

ACUSACION PARTICULAR Y ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL MILITAR EN TIEMPO DE PAZ:

UNAS CONSIDERACIONES CRITICAS

PEDRO J. FERNÁNDEZ DOTÚ
Coronel Auditor.
Juez Togado Militar Central n° 2

Es evidente, tal y como pone de manifiesto ANDRES DE LA OLIVA (1) que “los sujetos de derecho han de estar protegidos en el orden penal”, esto es “tutelados frente a las transgresiones jurídicas”, y que esta tutela la proporcionan dos elementos: el Derecho Penal objetivo en su conjunto, de un lado, y la Jurisdicción de otro. “Pero estos elementos o piezas -continúa ANDRES DE LA OLIVA- sólo necesitan, por regla general, de una tercera pieza, el Ministerio Fiscal, que obviamente, no significa la concesión de ningún verdadero derecho a los sujetos jurídicos particulares, sino que personifica e instrumenta el interés público absolutamente predominante, de ordinario, en el ámbito penal”.

Una de las peculiaridades, sin embargo, de nuestro sistema procesal penal estriba, cabalmente, en que concede a todos (art. 101 LECr.) en determinadas condiciones (arts. 102 y 103 LECr.) un derecho al que se denomina legalmente acción, para ejercitar la acusación, estribando la cuestión en dilucidar si este supuesto derecho es idéntico o semejante al derecho en que consiste la acción civil, y cuál es su contenido y naturaleza.

En tal sentido resulta evidente que la acción atribuida al Ministerio Fiscal no presenta igual naturaleza que la ofrecida al particular ofendido por el delito o a los ciudadanos en general, pues mientras en el primer caso más que ante un “derecho”, de por sí inexistente, nos encontramos ante un

(1) D° Procesal Penal (1977) Editorial de Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 177 y ss.

deber de instar la persecución de las infracciones de naturaleza penal, en el segundo sí nos encontramos ante un “derecho” de configuración legal cuyo contenido, a pesar del tenor del art. 100 LECr. -”de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”- no estriba tanto en obtener del órgano jurisdiccional un concreto pronunciamiento de condena, cuanto conseguir del mismo una determinada actuación en orden a la averiguación de unos hechos, su posible relevancia delictiva y atribución a uno o varios sujetos determinados, como presupuesto todo ello de ejercicio del “ius puniendi” que solo al Estado compete.

La acción penal del particular no presupone pues, una relación jurídico material entre partes ni consecuentemente la preexistencia de un derecho de quien acciona frente a la parte pasiva, cuya tutela o salvaguardia se pretenda mediante el ejercicio de la acción, y en tal sentido no se configura como un verdadero y propio derecho sino más bien como un poder o facultad, una potestad, que legalmente se atribuye al perjudicado u ofendido por el hecho presuntamente delictivo o a cualquier ciudadano, en el caso de la acción popular, en orden a instar la apertura del proceso o proseguir el mismo, personándose en el ya iniciando, como cauce de ejercicio de un “ius puniendi”, ajeno a quien ejercita dicho poder o facultad.

Así, mientras la acción en el proceso civil es un derecho subjetivo público que los sujetos jurídicos tienen para instar del órgano jurisdiccional y eventualmente obtener del mismo una concreta tutela judicial, mediante una resolución con un concreto contenido, en el ámbito penal no puede hablarse de un derecho subjetivo público a que se condene al delincuente.

La acción en el ámbito civil está ligada a una situación previa jurídico-material, relación esta que justifica y da razón no solo del derecho del sujeto a dirigirse a los órganos jurisdiccionales, sino además el que estos le dispensen la concreta tutela que, en relación con dicha previa relación jurídico-material, solicita; la acción no es por tanto, ni puede confundirse con, el derecho subjetivo que se da en el presupuesto jurídico-material, ni constituye tampoco un mero derecho procesal, sino que constituye un propio y verdadero derecho subjetivo público del que se es titular frente al Estado, para que a través del órgano jurisdiccional, otorgue la concreta tutela jurídica que se solicita.

En la acción penal, en cambio, no puede hablarse de derecho subjetivo público alguno, sino solo de un poder, de una potestad -el ejercicio de

un deber en el caso del Ministerio Fiscal- de realizar un acto por el que se ejercita un “derecho” a ser parte acusadora en el proceso penal.

“El concepto de potestad, afirma GARCIA DE ENTERRIA (2) siguiendo a SANTIROMANO, se perfila a través de su contraste dialéctico con el de derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos”. Pero a partir de este núcleo común todas las demás notas son diferentes entre la potestad y el derecho subjetivo. Así, el derecho subjetivo, continua GARCIA DE ENTERRIA, se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado. Por el contrario la potestad no se genera en relación jurídica alguna, -ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento; de otra parte no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas; no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir relaciones jurídicas particulares; en fin a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. ...En definitiva la potestad, es una mera facultad de actuación de atribución legal, legalidad que define sus límites y condiciones o presupuestos de ejercicio.

En tal sentido y si concebimos la acción penal, en cuanto referida a los particulares como una mera potestad de origen y contenido legal habríamos de concluir que su reconocimiento no es necesario, en cuanto, al no suponer la previa existencia de una relación jurídico material, no exigiría, de por sí, un reconocimiento y amparo por la norma jurídica.

Es evidente, no obstante que el sistema acusatorio que caracteriza nuestro proceso penal se estructura en un triple frente: la acusación del Ministerio Fiscal que representa los intereses generales; la del acusador particular -y como especialidad la del actor privado- que defiende los “derechos” del ofendido, y la del acusador popular, referida a todos los ciudadanos “hayan sido o no ofendidos por el delito”. Así el ordenamien-

(2) Curso de Dº Administrativo - CIVITAS 4ª Ed., pág. 419 y ss.

to jurídico español, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, no reconoce en exclusiva el ejercicio de la acción penal al M^o Fiscal, sino que tal función acusadora la comparte con cualquier ciudadano en determinadas condiciones, e incluso en algunos supuestos -delitos privados- es al propio ciudadano ofendido por el delito a quien se concede la acción para perseguirlo, y con exclusión del M^o Público (art. 104 LECr.).

En concreto nuestra LECr. concede el ejercicio de la acción penal a todo ciudadano español (art. 101) haya sido o no ofendido por el delito (art. 270.1) y a los ciudadanos extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes; o las personas o bienes de sus representados (art. 270 II en relación con los arts. 280 y 281), reconocimiento o concesión que ha sido elevado a rango de Derecho Constitucional (art. 125 CE). En el mismo orden de cosas, la L.O.P.J., desarrollando el precepto constitucional precisa en su art. 19.1 que “los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidas en la ley”.

Ciertamente acusación popular y acusación particular presentan evidentes diferencias. Partiendo de la base de que aquella se produce por el ciudadano no ofendido por el delito, mientras que ésta comprende los supuestos en que es el ofendido o perjudicado por el delito el que ejercita la acción, la doctrina (3) tiene establecidas algunas particularidades en el ejercicio de la acción penal, dependiendo de si el particular es o no el ofendido por el delito. “Entre ellas se pueden destacar las siguientes:

- 1^o El acusador popular debe comparecer en la causa por medio de Procurador con poder especial y Letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio, mientras que el ofendido por el delito tiene derecho a que se designe de oficio cuando no le hubiese nombrado por sí mismo (art. 118.111).
- 2^o El acusador popular debe constituir fianza de la clase y cuantía que el Juez determine para responder de las resultas del juicio (art. 280) mientras que el acusador particular está exonerado de cumplir tal deber (art. 281).
- 3^o El acusador popular tiene unas limitaciones en su legitimación (art. 102 y 103) que no se aplican al acusador particular.
- 4^o Un sector doctrinal (MONTERO AROCA), además, añade que el fundamento constitucional de las acciones popular y particular es diferente, puesto que mientras el acusador popular tiene una legiti-

(3) JULIO MUERZA ESPARZA. D^o Procesal Penal, pág. 140 y ss.

mación extraordinaria, en cuanto se la reconoce el art. 125 CE, no precisando afirmar que es el ofendido por el delito para que se la reconozca el derecho al ejercicio de la acción penal, el acusador particular tiene una legitimación ordinaria apoyada en el art. 24.1 CE (STC. 34/94 de 31 de enero)".

Ahora bien al margen de tales diferencias tanto la acción popular como la acusación particular coinciden en constituir meras potestades que el ordenamiento jurídico atribuye al particular, y no un verdadero derecho subjetivo público, pues tanto uno como otro, al igual que el M^o Fiscal, que ejercita o cumple con el deber de acusar, carecen de poder dispositivo sobre el proceso, puesto que no son sujetos de la relación jurídica objeto del mismo. La acusación, como presupuesto del proceso lo único que afirma en el mismo es el "ius puniendi" del Estado, el derecho subjetivo de penar del Estado, primera consecuencia que se deriva de la comisión del hecho punible.

Ciertamente cuando el ordenamiento jurídico reconoce una potestad, lo hace en función de algo; y ese "quid", en el supuesto de la acción penal, no es otro que el interés que el ciudadano tiene en que frente a una infracción de naturaleza penal el Estado ejercite el "ius puniendi" que le viene atribuido, a través del cauce establecido para ello, que no es otro que el proceso penal. Bien es cierto que este interés, adquiere distinta configuración en el caso del ciudadano directamente ofendido o perjudicado en sus bienes o derechos y el que no lo ha sido, pues el primero tiene un interés directo y específico, mientras que el segundo lo tiene de carácter genérico. De ahí la distinta configuración legal de la acción penal y la posición de un cierto sector doctrinal, que la enmarca en el ámbito constitucional del art. 24.1 cuando de la acción particular -y en todo caso de la privada- se trata, o en el del art. 125 cuando lo que afirma es la acción popular.

Ya hemos dicho que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que nos son próximos, como el francés o el italiano, que no conocen más acusación que la del Fiscal, el sistema en que se inspira nuestro proceso penal común, asume la posibilidad de existencia de una pluralidad de partes del lado de la acusación y hemos intentado dar razón del por qué nuestro ordenamiento atribuye esta potestad al particular.

Precisamente esta caracterización de la acción penal particular, en sentido amplio, como mera potestad que el ordenamiento reconoce al ciudadano, para instar la incoación del proceso o la prosecución del mismo en orden al ejercicio del "ius puniendi" del Estado, sobre la base del interés directo o genérico que tal ciudadano ostenta en que efectivamente se ejer-

cite ese "ius puniendi" frente a los hechos y conductas que revisten naturaleza penal, ha de servirnos para enfrentarnos a la regulación que de esta materia se hace en el proceso penal militar.

Tradicionalmente la Jurisdicción Militar en el Ordenamiento Jurídico Español ha otorgado el monopolio de la acusación al Ministerio Fiscal. Tanto el C.J.M. de 1890 (art. 343) y en lo procesal su antecedente inmediato de la Ley de Enjuiciamiento de 1884, como la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina de Guerra de 1894 (art. 7) desconocían la posibilidad de intervención en el proceso penal como parte acusadora a cualquier persona que no fuera el M^o Fiscal.

Tal criterio fue el mantenido por el C.J.M. de 1945 que lacónicamente establecía en su art. 452 que "...en ningún caso se admitirá la acción privada" (4). Fue la L.O. 9/80 de 6 de diciembre la que, al reformar el C^o de 1945 tanto en aspectos organizativos y de competencia, como sustantivos y procesales, introdujo por primera vez la acusación particular en el proceso penal militar; no así la popular que continuó ajena y extraña a nuestro ordenamiento.

La nueva redacción dada a determinados artículos, como el 452 -que substituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querrela (5)-, o los arts. 491 y 728 -que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular-, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar, tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendía que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que había de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que de otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querrela.

Pues bien, la L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar, aprobada por L.O. 2/89 de

(4) Entendido el término "privada" como opuesto a "pública", monopolio del M^o Fiscal, y por tanto comprensiva tanto de la acción particular como de la privada en sentido estricto.

(5) En tanto en cuanto forma de inicio del proceso, no en todo caso como cauce formal, para mostrarse parte en un proceso ya iniciado.

13 de abril, aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querrela, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la L.O. 9/80.

En primer término, el art. 130.5 de la L.O. 2/89 Procesal Militar introduce la querrela como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la L.O. 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querrela al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer "...salvo que perjudicado e inculpado sean militares", con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querrela, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero.

Por su parte, el art. 168 de la LOCOJM excluye en tiempo de guerra la posibilidad de ejercitar en todo caso la acusación particular y la acción civil.

Tal limitación de los arts. 108 y 127 antes citados, que se extiende asimismo al ejercicio de la mera acción civil, no estaba en modo alguno prevista en el C.J.M. tras la reforma operada en aquel por la L.O. 9/80, y de hecho su introducción en la L.O. 4/87 (art. 108) suscitó cierta oposición en la discusión parlamentaria y la presentación de tres enmiendas -una del Grupo Parlamentario del PNV, otra de IU y una tercera del diputado del CDS Sr. DON LEON BUIL- en las que esencialmente se argumentaba, a la par que una presunción de posible inconstitucionalidad del precepto, la negativa a aceptar que un derecho constitucionalmente reconocido pudiera ser excluido en un ámbito profesional concreto por la mera existencia de una relación jerárquica.

Sin embargo, curiosamente, el citado precepto, de cuya constitucionalidad se dudaba, venía amparado por la doctrina sentada por nuestro máximo intérprete constitucional, en auto 121/84 de 29 de febrero en el que

afirmaba que el principio constitucional por el que se concede acción penal directa al interesado sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que la impida la naturaleza de la materia regulada o la impidan intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, cual es la disciplina militar; esta doctrina se mantiene y amplía en la Sentencia 97/85 de 29 de julio en el sentido de afirmar que el art. 452.2º del Cº. de J.M. "...está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la Constitución les asigna, una especial e idónea configuración en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial, no resultando fácil compatibilizar tales exigencias con litigios entre quienes pertenecen a la Institución Armada en sus diferentes grados". ... "Sin embargo -prosigue la sentencia- cuando tales principios y valores no se ven afectados, se hace forzoso buscar una interpretación que la cohoneste con aquel derecho (tutela judicial en su manifestación de acceso al proceso)" y en consecuencia concluye que estará prohibida la acción privada "que pretenda ejercitar un militar contra otro, estando ambos ligados orgánicamente" y no lo estará aquélla que se intente "...por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidas de un posible agravio directo". Pero tal doctrina, entiendo, no justifica plenamente los preceptos que ahora analizamos, o cuando menos no es congruente en su totalidad con el tenor de los mismos.

Efectivamente las resoluciones que acabamos de citar se pronunciaban en relación con el art. 452.2º del C.J.M. tras la redacción dada al mismo por la L.O. 9/80 de 6 de diciembre, redacción esta que, como anteriormente apuntábamos, se limitó a sustituir la anterior prohibición de la acción privada o particular en el ámbito del proceso penal militar por la mera prohibición de la querrela. Pero ya vimos como el C.J.M., tras la indicada reforma, permitía que el ofendido o perjudicado por el delito, una vez que el procedimiento penal se dirigiera contra el presunto responsable, pudiera personarse en aquel, tras el oportuno ofrecimiento de acciones, para ejercitar la acción particular. Consecuentemente, lo único que tras la indicada reforma vetaba el derogado Código de Justicia Militar, era que el proceso se iniciase a instancia de parte mediante el ejercicio de la querrela. Y es sobre esto, y sólo sobre esto, sobre lo que en sentido estricto se pronuncia y podía pronunciarse nuestro Alto Tribunal, en el sentido de afirmar que no sería admisible el ejercicio de la acusación, instando la apertura del proceso mediante querrela, cuando querellante y querellado fueron militares, pues el estar integrados en los Ejércitos, en una Institu-

ción Armada, cuya especial configuración, para cumplir los altos fines que el art. 8.1 de la Constitución les asigna, y en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial, es de difícil conjugación o compatibilización con la presencia de litigios entre quienes la integran; pero que, por el contrario, la querrela sí sería admisible cuando no se diera esa circunstancia en el querellante o en el querrellado. En tal sentido dicha jurisprudencia lo que avalaba era el tenor del nuevo art. 130.5.

El que luego algunos de los razonamientos de dichos fallos fueran utilizados, a la hora de redactar los artículos 108 de la L. O. 4/87, -y así se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos- y 127 de la L.O. 2/89, Procesal Militar, es otra cuestión, cuya justificación, entendemos, carece de base suficiente y además incluso cabe entender contradicha por algunos de los preceptos de la propia Ley Procesal Militar. Y ello sin desconocer el hecho de que el Tribunal Supremo (Sala V) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dichos preceptos y, en particular, sobre el art. 108 citado, apoyándose en la doctrina sentada en el auto y sentencia antes citados del Tribunal Constitucional (6).

Preciso será, no obstante, analizar previamente el sentido y contenido de las limitaciones establecidas.

Estas se refieren de una parte (art. 130.5 L.P.M.) a la prohibición de la querrela cuando querellante y querrellado sean militares -al margen del tipo de relación que exista entre ambos- aun exigiendo en todo caso que el querellante sea perjudicado u ofendido por el delito. De otra a la imposibilidad de personarse en el procedimiento iniciado para ejercer la acusación particular o la acción civil, cuando dándose la circunstancia de ser tanto el perjudicado como el presunto responsable del delito militares, exista además entre ambos relación jerárquica de subordinación.

Partiendo de la base de que al conceder el art. 24.1 CE. el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales, de cualquier orden que sean, la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (7) y que, en tal sentido, por imperativo del art. 51 de la LOPJ, que nos impone interpretar las leyes "conforme a la Constitución", siendo así que la fuerza expansiva de todo

(6) Autos de la Sala V del T.S. de 2.1.89 y 27.5.92 entre otros.

(7) SSTC 24/87, 93/90 y 285/93, entre otras.

derecho fundamental (8) restringe el alcance de las normas limitadoras que actúen sobre el mismo, es preciso, conforme a una interpretación literal de los preceptos que analizamos, y que utilizan el verbo -"sean" y "exista"- en tiempo presente, llegar a la conclusión que las limitaciones derivadas de dichos artículos sólo pueden tener virtualidad cuando la circunstancia contemplada se de, esté presente, en el momento en que se pretenda interponer la querrela, o personarse al objeto de ejercitar la acusación particular o acción civil, sin que baste consecuentemente que la existencia de la condición de militar, aparejada o no a la situación de relación jerárquica de subordinación, se de en el momento de ocurrencia o perpetración de los hechos -pues en tal caso no cabía nunca, a partir de este momento, el ejercicio de la acción particular-. No obstante, tal interpretación restrictiva de la prohibición no concede mejor fundamento a la misma.

Tampoco la motivación de que la relación jerárquica de subordinación, no ha de ser la genérica -existente siempre entre militares en razón de empleo o antigüedad- sino la concreta y específica derivada de la orgánica y funcional existente entre ambos, pues caso contrario, sería absolutamente superfluo referirse a la misma, bastando excluir el ejercicio de la acusación particular o acción civil entre militares ya que en la Institución militar, siempre se da entre sus miembros una relación de jerarquía y superioridad de unos respecto de otros.

Sentado lo anterior, es exigible, y esto ya hace referencia al concepto estricto de legitimación, que quien pretende ejercitar la acción particular o acción civil, haya sido perjudicado u ofendido en sus bienes y derechos por el delito. Ciertamente no pocos de los delitos militares son infracciones que atentan exclusivamente contra bienes jurídicos de naturaleza pública, como los delitos de deserción, abandono de destino o residencia, desobediencia, delitos contra los deberes del centinela, contra la hacienda en el ámbito militar -cuando menos en la mayoría de sus modalidades- pero es igualmente cierto, que otros muchos son de carácter pluriofensivo y atentan asimismo contra bienes o derechos de los particulares -como la vida o la integridad física, o el honor en los delitos de insulto a superior, o en los de abuso de autoridad, o la propiedad, en los de devastación y saqueo o requisas ilegales...- y en tal sentido la naturaleza del delito y los bienes jurídicos contra los que el mismo atenta o pone en peligro, habrán

(8) Y el derecho a la tutela judicial, y en cuanto a él se incardina el ejercicio de la potestad acusatoria reconocida por las leyes procesales en defensa de derechos e intereses legítimos, lo es.

de ser tenidos en cuenta a la hora de permitir el acceso al proceso en calidad de perjudicado u ofendido.

Pero dicho lo anterior, tenemos que preguntarnos necesariamente si tales limitaciones aún con las matizaciones fijadas, tienen sentido y justificación, y en todo caso, si la propia norma que tales limitaciones ampara es congruente con la postura adoptada. Pues bien, nuestra respuesta ha de ser negativa en ambos casos.

Si la exclusión de la querrela o de la acusación particular y acción civil en el ámbito jurisdiccional castrense pretende apoyarse en las exigencias de la profesión militar, atendida su especial naturaleza, que se enmarca en una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, caracterizada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación para conseguir la máxima eficacia (9), y que se vería afectada por litigios entre militares si, en definitiva, la causa de la excepción es la tutela de la disciplina militar que podría verse gravemente perjudicada (10) por la presencia de estos litigios, no se alcanza a entender que dicha tutela no se dé cuando la controversia se produce en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria por delitos comunes (estafas, apropiación indebida, robo, hurtos, lesiones por imprudencia) en los que sujeto activo y perjudicado u ofendido pueden ser militares, y existir entre ambos relación jerárquica de subordinación. La pretendida tutela de la disciplina, de la Unidad de las Fuerzas Armadas y sus componentes no puede hacerse depender, si efectivamente es imprescindible que se produzca, del ámbito jurisdiccional en que la controversia o litigio entre militares se dé.

La razón esgrimida podía efectivamente tener clara justificación en un tiempo pretérito en que el ámbito de competencia de la Jurisdicción Militar se extendía o abarcaba la totalidad de los delitos, incluso los de naturaleza común -excepción sea hecha de los supuestos de desafuero- cometidos por militares y en que el ejercicio del Mando y el de la Jurisdicción iban indisolublemente unidos, pero carece de sentido en el momento actual en que la Jurisdicción militar tan sólo tiene competencia en tiempo de paz para el conocimiento de los delitos tipificados como militares en el Cº. Penal Militar, escapando de su competencia los delitos de naturaleza común, aun cuando afecten al buen régimen y eficacia del servicio- y es ejercida por órganos judiciales específicos e independientes, sujetos con exclusividad a la Constitución y a las leyes.

(9) Rojas Caro. Dº Procesal Militar.

(10) J. Aparicio Gallego. La nueva organización de la Justicia Militar (RGD 1987).

No tiene sentido, como decimos, esgrimir la tutela o protección de la disciplina y la unidad entre los miembros de la Institución militar, que se afirma podía verse afectada por cualquier litigio que se diera entre militares, máxime en el supuesto de que exista entre los mismos relación jerárquica de subordinación, si acto seguido se reduce exclusivamente el ámbito de dicha tutela al marco de la Jurisdicción Militar, pero no en el más amplio de la Jurisdicción ordinaria, en el que la disciplina y la unidad pueden sufrir idénticos o más graves embates.

Y si a la hora de vetar el ejercicio de la acción particular o en su caso la querrela, carece de suficiente entidad el argumento tutelar esgrimido, menos fundamento tiene si lo que se trata de impedir no es ya la acusación formal entre militares, sino la acción civil en demanda del mero resarcimiento del daño o perjuicio experimentado como consecuencia del delito cometido, agravando dicho perjuicio con la demora impuesta en espera de la finalización del proceso penal, para poder plantear la correspondiente demanda civil y el condicionamiento que este último proceso pueda sufrir derivado del contenido de la sentencia penal, en cuyo proceso -el penal- ninguna intervención se ha permitido al perjudicado.

Pero es que, a mayor abundamiento, nuestra propia Ley Procesal es incongruente con los principios de defensa y tutela de la disciplina que afirma, y prueba palpable de ello es el tenor del art. 143 de la Ley Rituaria ya citada, que concede entre otros al denunciante recurso de apelación contra el auto del Juez Togado por el que acuerde alguna de las medidas previstas en el art. 141 de la misma ley, y entre ellas y en particular la terminación y archivo del procedimiento -las diligencias previas- si estima que los hechos objeto de investigación no son constitutivos de delito.

Teniendo en cuenta que denunciante puede serlo el perjudicado u ofendido por el delito, que siendo militar no sólo tiene el derecho, sino el deber de denunciar o dar parte de aquellos hechos constitutivos de posible delito militar de que tenga conocimiento, -incurriendo si no lo hace en responsabilidad- y que el mero hecho de recurrir el auto del Juez Togado que pone fin a las D/Previas -si considera que los hechos no son constitutivos de ilícito penal, ni de otro tipo de ilícito, o en su caso lo son de ilícito disciplinario-, ya de por sí supone plantear materialmente una acusación, pues dicho auto se recurre, porque el denunciante recurrente piensa que los hechos si son constitutivos de delito, pudiéndose dar, como de hecho sucede, que entre dicho denunciante de condición militar, y el denunciado, que normalmente será militar, -dada la naturaleza de delitos propios de la mayor parte de los tipos penales militares, -exista una relación jerárquica de subordinación, no se alcanza a

entender que se permita formular, mediante la vía de recurso, dicha acusación, y si aquel prospera y por el Tribunal se resuelve favorablemente ordenando la incoación de sumario y eventual procesamiento del presunto responsable del delito apreciado, acto seguido se impida a quien más allá de la mera denuncia, ha acusado, el personarse para mantener su acusación, en el sumario ya iniciado.

Tal postura resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula -por la simple no mención de la posibilidad- respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querrela, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia de delito y posible responsabilidad del denunciado.

Que esta "incongruencia" cabe al menos planteársela encuentra apoyo en el tenor del fundamento jurídico segundo del auto de la S.V. del T.S. de 10 de junio de 1993. que sienta la siguiente doctrina: "Los arts. 108 de la LOCOJM y 127 de la LOPM declaran con meridiana claridad que, cuando ofendido e inculpaado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, no puede aquél mostrarse parte como acusador particular o como actor civil... El problema se plantea, sin embargo, cuando se trata de conectar lo dispuesto en aquellas normas y lo que, también de modo claro, dispone el art. 143 de la Ley Procesal Militar, que concede legitimación para interponer recurso de apelación contra los autos dictados al amparo del art. 141, al Fiscal Jurídico Militar, a los Mandos Militares promotores del parte, al denunciante y al perjudicado...; la legitimación para apelar, que en el procedimiento penal ordinario viene condicionada por el requisito previo de haberse constituido el denunciante en parte, no está sometida en el art. 143 de la Ley Procesal Militar a condición alguna, probablemente porque el legislador, a la vista de la limitación definida por los arts. 108 de la LOCOJM y 127 de la LOPM, quiso compensar al denunciante militar con una facultad última de revisión del resultado de su denuncia. Limitar la legitimación al denunciante militar añadiría, a la anómala separación de lo preceptuado por el procedimiento ordinario, la ilógica consecuencia

de denegar a un denunciante militar la legitimación por el hecho de que legalmente nunca podía constituirse en parte y reconocerla al no militar que, pudiendo usar de su derecho de mostrarse parte en el proceso, no la hubiera utilizado. Parece, por tanto, que nos encontramos ante una peculiaridad del proceso militar y que no cabe hablar de una separación entre preceptos específicos -art. 108 de la LOCOJM y 127 LOPM- y preceptos generales -el del art. 143 LOPM- con una prevalencia de aquéllos sobre éste. Cada uno de ellos tiene su propio ámbito y el art. 143 queda constreñido a la legitimación para recurrir en apelación los autos dictados al amparo del art. 141, sin que quepa hacer distinción alguna entre distintas especies de denunciantes y de perjudicados, y sin olvidar que tampoco el Mando Militar promotor del parte precisa ningún plus para estar legitimado para idéntico recurso, indicio claro de la voluntad de la ley, que no podrá ser ignorada sin atentar contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE, vistas las limitaciones que por otra parte afectan a los militares”.

Lo que de dicha exposición se desprende de modo claro, es que la peculiaridad del art. 143 va más allá de la peculiaridad que también supone el art. 327 de la *Ley Procesal Militar en relación con los arts. 111 y 112 de la LOCOJM*, pues no sólo ofrece recurso de apelación -en el supuesto del art. 143- y en este caso al mando promotor del parte, en forma similar y fundado en idéntico motivo, aunque el precepto calle, a como el art. 327 atribuye la posibilidad de formular recurso de casación a los Mandos Militares Superiores, sino que atribuye intervención en el proceso, legitimándole para apelar el auto dictado al amparo del art. 141 a quien es mero denunciante, sea militar o no, y sea o no ofendido por el delito, posibilitándole para formular lo que, se quiera o no, es materialmente una acusación; luego, si dicho recurso prosperara, le niega la posibilidad de personarse en el proceso para ejercer formalmente dicha acusación, si es militar, y entre el mismo y el presunto responsable del delito o cualquiera de ellos, si son varios, existe relación jerárquica de subordinación. Que la contradicción existe resulta evidente, al tiempo que pone en entredicho, al reconocer dicha legitimación al denunciante no perjudicado u ofendido la imposibilidad de ejercicio de la acción popular (11).

(11) En este sentido, el T.C. en Sentencia 64/99 de 26 de abril, ha establecido respecto al ejercicio de la acción popular en el ámbito de la *J. Militar*, que “...se trata de determinar si el silencio de las leyes acerca de la figura del acusador popular supone una negativa legal a la posibilidad de esta figura en dichos procesos, o, por el contrario, si dicho silencio da lugar a la eficacia de la disposición adicional primera de la *Ley Procesal Militar* y,

En definitiva, entiendo que ni el precedente legislativo inmediato -la reforma introducida por la L. O. 9/80 de 6 de diciembre- ni la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que evidentemente afectaba a un precepto de distinto contenido y en un contexto diferente, ni las razones que, buscando fundamento en dicha doctrina, recoge la E. de M. de la LOCOJM 4/87, intentando justificar la exclusión, en determinados supuestos, del ejercicio de la acusación particular y de la mera acción civil, en el ámbito del proceso militar, dan razón suficiente de dicha exclusión, en buena parte además puesta en entredicho por el tenor del art. 143 de la LOPM y por el fácil modo de elusión de la propia exclusión, que sólo precisa de la ruptura de esa relación jerárquica de subordinación concreta entre perjudicado u ofendido y presunto responsable, para que el proceso pueda abrirse al primero.

En tal sentido resultaría, a mi modo de ver, aconsejable eliminar todo tipo de trabas al ejercicio de la acusación particular y acción civil en el proceso penal militar, en tiempo de paz, modificando los arts. 108 de la LOCOJM. y 127 y 130.5° de la LOPM, y modificar asimismo el tenor del art. 143 sustrayendo la posibilidad de recurrir al mero denunciante, cualquiera que sea su condición, pues si es perjudicado por el delito ha podido personarse como parte ejercitando la acusación particular y si no lo es, vendría lógicamente afectado por la imposibilidad de ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar.

Tan solo en tiempo de guerra estaría a mi modo de ver justificado el mantenimiento sin exclusiones del monopolio de ejercicio de la acusación por parte del M° Fiscal, atendidas las especialísimas circunstancias que se dan en esta situación de conflicto armado, y la clara preponderancia de los "intereses públicos" sobre cualquier otro.

por tanto, a la aplicabilidad de los arts. 101 y 270 de la LECr., y, en definitiva, a esta modalidad de acusación en el proceso militar", concluyendo que, tratándose de un derecho de configuración legal, la acción popular sólo existe cuando la ley la establece sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva, doctrina esta que reitera en Sentencia 81/99 de 10 de mayo.