización supone responsabilizar a los soldados en diferentes tareas para actuar coordinadamente, pues desde ahora no sólo contarán con la formación idónea para cumplir con ellas sino que han asumido dicho cumplimiento de forma voluntaria. Tendrá que ir desapareciendo el control y la tutela para dar paso a un mando en que se deleguen atribuciones. En el perfil del nuevo soldado se espera que cumpla su tarea debido a que está conforme con ella, lo que supone el resultado de un proceso personal de evaluación en términos de racionalidad, y no porque deba obedecerla, que es consecuencia de un acto pasivo pues si no la cumple sabe que tendrá una sanción¹⁹. Todo lo anterior no equivale a pensar en unos ejércitos que no exijan obligaciones o en los que no se imponga la disciplina, todo ello supondría su desnaturalización. Sin embargo, no cabe duda que la intensidad de esa disciplina y subordinación será distinta, ya no constituyen el único objetivo puesto que hay espacio para la propia iniciativa y la realización de los individuos.

Las Fuerzas Armadas españolas se distancian con este nuevo perfil del modelo institucional y se aproximan al ocupacional, ambos caracterizados ini-

17 p. 103

18 PÉREZ MORENO, p. 70-89.

19 MARTÍNEZ PARICIO, p.58.

cialmente por Janowitz y Moskos²⁰, en un ensayo sociológico sobre el soldado profesional en el que indaga en la organización militar norteamericana clasificando así sus tendencias difusas.

Puede afirmarse que el nuevo modelo de Fuerzas Armadas reduce las especialidades que presenta la Administración Militar y plantea en términos distintos la relación de disciplina y subordinación que debe existir entre sus miembros. No se trata de articular una relación de jerarquía y subordinación entre sus miembros distinta, sino que el grado de intensidad de la misma no tendría ya que extenderse a todos los espacios de la vida castrense, entre ellos, especialmente, el judicial. La profesionalización de las Fuerzas Armadas puede significar que se prescindan de medidas extremas destinadas a proteger la disciplina incluso en ámbitos tan lejanos de la organización castrense como el del proceso penal, como la excepción a que la víctima se constituya en acusación particular cuando existe relación de subordinación jerárquica con el inculpado.

La decisión adoptada por el TC en la STC 115/2001, tanto al anular los autos dictados en la jurisdicción militar cuanto al plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM y especialmente al construir la argumentación sobre la base de que el mantenimiento de la disciplina militar ya no justifica la excepción del acceso al proceso prevista en tales precepto, no hace sino revelar que el TC se aproxima a una realidad social en la que —efectivamente— la disciplina pierde fuerza en el propio seno de las Fuerzas Armadas.

3. La especial manifestación de la tutela judicial efectiva en el ámbito judicial castrense

El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acción penal, se manifiesta en el especial ámbito de la justicia militar con ciertas particularidades, y su estudio requiere sentar ciertas premisas a fin de comprender dónde residen y a qué responden las diferencias con el ejercicio de tal derecho en la justicia ordinaria, recortadas por la STC 115/2001.

El derecho de acción penal es un auténtico derecho fundamental contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza la Constitución en el art. 24 CE. Mediante su ejercicio —explica Gimeno— los particulares han de os-

20 JANOWITZ, 1990, p.134-5; 1985, p.89, 94 y MOSKOS, 1991, p. 43-45,54.

tentar el libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal a fin de obtener de ellos una resolución motivada, fundada en derecho, congruente con la pretensión penal²¹.

Ahora bien, la titularidad de este derecho de acción puede llegar a ser numerosa en el proceso penal regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. En lo fundamental, este derecho asiste a todos los sujetos que cumplan los requisitos de capacidad contemplados en los arts. 101 y 102. El Ministerio Público es el titular del derecho de acción pero no goza del monopolio de la acción penal, como sucede en otros ordenamientos, como el peruano. El Ministerio Público tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público y la obligación de comparecer para sostener la pretensión penal en aquellos procesos penales incoados por los ofendidos que obedezcan a la comisión de delitos semipúblicos. En el caso de los ciudadanos, las acciones que puedan promover se insertan en la categoría de derecho. Los titulares de la acción pública son, de un lado, aquellos que ejercen la acción popular cuando no resulten ofendidos por el delito y, de otro, los titulares del bien o intereses jurídicos vulnerados por la norma infringida que, dependiendo del delito, pueden ser el acusador particular y el acusador privado. El acusador privado es el titular de lo que podrían llamarse acciones penales privadas, aunque técnicamente y desde un punto de vista material se trata de excepciones a los principios de publicidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal. Las acciones penales privadas otorgan al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito y, en supuestos especiales, un derecho también a erigirse en única parte acusadora dentro del procedimiento e incluso provocar, mediante el perdón, la extinción de la responsabilidad penal y a decidir sobre la aplicación o no de la pena²².

Según el TC, tanto la acción popular cuanto la acción particular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento y constitución, sin embargo, son diferentes²³. Mientras el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE²⁴ y no necesita afirmar que es el ofendido por el delito, para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legiti-

21 GIMENO SENDRA, 1999, p.106.

22 GIMENO SENDRA, 1999, p. 117.

23 MORENO CATENA, COQUILLAT Y OTROS, p. 397.

24 Art.125 CE. «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

mación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1. CE en cuanto que perjudicado por la infracción penal²⁵.

En la justicia ordinaria sucede pues que ante la comisión de un delito público, cualquier ciudadano ofendido por la acción delictuosa puede ejercitar la acción penal popular, a través de la presentación en el Juzgado de la oportuna querrela. En ese caso, se convierte en parte acusadora, en paridad de armas con el Ministerio Público y con el acusador particular; aunque sin derecho al ejercicio de la acción civil derivada del delito. Para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 CE, en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el aspecto más positivo que protege el acceso al proceso, es preciso que la defensa del interés de la sociedad en su conjunto no se realice en nombre o interés propio o ajeno²⁶ pero debe servir para sostener un interés legítimo y personal²⁷. Puede afirmarse que el fundamento de esta figura reside en que significando el delito —como mínimo— la puesta en peligro de bienes sociales tutelados por el Estado, cualquiera de los miembros de esa sociedad puede pedir al órgano competente²⁸ que en su nombre se reconozca una determinada situación o derecho subjetivo y/o se condene a una determinada persona al cumplimiento de una prestación²⁹. El actor popular actúa pues sobre la base de un interés común con el fin de depurar la responsabilidad penal oportuna, aunque no haya sido ofendido por el delito que se predica³⁰.

También integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva el ejercicio de la acción civil, que corresponde a todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial que trae causa de los hechos delictivos por los que se procede³¹. Los legitimados a constituirse en actor civil son el Ministerio Fiscal siempre y cuando sea obligatoria su intervención en el proceso, el agraviado o sus familiares y terceros que deban ser indemnizados.

25 Art. 101. LECrim. «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley». Art. 270. «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta ley. También pueden querrellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281».

26 STS 26 septiembre 1997.

27 SSTC 62/1983, 50/1998 y STS 10 julio 1995.

28 GÓMEZ COLOMER, p. 29

29 GIMENO, 1982, p.338.

30 SOLÉ RIERA, p. 515.

31 MORENO CATENA, p.254.

En suma, en el proceso penal sustanciado conforme a la LECrim existe pues la posibilidad jurídica de que puedan acusar hasta tres sujetos distintos: el Fiscal, el ofendido por el delito y el no ofendido; sin embargo, sólo los dos primeros podrán ejercer la acción civil.

Delimitado a grandes rasgos cómo se manifiesta el derecho a la tutela judicial efectiva en la justicia ordinaria, corresponde en este punto abordar su expresión en el ámbito judicial militar. En primer lugar, puede observarse que en el proceso penal militar, la acusación es ejercida por el Ministerio Público y el acusador particular, siempre y cuando no exista relación jerárquica de subordinación con el imputado; y en segundo lugar, se comprueba que sobre la acción popular no existe mención expresa alguna ni en la LOCOJM ni en la LPM y, sin embargo, se concede una legitimación especial a los mandos militares para interponer el recurso de casación.

En el ámbito de la justicia militar y en lo que al derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, no sólo se restringió el derecho de acción de la víctima cuando concurre la relación de subordinación con el inculpado sino que se vio necesario también prescindir de la acción popular y conceder una participación tardía y singular en el proceso a los mandos superiores. A estos dos aspectos dedicaremos algunas reflexiones.

No cabe duda que la sentencia de mayo de 2001 remedia el primero de los problemas, sin embargo, es justo reconocer que un sector de la doctrina se había pronunciado ya por la improcedencia de tal limitación al derecho a la tutela judicial efectiva y, en algunos casos, se llegó a proponer una interpretación distinta del precepto.

Hace ya algunos años, surgieron voces que discrepaban de la restricción a la acusación particular que operaba en el ámbito judicial militar y proponían interpretaciones distintas de la regulación militar en ese aspecto. Así pues, cuando se ha intentado delimitar en qué momento surte efecto la relación jerárquica de subordinación entre inculpado y ofendido, han surgidos dos posiciones, por un lado, aquélla que considera que si en el momento en que ocurrieron los hechos existía tal relación entonces, no cabrá ya nunca, en todo el curso del proceso penal la personación del perjudicado. Y por otro lado, hay quien considera que si se atiende al espíritu y al sentido de la ley, cabría un ejercicio retardado o «a posteriori» de la acusación particular cuando esa relación jerárquica de subordinación entre el inculpado y el actor, en su día existente, haya desaparecido en ese preciso instante por cualquier causa, fundamentalmente por ejemplo, por

haber variado la situación militar del segundo, tal y como sucedía con los llamados al servicio militar³².

Otro sector de la doctrina ha entendido que pudo evitarse, en el supuesto de relación jerárquica de subordinación, el ejercicio tardío de la acción civil por separado y en pleito civil, con la evidente dilación de la resolución de la reparación civil a la terminación de la causa penal. En opinión de Bermúdez hubiese sido más eficaz y práctico brindar al perjudicado la posibilidad de intervenir, como actor civil, en un incidente de ejecución de sentencia, en la forma ya dispuesta para los restantes casos. Sería posible que el Tribunal juzgador, una vez probada la responsabilidad penal, dejara para la ejecución la fijación de la responsabilidad civil, estableciendo solamente unas bases amplias para la ulterior determinación de aquélla, con intervención de todo perjudicado. En ese estado del proceso penal militar, las razones para la no presencia en la causa del acusador particular y del actor civil, se habrían desdibujado, y se daría satisfacción legal y rápida al perjudicado³³.

También hay quien considera que la prohibición prevista en los arts. 107 LOCOJM y 127 LPM debería haberse extendido únicamente a la acción criminal cuyo objeto es una pretensión de condena del inculpado, y no a la civil, que tiene por objeto el ejercicio de un crédito reparatorio, que si se ventila ante la jurisdicción militar y no ante la ordinaria, a cuyo acceso nadie imagina prohibición alguna por muy grande que sea la dosis de jerarquía existente, es únicamente por razones de economía. En concordancia con lo anterior, se postulaba la no exclusión del actor civil cuando el crédito reparatorio lo ejercite —como por desgracia se impone a veces en la praxis— no el propio ofendido, sino los causahabientes del mismo, fallecido a consecuencia de los hechos objeto de procedimiento, ni cuando aquél, siendo militar en la época de la ocurrencia de los hechos, no pertenezca ya a las Fuerzas Armadas por haber cesado en la situación de actividad o servicio en filas «antes del trámite de calificación del delito»³⁴.

Aunque el fallo del TC en la sentencia 115/2001 concede al recurrente de amparo el derecho a constituirse en acusador particular y no hace referencia a su derecho a la acción civil —que por otro lado no formaba parte del planteamiento del recurrente—; ello no significa que el TC se mantenga al margen de la problemática que supone restringir el ejercicio de la acción civil y conceder

32 CARRILLO COLMENERO, p.667.

33 CARRILLO COLMENERO, p.649.

34 GARCÍA LABAJO, J., p.170

su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria. Tal asunto sin embargo es indirectamente abordado por el TC al plantear, en el mismo fallo, la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 108 LOCOJM, poniendo así en tela de juicio la constitucionalidad tanto del impedimento del ejercicio de la acusación particular cuanto de la acción civil, si el perjudicado y el inculpado son militares y entre ellos existe relación jerárquica de subordinación.

Por último Solé Riera, defensor de la acusación popular en el ordenamiento judicial militar, ha planteado que la prohibición prevista en la LOCOJM y LPM no impide el ejercicio de la acción popular y entiende que permite —siempre por no prohibirlo— que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito de impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculpado³⁵.

Afortunadamente, la decisión tomada por el TC en mayo de 2001 eliminó la distorsión que producía el art. 108 LOCOJM y 127 LPM en el caso concreto del cabo de la Guardia Civil A.B.R. y se espera, que en el futuro, se pronuncie por la inconstitucionalidad de la restricción contenida en tales preceptos.

En lo que a la acción popular se refiere, su falta de regulación en la LPM no permite, como se pretendió plantear hace algunos años, aplicar supletoriamente la LECrim aún cuando todos los delitos previstos en el CPM, y por tanto de competencia exclusiva de los tribunales castrenses, sean perseguibles de oficio.

En ese sentido, en 1996 y pese a la posición contraria que mantenía ya un sector de la doctrina³⁶, Solé Riera fundamentó en un excelente trabajo las razones por las cuales en su opinión podía ser aplicada la normativa prevista en la LECrim en materia de acción popular. En la línea argumental marcada por el citado autor, la Constitución de 1978 determina y concentra cuáles son las garantías de la actividad jurisdiccional, sobre la base del carácter único del Poder Judicial del Estado. Tal unicidad se fundamenta, a juicio del autor, en la especialidad de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, aunque, con sometimiento expreso —nota sin duda especialmente relevante— a los principios y garantías constitucionales como establece el art. 117.5 CE. De lo anterior se deduce que el proceso penal militar está sometido a las garantías constitucionales, y por ende, al sistema procesal penal que configura la Ley Fundamental, que otorgan primacía al marco

35 SOLÉ RIERA, p. 532.

36 LORCA NAVARRETE, p. 188-190 y ROJAS CARO, p. 244-245.

jurídico que articula leyes procesales generales, por encima de la especialidad subjetiva que se predica de la institución militar³⁷. Deben por tanto ser aplicadas las normas de la LECrim por las siguientes razones: En primer lugar, la LECrim se declara como supletoria, en lo que no se regula y no se oponga a la LPM y puede advertirse que tanto la LPM como la LOCOJM no contienen la totalidad de la normativa aplicable a los procesos penales militares³⁸, en consecuencia la acción penal popular es procedente en el ámbito del proceso penal militar porque se regula en la LECrim. En segundo lugar, si el legislador hubiera querido excluir la acción popular del proceso penal militar, lo hubiera hecho de forma expresa y directa, tal y como históricamente ocurrió en la legislación anterior, concretamente en el CJM de 1945 en el que se prohibió expresamente y con carácter general la interposición de la querrela. En tercer lugar, cuando un precepto legal es susceptible de diversas interpretaciones, hay que optar en favor de aquella interpretación que resulte más favorable a la mayor efectividad de los derechos fundamentales. En cuarto lugar y último término, en la medida que el derecho a ejercer la acción popular forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que dicha acción no queda desvirtuada de su propia naturaleza en el ámbito del proceso penal militar, ni tampoco resulta contraria a las finalidades y objetivos del mismo, debe admitirse la posibilidad de ejercitar la acción popular en el proceso penal militar por ser la solución más favorable a la mayor efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al libre acceso a la jurisdicción, que no queda circunscrito a la jurisdicción ordinaria, sino que también comprende la jurisdicción militar³⁹.

La discusión relacionada con la vigencia de la acción popular en el ámbito de la justicia militar no sólo se abordó en un nivel científico, como el anteriormente expuesto, sino que el conflicto fue llevado ante los tribunales militares por la *Associació d'Informació per a la defensa dels soldats*. Dicha asociación solicitó en 1994 intervenir como acusador popular en un proceso tramitado ante la Jurisdicción Militar, y al ser denegada su petición por el Tribunal Militar Territorial, recurrió al TC por considerar que dicha negativa vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰. La decisión del TC fue contraria a la posición de la *Associació* y no tuvo en consideración ninguno de los argumentos anteriormente expuestos. En opinión del TC, el fundamento constitucional de la acción popular que introduce el art. 125 CE no se limita a consagrarla sino que

37 SOLÉ RIERA, p. 531.

38 GARCÍA LABAJO, p.163 y MONTÓN REDONDO, p.651.

39 SOLÉ RIERA, p.531-534.

40 STC 64/1999 de 26 de abril.

contempla a la ley como un elemento adicional, que ha de precisar los procesos penales en los que existirá. Entiende el TC que la remisión a la ley que efectúa la Constitución, supone un amplio espacio de disponibilidad para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos, la acción popular pueda o no establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. No existe imperativo constitucional en razón del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, de dicho derecho no puede, en conclusión, derivarse la necesaria existencia de la acción popular en todos los procesos penales y entre ellos en el militar.

Ahora bien, si como entiende el intérprete de la Constitución la inexistencia de la acción popular no constituye una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, resulta necesario preguntarse cuál fue la razón para que el legislador prescindiera de ella —tema que no aborda en lo absoluto el alto tribunal—.

En opinión de un sector de la doctrina, la ausencia de la acción popular en los procesos penales militares responde al limitado y a la vez especializado marco en el que se desenvuelve la jurisdicción militar y a la propia entidad de los bienes jurídicos afectados por la realización delictiva militar. Dichos bienes jurídicos pueden agruparse en valores e intereses esenciales de los ejércitos, cuya protección y defensa está encomendada al propio estamento militar y, singularmente, a sus mandos militares superiores. Entienden los autores que comparten dicha posición, que tales mandos son depositarios del patrimonio de la institución y conocen más directamente las características y contenidos de los intereses por los que deben velar⁴¹. No existe pues la acción popular pero a cambio, la jurisdicción militar legitima a los mandos superiores para intervenir en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar a través de la interposición del recurso de casación⁴².

Lo curioso, como pone de manifiesto Bermúdez, es que entre los objetivos del Ministerio Fiscal está la defensa de los derechos e intereses tutelados por la ley «sin perjuicio de los dispuesto en el Título VI», lo que permite afirmar que la defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Justicia Militar, que se encomienda a los mandos, también se confía en responsabilidad compartida y

41 BERMÚDEZ DE LA FUENTE, p.644.

42 Sobre la potestad concedida a los mandos vid. QUEROL LOMBARDEO; JIMÉNEZ VILAREJO, ROJAS CARO, J.p.245-257; BERMÚDEZ DE LA FUENTE, p.31-33; CARRILLO COLMENERO; GIL GARCÍA, p.199-205.

no prevalente a la Fiscalía jurídico militar⁴³. Las dudas en torno al papel de los mandos no son pocas, así pues cabría preguntarse ¿qué sentido tiene encomendar, además, la defensa de aquellos concretos intereses a determinados mandos militares?. ¿Es que los «intereses esenciales de la Institución Militar» integran una categoría autónoma dentro de los «intereses públicos»? ¿Pueden coexistir en un proceso dos acusaciones públicas con el desnivel de armas que ello supone para el planteamiento del duelo que se ha de trabar entre las partes? ¿Y qué pensar de la posible discrepancia entre la tesis que respectivamente sostuvieron el mando militar a través de su asesor jurídico y el fiscal jurídico militar, estando ambos sometidos, por distintos canales institucionales, a la autoridad del Ministro de Defensa?⁴⁴. Las respuestas a estos interrogantes supondrían desviarnos del objeto de este trabajo, sin embargo resulta preciso explicar dos cuestiones relacionadas con la potestad de los mandos militares. En primer lugar, se trata de un residuo del disentimiento que existía en el modelo tradicional de justicia militar regulado por el CJM de 1945, según el cual, si el capitán general no estaba de acuerdo con la sentencia dictada por el consejo de guerra se elevaba en consulta tal desacuerdo al Consejo Supremo de Justicia Militar. No obstante, hay quien considera que la potestad de los mandos responde al ánimo de «compensar» la pérdida de la potestad jurisdiccional que antes ejercían éstos⁴⁵. En segundo lugar, la legitimación de los mandos constituye una transacción entre el modelo actual de la justicia militar española y el anterior, y por ello resulta un tanto difícil su comprensión en la nueva estructura orgánica y procesal. Responde a un propósito de eclecticismo, moderación y respeto al precedente, todos rasgos característicos de la reforma de la justicia militar española⁴⁶.

Es evidente que los intereses que defienden los mandos son perfectamente asimilables a los que protege el Ministerio Fiscal y por tanto podría suprimirse su intervención tardía en el proceso a través de la interposición del recurso de casación ante la Sala de lo Militar del TS.

Para concluir y atendiendo a la importante doctrina sentada por el TC en la sentencia 115/2001, no debe pensarse que las singularidades que aún persisten en el proceso penal militar y que tienen relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como la inexistencia de la acción popular, e indirecta como la legitimación concedida a los mandos para interponer recurso de casa-

43 p.645.

44 Interrogantes planteadas por JIMÉNEZ VILLAREJO, p.19.

45 En ese sentido MILLÁN GARRIDO, 1996, p. 6667 y CANOSA USERA, p.34.

46 CANOSA USERA, p.19.

ción, deban permanecer inalteradas. Es plausible pensar que con el paso del tiempo también la disciplina castrense deje de fundamentar tales singularidades, como lo ha hecho con la restricción a la acusación particular.

