

# **REFLEXIONES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PERSONAL**

Pedro Escribano Testaut  
*Capitán Auditor*  
*Magistrado*

## *SUMARIO*

I.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA RECONSIDERACIÓN DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.- PERSPECTIVA DE LA SALA QUINTA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE REFORMA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4.- LA PROPUESTA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA SALA QUINTA EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PERSONAL. 5.-EL FUTURO DE LA SALA QUINTA, EN EL CONTEXTO DEL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La profunda reforma del Ordenamiento Jurídico Militar operada en la década de los ochenta revistió una especial trascendencia en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, que sufrió una transformación radical, siempre con la vista puesta en su adaptación a los postulados constitucionales. Como colofón de esa reforma, se constituyó en el Tribunal Supremo, junto con las ya existentes Salas de lo Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social, correlativas a los correspondientes Órdenes jurisdiccionales, una Sala de lo Militar indudablemente inspirada en su precedente de la II

República, de la que se esperaba que integraría definitivamente a la Jurisdicción Militar en el orbe de principios que la Constitución consagra para la actividad jurisdiccional y los derechos de los ciudadanos.

Pasados ya más de diez años desde su creación, puede hacerse un balance de la trayectoria de esta Sala, que sin duda resulta altamente positivo, en la medida que ha perfilado una doctrina jurisprudencial de reconocida calidad técnica, que ha determinado un nivel de garantías para los justiciables que —en términos generales— supera con nitidez las exigencias constitucionales (1), contribuyendo a disipar los recelos que existían hacia la Jurisdicción castrense y situando a esta en un contexto de plena normalidad institucional en el seno del Poder Judicial del Estado.

Ahora bien, cumplido ya con creces ese objetivo inicial, la Sala Quinta afronta en la actualidad un nuevo periodo, que podríamos llamar —a

---

(1) Sigue habiendo, no obstante, excepciones notables, como la exclusión de control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias por faltas leves, para las que sólo se admite la vía procedimental de protección de derechos fundamentales, excluyendo de ese control judicial las cuestiones de legalidad ordinaria, como la competencia, la prescripción, la proporcionalidad, la extemporaneidad, etc. A mi juicio, se trata de una exclusión manifiestamente inconstitucional (así se ha manifestado un nutrido sector doctrinal. Vid., por todos, y por citar uno de los últimos, Alcantarilla Hidalgo, F.: *«la naturaleza contencioso-administrativa del proedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998 de 13 de julio»*; Justicia Administrativa, n.º 14, enero 2002, págs. 43 y ss.). Sin embargo, la Sala Quinta del Tribunal Supremo la ha bendecido (aunque con un contundente y muy fundamentado voto particular discrepante) en dos sentencias de 17 de abril y 11 de mayo de 2000. Por muchas justificaciones que se le quieran dar, en el fondo de esta exclusión subyace —aunque sea de modo no confesado— una visión castiza del Derecho Militar como Ordenamiento Jurídico en el que, cuando se trata de faltas calificadas como «leves» (¿), la ejemplaridad debe prevalecer sobre la justicia (así se pronuncia expresamente Rojas Caro, en su monografía *«Derecho disciplinario Militar»*, Ed. Tecnos, 1990, pág. 105). No es este el momento adecuado para extenderse sobre esa cuestión, pero siquiera sea de forma incidental debe recordarse que la STC 24/1999 de 8 de marzo ha puntualizado que *«En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela»*. Vale la pena recordar también las palabras de Trillo-Figueroa, quien escribió hace años, desde su profundo conocimiento del llamado Derecho Militar, que «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (*«Discrecionalidad militar y Jurisdicción contenciosa»*; Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 20, 1979, pág. 31). No deja de ser, sin embargo, llamativo que Parada Vázquez, tan crítico con la actual Justicia castrense por considerarla poco respetuosa con los principios y garantías constitucionales (cfr. *«Toque de silencio por la Justicia Militar»*; Revista de Administración Pública, n.º 127, enero-abril 1992, págs. 39 y ss.) haya manifestado recientemente su parecer más bien favorable o al menos comprensivo con la exclusión de control judicial que aquí se critica (*«Prólogo»*) a la excelente monografía de J.C. Alli *«La profesión militar»*; INAP, 2000, págs. 25 y ss.)

efectos puramente expositivos— de continuidad y estabilización; periodo que, a su vez, engarza con la reconsideración de la posición institucional del mismo Tribunal Supremo, que está actualmente inmerso en un proceso de reflexión sobre su situación en el Poder Judicial del Estado, y la naturaleza y contenido de sus funciones. Así las cosas, la perspectiva sobre el futuro de la Sala Quinta está unida a la reconsideración de la configuración del Alto Tribunal del que forma parte, por lo que el análisis de este futuro no puede desgajarse de la consideración del futuro del Tribunal Supremo.

## 2. LA RECONSIDERACIÓN DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tras la aprobación de la Constitución, se produjo durante algún tiempo una llamativa subversión del sistema de fuentes, en cuya virtud la Constitución se convirtió frecuentemente en la única norma jurídica en que las partes basaban sus contiendas jurídicas, lo que a su vez produjo un desplazamiento del Tribunal Supremo en beneficio del novedoso Tribunal Constitucional, que, desbordando a veces el ámbito característico de sus funciones, comenzó a actuar con propiedad como un órgano de «casación de la casación» (2). Tras algunos episodios sobradamente conocidos — porque alcanzaron trascendencia pública— de enfrentamientos entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, se inició, ya en la década de los noventa, un proceso de reflexión sobre el reforzamiento de la posición constitucional del Tribunal Supremo como máximo órgano del Poder Judicial, cuya fecha de inicio puede situarse en el discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial celebrado el día 14 de septiembre de 1995 por el entonces presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), D. Pascual Sala, quien recordó que la constitucionalización del Tribunal Supremo trae causa «*de la función esencial que le está reconocida para que la aplicación judicial de la Ley y del resto del Ordenamiento se produzca con arreglo a criterios de uniformidad*» (3), definiendo, pues, como función primordial de este Tribunal la reconducción a la unidad de las contradicciones producidas en la aplicación de la Ley por los Tribunales inferiores.

---

(2) Cfr. Coello de Portugal, I.: «*El recurso de amparo y el Ordenamiento*»; Revista española de Derecho Administrativo, n.º 93, 1997, págs. 49-66.

(3) «*La posición constitucional del Tribunal Supremo*»; CGPJ, 1995, pág. 29.

Este planteamiento fue objeto de profundización en los trabajos desarrollados con ocasión de la elaboración en el seno del CGPJ del denominado «Libro Blanco de la Justicia», con el que se buscaba realizar un diagnóstico de la situación del Poder Judicial y sugerir un abanico de soluciones para la reforma de la Justicia. Los resultados de esas reflexiones se plasmaron en el discurso pronunciado por su posterior Presidente, D. Javier Delgado, en el acto de apertura de los Tribunales que tuvo lugar el día 15 de septiembre de 2000, quien tras reiterar que *«ha de entenderse claramente implícita en nuestra Constitución esa manifestación de la superioridad del Tribunal Supremo dirigida a velar especialmente por la correcta interpretación de la Ley»* (4), añadió que a este Tribunal *«le corresponde la garantía última del imperio de la Ley, que, con su correcta interpretación, hará posible la igualdad en su aplicación judicial»* (5), a través del recurso de casación, si bien puntualizó que esa finalidad podía verse truncada por el inasumible aumento del número de litigios, que obligaba, entre otras medidas, a *«una cuidadosa regulación del acceso de los asuntos al Tribunal Supremo»* (6).

En esta línea, la propuesta de reforma de la Justicia aprobada por el Consejo General del Poder Judicial incluyó un capítulo dedicado al «sistema de recursos» (7), en cuyo parágrafo 26 se reconocía que *«una defectuosa regulación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo y un inadecuado sistema de recursos ha determinado que ni el Tribunal Supremo ni los Tribunales Superiores de Justicia cumplan adecuadamente la función que les es propia»*; por lo que proponía una regulación del recurso de casación orientada a evitar *«que ni el Tribunal Supremo se convierta en una instancia más y que el elevado número de asuntos, a veces de menor entidad, que al Tribunal Supremo acceden, le impida cumplir adecuadamente su verdadera y última función jurisdiccional, superior en el ámbito de la legalidad ordinaria»* (parágrafo 28). En consecuencia, se sugirió expresamente que sólo accedan al Tribunal Supremo *«aquellos asuntos en que hubiera falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo y se caracterizaran por su trascendencia jurídica y social y por su generalidad, aquellos otros en los que hubiera contravención de la jurisprudencia y, en fin, los supuestos en los que la infracción legal cometida en la sentencia conlleve una contradicción con otra u otras sentencias»* (párrafo 28, 2.º párrafo).

---

(4) «Del modo de arreglar la Justicia», CGPJ, 2000, pág. XXXVIII

(5) «Del modo...» cit., págs XXXIX-XL

(6) «Del modo...» cit., pág. XLIII

(7) Puede consultarse el texto íntegro de dicha Propuesta en «Del modo de arreglar la Justicia» cit., págs. 1 y ss., especialmente a partir de la pág. 33.

Siempre en el mismo sentido, el Tribunal Supremo formuló su correspondiente propuesta de reforma en atención a sus funciones constitucionales (8), que tras un detenido estudio abogó por la atribución legal de un abanico de competencias para las distintas Salas, al que subyacía la caracterización de la casación básicamente en torno al llamado «recurso para unificación de doctrina» (9), contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se contradigan entre sí o con las del Tribunal Supremo.

Podemos, pues, concluir esta apretada síntesis señalando que la perspectiva —de presente— y la prospectiva —de futuro— del Tribunal Supremo muestran una decidida voluntad de caracterizar este Alto Tribunal como un órgano volcado básicamente hacia la unificación de la doctrina jurisprudencial, con un riguroso régimen de acceso y admisión de los asuntos que ante él se elevan, que además limite su pronunciamiento a las cuestiones controvertidas que tengan una apreciable relevancia jurídica y/o socioeconómica.

### 3. PERSPECTIVA DE LA SALA QUINTA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE REFORMA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cuando la Sala Quinta se creó, fue generalmente bien recibida, pues se esperaba de ella que integrase definitivamente a la Jurisdicción Militar en el orbe de garantías y principios constitucionales. Pasados los años, es justamente ahora cuando se ha planteado si, una vez conseguida la plena institucionalización de la Justicia militar, tiene sentido mantener como tal —con su singularidad— una Sala cuya carga de trabajo es visiblemente reducida, como consecuencia de la igualmente reducida atribución competencial que el Legislador orgánico realizó a favor de la Jurisdicción castrense.

La Sala Quinta, en lógico correlato con la Jurisdicción Militar, tiene un doble orden de competencias: penales y administrativas-disciplinarias. Superadas las indefiniciones de la época preconstitucional (10), y a la vista

---

(8) «Del modo...» cit., págs. 93 y ss.

(9) En referencia, específicamente, al Orden contencioso-administrativo, vid. Pág. 114.

(10) De las que se hacían eco E. G.<sup>a</sup> de Enterría y T.R. Fernández, que en su célebre «*Curso de Derecho Administrativo*» (Vol.II, Civitas, 1981, pág 149), decían que «en el Derecho constituido no hay que incluir las sanciones disciplinarias militares dentro de las sanciones jurídico-administrativas, pues, aun incluso cuando las sanciones menores son impuestas de plano y sin sentencia formal, el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar». El inciso ha desaparecido en las últimas ediciones, pero resulta indicativo de la opinión común entonces existente sobre la caracterización del régimen disciplinario militar como «materia penal».

del dato que nos suministra el Derecho vigente, resulta actualmente indudable que el régimen disciplinario militar tiene una caracterización jurídica administrativa y no penal, y que el recurso contencioso-disciplinario tiene también carácter administrativo (11). Esta atribución de competencias en materia administrativa no ha sido, desde luego, pacífica, pues a pesar de que ha sido bendecida por el Tribunal Constitucional, la mayor parte de la doctrina la ha calificado y sigue calificándola de inconstitucional (12) o al menos discutible desde el punto de vista de la bondad de la opción legislativa (13). El dato es relevante, pues nos anticipa cuál sería la

---

(11) En este sentido, Alcantarilla Hidalgo, F: «*la naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar...*» cit., págs. 29 y ss.

(12) El autor más caracterizado en este sentido es F. López Ramón, en «*Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar*»; Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 54, págs. 172 y ss. También ha discutido la legitimidad constitucional de esta atribución a la Jurisdicción castrense M. Carrillo («*La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*»), Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 101-103), por entender que los tribunales militares no tienen carácter de tribunales ordinarios ni cumplen las exigencias de independencia que exige el artículo 117 CE. Las reticencias doctrinales han continuado incluso después de la STC 113/1995, en línea con los votos particulares discrepantes que se formularon en relación con la misma. Así, entre los últimos autores que se mueven en esta línea destaca J. González Pérez, quien ha insistido en que esta atribución competencial es innecesaria e inconstitucional. Innecesaria porque «no parece que el régimen disciplinario militar esté informado por principios tan peculiares que postulen proceso distinto del común administrativo. Como acredita que la regulación del proceso en materia disciplinaria militar esté sujeto al mismo régimen, que el administrativo: las especialidades que en él se contienen no son consecuencia del Ordenamiento Jurídico Material que sirve de fundamento a las pretensiones que en él se examinan». E inconstitucional porque la actual caracterización de la Jurisdicción Militar no respeta —a su juicio— los principios orgánicos constitucionales de la Jurisdicción Ordinaria, ni respeta el principio del artículo 117.4 CE en cuanto impide que los jueces ejerzan otras funciones que las estrictamente jurisdiccionales, ni cumple el postulado del juez predeterminado por la Ley del artículo 24 CE, ni respeta este precepto la exclusión de recursos en materia de faltas leves («*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*»; T. I, 3.ª ed., Civitas, 1998, págs. 281 y ss.). También haciendo suyas las tesis de López Ramón, ha escrito J. Leguina de la constitucionalidad de esta atribución competencial es, a pesar de la jurisprudencia constitucional, «sin duda discutible» («*El ámbito de la Jurisdicción*», en VV.AA.: «*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*»; Ed. Lex Nova, 1999, pág. 73).

(13) Opina E. García Trevijano que la exclusión del recurso contencioso-disciplinario del ámbito del contencioso-administrativo constituye una opción viable jurídicamente, pero «la Constitución no impone que necesariamente sea así, pues también sería admisible que el ámbito material afectado por el citado recurso contencioso-disciplinario militar fuera objeto de conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» («*Ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa*», en Pendás, B. —coord.—: «*Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático*»; Ed. Praxis, 1999, págs. 123-124). Se remite este último autor expresamente a la contundente crítica del sistema vertida por Blanquer Criado en su polémica y exhaustiva monografía «*Ciudadano y soldado*» (Ed. Civitas, 1996, págs.), crítica que es particularmente relevante porque dicha obra fue premiada por el mismo Cuartel General del Ejército en 1995.

opinión doctrinal que sin duda alguna se levantaría en caso de pretender atribuir a esta Jurisdicción cualesquiera otras cuestiones de naturaleza administrativa.

Hecha la anterior matización, y retomando el análisis del volumen de trabajo que la Sala asume, hay un dato objetivo que no puede ser discutido seriamente, cual es el de que, efectivamente, el número de asuntos que despacha esta Sala es llamativamente escaso, sobre todo por comparación con el resto de las Salas del Alto Tribunal. La Memoria del Consejo General del Poder judicial correspondiente al año 1998 ya resaltaba dos datos especialmente dignos de ser tomados en consideración: que la pendencia de asuntos *es «mínima comparada con la existente en cualquiera de las demás Salas»*, y que *«el número de sentencias equivale a más del 50% de los asuntos resueltos, y es la tasa más alta que se registra en el Alto Tribunal»* (14). Pues bien, a pesar de este dato, sobre cuya valoración se abundará enseguida, lo cierto es que el número de sentencias que dicta esta Sala es visiblemente reducido: según la propia Memoria del CGPJ, en el año 1998 se dictaron 137 sentencias (15), que equivalen a no más de aproximadamente 18 sentencias en todo el año por cada uno de los Magistrados que la componen. A lo largo de los años siguientes no se ha producido un incremento cuantitativamente reseñable de estas magnitudes que muestre una tendencia al alza. La «Memoria» correspondiente al año 1999 reflejó un discreto aumento del número de sentencias, hasta 153 (16), pero esa leve línea ascendente se ha invertido en el año 2000, respecto del cual dice la «Memoria» correspondiente que *«se observa un cambio de tendencia en el número de asuntos registrados, que en los últimos cinco años había crecido continuamente y ha sufrido una reducción del 14 por ciento en el año 2000* (17)». En este año 2000 aún ha habido un mínimo aumento del número de sentencias, hasta 157, pero la reseñada disminución del número de asuntos ingresados ha provocado que esa cifra se haya rebajado en 2001 (18) y perma-

---

(14) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 1999, Vol. II, pág. 63.

(15) «Memoria...» cit., pág. 167.

(16) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 2000, Vol. II, pág. 77.

(17) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 2001, pág. 421.

(18) No dispongo, al tiempo de redactar este trabajo, de la Memoria oficial del CGPJ correspondiente al año 2001, pero del examen de la base de datos de jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, resulta un total —s.e.u.o.— de 155 sentencias, lo que indica una mínima reducción que debe interpretarse como un estancamiento.

nezca estancada en 2002 (19). Ocioso resulta llamar la atención sobre la ostensible diferencia que existe entre estas cifras y la estadística del resto de las Salas del Alto Tribunal, en que la pendencia se mantiene en niveles incomparablemente superiores (20).

En medio de este incierto panorama, algunos vaticinan que el volumen de asuntos residenciados ante la Sala se incrementará considerablemente en los próximos años, como consecuencia de la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, de la que cabe esperar un aumento de las conductas punibles (penales y disciplinarias), derivada a su vez de la baja extracción social y mayor conflictividad de la tropa que es habitual en todos los Ejércitos profesionalizados. Sin embargo, esos pronósticos quedan relativizados si se tiene en cuenta que, paralelamente, se ha producido una notable disminución del contingente de un Ejército profesional que empieza a tener serios problemas de reclutamiento, y se ha visto obligado a hacer de la necesidad virtud, disminuyendo sus plantillas en proporción a la frustración de sus expectativas (que no por obra de reconsideraciones estratégicas). Por tanto, el mayor número de infracciones punibles quedará probablemente absorbido, a efectos estadísticos, por el inferior número de sujetos aforados ante la Jurisdicción Militar (21).

Semejante cifra de asuntos despachados debe relacionarse, a su vez, con una serie de circunstancias o factores que permiten concluir no sólo que la carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es reducida, sino también que podría ser más reducida aún, si se utilizaran criterios de admisión de los recursos análogos a los de las

---

(19) Acudiendo de nuevo al examen directo de la base de datos de la Sala V, del mismo resulta —s.e.u.o.— que entre enero y julio de 2002 la Sala dictó 94 sentencias, esto es, aproximadamente 14 al mes.

(20) A título de ejemplo, un solo Magistrado de la Sala Tercera redacta en un año el mismo número de sentencias que la Sala Quinta en su totalidad. Así se desprende indubitablemente de la «Memoria» cit. correspondiente al año 2000, donde se señala —pág. 409— que aquella Sala dictó a lo largo de dicho año 5.100 sentencias, «unas 155 por Magistrado».

(21) Acudamos, de nuevo, a los datos, reflejados en este caso en el «Libro Blanco de la Defensa», editado en 2000 por el propio Departamento Ministerial. En 1984 los efectivos totales de las Fuerzas Armadas ascendían a 373.000, mientras que para el año 2002 se aspiraba a que no superen los 168.000; pero esta cifra se está revisando a la baja de un modo considerable, en atención a las sobradamente conocidas dificultades que hay para reclutar soldados. Con tan reducido contingente no es esperable un significativo aumento de la litigiosidad respecto de épocas pasadas. Por no mencionar la posibilidad, tantas veces reclamada desde diferentes grupos Políticos y sociales, de que la Guardia Civil sea «desmilitarizada» pasando a configurarse como un Cuerpo de Seguridad del Estado con un estatuto similar al del Cuerpo nacional de Policía. Si así ocurre, la Jurisdicción Militar, y con ella la Sala Quinta, quedará por debajo del mismo nivel de subsistencia.

demás Salas, y descendería hasta niveles insostenibles si se llevan a efecto algunas de las propuestas de reforma del Tribunal Supremo antes apuntadas.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la Sala, en notorio contraste con las demás del Alto Tribunal, realiza una aplicación notablemente generosa y flexible de las causas de inadmisibilidad del recurso de casación, tanto en materia penal como contencioso-disciplinaria. Si en las demás Salas el trámite de admisión de la casación se realiza con gran rigor y exigencia (22), en cambio en la Sala de lo Militar se admiten a trámite con frecuencia recursos que podrían haber sido perfectamente inadmitidos y, desde luego, no habrían superado jamás el trámite de admisión en esas otras Salas. No es, en este sentido, inusual encontrar consideraciones jurídicas como la que contiene —por citar alguna de las últimas, aunque la cita bien podría multiplicarse— la sentencia de 25 de septiembre de 2000, donde leemos que *«El motivo de casación en los términos en que se ha planteado bien pudo, como solicitaba el Ministerio Fiscal, ser inadmitido ..... Ello no obstante y en aras del amplio otorgamiento de la tutela judicial efectiva que preside la actuación de esta Sala, va a darse contestación a los argumentos efectuados por el recurrente»*. O, más recientemente, la sentencia de 17 de septiembre de 2001, donde la Sala declara que *«en vía casacional no puede pretenderse un nuevo conocimiento de las cuestiones que fueron objeto de debate ante el Tribunal «a quo»*. *Ello conllevaría que el motivo planteado incide en las causas de inadmisibilidad previstas en los apartados c) y d) del art.º 93.2 de la Ley Jurisdiccional y que en este momento se transforman en causas de desestimación. Ello no obstante, en aras del amplio otorgamiento del derecho a la tutela judicial que viene prestando esta Sala, le llevó a aceptar, en principio, el motivo articulado para así dar respuesta a los planteamientos efectuados por el recurrente.»*

La muy reciente sentencia de 11 de enero de 2002 refleja con claridad y pulcritud la doctrina de la Sala Quinta sobre el particular:

**«PRIMERO.** *Ha de manifestar la Sala como inicio de los presentes razonamientos la sorpresa que le ha producido el que, al fundamentar los motivos de casación, se haga cita del art. 849.1.º de la Ley de Enjuicia-*

---

(22) Hasta extremos que han suscitado una viva reacción de la doctrina. Vid., por todos, el reciente artículo de E. García de Enterría *«Los daños colaterales del colapso judicial»*, publicado en la «tercera» del diario ABC del día 30 de diciembre de 2001 (la extraordinaria autoridad del autor justifica la atípica cita de una publicación no científica) Ha de advertirse que las protestas doctrinales no han motivado ningún cambio de criterio de la jurisprudencia, que sigue manteniendo inalteradas sus estrictas reglas de admisibilidad del recurso de casación.

*miento Criminal, con manifiesto olvido de las disposiciones que regulan el recurso contencioso disciplinario militar en la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar; dicha Ley establece, entre los procedimientos judiciales militares no penales, el régimen correspondiente al recurso contencioso disciplinario militar, y, en su art. 503, señala que contra las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial cabrá el recurso de casación regulado en la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, a interponer ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sustanciándose por los procedimientos y trámites señalados en los arts. 93 a 102 de la antes citada Ley. La sustitución de dicha norma jurídica por la vigente Ley 29/98, de 13 de julio, ha hecho que la remisión contenida en el precepto citado se entienda referida a la disposición hoy vigente, y la remisión a los preceptos concretos que se hacía en cuanto a la sustanciación, ha de entenderse referida a las disposiciones recogidas en los arts. 86 y siguientes de la vigente norma reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. No puede menos que extrañar a la Sala que, estando en vigor la Ley Procesal Militar desde 1989, y publicada la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con manifiesto olvido de tales disposiciones, se invoque como amparo de la motivación de una pretensión casacional, en vía jurisdiccional revisora de la actuación disciplinaria en las Fuerzas Armadas, un precepto contenido en la Ley Rituaria Criminal, de clara inaplicación a la pretensión postulada. El rigor formal con que se tramitaba en otro tiempo el recurso de casación hubiera podido producir el negativo resultado de la inadmisión del recurso, o de su desestimación por razones puramente formales; superado tal criterio rigorista, y en respeto del principio constitucional que otorga al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva, pasaremos a examinar los motivos de carácter sustantivo en que se fundamenta la pretensión casacional, una vez formulada la anterior advertencia.»*

Con independencia del aplauso o rechazo que inspire este planteamiento (lo que muy posiblemente dependerá en cada caso de la posición procesal con que se comparezca en casación, bien como recurrente bien como recurrido), el dato cierto es que la Sala Tercera (como las demás del Tribunal) mantiene unos criterios absolutamente opuestos y muy difícilmente conciliables. Sirva, como término de comparación (válido, porque en ambos casos se rige la casación por la Ley 29/98, de la Jurisdicción contencioso-administrativa) la también reciente sentencia de esta Sala Tercera de 18 de febrero de 2002, que, en línea de continuidad con la doctrina jurisprudencial consolidada y uniforme, declara que «*la naturaleza*

*extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta deben determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto en cuanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio pro actione, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional». Por tal razón, el Auto de 9 de junio de 1997 —entre otros muchos con similar contenido— declara que*

*«los motivos en que puede fundarse el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo son los que establece el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional (en la redacción que le dio la Ley 10/1992) y no los que señala el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que únicamente tiene carácter supletorio de aquélla (Disposición Adicional Sexta) en lo que no prevean sus normas. De esta forma, conteniendo la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa unos concretos y tasados motivos de casación no es lícito prescindir de ellos y acudir a los que se enumeran en el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento. A mayor abundamiento, el artículo 99.1 de la Ley Jurisdiccional dispone que «dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas», motivos que no son otros que los contenidos en el artículo 95.1 de la propia Ley Jurisdiccional. No habiéndolo hecho así el recurrente es manifiesto que su escrito de interposición del recurso de casación no cumple las exigencias legalmente establecidas (artículos 95 y 99.1 de la LRJCA). En este sentido, se ha manifestado por esta Sala —entre otros, Auto de 16 de noviembre de 1996—, que «la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter de recurso extraordinario que aquél ostenta, solo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia. De ahí que no sea susceptible de admisión aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del citado artículo 99.1 de la Ley jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que sólo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración y aportación del órgano decisor, esto es, de esta Sala Jurisdiccional».*

La lectura de las resoluciones transcritas nos permite concluir, sin necesidad de mayores argumentaciones, que si las causas de inadmisibilidad se aplicaran en la Sala Quinta con el mismo nivel de intensidad que en las demás del Tribunal, la reducción de la pendencia de asuntos y del mismo número de sentencias sería considerable. Por lo demás, este dato nos permite situar en su contexto el anteriormente apuntado, sobre la tasa de resolución mediante sentencia de la Sala Quinta, que es el más alto del Tribunal Supremo. La clave para entender esta circunstancia reside, justamente, en que la Sala Quinta —de nuevo en notorio contraste con las demás Salas— apenas realiza declaraciones de inadmisión mediante Auto en trámite de admisibilidad, sino que resuelve directamente en sentencia la mayor parte de los litigios.

En segundo lugar, centrados en la competencia propiamente penal de la Sala, debemos tener igualmente presente que como consecuencia de la caracterización actual del ámbito de competencia de la Jurisdicción militar, que la ha convertido en una Jurisdicción no especial sino residual (23), la variabilidad de asuntos en el ámbito penal militar (que tradicionalmente ha constituido la base de esta Jurisdicción especial) es igualmente escasa, siendo, por ello, numerosas las sentencias que se limitan a reiterar líneas jurisprudenciales plenamente consolidadas. Si tenemos en cuenta que los Tribunales Militares apenas aplican (salvo excepciones casi anecdóticas) más de diez de los tipos delictivos establecidos en el Código Penal Militar (24), no nos debe extrañar que la Sala del Tribunal Supremo que tiene como misión unificar la doctrina en la interpretación de dichos tipos, haya dicho ya casi todo lo que se podía decir sobre ellos en esa labor nomofiláctica. Si se pone en relación este dato con la anunciada vocación del tribunal Supremo de centrar su actividad casacional en torno a la «uni-

---

(23) El número de sumarios incoados ante la Jurisdicción Militar no hace más que descender. De los 509 de 1996 se ha pasado en 2000 a tan solo 331, ¡en toda la Jurisdicción! (sumarios que, además, generalmente carecen de una especial complejidad). Vid. Las memorias elevadas al Gobierno de la nación por la Fiscalía General del Estado los años 2000 (págs. 145 y ss.) y 2001 (págs. 220 y ss.). El dato es muy relevante sobre todo por comparación con los módulos de trabajo establecidos por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 31 de mayo de 2000 para los Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción de la Jurisdicción Ordinaria, que considera asumible por estos Juzgados una carga anual de asuntos incomparablemente superior a la que soportan —al día de hoy— los Juzgados Togados militares.

(24) La Memoria de la Fiscalía correspondiente al año 2000 lo dice en términos palmarios: «las infracciones penales militares más frecuentes se contraen a tres tipos de figuras delictivas: contra el deber de presencia, contra la disciplina y contra la Hacienda en el ámbito militar, la suma de cuyas cifras representa un porcentaje casi rayano en el noventa por ciento de los procedimientos iniciados en la Jurisdicción Militar» (pág. 224)

ficación de doctrina», podemos vaticinar una pronunciada disminución de esa escasa pendencia penal una vez que tal propósito adquiriera plasmación legal (25).

En tercer lugar, constituye un dato legal contrastable sin necesidad de esfuerzos dialécticos que la casación contencioso-disciplinaria militar (cada vez más relevante cuantitativamente (26)) tiene un régimen de admisión de los recursos privilegiado con respecto al resto de la normativa disciplinaria de los funcionarios públicos. Si en el ámbito contencioso-administrativo —como es bien sabido— sólo se admite el recurso de casación para las sanciones administrativas disciplinarias que impliquen la separación del servicio de los funcionarios de carrera, en el ámbito contencioso-disciplinario militar cabe casación en relación con cualesquiera sanciones, desde la más grave hasta la de simple reprensión (véase, a título de ejemplo, la sentencia de 14 de diciembre de 1996), ya se trate de militares de carrera o de las escalas de complemento (v.gr., sentencia de 15 de febrero de 1997). Si se estableciera respecto del Derecho Disciplinario Militar un régimen de revisión jurisdiccional similar al de las demás normativas disciplinarias, el número de recursos de esta índole se vería, nuevamente reducido de manera notoria; y no parece que tan amplio margen para la casación pueda justificarse en atención a la naturaleza «privativa de libertad» típica o propia de las sanciones militares, pues si tal forma de razonar es plausible respecto de las faltas calificadas como graves, no lo es tanto, en cambio, respecto de las leves, ya que según distintas sentencias de la misma Sala, las sanciones de arresto por faltas leves no tienen carácter privativo sino meramente «restrictivo» de la libertad (aunque esta línea jurisprudencial parece estar cambiando últimamente (27)), y en todo caso existen sanciones que no implican privación ni restricción de libertad de ninguna clase y sin embargo tienen abiertas sin limitación alguna las puer-

---

(25) Propósito que no es sólo predicable de los órdenes Civil o Contencioso-administrativo, por cuanto que se ha reclamado también respecto del Penal. Vid., en este sentido, la Ponencia del Excmo. Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en «*Del modo de arreglar la Justicia*» cit., pág. 121.

(26) La Jurisdicción Militar siempre ha sido una Jurisdicción Penal, a la que añadía la competencia sobre los procedimientos sancionadores disciplinarios porque se consideraban incluidos dentro de la materia penal. Sin embargo, es lo cierto que, cada vez más, la competencia propiamente penal va desapareciendo en beneficio de la administrativo-disciplinaria, que tiene un protagonismo creciente. Baste, nuevamente, el dato: en el año 1997 se tramitaron 1023 procedimientos penales y 469 contencioso-disciplinarios; en 2000 los procedimientos penales habían bajado hasta 990 mientras que los contencioso-disciplinarios habían ascendido a 604. De seguir así a tendencia, en pocos años la litigiosidad puramente administrativa superará a la penal.

(27) Vid., en este sentido, la sentencia de 3 de diciembre de 2001.

tas de la casación (v.gr., la privación de haberes, o incluso la simple reprimenda). Más bien parece que tan generosa apertura a la casación se justificó en su momento por razones meramente histórico-políticas, derivadas de la desconfianza del Legislador de los años ochenta hacia la Jurisdicción castrense, que si por aquella época podía tener alguna razón de ser, carece cada vez más de fundamento en la medida que han pasado los años y las Instituciones se han normalizado plenamente dentro del Orden constitucional.

Sin duda alguna porque no tiene sentido el pronunciamiento en casación del Tribunal Supremo respecto de las faltas disciplinarias leves, se ha propugnado por la misma Sala V la exclusión del marco casacional de la revisión jurisdiccional de esas infracciones disciplinarias (28). Tal reforma legal (que iría acompañada de una atribución de competencia revisora de dichas faltas a los Juzgados Togados Militares) merece sin duda alguna un juicio muy favorable, pero, a los efectos que interesan a este estudio, implicará una segura mengua de la ya menguada estadística de la Sala.

En fin, en el recurso de casación contencioso-administrativo (que, no lo olvidemos, rige también la casación contencioso-disciplinaria) existe una causa de inadmisibilidad por «carencia de interés casacional» (art. 93.1.e) que recuerda la institución del «writ of certiorari» típica del Derecho anglosajón, en cuya virtud cabe la declaración de inadmisibilidad de aquellos

---

(28) En el informe-propuesta del Tribunal Supremo *supra cit.*, se sugiere expresamente suprimir el recurso de casación contra sentencias recaídas en recursos contencioso-disciplinarios militares por falta leve, y establecer un recurso de apelación ante el Tribunal Territorial contra las sentencias dictadas en recursos de dicha índole por el Juez Togado con ocasión de la impugnación jurisdiccional de sanciones por falta leve (pág. 117). Se trata pues de sustraer esta competencia del Tribunal Supremo, atribuyendo a los Jueces Togados una competencia resolutoria en materia disciplinaria de la que hoy carecen, y configurando los Tribunales Militares territoriales como órganos de apelación. La razón justificativa de esta reforma orgánica y funcional está explicitada en el mismo informe (págs. 97-98). El Alto Tribunal reconoce (como no podía ser de otra forma) que «*spudiera entenderse desproporcionado que para la resolución de cuestión tan leve haya de pronunciarse, en vía casacional, una Sala del Tribunal Supremo, formada por cinco de sus miembros*». Se dice que la asunción de la competencia casacional en estos supuestos de faltas leves tuvo una justificación histórica, derivada de la profunda transformación de la Jurisdicción castrense, que recomendaba que la Sala Quinta conociera de estos temas «*de aparente levedad y poca trascendencia*», a fin de «*orientar, con un criterio que puede considerarse consolidado, a los mandos militares para el eficaz y correcto ejercicio de la potestad disciplinaria*». No obstante, se añade que «*este cometido jurisprudencial está prácticamente efectuado*» por lo que carece de sentido que siga existiendo un recurso de casación en esta ámbito de las infracciones leves. De ahí que se sugiera la regulación de «*un procedimiento contencioso-disciplinario militar contra resoluciones referentes a faltas leves ante el Juez Togado militar correspondiente, con posibilidad de recurso de apelación ante el Tribunal Militar Territorial a que aquel pertenece*». Se propone, en fin, un mecanismo procesal de unificación de doctrina ante la propia Sala Quinta

recursos que aun siendo inicialmente admisibles sin embargo presentan una cuestión controvertida que por su escaso contenido de generalidad o carácter muy puntual no justifican un pronunciamiento del más alto Tribunal de la organización judicial española. Si esta causa (todavía poco aplicada por la misma Sala tercera) llegara a consagrarse en nuestro Ordenamiento Jurídico y se proyectara con decisión sobre los recursos de casación que llegan a la Sala Quinta, la estadística sufriría una nueva reducción, pues como consecuencia de la generosa apertura a la casación del régimen disciplinario castrense, llegan con frecuencia al Alto Tribunal asuntos que, habiendo sido ya objeto de un pronunciamiento jurisdiccional, carecen objetivamente de relevancia que justifique su examen en esta sede casacional (29).

A la vista de este panorama, no es de extrañar que se haya planteado la necesidad de redefinir la estructuración o la competencia de una Sala del Tribunal Supremo que ha cumplido un papel notable y digno de reconocimiento en la transición del viejo al nuevo modelo de Justicia Militar, pero, *hic et nunc*, corre el riesgo de carecer de una carga de trabajo que justifique su persistencia. Adviértase que nadie propone suprimir la Sala y con ella la tutela judicial del régimen sancionador militar por el Tribunal Supremo. Simplemente, se trata de analizar si no tiene más sentido refundir la Sala Quinta en alguna de las tradicionales cuatro Salas o repartir su ámbito de competencia entre varias de ellas. Se trata, en suma de una cuestión de eficacia y eficiencia, esto es, de conseguir el fin propuesto (la plenitud de las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución) con la mayor economía de medios.

Se ha planteado, en esta línea, la transformación de la Sala V en una Sección de la Sala II (de lo Penal). Asimismo, se ha sugerido la posibilidad de dividir la competencia de la Sala V entre las de lo Penal (II) y de lo Contencioso-Administrativo (III), de forma que cada una de ellas asuma las competencias actualmente residenciadas ante la Sala Quinta de una y otra naturaleza. Desde luego, ambas reformas no plantean problema alguno de constitucionalidad, pues por muchos esfuerzos dialécticos que se realicen sobre la consagración constitucional de la Jurisdicción Militar, es imposible y baldío sostener la «garantía institucional» de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo. Ceñidos, pues, al ámbito de la propuesta legislativa, parece más razonable mantener la unidad de la competencia actual de la Sala Quinta en una Sección de la Sala Segunda, y no dividirla entre la Segunda y la Tercera. Una reforma en este sentido revestiría indudables ventajas, al mantener la unidad del Derecho Sancionador Militar

---

(29) Por ejemplo, la sentencia de 15 de diciembre de 1998, sobre una simple sanción de reprensión.

(en el que los ámbitos punitivos penal y administrativo-disciplinario, pese a su diferente caracterización jurídica, están fuertemente entrelazados, constituyendo más bien un «*continuum* sancionador» (30) que desaconseja su fragmentación en Salas diferentes) y garantizar la plenitud de la tutela judicial de los ciudadanos afectados, evitando, por el contrario, las disfunciones organizativas e incluso presupuestarias que implica el mantenimiento en el Alto Tribunal de una Sala sin cometido funcional que sustente, de cara al futuro, su continuidad. Esta Sección de la Sala II mantendría la revisión casacional del régimen sancionador militar y a la vez podría atender la carga ordinaria de trabajo de la Sala, contribuyendo a aligerar la pendencia de asuntos que pesa sobre ella.

#### 4. LA PROPUESTA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA SALA QUINTA EN MATERIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA DE PERSONAL

No ha sido esta, sin embargo, la opción por la que se ha inclinado el Consejo General del Poder Judicial, que en las «*Propuestas para la reforma de la Justicia*» adjuntas al discurso de apertura del año judicial 2000-2001 ha incluido, con el número de orden 63, la siguiente formulación:

63.2 [*Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*] *Se procederá a la reforma de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a fin de atribuir competencia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo para conocer:*

- *En única instancia, de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros en materia de personal, en el ámbito del Ordenamiento Jurídico Militar.*
- *De los recursos de casación de cualquier modalidad establecidos en la Ley, de los correspondientes recursos de queja y de los recursos de revisión en la ya referida materia de personal en el ámbito del Ordenamiento Jurídico Militar.*

Llama, de entrada, la atención el hecho de que semejante propuesta, de indudable trascendencia, no había sido ni siquiera sugerida en el Informe-Propuesta aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, que figura a continuación del elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. Más aún, la Comisión de Magistrados del Tribunal Supremo que

---

(30) Cfr. Mozo Seoane, A.: «*Sobre la naturaleza del Derecho Disciplinario. Especial referencia al Derecho Disciplinario Militar*»; en VV.AA.: «*la Jurisdicción Militar, CGPJ, 1992, págs. 289 y ss.*

redactó el informe en que se basó esa propuesta, se pronunció —en el transcurso de los debates habidos con ocasión de su elaboración— de forma contundente en contra de tal medida, y posteriormente la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo ha ratificado de forma expresa y rotunda su rechazo a la misma (31). Pero en cualquier caso, lo que nos corresponde analizar ahora es, ante todo, si la adopción de dicha medida conseguiría dotar a la Sala Quinta de la carga de trabajo de la que hoy carece; y, sentado esto, si existe algún tipo de reparo de orden constitucional o legal para realizar tal desplazamiento competencial de una Sala a otra.

Pues bien, puede afirmarse de antemano que si lo que se pretende es aumentar de forma significativa el número de asuntos encomendados a la Sala Quinta, esta reforma es demasiado tímida. Téngase en cuenta que en la actualidad el número de recursos directos en materia militar (contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros) es reducido. Hace algunos años, cuando entró en vigor la intensa reforma del régimen jurídico de los militares profesionales operada por la Ley 17/89, se produjo, ciertamente, un aluvión de miles de recursos que inundaron el Orden contencioso-administrativo, mediante los que los militares, carentes de cauces sindicales, expresaban su descontento y frustración hacia alguna de las disposiciones reglamentarias que se aprobaron en desarrollo de dicha Ley (singularmente en materia de retribuciones). Desestimados la mayoría de dichos recursos (bien que con resonados votos particulares discrepantes en algunos casos), y sentada ya una línea jurisprudencial muy definida sobre la materia, no parece que la reciente aprobación de la Ley 17/99, que ha derogado y sustituido a la anteriormente citada, dé lugar a un nuevo incremento exponencial de los procesos sobre estas cuestiones, dado que la nueva ley es en gran medida continuadora de la Ley a la que sustituye (32). Por

---

(31) Quizá por ello últimamente no se ha vuelto a insistir sobre esta atípica propuesta, si bien formalmente tampoco ha sido descartada por el CGPJ.

(32) Llama la atención la penuria de los debates parlamentarios que rodearon a la Ley 17/1999, en notorio contraste con los que tuvieron lugar con ocasión de la tramitación de su precedente, la Ley 17/1989. Merece, en este sentido, especial atención un dato puramente objetivo (que desborda el contenido de este trabajo, por lo que aquí sólo puede apuntarse): el Grupo Parlamentario del Partido Popular sostuvo en 1989, y en temas importantes (v.gr., la discrecionalidad en los ascensos y en la asignación de destinos) posiciones muy difícilmente conciliables con las que en 1999 pasó a defender, sin que de los Diarios de Sesiones se desprenda una explicación sobre ese cambio de criterio. Si se me permite la autocita, me remito a mi trabajo «*La carrera militar tras la Ley 17/1989*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 1998, esp. las páginas 73 y 81, donde se refleja la oposición de dicho grupo parlamentario a la introducción de esos factores discrecionales en la Ley de 1989, que sin embargo fueron aumentados en la Ley que el mismo Grupo —ya con mayoría parlamentaria— presentó diez años después.

lo demás, la puesta en marcha de los Juzgados de lo contencioso-administrativo ha implicado que parte de la competencia sobre litigios atinentes a personal militar se atribuya a los mismos, con la consiguiente exclusión de la materia a efectos casacionales.

Por otra parte, la materia de personal que accede a la casación contencioso-administrativa es muy restringida. En la nueva Ley Jurisdiccional sólo cabe casación cuando se debate sobre la adquisición o extinción del vínculo funcional de carrera, lo que ya de entrada deja de lado toda la problemática jurídica de los llamados «militares de complemento», que son la mayoría (entre ellos se incluye, sin ir más lejos, la tropa profesional). Centrados, de este modo, en los llamados «militares de carrera» (que con las sucesivas reformas de las plantillas militares cada vez son menos), sólo cabría la casación cuando en el proceso se debata sobre el acceso o la pérdida de la condición militar, y no sobre cualesquiera otras vicisitudes de la relación de servicios (situaciones, ascensos, destinos, viviendas «logísticas», etc.). Y más aún, ciñéndonos a la pérdida de la condición militar, esta puede deberse a dos causas fundamentalmente: a una sanción disciplinaria, o al pase al retiro (por edad, por enfermedad invalidante, etc.), pero la primera causa ya es competencia de la Sala V, por lo que nada se añadiría a la misma por esta vía; y en cuanto al pase al retiro, es muy reiterada la doctrina de la Sala Tercera que declara que si aun impugnándose el pase al retiro, la contienda se entabla exclusivamente a efectos de la determinación de la pensión de clases pasivas correspondiente, el recurso será inadmisibile. En suma, la materia de personal militar no va a contribuir de forma significativa a aumentar la estadística de la Sala (33).

Por encima de estas consideraciones, que al fin y al cabo son contingentes, tenemos que plantearnos si el desplazamiento competencial de una Sala a otra del Tribunal Supremo plantea algún problema de legitimidad constitucional. Pues bien, los valedores de esta medida insisten en que la Sala Quinta no es una Sala más de la Jurisdicción militar, sino una Sala del Tribunal Supremo a la que se ha encomendado la función revisora de la Jurisdicción militar como podría habersele atribuido cualquier otro ámbito de fiscalización. Dicho en términos más simples, no se trataría propiamente de una Sala de lo Militar o de la Jurisdicción Militar, sino de una Sala «*para lo militar*» o para la Jurisdicción Militar, a la que además se

---

(33) Vid. Giménez Yuste, E.: «*Las cuestiones de personal excluidas de la casación. Especial referencia an la Administración Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 76, julio-diciembre de 2000, págs. 171 y ss., donde se detallan con claridad las numerosas limitaciones que existen para el acceso de estos recursos en materia de personal a la casación.

podrían atribuir otras materias, del mismo modo que antes de la vigente LOPJ existían tres Salas de lo contencioso-administrativo (las antiguas Salas 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>).

El matiz es ciertamente relevante, y nos da pie para una descartar una posible extensión de esta atribución competencial a la Jurisdicción Militar en su globalidad. La Jurisdicción (especial) militar que la Constitución recoge y asume es una Jurisdicción exclusivamente «sancionadora», penal y disciplinaria (34). Salvo que nos remontemos a precedentes históricos tan remotos que de casi nada sirven en la actualidad, no hay a lo largo del Siglo XX (tampoco antes) ninguna norma que haya definido a la jurisdicción Militar como la Jurisdicción ordinaria en materia contencioso-administrativa de personal, la cual, por el contrario, siempre ha estado (con las limitaciones que para la llamada «actividad discrecional» existían en épocas pretéritas, y con el paréntesis del llamado «recurso de agravios» en la postguerra) con carácter general o común en manos de la Jurisdicción contencioso-administrativa (35). Si la Constitución quiso —y parece evidente que así ocurrió— restringir, acotar o limitar el entonces exagerado ámbito jurisdiccional de la Jurisdicción castrense, no puede sostenerse ahora con apoyo en la misma Constitución una ampliación de su competencia hasta materias que siempre se han residenciado en la jurisdicción ordinaria, por cierto que sin que la operatividad, la disciplina y la jerarquía militar se resintieran un ápice.

---

(34) Así lo reconoce Jiménez Villarejo: «La especialidad de la jurisdicción militar puede ser explicada como derivación y exigencia técnica de la propia especialidad y autonomía del Derecho Penal Militar y del Derecho disciplinario Militar» («*Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar*»; Revista Española de derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, pág. 12). En el mismo sentido, señala Fernández Segado que «la aparición de la Jurisdicción Militar parece responder mucho más a razones pragmáticas que doctrinales, razones que pueden compendiarse en la necesidad de aplicar preceptos atinentes al desarrollo de la guerra y al consiguiente mantenimiento de una estricta disciplina entre las huestes militares» («La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 56-57, 1990-1991, t. I, pág. 13). Más aún, como se ha visto anteriormente, la asunción de competencias disciplinarias se justificaba antiguamente en el carácter penal de estas sanciones y no en la afirmación de la viabilidad de la extensión de la competencia de la Jurisdicción a cuestiones no penales.

(35) La Ley Constitutiva del Ejército de 1821 salvaguardó la Jurisdicción Militar exclusivamente «a las causas criminales que versen sobre delitos militares», matizando expresamente que quedaba abolido el fuero militar en todas las causas civiles (Fernández Segado, op. cit., pág. 29). El Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1868 acentuó este criterio (pág. 31), que fue seguido por todas las leyes posteriores, que cuando aumentaron coyunturalmente la competencia de la Jurisdicción castrense siempre lo hicieron en el marco del Derecho Sancionador. Ocioso es decir que la II República ni siquiera hizo cuestión sobre una atribución a la Jurisdicción castrense de materias ajenas a la sancionadora (Fernández Segado, op. cit., págs. 39 y ss.)

No parece, pues, que pueda legitimarse una atribución competencial de este carácter a la Jurisdicción Militar por entender que cabe dentro del ámbito «estrictamente castrense» que la misma Constitución asume para circunscribir la competencia de esta Jurisdicción Especial. Si interpretamos esta expresión en sentido extensivo, la Jurisdicción Militar podría convertirse en un fuero procesal que revisara todas las cuestiones relativas al llamado «Derecho Militar», tanto las relativas al personal como las patrimoniales (bienes públicos, contratación, etc.) Una atribución de este tipo a los tribunales militares rebasaría notoriamente ese ámbito «estrictamente castrense» que define y delimita a la Jurisdicción Militar en el vigente orden constitucional, y significaría —contra todos los vientos de la historia— una atribución a los tribunales castrenses de materias que ni en las más acusadas épocas de militarismo se les habían conferido (36).

El mismo Tribunal Constitucional ha remarcado la finalidad de la Jurisdicción Militar y la propia razón de su existencia, que es —y no hay otra— la preservación y mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, a través de la aplicación judicial del Derecho Sancionador Militar. La STC 60/1991 de 14 de marzo declara que

*«el art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la **jurisdicción militar**. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la **jurisdicción militar**, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 CE impide una extensión inadecuada de la **jurisdicción militar**, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales **militares** de cuestiones que, por no ser*

---

(36) En los debates parlamentarios que han rodeado a las diversas Leyes postconstitucionales relativas a la Jurisdicción Militar, se ha partido siempre de la acotación del «ámbito estrictamente castrense» al estricto campo del Derecho Sancionador. Ni siquiera se ha llegado a plantear seriamente a título de hipótesis la extensión del concepto a materias ajenas a la sancionadora. Vid. Calderón Susín, E.: «En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar»; revista Española de Derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, vol. I, págs. 81 y ss.

*estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios.*

*El art. 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de **limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable**, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la **jurisdicción militar** sólo pueda conocer de lo **estrictamente castrense**, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 CE.*

*El art. 117.5 CE impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la **jurisdicción militar** el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo **estrictamente castrense**, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. **Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares**, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (STC 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia **militar** todas las restantes conductas delictuales.*

*El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo «**estrictamente**», que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial: para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (STC 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la **jurisdicción militar**. Como **jurisdicción especial penal**, la **jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses**, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser **estrictamente militares**, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter **militar** de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado «*uti miles*», por lo que la condición **militar** del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo **estrictamente castrense**».*

Repasemos algunos apartados del párrafo que se acaba de transcribir: para el Tribunal Constitucional, el artículo 117.5 de la Constitución veda

la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios. Por otra parte, lo «estrictamente castrense» —dice el Tribunal— sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, definidos en los términos expuestos. Ciertamente es que no se excluye literalmente el campo meramente administrativo de personal del ámbito de lo estrictamente castrense, pero es que sencillamente el Tribunal Constitucional ni siquiera se lo plantea, porque parte de la base de que la Jurisdicción Militar no tiene otro cometido que el propio del Derecho Sancionador. Más aún, se declaran —ahora sí expresamente— contrarios a la Constitución los «fueros privilegiados». Pues bien, salvo que apuremos el razonamiento jurídico hasta el absurdo, es imposible sostener que todas las cuestiones de personal tienen naturaleza disciplinaria (a no ser que asumamos la premisa de los viejos tiempos, cuando se consideraba que interponer recursos y litigar en defensa del propio derecho era «de malos militares»), cosa que no creo nadie se atreva a defender públicamente en la actualidad), ni puede afirmarse seriamente que la interposición de recursos ante los Tribunales de Justicia socava la eficacia de los Ejércitos hasta imposibilitar el cumplimiento de sus «altas misiones». Nada hay, en verdad, de afición a la disciplina ni la eficacia militar en el planteamiento en sede jurisdiccional de una controversia jurídica sobre retribuciones, historiales militares, destinos o ascensos (37). Ni las altas misiones de los Ejércitos se cuartejan porque el militar litigue en defensa de su derecho, ni la Patria peligra porque una decisión atinente a estas materias sea efectivamente anulada tras un proceso judicial por haber incurrido en una infracción del Ordenamiento Jurídico.

---

(37) Cuestión distinta, que no desvirtúa cuanto se acaba de decir, es que la reclamación o recurso se plantee en términos irrespetuosos o incompatibles con la disciplina. En tal caso, el problema disciplinario no estará en el «qué» (la interposición del recurso) sino en el «cómo» (la forma con que se haya articulado). Sobre este tema, es de sumo interés la Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1994 de 27 de octubre, por la que se anuló una sanción disciplinaria impuesta a un militar por haberse vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión. Es interesante contrastar la diferente valoración que realizaron sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional y la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Sobre esta ha emitido un juicio especialmente riguroso M. Ayuso, al calificar su posición en este caso de «pastueña respecto de las autoridades administrativas» («*La quiebra de la función judicial y del control legislativo como órdenes de Justicia*», en VV.AA.: «El Estado de Derecho en la España de hoy», Ed. Actas, 1996, pág. 290. Diferentemente, en sentido crítico hacia la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, y defendiendo la posición del Supremo, vid. Blanco Avilés, J.M.: «*Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1994*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 66, julio-diciembre 1995, págs. 123-127.

Más aún, si se realiza un esfuerzo de sinceridad no puede sino reconocerse que la Jurisdicción Militar no tiene, *hic et nunc*, una estructura orgánica que le permita asumir ese orden de competencias con plenitud de garantías y sin merma de la «imparcialidad objetiva» que es exigible a un órgano jurisdiccional *ex art. 24 CE* (38). La materia de personal afecta a temas muy sensibles y relevantes: las plantillas, las evaluaciones, clasificaciones y ascensos, la provisión de vacantes, la atribución de viviendas logísticas o pabellones, la seguridad social de los militares, el mismo nacimiento y extinción de la relación de servicio, el régimen de clases pasivas... temas todos ellos en cuya regulación y dirección el Poder siempre

---

(38) Una vez más, a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional lo cierto es que la actual estructuración corporativa de la Jurisdicción Militar sólo ha encontrado defensores entre quienes la administran profesionalmente (y no en todos). Dentro del personal del Cuerpo Jurídico Militar es laudatorio el juicio de G.<sup>a</sup> Ballester en «*Jurisdicción Militar y Constitución Española*»; Revista Española de Derecho Militar, julio-diciembre de 1991, págs. 153-174. En el mismo sentido, vid. Corrales Elizando, A.: «*Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho Penal y Judicial Militar*»; en VV.AA.: «*Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del Siglo XXI y otros estudios jurídico-militares*»; Ministerio de defensa, 2001, págs. 549 y ss. También emite un juicio crítico favorable, más matizado que los anteriores, al modelo actual J. Peñarrubia en su magnífica monografía «*Presupuestos constitucionales de la función militar*»; Centro de Estudios Constitucionales, 2000, págs. 361 y ss. Sin minusvalorar el rigor y solidez de las apreciaciones de este último autor, tal vez falte en ellas una panorámica de la situación real de la Jurisdicción castrense, por encima de las proclamaciones enfáticas de los textos legales. Me remito, sobre este particular, a las reflexiones de un Juez Togado Militar, A. Hernández Muntiel, sobre las numerosas y graves distorsiones que se siguen del sistema vigente («*Observaciones de un Juez Togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva Jurisdicción Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 69, enero-julio 1997, págs. 193-205) Fuera de este ámbito corporativo del Cuerpo jurídico Militar, la doctrina científica ajena al mismo coincide muy mayoritariamente (salvo excepciones casi anecdóticas) en afirmar que el diseño de esta Jurisdicción especial no resiste el juicio de constitucionalidad. Vid., por todos, Blanquer, D.: «*Ciudadano y soldado*» cit., págs. 720 y ss.; y también Baucells, J. Y Sala, J.: «*El tratamiento de las violencias en el ámbito militar*»; Cuadernos de Derecho Público, n.º 8, septiembre-diciembre 1999, págs. 153 y ss. Particularmente crítica hacia el modelo actual es S. San Cristobal Reales, en «*La Jurisdicción Militar: de Jurisdicción especial a Jurisdicción especializada*»; Comares, 1996. En fin, a modo de resumen de esta mayoritaria posición doctrinal puede citarse a Trayter: «Esa nueva organización, aunque indudablemente mejora la anterior, está presidida, como ha apuntado la doctrina científica, por la ausencia de los principios de unidad, exclusividad, y sobre todo, el de independencia, alejando de la jurisdicción militar las notas esenciales que caracterizan la jurisdicción ordinaria. Hay que añadir, además, otras carencias como el incumplimiento del derecho al juez predeterminado por la Ley y la vulneración de la tutela judicial efectiva por lo que respecta a la exclusión del procedimiento ordinario de la impugnación de las sanciones impuestas por faltas leves» («*Comentario al artículo 3*», en Redacción de la Revista española de Derecho Administrativo (Ed.): «*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*», edición especial del n.º 100 de la Revista; Civitas, 1999, pág. 125).

aspira a tener las manos libres y soporta malamente el control y la anulación de sus decisiones (39). He aquí, sin embargo, que como es bien sabido —y ha sido frecuentemente criticado— la Justicia Militar se imparte por Letrados del Cuerpo Jurídico Militar, que compatibilizan su función jurisdiccional con el asesoramiento jurídico a las Autoridades del Departamento, por lo que podría ocurrir perfectamente que el Juez Militar que «ayer» anuló una importante regulación sobre personal militar, «mañana» cese en su puesto judicial (v.gr., por ascenso al empleo superior, que puede conllevar ese cese, al estar vinculados los puestos jurisdiccionales a concretos y determinados empleos militares (40)) y pase a prestar servicios en el ámbito asesor, justamente bajo la dependencia y órdenes de la Autoridad que dictó esa regulación anulada, la cual no recibirá precisamente con agrado a quien desautorizó sus decisiones en el ejercicio de su función jurisdiccional. Más aún, estos Jueces a quienes se atribuiría la responsabilidad de velar por la legalidad de toda la política de personal de la Administración Militar son a la vez militares, cuya carrera (evaluaciones, clasificaciones y ascensos, destinos fuera del estricto ámbito jurisdiccional) depende de esas Autoridades a las que tienen que fiscalizar. Así las cosas, la plenitud de garantías de esta fiscalización jurisdiccional de la materia de personal pasaría por el altruismo o incluso el heroísmo de esos Jueces, que podrían correr el riesgo de ver seriamente comprometidas sus expectativas profesionales en caso de tomar decisiones incómodas o molestas para aquellas Autoridades (41). Mala Administración de Justicia la que asienta

---

(39) Vid. Nieto, A.: «La nueva organización del desgobierno»; 1.<sup>a</sup> ed., Ariel, 1996, págs. 204 y ss.

(40) Se ha señalado por la generalidad de la doctrina que la existencia de esta dualidad de funciones (de asesoramiento y jurisdiccionales), en cuanto puede conllevar que el ascenso implique el apartamiento de la función judicial y el «confinamiento» en la asesora, supone una seria quiebra de la independencia objetiva de los Juzgadores castrenses. No lo entiende así Mozo Seoane, quien afirma con rotundidad que «resulta delirante y desconocedor de las más elementales normas que rigen la vida castrense suponer... que alguien pueda ser ascendido de empleo... para ser removido de un puesto judicial (*«Ante la reforma de la Jurisdicción Militar»*); en VV.AA.: «Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico-militares»; Ministerio de Defensa, 2001, pág. 575). Tan contundente afirmación no tiene en cuenta que no se trata de ascender intencionadamente a alguien al empleo militar superior con el único objetivo de apartarle de la función jurisdiccional, sino de aprovechar el ascenso y el consiguiente cese en su puesto judicial para destinarle a una vacante de asesoramiento y apartarle de aquella función, lo que es cosa muy diferente, pero produce un resultado similar.

(41) Este es, sin duda alguna, uno de los puntos más débiles de la actual estructuración de la Jurisdicción Militar, sobre el que la doctrina no ha dejado de llamar la atención. Millán Garrido advirtió poco después de la reforma de 1987 que la independencia del Juez Militar no podía quedar garantizada «cuando este, en su carrera militar y, a la pos-

su credibilidad sobre la capacidad de sacrificio personal de quienes la imparten (42). Y desde luego, si ya la atribución de la competencia disciplinaria a la Jurisdicción Militar suscitó numerosos reparos doctrinales, pese a que contaba con una sólida base histórica y dogmática, es fácil vaticinar la oposición rotunda que despertará una ampliación competencial de toda la materia de personal en bloque. Si, en fin, abandonamos el razonamiento jurídico y entramos en consideraciones de Ciencia Política, es también fácil predecir que muy pocos Grupos Políticos avalarían semejante propuesta.

Conscientes sin duda de las dificultades que conllevaría la atribución de este Orden de competencias a la Jurisdicción Militar, los promotores de la medida que nos ocupa insisten en puntualizar que de lo que se trata es de estudiar si resulta constitucionalmente admisible realizar esta atribu-

---

tre, en su promoción dentro de la Jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que, respecto de él, adopten las Autoridades y Mandos Militares. No propicia en modo alguno la independencia judicial el que los nombramientos, incluidos los de los Magistrados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (a través de la terna), dependan de decisiones administrativas en las que priman los condicionamientos militares a los estrictamente judiciales» («*Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, pág. 118). En la misma línea se han pronunciado Canosa Usera («*Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar*»; Poder Judicial, n.º 34, 1994, pág. 33, y también en «*A propósito de la independencia del juez Militar*»; Poder Judicial, n.º 37, 1995, págs. 345-351) y Ramírez Sineiro («*La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos*»; Poder Judicial, n.º 33, págs. 151 y ss.). También en este sentido, y desde la perspectiva administrativista, Nevado Moreno, P.: «*la función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*»; Marcial Pons, 1997, págs. 66 y ss.

(42) Corrales Elizondo rechaza este planteamiento con especial virulencia, apuntando que quienes critican (quienes criticamos) la actual estructuración del Cuerpo Jurídico Militar y las distorsiones que provoca sobre la Jurisdicción castrense, lo hacen (lo hacemos) desde posturas doctrinales «alejadas de la realidad militar» o bien «proclamadas desde prismas estrictamente políticos o ideológicos», y afirmando con rotundidad que las polémicas sobre esta cuestión «no se han verificado desde un ángulo técnico ni con rigor científico» («*Reflexiones... cit.*, pág. 562). Más aún, insiste este autor en que la organización judicial militar «está asumida por las Fuerzas Armadas en general y por el Cuerpo Jurídico Militar en particular, al margen de opiniones aisladas en algunos casos con enfoques subjetivos que se sustentan en intereses personales» (op. cit., pág. 563). Con independencia de lo poco matizadas que están esas expresiones un tanto maximalistas, y dejando de lado lo que aquel denomina «intereses personales» (tema sobre el que sólo cabe formular juicios de intenciones ajenos al razonamiento jurídico), una cosa es que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo Jurídico Militar hayan asumido, o mejor, acatado este modelo porque les obliga la sujeción al Ordenamiento Jurídico y las exigencias de la disciplina, y otra cosa muy distinta es que estén satisfechos con él. Sobre este particular, me temo que mis apreciaciones son claramente divergentes de las de aquel.

ción no a la Jurisdicción Militar como tal, sino a la Sala del Tribunal Supremo que tiene legalmente reconocida la competencia para su fiscalización jurisdiccional.

Pues bien, para dar respuesta a este interrogante es preciso formular una consideración preliminar que ya antes ha sido apuntada: desde hace algún tiempo se ha observado en la hermenéutica constitucional la obsesión de algunos por encontrar en la Constitución lo que algún autor ha denominado un «Derecho concentrado», capaz de iluminar directamente la resolución de cualesquiera contiendas jurídicas (43). Frente a un planteamiento de este cariz, debe recordarse algo que, por otra parte, se ha dicho en multitud de ocasiones: que la Constitución no define las instituciones de manera agotadora y minuciosa, sino que —siempre, por supuesto, dentro de límites infranqueables— establece marcos abiertos para el posible juego de las diferentes opciones legislativas. Nada hay de malo en ello mientras no se desemboque en la más absoluta de las indefiniciones (44). Desde esta perspectiva, no parece que haya un problema constitucional insoluble para esta atribución competencial a la Sala Quinta, pues dicha Sala no forma parte de la Jurisdicción Militar propiamente dicha (45), y reúne —aun teniendo en cuenta sus peculiaridades— las reglas de composición y funcionamiento necesarias para poder ser considerada, sin duda alguna, como un Tribunal Jurisdiccional constitucionalmente legítimo, por más que esas peculiares reglas de composición y designación de la mitad de sus miembros puedan ser, para un sector doctrinal, discutibles en su singularidad y mejorables en su regulación. La, por algunos defendida, garantía institucional del Derecho Administrativo y la Jurisdicción Contencio-

---

(43) Cfr. López Guerra, L.: «*prólogo*» a la monografía de A. Troncoso «*Privatización, empresa pública y Constitución*»; Marcial Pons, 1997, pág. 12

(44) Riesgo este sobre el que ha llamado la atención E. Cantero Núñez en su excelente trabajo «*La quiebra de la tradición jurídica española*», publicado «El Estado de derecho en la España de hoy», cit., págs. 413-414.

(45) Creo que esta es la conclusión acertada a la luz del derecho vigente. Ciertamente es que la Sala Quinta tiene una composición claramente diferenciada del resto de las Salas del Tribunal Supremo, y cierto es asimismo que el Ministro de Defensa conserva un no menos amplio poder de intervención en dicha composición, al ser él quien configura la terna de entre la que el CGPJ designará a la mitad de sus componentes (los procedentes del Cuerpo Jco. Militar), disponiendo así de una amplia facultad de predeterminación de la composición de esta Sala. No obstante, a pesar de esta criticable regulación, el estatuto de los Magistrados de dicha Sala tiene un nivel de garantías que supera el umbral de constitucionalidad, y resulta netamente superior a la de los órganos jurisdiccionales militares, de los que está cualitativamente diferenciada, lo que permite concluir que aunque se trata de una Sala dedicada a la materia sancionadora militar, no se inserta formal y orgánicamente en la Jurisdicción Militar.

so-Administrativa (46) tampoco parece un obstáculo infranqueable en este sentido, pues tal garantía, ya de por sí dotada de unos perfiles difusos (47), no es tanto una garantía de organización (por definición variable) como de principios, y los principios sustantivos y procesales del Derecho Público en su vertiente jurisdiccional no se verían irremisiblemente dañados por el hecho de que una Sala distinta de la Tercera asumiera el conocimiento de la materia que nos ocupa, siempre que el enjuiciamiento de tales conflictos se realizara con arreglo a un esquema procedimental y un orden de principios y garantías similar.

El problema no es, pues —a mi juicio— una cuestión de legitimidad constitucional, sino de bondad de la opción legislativa; y llegados a este punto es donde pueden formularse los mayores reparos a la alternativa que se ha barajado. Ciertamente es que la Sala Quinta no forma parte, en sentido estricto, de la Jurisdicción Militar, pero no cabe duda de que su existencia y composición trae causa, a su vez, de la existencia de la Jurisdicción Militar, que es la base y único motivo de su creación: si no existiera la Jurisdicción Militar, la Sala Quinta nunca se habría constituido, o nunca se habría constituido como efectivamente se ha configurado. El hecho de que la Jurisdicción Militar sea, prácticamente, la única Jurisdicción especial (que no excepcional) que queda en España con un volumen organizativo y funcional apreciable, junto con sus propias y evidentes peculiaridades, justificó la decisión del Legislador de crear esta Sala, con una composición y forma de provisión de sus miembros que es claramente diferenciada de la del resto de las Salas, singularidad esta que sólo se justifica por la propia singularidad de la Jurisdicción Militar. Ahora bien, nunca se planteó que la misma tuviera otro cometido que el referido al Derecho sancionador (penal y administrativo) militar, que es el propio y exclusivo de la Jurisdicción castrense. Las demás ramas del Derecho se atribuyen a las otras cuatro Salas del Tribunal, correlativas a los respectivos órdenes Jurisdiccionales, con arreglo a un criterio que tiene una lógica inmediatamente apreciable y toda una tradición histórica que lo sustenta: el Derecho Civil y Mercantil para la Sala primera, el Penal para la Segunda, el Administrativo para la Tercera, y el Laboral y de la Seguridad Social para la Cuarta,

---

(46) Cfr. Del Saz, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en VV.AA.: «Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios»; Civitas, 1992, págs. 102-195. También han sostenido la garantía institucional del Derecho Administrativo G. Ariño y L. López de Castro («¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia, o la antítesis del estado de Derecho»; Fundación BBV, 1994)

(47) Vid. Gallego Anabitarte, A.: «Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial»; Civitas, 1994, págs. 83-99.

estando constituidas todas estas Salas con arreglo a criterios sustancialmente idénticos. Diferentemente, si la Sala Quinta es distinta en su composición a las otras cuatro, ello se debe justamente a que en ella confluye una Jurisdicción especial como es la Militar. Si la Sala Quinta hubiera nacido con vocación de conocer de asuntos de competencia tradicional de la Jurisdicción ordinaria (entendida esta última palabra por contraposición a la militar), su especial sistema de composición no habría tenido razón de ser.

Así las cosas, la atribución competencial que ahora se pretende quebraría la lógica que subyace a toda la configuración jurídica del Tribunal Supremo y de la propia Sala Quinta; y tan drástica consecuencia no se justifica por una elaboración conceptual o una reflexión dogmática, sino por una consideración puramente logística y coyuntural, cual es la ya mentada escasa carga de asuntos que recaen sobre la Sala de lo Militar. Puestos a buscar razones para singularizar orgánicamente algunas ramas del ordenamiento Jurídico, más razones habría para crear una Sala de lo mercantil, o de lo financiero y tributario, o de lo urbanístico, que son sectores con un volumen de litigiosidad y una complejidad igual —por no decir muy superior— a la del llamado Derecho Militar, que a estas alturas casi nadie defiende como un Subordenamiento dotado de autonomía científica y sustantividad propia (48). Más aún, en el concreto ámbito del régimen estatutario del personal militar, su caracterización jurídica se explica perfectamente desde los principios del Derecho Administrativo, sin que la casi centenaria doctrina del Tribunal Supremo sobre la profesión militar haya producido el más mínimo desvalor o incidencia negativa sobre el perfil institucional de la vida militar (49). El Derecho Administrativo Militar no

---

(48) El llamado «Derecho Administrativo Militar» participa de todos los principios del Derecho Administrativo común o general, y no presenta especialidades de tal calibre que justifiquen una supuesta sustantividad dogmática. Cualquier administrativista con un adecuado nivel de formación puede conocer y entender sin problema alguno esas especialidades sin necesidad de un esfuerzo prolongado de aprendizaje. Concretamente, las singularidades en el ámbito militar de instituciones como la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial o la contratación administrativa no son tantas como para establecer diferencias cualitativas respecto de los demás ámbitos de la Administración General del Estado, y desde luego no justifican su atribución a una Sala distinta de la Tercera so pretexto de la especialidad del Derecho aplicable. Por ello, no comparto la propuesta de Corrales Elizondo de atribuir a la Sala Quinta nada menos que todos los litigios contencioso-administrativos que, dentro del ámbito competencial del Tribunal Supremo, «conciernan al ámbito de la Defensa Nacional» (op. cit., págs. 567-568).

(49) Sin ir más lejos, el mismo régimen disciplinario militar ha pasado hasta fechas no lejanas por épocas de atribución competencial —en algunos aspectos o ámbitos— a la Jurisdicción contencioso-administrativa sin que la operatividad de los Ejércitos se resintiera de forma significativa. Vid. Alcantarilla Hidalgo, F.: «*La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar*» cit., págs. 35 y ss.

es sino un Derecho Administrativo aplicado, y concretamente la regulación funcional militar presenta todos los parámetros definidores de un estatuto funcional típico. De hecho, en estos tiempos de laboralización y huida del Derecho Administrativo, es tal vez el último estatuto funcional reconocible con arreglo a sus principios clásicos.

Por lo demás, si el objetivo que se persigue es no sólo dotar a la Sala V de una mayor carga competencial sino también aliviar el trabajo de las (ciertamente sobrecargadas) demás Salas del Alto Tribunal, más coherente y razonable sería atribuir a la Sala V el conocimiento de las causas relativas a delitos comunes cometidos por militares, hoy residenciadas ante la Sala II. Existen multitud de conductas delictivas cometidas dentro de las Unidades Militares, que afectan muy gravemente a la disciplina y buen orden de los Ejércitos, pero sobre las que la Jurisdicción Militar no tiene competencia alguna, al haber desaparecido el fuero competencial por razón del lugar. Si la Sala Quinta tiene competencias penales y estas no han sido objeto de mayor discusión, ¿por qué no residenciar ante ella los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o con ocasión del mismo, o en unidades o establecimientos militares?

## 5. EL FUTURO DE LA SALA QUINTA, EN EL CONTEXTO DEL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El futuro de la Sala Quinta tiene que ir, más allá del trasvase de materias que le son ajenas, unido al futuro de la Jurisdicción Militar, y no al margen de ella. Si la Sala Quinta tiene actualmente una estadística de asuntos reducida, ello se debe exclusivamente a que la Jurisdicción Militar, en su actual regulación es —como ya he dicho— no una Jurisdicción especial sino una Jurisdicción residual, hasta extremos que en ocasiones resultan inexplicables (50). Como consecuencia de la reforma de la década de los 80<sup>os</sup>, presidida —tras los lamentables, pero aislados, acontecimientos de la transición— por una clara desconfianza hacia la Institución Militar, muchas (tal vez, en ocasiones, la mayoría) de las conductas con relevancia directa sobre la jerarquía y disciplina militar (v.gr., en el ámbito de los llamados delitos contra la propiedad o contra la salud pública)

---

(50) Lo que ya se advirtió con ocasión de los debates parlamentarios de la L.O. 4/1987 por el portavoz del Grupo parlamentario Popular, Sr. Cañellas, quien llamó la atención sobre el riesgo de que con esa atribución competencial los órganos jurisdiccionales castrenses quedaran, en la práctica, inactivos (Diario de Sesiones n.º 44 de 23 de abril de 1987, debate en el Pleno del Congreso). El tiempo le ha dado la razón.

quedan «extra muros» de su ámbito de conocimiento, que es sumamente menguado (51). Podría discutirse si este estado de cosas tenía justificación cuando se estableció por el legislador allá por 1987, pero ahora, más de 20 años después de la aprobación de la Constitución, con unas Fuerzas Armadas plenamente integradas en los valores constitucionales y una Jurisdicción Militar que —siquiera sea de forma manifiestamente mejorable— ha asimilado las garantías que la Constitución reconoce a los ciudadanos, no tiene sentido seguir marginando a la Jurisdicción castrense hasta reducirla prácticamente a un edificio hueco.

La profesionalización de los Ejércitos y su cada vez mayor implicación en operaciones internacionales son razones que abundan en la potenciación de esta Jurisdicción, que —mal que bien— ha superado los «exámenes de legitimidad» a que ha sido sometida ante el Tribunal Constitucional. Desde luego que el vigente marco legal puede y debe ser mejorado sin demora, en el sentido de acentuar la independencia de los Jueces Militares, que todavía están demasiado vinculados y sometidos en su carrera a la discrecionalidad de las Autoridades Políticas del Ministerio de Defensa (52), pero esta reforma, ciertamente inaplazable, de su estatuto (que debería pasar por un desdoblamiento del Cuerpo Jurídico Militar en dos Escalas, dedicadas respectivamente a la función jurisdiccional y a la de asesoramiento jurídico) ha de ir acompañada de un mayor (o mejor, un más coherente) ámbito competencial, siempre por supuesto en el marco específico de lo militar.

Si así se procede por el Legislador, y la Jurisdicción militar vuelve a un nivel normal de competencias (ni tan hipertrofiado como en épocas aún no lejanas, ni tan escuálido como en la actualidad), la Sala Quinta seguirá

---

(51) Una detenida exposición de los tipos penales que podrían incluirse en el Código Penal Militar (con la consiguiente atribución a la Jurisdicción castrense) en una futura reforma del mismo, en Pignatelli, F.: «*El Código penal Militar: perspectivas de lege ferenda*»; en VV.AA.: «El Derecho Penal y Procesal Militar ante la reforma de las normas comunes», CGPJ, 1997, págs. 91 y ss. La extensa relación de conductas cuya inclusión se propone, y la moderada propuesta de retomar fueros como el del lugar, que ahí se formula, constituyen la mejor prueba de lo limitado que es el actual ámbito de competencias de la Jurisdicción

(52) Así lo ha reconocido el mismo Consejo General del Poder Judicial, que en sus supra cit. «*propuestas para la reforma de la Justicia*» sugiere —n.º 63.1— lo siguiente: «Se procederá a la reforma de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar para que los nombramientos y ceses de todas las Autoridades Judiciales Militares se efectúen por el Consejo General del Poder Judicial, en los términos en que se regulen. Asimismo se modificará la citada Ley Orgánica para hacer posible el normal funcionamiento de la Justicia Militar, sin riesgos para la imparcialidad objetiva».

teniendo una indudable justificación, como la ha tenido durante sus más de diez años de existencia, y no será necesario desvirtuar el orden lógico que preside la constitución actual del Tribunal Supremo y los órdenes jurisdiccionales en que se articulan los Juzgados y Tribunales de España. Si no se hace así, el declive de la Sala Quinta correrá parejo al propio declive de la Jurisdicción castrense, y (salvo que cambien significativamente las circunstancias políticas y aumente la conflictividad internacional, lo que no creo que nadie desee) tarde o temprano aquella desaparecerá a la vez que esta.