

EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

Este artículo se publica en memoria de don Vicente Gimeno Sendra. Se transcribe en su literalidad, por ser el último que escribió sobre la jurisdicción militar. Ello en sentido recuerdo y homenaje a su persona y obra. No obstante, debemos advertir que se escribió antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.

Vicente Gimeno Sendra.
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional.

1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Dispone el primer apartado del artículo 117.5 de la CE que *«el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales»*.

a) Mediante dicha declaración vino a restablecer la norma fundamental el principio de la «unidad jurisdiccional», al cual se opone la creación de las *«jurisdicciones especiales»*, característica esencial de las sociedades estamentales o corporativas, que sustentaban el Antiguo Régimen y el anterior Estado autocrático.

Una jurisdicción está informada por el susodicho principio de unidad cuando la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, estándoles expresamente vedado a cualesquiera otros órdenes de funcionarios el ejercicio de dicha potestad.

La instauración de tales órdenes de funcionarios con funciones juzgadoras fuera del poder judicial conformaría un supuesto de *jurisdicción especial*. Las jurisdicciones especiales se caracterizaban y diferenciaban de los tribunales ordinarios por la concurrencia en ellas de dos notas esenciales: desde un punto de vista formal no se regían por las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en lo sucesivo), ni formaban parte del poder judicial y, sobre todo, desde el material, carecían de independencia frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo. Dicho en otras palabras, aun cuando en una jurisdicción especial concurriera la nota objetiva de la jurisdicción, es decir, la «cosa juzgada», le venía a faltar la subjetiva, «la independencia y sumisión a la ley». Por tal razón (porque el tercero, que ha de dirimir el conflicto, carecía de independencia), las actuaciones que ante ellas transcurrían no podían merecer la denominación de proceso, sino la de un mero procedimiento, expresión formal de una solución autocompositiva.

b) El fundamento del principio de unidad, por consiguiente, es el mismo que el de la propia legitimación del oficio judicial: «la independencia y la sumisión a la Ley» de los juzgados y tribunales.

En la medida en que los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, son los únicos «funcionarios» absolutamente independientes (sin que ningún superior pueda dictarles órdenes sobre el contenido de sus decisiones) y exclusivamente sometidos a la ley y al derecho, tan solo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda conferir a otros cuerpos de funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada, pues, de nada serviría la proclamación de la sumisión del Estado al imperio del derecho y la exigencia democrática de que las Leyes promulgadas por el Parlamento hayan de ser imparcialmente aplicadas a los casos concretos, si aquella potestad pudiera ser sustraída del poder judicial y encomendada a los funcionarios más sumisos del Poder Ejecutivo.

De lo dicho se desprende que el principio de «unidad jurisdiccional» es, en general, consustancial a todo sistema democrático y que, por el contrario, su principio antitético, el de «dispersión jurisdiccional» o de proliferación de las «jurisdicciones especiales» constituye, como se ha dicho, una característica de los Estados autocráticos.

Pero la indisolubilidad del principio con el Estado de Derecho, lo es en la medida en que la Constitución (CE) otorgue la independencia judicial exclusivamente a un determinado orden de jueces y magistrados.

De aquí que el principio de unidad jurisdiccional pudo permanecer (previa la revisión del postulado de la independencia y el sometimiento a la

ley, y su sustitución por la doctrina de los *Führerprinzip*) en determinados Estados totalitarios, tales como el nazi o el italiano fascista. Por el contrario, el principio de unidad jurisdiccional no rige en Estados democráticos como Alemania, cuya organización judicial incluye nada menos que cinco órdenes jurisdiccionales (civil y penal, laboral, social, fiscal y contencioso-administrativo), si bien los jueces de todos ellos, aunque funcionalmente dependientes de distintos ministerios, son independientes y sometidos a la ley y al derecho.

Ahora bien, si la independencia judicial es potenciada en un sistema democrático determinado a través de la instauración del sistema de autogobierno, el principio de «unidad jurisdiccional» pasa a convertirse, con carácter absoluto, en consustancial a dicho sistema, ya que la instauración de otros tribunales, no encuadrables en el poder judicial, produciría también la exclusión de aquel régimen de Gobierno y la coexistencia de tribunales absolutamente independientes con otros dependientes, funcionalmente al menos, del poder ejecutivo.

B) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La evolución histórica del principio de unidad jurisdiccional, al igual que el de otras instituciones inherentes al sistema democrático (*v. gr.*, el jurado), sufrió los mismos avatares que los de la propia revolución liberal.

a) De este modo, previsto ya en el artículo 248 de la Constitución de Cádiz, no fue, sin embargo, instaurado hasta la publicación del decreto ley de 6 de diciembre de 1868, comúnmente conocido por Decreto de Unificación de Fueros, en virtud del cual se suprimieron las múltiples jurisdicciones del Antiguo Régimen, dejando tan solo subsistentes, pero ceñidas a sus justos límites, la eclesiástica, la militar (GUERRA y MARINA) y la del Senado.

Pero, con el devenir de la historia, el referido principio experimentó sus primeras grietas como consecuencia de la expansión de jurisdicciones especiales más emprendedoras, tales como la militar, que, tras la promulgación de las leyes de 8 de enero de 1877, el Real Decreto de 27 de septiembre de 1890, de promulgación del Código de Justicia Militar y, principalmente, tras la publicación de la Ley de Jurisdicciones, de 23 de marzo de 1906, extralimita su competencia para el conocimiento de los delitos de terrorismo. La dictadura de Primo de Rivera potencia todavía más dicha competencia (*v. gr.*, mediante el decreto de 18 de septiembre de 1923 sobre represión del separatismo; el de 13 de abril de 1924 sobre delitos de robo a mano armada; y el de terrorismo, de 25 de diciembre de

1925), siendo necesario, durante la II República, la expresa promulgación de tres decretos (los de 17 y 29 de abril y 11 de mayo de 1931) para que el principio de unidad volviera a la misma situación que inauguró el «Decreto de unificación de fueros».

b) Con todo, cuando el principio de unidad sufrió sus mayores agresiones fue con el *nuevo* Estado surgido tras la sublevación militar del 18 de julio de 1936, en el que no solo se potenció a la jurisdicción castrense más allá de los más insospechados límites (*cf.* las *leyes* de Represión de la Masonería y del Comunismo, y de Seguridad del Estado, de 1 y 29 de marzo de 1940; la Ley de Rebelión Militar, de 2 de marzo de 1943; los Decretos Leyes de Bandidaje y de Terrorismo, de 18 de abril de 1947, 21 de septiembre de 1961 y 27 de agosto de 1975), sino que también la política legislativa de dicho Estado se caracterizó por su carácter prolijo en la creación de nuevas jurisdicciones especiales.

De entre las más significativas de aquella época cabían señalar: a) la del Tribunal de Orden Público (1963-1977) que, junto con la militar, compartió la función de represión de los delitos políticos; b) la jurisdicción eclesiástica, a quien, debido a la confesionalidad del Estado, se le encomendó todo lo relacionado con el derecho de familia (matrimonio y disolución, separación, y patria potestad entre cónyuges católicos); c) los tribunales de contrabando, delitos monetarios, menores, peligrosidad social, juntas de detasas, el Tribunal de Defensa de la Competencia, los Tribunales Sindicales de Amparo, los juzgados especiales de emigración, etcétera.

A diferencia, pues, de otros regímenes de similar corte totalitario, en los que, como se ha adelantado, previo el cambio de función del juez, se mantuvo e incluso se potenció el principio de unidad (en la Italia fascista los tribunales de trabajo se convirtieron en tribunales ordinarios), en el Estado franquista se optó por la vía de extraer de la jurisdicción determinadas materias, con respecto a las cuales el Ejecutivo desconfiaba de la actuación imparcial de los tribunales, otorgando su conocimiento a la oportuna jurisdicción especial, a la que dotó con sus funcionarios más sumisos.

Fruto de esta política legislativa, que contribuyó a preservar la independencia judicial de los tribunales ordinarios, al descongestionarlos del *trabajo sucio* (lo que permitió, de otro lado, imponer la ideología del *apoliticismo* de la magistratura), fue la coexistencia de la *jurisdicción ordinaria* con innumerables jurisdicciones especiales, con respecto a las cuales no existía siquiera unanimidad doctrinal en cuanto a su simple enumeración (MATTES contabilizó 10; la Comisión General de Codificación, 21; 22, TOHARIA y 25, LATOUR BROTONS).

c) Con el advenimiento de la monarquía parlamentaria afortunadamente se produce una política legislativa de signo inverso, tendente a la abolición de las jurisdicciones especiales. Y, así, ya en plena transición política, dos decretos leyes de 4 de enero de 1977 abolieron las jurisdicciones de «orden público» y la de delitos monetarios; los decretos de 10 de febrero y 2 de junio de 1978 hicieron lo propio con los Tribunales Sindicales de Amparo y Juntas de detasas; los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede hicieron otro tanto con la jurisdicción eclesiástica (cuyas decisiones hoy carecen de cosa juzgada o han de ser homologadas de conformidad con el derecho del Estado). Posteriormente, una vez instaurado el Tribunal Constitucional (TC), dicho órgano jurisdiccional se encargaría de abolir determinadas jurisdicciones (*v. gr.*, la del Tribunal de Defensa de la Competencia, al declarar que sus decisiones son revisables ante los tribunales de lo contencioso-administrativo) o de ceñir la militar a sus justos límites (permitiendo, asimismo, que los actos de la administración militar, p. ej., en materia de ascensos, pudieran ser revisados ante tales tribunales o admitiendo, en cualquier caso, la procedencia del recurso contencioso de protección jurisdiccional y el de amparo).

C) RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

El principio de unidad jurisdiccional, establecido en el artículo 117.5 de la CE, ha sido reiterado por el artículo 3.1 de la LOPJ, en cuya virtud «la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos».

De la lectura de ambos preceptos («el principio de unidad es la base», «sin perjuicio de las potestades reconocidas por la Constitución a otros órganos», señala el artículo 117.5 CE) es claro que no se ha querido efectuar en nuestro ordenamiento una consagración rotunda y radical del referido principio de unidad, toda vez que la propia Constitución anunció la instauración de nuevos órganos jurisdiccionales, no encuadrables formalmente en el poder judicial.

La existencia, pues, de estos órganos jurisdiccionales, cuya constitución y funcionamiento no se rige por las disposiciones de la LOPJ, es la que ha motivado esta declaración flexible del principio de unidad, cuya eventual derogación, tal y como señala el artículo 3.1 de la LOPJ, goza de una importante limitación, que es la de la «reserva constitucional», ya que los únicos órganos judiciales que pueden instaurarse fuera del poder

judicial son los expresamente previstos en nuestra propia ley fundamental, a saber: los «tribunales consuetudinarios y tradicionales» (artículo 125), el Tribunal de Cuentas (artículo 136) y el Tribunal Constitucional (artículos 159 y ss.).

La existencia de tales tribunales, ello no obstante, no permite configurarlos como *jurisdicciones especiales*, puesto que en tales jurisdicciones habría de estar ausente no solo la nota formal (su regulación en la LOPJ), sino fundamentalmente la subjetiva de todo órgano jurisdiccional: la *independencia judicial*.

En efecto, en los referidos órganos jurisdiccionales, el requisito de la independencia judicial concurre con toda su plenitud, aunque a través de una distinta regulación (*v. gr.*, la de los magistrados del TC a través de su propia LOTC, la del Tribunal de las Aguas de Valencia mediante su *auctoritas*, etcétera), razón por la cual deben ser conceptuados como tribunales especiales, esto es, órganos judiciales que, si bien no están integrados en la jurisdicción ordinaria o poder judicial, poseen la totalidad de las notas que adornan la jurisdicción, pues solucionan con independencia e imparcialidad y de una manera definitiva e irrevocable los especiales conflictos, cuyo conocimiento les ha sido atribuido por la propia Constitución.

2. LA JURISDICCIÓN MILITAR

La jurisdicción militar es, sin duda alguna, la única jurisdicción especial que constitucionalmente legitima su subsistencia por posibilitarlo así el segundo apartado del artículo 117.5 de la CE: «la ley regulará —dispone el precepto— 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».

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La jurisdicción militar, en un sistema democrático, tiene por finalidad asegurar la disciplina en una organización fuertemente jerarquizada, en la que la disciplina castrense constituye un valor esencial para su buen funcionamiento, por lo que cualquier acto de insubordinación ha de ser rápidamente reprimido por quienes se han formado en dicho valor, esto es, los propios militares. De aquí que tan solo pueda, en principio, exten-

der su ámbito de aplicación a quienes voluntariamente decidieron formar parte de esa relación funcional especial de sujeción y nunca a los *paisanos*.

Pero la jurisdicción militar, en tiempos de paz, no es absolutamente necesaria en un Estado democrático. Así lo confirma la experiencia de distintos Estados europeos (Alemania, Austria o países nórdicos; en Francia, tras la reforma de 1980, dicha jurisdicción tan solo permanece vigente en los territorios de ultramar y en el estado de guerra), en los que son los propios órganos de la jurisdicción ordinaria los que aplican la legislación especial militar.

Una solución intermedia fue mantenida en nuestro país por MENÉNDEZ PIDAL en el año 1931, quien propugnó la supresión de dicha jurisdicción y su sustitución por un «jurado militar», que habría de auxiliar a las audiencias provinciales en el conocimiento de los delitos castrenses y marítimos.

Nuestra Constitución, aun cuando no haya prohibido la instauración del anterior modelo, permite en el citado artículo 117.5 la subsistencia de la jurisdicción militar, siempre y cuando en tiempos de paz, de un lado, se ciña al «ámbito estrictamente castrense» y, de otro, sea respetuosa con los principios de la Constitución.

a) El «ámbito estrictamente castrense»

Por consiguiente, a diferencia del anterior régimen autocrático (que, en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado, exceptionaba también del principio de unidad a la jurisdicción eclesiástica), la jurisdicción militar es la única especial que legitima su subsistencia, siempre que, como se ha dicho, limite su actuación al «ámbito estrictamente castrense»; ámbito o fuero militar que desde siempre se ha configurado mediante la simultánea concurrencia de estos tres criterios: a) por razón de la materia, la jurisdicción militar ha de ceñirse a los delitos que atenten a la disciplina castrense; b) por razón del lugar, a los cometidos dentro de los cuarteles y en actos de servicio, y c) por razón de las personas, tan solo a los militares y nunca a los civiles (CORTINA, 1871, GONZÁLEZ DE ALBA, 1906).

b) Su adecuación a los principios de la Constitución

Junto a esta exigencia constitucional, de inexcusable observancia, incorpora el artículo 117.5 de la CE un segundo requisito: el de que el ejercicio de la jurisdicción militar se efectúe «de acuerdo con los principios de la Constitución». ¿A qué principios se remite la norma constitucional? La respuesta genérica no puede ser otra, sino los que se erigen en la causa legitimadora de todo órgano que se precie de jurisdiccional:

«la independencia y sumisión a la ley y al Derecho» de conformidad con la jerarquía normativa (la CE ha de ser la primera ley) y el sistema de fuentes preestablecido.

Por lo tanto, también el proceso militar ha de ser respetuoso con tales principios constitucionales; esta es la razón, por la cual el TC pudo *auto-cuestionarse* los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por su contradicción con la Constitución, ya que tales preceptos prohibían a los militares inferiores comparecer como acusadores contra sus superiores, y ello por supuesta violación de los artículos 14 y 24.1 de la CE, en relación con el inciso final del artículo 117.5 de la Constitución.

Cuando la jurisdicción castrense se extralimite, podrá el interesado interponer recurso de amparo por infracción del derecho al «Juez ordinario predeterminado por la Ley» del artículo 24.2 (STC 75/1982) y si infringiera los principios constitucionales consustanciales a todo proceso, dicho amparo puede fundarse en los derechos a la tutela judicial, de defensa o a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la CE.

Asimismo, y para garantizar el principio constitucional del juez legal imparcial, implícito en el referido derecho fundamental al juez legal, la LO 9/2003, de 16 de julio, modificó la LOCOJM, con el fin de prevenir la eventual «contaminación» y garantizar la imparcialidad o neutralidad de los órganos judiciales militares con carácter general. De esta manera, se modificó la composición numérica de los tribunales militares cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, de modo que la correspondiente sala ha de constituirse por tres miembros en lugar de los cinco habituales, con el fin de que puedan ser distintos de los componentes de la sala que, en su caso, haya adoptado resoluciones interlocutorias o previas de imputación en el mismo procedimiento.

B) NATURALEZA Y RÉGIMEN VIGENTE

En punto a dilucidar la naturaleza jurídica de la jurisdicción castrense, cabe distinguir dos etapas diferenciadas: a) desde la promulgación de la Constitución al día 1 de junio de 1986, fecha de la entrada simultánea en vigor del nuevo Código Penal Militar (LO 13/1985, de 9 de diciembre, hoy LO 14/2015) y de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

(LO 12/1985, de 27 de noviembre, hoy LO 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), y b) desde la promulgación de tales leyes de 1985 hasta el momento presente.

a) *La jurisdicción militar como jurisdicción especial*

En la primera etapa los tribunales militares conformaban una auténtica jurisdicción especial, por cuanto carecían de toda independencia, a la vez que extralimitaban manifiestamente su competencia como consecuencia de las reformas al Código de Justicia Militar (CJM) sucedidas principalmente durante el anterior Estado autocrático.

Aun cuando los tres «fueros» (materia, lugar y personas) fueron ya proclamados por el primitivo CJM, de 27 de septiembre de 1890, que se mantuvo vigente hasta la promulgación de las nuevas leyes penales y disciplinarias de 1985, lo cierto es que la concurrencia de dichos criterios no era simultánea, sino alternativa (*v. gr.*, bastaba que el delito fuera de naturaleza militar, aunque fuera cometido por un civil, para que la jurisdicción militar reclamara el conocimiento del asunto).

Por otra parte, existían delitos, como las injurias al Ejército o a la bandera, que motivaron el consejo de guerra del grupo teatral Els Joglars, de dudosa naturaleza castrense, por lo que la jurisdicción militar extralimitaba su competencia, aplicándose, en ocasiones, a personas distintas de los militares.

Por esta razón, el TC se vio obligado, «a golpe de sentencia»¹, a intentar ceñir la jurisdicción militar a su propio ámbito, fundamentalmente por la vía de entender que todo acto emanado de la Administración Militar era susceptible de ser revisado ante los tribunales contencioso-administrativos (prescripción que hoy consagra, tanto el artículo 159.2 de la Ley 17/1999 de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, como el artículo 98.2 de la Ley 42/1999, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil). De este modo, todo lo relacionado con el estatuto de los militares (promoción o ascenso y régimen disciplinario) podía ser residenciado, en última instancia, ante los tribunales ordinarios y no ante la jurisdicción militar, llegando a afirmar el TC que, no solo la Constitución, sino incluso el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (no obstante la cláusula de exención de este tratado de la jurisdicción militar que el Estado español efectuó en el correspondiente protocolo de adhesión) eran de aplicación inmediata y directa en todos los ejércitos.

¹ *Cfr.* SSTC 16/1981, 22/1982, 75/1982, 54/1983, 111/1984, 105/1985...

b) *La jurisdicción militar como jurisdicción mixta*

Tras la promulgación de las enunciadas leyes penal y disciplinaria, así como las LO 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) y LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM), los tribunales militares aparecen configurados como órganos jurisdiccionales mixtos, situados a mitad de camino entre lo que es una jurisdicción militar y lo que debe ser, con toda su plenitud, un tribunal ordinario, perteneciente, formal y materialmente, al poder judicial.

Esta aproximación de la jurisdicción militar a los tribunales ordinarios, en virtud de tales textos normativos, responde al cumplimiento por el poder legislativo de las exigencias constitucionales, trazadas por el artículo 117.5 CE y a las que nos hemos referido más arriba. En síntesis, tales reformas han estado orientadas a reducir fuertemente la competencia de dicha jurisdicción y a potenciar la independencia judicial dentro de la misma:

a) Mayor reducción del «ámbito estrictamente castrense»

Las LOCPM y LOCOJM ocasionaron una drástica reducción de los delitos militares y, por ende, de la jurisdicción militar. Y así, como no podía ser menos, la práctica totalidad de los delitos, que podríamos denominar *comunes* (v. gr., contra la vida humana, integridad física, propiedad, seguridad del tráfico, etcétera), cometidos por militares son, en la actualidad, juzgados por los tribunales ordinarios, integrantes del poder judicial. Lo mismo ocurrió con determinados delitos tradicionalmente considerados como de naturaleza militar, pero cometidos, en ocasiones, por civiles (p. ej.: las injurias al Ejército o los ultrajes a la bandera), que también fueron transferidos del Código Penal Militar (CPM) al Código Penal (CP).

En definitiva, aun cuando no se produjo técnicamente una *despenalización* (es decir, una abolición de la conducta típica o delictiva), sí que ocasionó una relevante transformación de los ilícitos penales militares en tipos penales comunes, previstos en el CP, con el consiguiente incremento del conocimiento de tales delitos por la jurisdicción ordinaria, así como una no menos importante *descriminalización* o conversión de ilícitos penales militares en ilícitos administrativos militares (p. ej.: realizar actos homosexuales con subordinados, que en el antiguo Código de Justicia Militar (CJM) era considerado como delito contra el honor militar, pasó a constituir, en la LO 12/1985 una falta administrativa grave, subsumible en el artículo 9.19º y 20º de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. En la actualidad, esta conducta se encuentra despenalizada, pues, el artículo 8.24 de la LO 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, solo contempla como infracción grave, la de «mantener

relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar»).

Con todo, y sin negar la importantísima autorrestricción de la jurisdicción militar, la reforma sustantiva adolece de un defecto importante y es el de considerar que la competencia de la jurisdicción militar ha de efectuarse exclusivamente *ratione materiae* o, lo que es lo mismo, atendiendo exclusivamente a la naturaleza militar del delito cometido, tal y como, con notable desacierto, anunció el hoy modificado artículo 3.2 de la LOPJ (que en su redacción originaria establecía: «la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar») y secundó el artículo 12.1º LOCOJM. Al haber ignorado el criterio espacial (los delitos cometidos en establecimientos militares y en actos de servicio) y el subjetivo (exclusivamente cometidos por militares), no solo no se coonestaban con el enunciado criterio determinados delitos militares que, desde siempre, habían permanecido en el CP (p. ej., la rebelión militar o las autolesiones para eximirse del servicio militar), sino, lo que es más grave, subsistían todavía en la nueva ley penal militar determinados tipos que, de ser cometidos por *paisanos*, podían ocasionar una extralimitación de la jurisdicción castrense y, por consiguiente, su eventual declaración de inconstitucionalidad (p. ej., los delitos cometidos por paisanos «contra centinela»).

Por ello, la nueva redacción del artículo 3.2 LOPJ establece lo siguiente:

«Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del poder judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares».

Esta modificación legislativa obedece a la necesidad de dotar también expresamente de competencia a la jurisdicción militar en el ámbito contencioso-administrativo disciplinario, que, con la anterior redacción del precepto, se circunscribía al conocimiento de «los hechos tipificados como delitos militares».

b) Potenciación de la independencia judicial

Como consecuencia de la declaración contenida en el artículo 117.5 de la CE, conforme a la cual la jurisdicción militar ha de organizarse «de

acuerdo con los principios de la Constitución», el legislador ordinario procedió a aproximarla a la ordinaria, formal y subjetivamente.

Desde un punto de vista formal, ya la LO 6/1980 (hoy derogada por la LO 5/2005), sobre criterios básicos de la defensa nacional y de organización militar, dispuso que dicha jurisdicción había de salvaguardar «debidamente la unidad del poder judicial del Estado» (artículo 40.2) y más tardíamente la LOCOJM de 1987 calificó a la jurisdicción militar como «integrante del poder judicial del Estado» (artículo 1.1).

De secundar esta configuración legal de la jurisdicción militar habría que reputar a sus juzgados y tribunales como órganos judiciales ordinarios *especializados*.

Ahora bien, como es sabido, no es suficiente con una definición legal sobre la naturaleza jurídica de una institución determinada para tenerla como válida, sino que se hace necesario una labor de interpretación de las normas, en nuestro caso orgánicas de los Tribunales castrenses en orden a determinar si cumplen con la totalidad de las notas esenciales de los órganos del poder judicial o si, por el contrario, participan de la naturaleza de las jurisdicciones especiales.

Tal y como se ha reiterado, dos son los caracteres cuya concurrencia determina la aparición de una jurisdicción especial: de un lado, la regulación del estatuto de sus miembros por un texto normativo distinto a la LOPJ y, de otro, su falta de independencia, requisito este último que, en última instancia, se convierte en definitivo, ya que la falta de concurrencia del criterio formal podría hacer surgir la aparición de un tribunal especial, siempre y cuando esté previsto en la CE y aparezca dotado de plena independencia.

Un examen de la LOCOJM nos revela que ambos requisitos tan solo se cumplen parcialmente en la jurisdicción militar; desde un punto de vista formal, se constata que la constitución y funcionamiento de los juzgados y tribunales militares, así como el estatuto jurídico de sus jueces y magistrados no se rige por la LOPJ, sino por las disposiciones de la LOCOJM y demás legislación especial militar complementaria.

Pero, como se ha indicado, el criterio formal no es el decisivo para reputar, por sí solo, a dicha jurisdicción como especial, sino que se hace necesario descender al estudio de todo el conjunto de las garantías que conforman la *independencia judicial*, en orden a poder dilucidar si nos encontramos ante una jurisdicción o ante unos tribunales especiales.

Pues bien, de una lectura de las normas tuteladoras de este requisito subjetivo de la jurisdicción, puede avanzarse la conclusión de que, con la sola excepción de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (TS), los demás órganos judiciales militares, si bien gozan de una independencia in-

dividual y funcional, no ostentan la necesaria independencia judicial frente al poder ejecutivo para ser configurados plenamente como órganos jurisdiccionales *ordinarios*.

En efecto, de la Sala de lo Militar del TS se destaca la clara procedencia judicial (y, por tanto, su régimen de *autogobierno*) de su presidente y de los cuatro miembros de la carrera judicial; en cuanto a los otros cuatro magistrados de los cuerpos jurídicos militares, aun cuando sean nombrados por real decreto, refrendado por el ministro de Justicia, lo son a propuesta del CGPJ (previa, a su vez propuesta de terna del ministro de Defensa) (artículos 24-27). En cualquier caso, su estatuto personal es el de «magistrado del TS» (artículo 28), por lo que les son de aplicación plenamente las disposiciones de la LOPJ sobre independencia y estatuto funcional, lo que permite configurar a dicha sala como un auténtico órgano jurisdiccional integrante del poder judicial.

A idéntica conclusión, sin embargo, no es posible llegar con respecto a la naturaleza de los demás órganos judiciales militares. Es cierto que, como declara el artículo 8, sus miembros son «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» y es cierto también que la LOCOJM garantiza su inamovilidad (naturalmente, la de los jueces técnicos, pues los órganos colegiados conforman una suerte de *escabinado*) y la LO 2/1989, Procesal Militar, su «imparcialidad» a través de la abstención y recusación (artículos 51 y ss.); pero tampoco lo es menos que tanto los magistrados del Tribunal Militar Central, como los de los Tribunales Militares Territoriales y los titulares de los Juzgados Togados Militares son todos ellos nombrados por el ministro de Defensa, estando, en particular, excluidos del régimen de *autogobierno*. Asimismo, aunque los servicios de inspección y la potestad disciplinaria aparezca compartida entre el CGPJ y la Administración Militar, y aun cuando la reforma operada por la LO 16/1994 haya supuesto que el régimen disciplinario de la jurisdicción militar se exija conforme a lo dispuesto en los artículos 414 y siguientes de la LOPJ para jueces y magistrados, con las adecuaciones pertinentes y las salvedades que establece la disposición adicional primera de la citada LO de reforma, este evidente paso adelante queda empañado por cuanto se deja vigente el artículo 135 de la LOCOJM, según el cual, es el propio Ministerio de Defensa el órgano competente para ordenar la ejecución de las sanciones impuestas por faltas muy graves.

Si la *huella del poder ejecutivo* está, pues, presente en el nombramiento, promoción y estatuto disciplinario de los órganos judiciales, inferiores a la Sala de lo Militar del TS, la conclusión se nos manifiesta evidente: tales órganos, pese a la declaración del artículo 1 de la LOCOJM, no están inte-

grados plenamente en el poder judicial, por lo que, al no ostentar la necesaria independencia frente a los demás poderes del Estado, han de merecer la consideración de partícipes de una jurisdicción especial, configuración que, en modo alguno, conculca la Constitución, ya que, como se ha dicho, la jurisdicción militar constituye la única jurisdicción especial que se legitima por mandato expreso del artículo 117.5.

Ahora bien, dicha configuración alcanza una relevante proyección en materia de protección de los derechos fundamentales, pues el artículo 53.2 de la CE tan solo confía su tutela a los tribunales ordinarios, lo que no significa en modo alguno que los tribunales militares no puedan restringir los derechos fundamentales de los militares, sino que, fuera de tal «relación especial de sujeción» de las Fuerzas Armadas (extensible también a los institutos armados de naturaleza militar, como la Guardia Civil), en modo alguno se puede autorizar a la jurisdicción militar dicha limitación o, lo que es lo mismo, los ciudadanos no militares no pueden ver sus derechos fundamentales restringidos por órganos judiciales castrenses integrantes de dicha jurisdicción especial. Sin embargo, en la Sentencia 113/1995 (de Pleno) y el ATC 68/1996, el Tribunal Constitucional ha considerado a los tribunales militares como tribunales ordinarios, aptos, además, para entender del recurso de amparo ordinario.