

XXV AÑOS DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ángel Calderón Cerezo
*Presidente de la Sala Quinta, de lo Militar
Tribunal Supremo*

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LOS ANTECEDENTES: LA SALA DE JUSTICIA MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA. III.- LA JURISDICCIÓN MILITAR CONSTITUCIONALIZA SEGÚN EL ART. 117.5 DE LA NORMA FUNDAMENTAL. IV.- POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y FUNCIÓN QUE CUMPLE. V.- SU AMBITO COMPETENCIAL REVISABLE. VI.- ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE. A) En el orden penal. B) En el orden contencioso-disciplinario. VII.- A MODO DE EPILOGO.

I. INTRODUCCIÓN

1.- La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en lo sucesivo LOCOJM y también Ley Jurisdiccional) creó en el Tribunal Supremo la Sala Quinta, de lo Militar (art. 22), reformando al mismo tiempo de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el sentido de añadir esta nueva Sala a las otras cuatro enumeradas en su art. 55, la cual habría de regirse «por su legislación especial y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo». Sus competencias serían las establecidas en el art. 23 de la Ley Jurisdiccional, quedando integrada por ocho

miembros del Tribunal Supremo, su presidente y siete magistrados, elegidos todos ellos por el Consejo General del Poder Judicial, si bien que los cuatro procedentes del Cuerpo Jurídico Militar lo serían sobre una terna propuesta por el ministro de Defensa, integrada por generales consejeros togados o bien por generales auditores con aptitud para el ascenso. El nombramiento como magistrados del Alto Tribunal de los miembros procedentes del Cuerpo Jurídico Militar determinaría, en su caso, el ascenso al máximo empleo de su Cuerpo adquiriendo en lo sucesivo y con carácter permanente el estatuto judicial propio de los miembros del Alto Tribunal, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a la situación de actividad en las Fuerzas Armadas (FAS).

En cumplimiento de lo previsto en la Ley Jurisdiccional, en el mes de mayo de 1988, quedó constituida e inició sus funciones la Sala de lo Militar, siendo su primer presidente el magistrado de la Sala de lo Penal, don José Jiménez Villarejo. Coincidiendo con sus constitución quedó extinguido y disuelto el Consejo Supremo de Justicia Militar creado en el año 1939, y dejó de conocer la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de los asuntos que pasaron a ser competencia de la Sala de lo Militar.

2.- Culminaba así un largo proceso que dio comienzo en tiempos de la transición política, con los denominados «Pactos de la Moncloa», de 17 de octubre 1977, sobre «Programa de actuación Jurídica y Política», que en su apartado VII sentaron las bases para la delimitación de la Jurisdicción Militar (JM) dentro de su ámbito natural y se anticiparon los contenidos luego recogidos en el texto constitucional de 1978.

La Constitución (CE) en su fundamental art. 117.5 proclama el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Establece a continuación que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». La afirmación de tal unidad era precisa para poner fin a la fronda jurisdiccional que creció a partir del Decreto de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, que si bien declaró subsistentes únicamente el fuero militar, el eclesiástico y el del Senado, es lo cierto que al publicarse la CE y hasta la entrada en vigor de la LOPJ de 1985, existían junto a la Jurisdicción Ordinaria, la de Menores, Peligrosidad Social, Delitos Monetarios, de Contrabando, el Tribunal de Seguros, los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña, etcétera.

En lo sucesivo subsistiría la militar como única jurisdicción especial dentro de la unidad jurisdiccional, representando sendas excepciones el

Tribunal Constitucional (art. 1.2 LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) y el Tribunal de Cuentas (art. 136.2 CE), además de los Tribunales consuetudinarios de las Aguas de la Vega Valenciana y el denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia (arts. 125 CE y 19.2 y 3 LOPJ).

Según dispone el art. 123 de la CE, «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», con lo que establecida la supremacía jurisdiccional del Alto Tribunal no era admisible la existencia de dos Tribunales de esta clase, uno de ellos situado en la cúspide del orden castrense extramuros de la unidad jurisdiccional proclamada constitucionalmente. De manera que en adelante habría un solo Tribunal Supremo en que culminaría la organización y el funcionamiento de los órdenes jurisdiccionales, el militar incluido. Un paso adelante representó la LO 6/1980, de 1 de julio, que fue la primera ley de desarrollo de los contenidos del art. 117.5 de la CE estableciendo, entre otras novedades, que la justicia militar se administra «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución». De otro lado preveía el acceso a la casación de los fallos de los Tribunales Militares (art. 40, apartados 1 y 4).

Todavía tuvo mayor interés la LO 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, la segunda que abordó la reforma de la JM constitucionalizada, en el sentido de abrir a la Casación las sentencias dictadas en la instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar (arts. 13 y 14), con plena legitimación al efecto del Ministerio Fiscal Jurídico Militar y los condenados únicamente cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad superior a tres años de duración, o bien la separación del servicio como principal o accesoria, a interponer ante la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo, con arreglo a los motivos y trámites previstos para el Recurso de Casación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1982, de 12 de noviembre, estimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 14 de esta LO 9/1980, abriendo la Casación en todo caso también a quienes fueran condenados.

3.- Como decimos, la Sala Quinta inició su andadura el 5 de mayo de 1988, dictando la primera Sentencia el 24 de junio bajo la ponencia del magistrado señor Tejada González, en que se resolvió recurso directo deducido frente a resolución del ministro de Defensa, que impuso a un miembro de la Guardia Civil la sanción de separación del servicio por causa de acumulación de sanciones. La segunda Sentencia lleva fecha de 28 del mismo mes en que fue ponente el magistrado señor Bermúdez de la Fuen-

te, también en recurso directo por denegación de revisión administrativa de Acuerdo de separación de servicio, con baja en el Ejército, adoptado por Tribunal de Honor y ejecutado por la Administración Militar en 1975.

II. LOS ANTECEDENTES: LA SALA DE JUSTICIA MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE LA SEGUNDA REPUBLICA

1. Sin desconocer la innegable influencia del modelo italiano (Ley de 7 de mayo de 1981) en la organización de la JM plasmada en la LOCOJM, debe reconocerse a esta Ley Jurisdiccional el haber recuperado la iniciativa que en su momento tuvo el Gobierno Provisional de la Segunda República, en el sentido de suprimir el entonces Consejo Supremo de Guerra y Marina regulado en el Código de Justicia Militar de 1890 y crear la Sala Sexta del Tribunal Supremo bajo al denominación de «Sala de Justicia Militar».

Mediante el Decreto de 17 de abril de 1931 se derogó la denostada Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, ampliatoria de la competencia de los Tribunales militares en el enjuiciamiento de determinados delitos de opinión e inmediatamente, mediante los Decretos de 11 de mayo y 2 de junio del mismo año, se acometió la reorganización de la Jurisdicción de Guerra y la de Marina.

En virtud del referido Decreto de 11 de mayo, convertido en Ley por la de 16 de septiembre del mismo año, se dio un giro decisivo en la organización y funcionamiento de la JM en el sentido siguiente:

a) Adelantándose a la Constitución de 9 de diciembre de 1931 en su art. 1 se limitó la jurisdicción de los entonces denominados «Tribunales de Guerra», al conocimiento de los delitos esencialmente militares calificados así por razón de la materia, suprimiendo el fuero militar por razón del lugar, de ejecución del hecho o basado en la calidad de la persona.

b) A virtud del art. 4 los capitanes generales dejarían de intervenir como autoridad judicial en los asuntos reservados a la Jurisdicción de Guerra y Marina, pasando a corresponder a las Auditorias respectivas interponer contra los fallos de los Consejos de Guerra los Recursos de apelación o de casación. Disposición reiterada en el art. 1 del Decreto de 2 de junio de 1931, precepto con arreglo al cual los Auditores de Regiones, Distritos y Ejércitos asumirían todas las funciones judiciales hasta entonces atribuidas a los Capitanes Generales.

c) Finalmente, en lo que interesa, según el art. 5 del primer Decreto se decidió la supresión y disolución de aquel Consejo de Guerra y Marina, y la simultánea creación de la Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo,

compuesta por seis Magistrados; dos procedentes de la Carrera Judicial, tres procedentes del Cuerpo Jurídico Militar y otro de la Armada, la cual asumiría las competencias jurisdiccionales del extinto Consejo Supremo. Fue su presidente el auditor general don Salvador García Rodríguez de Aumente.

2. En la medida en que la Sala heredó las funciones de dicho Consejo, incluido el conocimiento de los recursos de apelación y más tarde de los disentimientos entre los auditores y las autoridades militares en causas criminales o expedientes judiciales por faltas graves, no puede afirmarse que se tratara de un órgano esencialmente de casación en cuanto que cometido genuino de cualquier Sala del Alto Tribunal. El mérito de la reforma consistió en separar las funciones de mando y jurisdicción tradicionalmente acumuladas por las autoridades militares, estableciendo las bases para la autonomía de la función jurisdiccional profesionalizada. Sin embargo, el sistema no fue duradero porque la Ley de 17 de julio de 1935 y el Decreto de 13 de septiembre del mismo año, siendo Gil Robles ministro de la Guerra, mediante la derogación parcial de aquellos Decretos de mayo y junio de 1931 se volvió al sistema anterior, en cuanto a residenciar de nuevo en las autoridades militares las competencias otorgadas a los auditores. De otra parte, la Sala del Tribunal Supremo pasó a tener composición mixta en los casos de enjuiciamiento en instancia única de los mandos dotados de aforamiento, con la incorporación al Tribunal de dos generales de división o vicealmirantes designados según sorteo de entre las listas que al inicio del año judicial proporcionaría el ministro de la Guerra al presidente del Tribunal Supremo, siendo estos vocales de armas retribuidos por asistencia a las sesiones (art. 6 de la Ley de 1935 y Decreto de 29 de agosto de 1935).

3.- El Decreto de 24 de octubre de 1936 creó el Alto Tribunal de Justicia Militar y, concluida la guerra civil, la Ley de 5 de septiembre de 1939 creó el Consejo Supremo de Justicia Militar en sustitución del anterior, con lo que, definitivamente, hasta la Constitución de 1978 y la Ley Jurisdiccional de 1987 dictada en desarrollo del mandato contenido sobre todo en el art. 117.5 CE, se volvía al sistema tradicional anterior a la proclamación de la Segunda República, de concentración de funciones de mando y jurisdicción en los capitanes generales de acuerdo con lo dictaminado en cada caso por los auditores.

III. LA JURISDICCIÓN MILITAR CONSTITUCIONALIZADA SEGÚN EL ART. 117.5 DE LA NORMA FUNDAMENTAL

1. Ya se ha dicho que en el fundamental art. 117.5 CE se proclama la unidad jurisdiccional como «base de la organización y funcionamiento de

los Tribunales», lo que encuentra su fundamento no solo en el origen soberano de los poderes del Estado, sino en la unidad territorial garantizada por la supremacía decisoria del Tribunal Supremo situado en la cúspide funcional respecto de todos los órganos jurisdiccionales que forman parte del Poder Judicial (art. 123 CE).

Tras lo cual el Constituyente efectúa el necesario reconocimiento de la JM formando parte de dicha unidad como jurisdicción especial única dentro del sistema, a la que se confía la tarea de impartir la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE, dentro de lo que enseguida se delimita como su ámbito competencial propio. Esta declaración de subsistencia, más bien de reconocimiento como JM de nuevo cuño, resultaba imprescindible porque de otro modo la añeja JM preconstitucional iba a resultar incompatible con el Poder Judicial del que necesariamente iba a formar parte.

Como es conocido, a esta declaración imprescindible le siguen dos mandatos que el Constituyente dirige al legislador orgánico y que condicionan radicalmente aquel reconocimiento: el primero de ellos acotando la actuación de la jurisdicción especial a lo que se denomina «ámbito estrictamente castrense»; y el segundo exigiendo que su ejercicio se produzca «de acuerdo con los principios de la Constitución». Y con estos mandatos quedaba constitucionalmente configurada la JM.

El Tribunal Constitucional ha respaldado reiteradamente la existencia de la JM dentro de la unidad jurisdiccional (SSTC. 60/1991, de 14 de marzo; 204/1994, de 11 de julio; 113/1995, de 6 de julio; 179/2004, de 21 de octubre; y 117/2001, de 8 de noviembre). Únicamente se sostiene su carácter de excepción al principio de unidad jurisdiccional en el Auto 121 /1984, de 29 de febrero, cuando todavía no existían las leyes de desarrollo de las previsiones constitucionales recogidas en el art. 117.5 y, en particular, la LOCOJM. Asimismo este Alto Tribunal ha resaltado la peculiaridad de la tutela judicial que está llamada a impartir la JM, por las características de los bienes jurídicos a preservar que son los propios de la organización castrense, referidas a valores tales como la jerarquización, la unidad y, sobre todo, la disciplina como elemento esencial de cohesión dentro de las FAS, que han de protegerse para que estas cumplan las misiones que la CE les asigna, con referencia a lo dispuesto en su art. 8 (SSTC. 97/1985, de 29 de julio; 280/1985, de 19 de diciembre; 107/1986, de 24 de julio; 60/1991, de 14 de marzo; y 115/2001, de 10 de mayo).

2. En lo que atañe a la delimitación competencial, ciertamente no existe una definición legal de lo que sea el «ámbito estrictamente castrense». Se trata de un concepto relativamente indeterminado, casi intuitivo a veces,

en cuya configuración confluyen aportaciones del Tribunal Constitucional, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, casi siempre con alusiones al orden penal que es la materia en que se vino desarrollando la actuación de la JM.

El Constituyente de 1978 partió de la idea de reducir drásticamente el marco competencial penal, suprimiendo no solo el fuero personal por la condición militar del sujeto activo de cualquier hecho delictivo, sino también por razón del lugar de la comisión permaneciendo únicamente la competencia por razón de la materia, esto es, el conocimiento de los delitos de naturaleza militar. Así la LOPJ de 1985 establece por su parte que «la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense, respecto de los hechos calificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio [...]» (art. 3.2). Mientras que en su art. 9, dedicado a los distintos órdenes jurisdiccionales, se dice que en el orden civil a la JM corresponderá «la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieran en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el repelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad judicial competente». (art. 9.2, párrafo segundo).

Superando tan estrechos márgenes competenciales, es otra Ley constitucionalmente necesaria, la LOCOJM, la que abre a la JM la competencia en el orden contencioso disciplinario, y así según su art. 4 «la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes». Su art. 12 concreta la competencia penal en los delitos comprendidos en dicho Código Penal Militar, con extensión a los delitos conexos (art. 14). Y el art. 17 se refiere a la tutela en los casos en que se recurra contra sanciones impuestas en aplicación del Régimen Disciplinario de los miembros de las FAS (y del Instituto armado de la Guardia Civil). También corresponde otorgar la tutela judicial, en la cúspide jurisdiccional representada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en los casos en que se recurran sanciones impuestas en la vía disciplinaria judicial militar, tanto por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, como por la Comisión Disciplinaria o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (véase el art. 23.6 LOCOJM).

En la otra Ley constitucionalmente necesaria para el desarrollo del art. 117.5 de la CE, esto es, la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), se contiene la regulación procedimental tanto de la materia penal

como de la contenciosa disciplinaria, y la anecdótica en el orden civil (arts. 519 y ss.). A resaltar que así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal es supletoria de la LPM en materia penal, no sucede lo mismo en lo Contencioso con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en que la supletoriedad corresponde a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y solo por remisión expresa a dicha Ley de lo Contencioso-Administrativo resulta aplicable lo en ella dispuesto para el recurso de casación (arts. 86-95 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), de que conoce la Sala Quinta, de lo Militar del Tribunal Supremo.

3. La citada LPM acota y restringe el alcance del Recurso Contencioso-Disciplinario Militar, de manera que la JM conocerá solo de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos sancionadores recurribles de las Autoridades y Mandos Militares, dictados en aplicación del Régimen Disciplinario propio de las FAS y de la Guardia Civil (art. 448). La atribución de esta materia constituye la excepción dentro del amplio espacio competencial que se asigna al orden Contencioso-Administrativo (art. 3 b de la Ley 29/1998), porque todas las demás pretensiones que se susciten en esta materia corresponde su conocimiento a los órganos de dicha Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque los asuntos guarden estrecha relación con el ámbito castrense (vgr. la materia de personal militar, ascensos, antigüedad, escalafonamiento y destinos). Tampoco corresponde a la Sala Quinta de lo Militar, el control jurisdiccional de la infralegalidad aunque las disposiciones generales en cuestión guarden relación con el ámbito castrense, incluso formando parte de su núcleo esencial, o bien aunque su contenido se inscriba en lo disciplinario. La previsión contenida en el art. 27.3 de la citada Ley 29/1998, según la cual «el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la legalidad de aquella norma», no es extensible a la Sala de lo Militar al no estar prevista esta competencia en la LOCOJM ni tener carácter supletorio de la misma la Ley 29/1998.

Ilustrativo resulta que fuera la Sala de lo Contencioso-Administrativo la que conociera de las impugnaciones planteadas frente al RD 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y, asimismo, contra el RD 1438/2010, de la misma fecha, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a dicho Cuerpo, cuando lo que estaba en cuestión era la naturaleza militar de la Guardia Civil.

4. En la STC. 60/1991, de 14 de marzo, seguida por la STC. 113/1995, de 6 de julio, se centran los términos del «ámbito estrictamente castrense», en lo que atañe al orden penal, conforme a tres criterios delimitadores: el

primero de carácter objetivo (por razón de la materia); de carácter funcional o instrumental el segundo (preservación de los bienes jurídicos de naturaleza militar); y subjetivo el tercero que resulta ser el menos valioso porque no todos los delitos previstos en el Código Penal castrense son tipos penales especiales en que el sujeto activo deba ostentar la condición de militar, pudiendo ser cometidos algunos de ellos por personas que no reúnan esta condición. Si bien que los anteriores criterios que utiliza la doctrina constitucional pueden reducirse a uno solo según el cual el ámbito de lo penal esencialmente castrense se concreta en la protección de los bienes jurídicos que deben preservarse para que los Ejércitos cumplan las misiones que la CE les asigna en clara alusión a lo que se dispone, sobre todo, en el art. 8 de la Norma Fundamental.

A modo de conclusión, puede decirse que el ámbito competencial estrictamente castrense está en la actualidad representado, por el derecho militar de carácter sancionador penal y disciplinario. Dicho ámbito se contrae siempre a materia castrense, si bien no todo lo castrense se atribuye a la JM, sino únicamente lo que se considera que forma parte del núcleo esencial e imprescindible de los bienes protegibles, en relación con las misiones que la CE encomienda a los Ejércitos. Y en el orden contencioso se incluye la tutela jurisdiccional de los actos dictados en el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de las Autoridades y Mandos Militares, quedando excluido el control del resto de la actuación de la Administración Militar y de la potestad reglamentaria cualquiera que sea su contenido castrense, incluso de carácter disciplinario. Por excepción, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conoce de las impugnaciones directas frente al ejercicio de la potestad disciplinaria, en el ámbito judicial militar procedente de quienes no son Autoridades Militares, como sucede en los casos de sanciones impuestas por los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial (art. 23.6 LOCOJM).

5. No voy a extenderme sobre el segundo mandato constitucional contenido en el art. 117.5, esto es, que el ejercicio de la JM que la CE reconoce como formando parte de la unidad jurisdiccional debe producirse «de acuerdo con los principios de la Constitución». Solo acomodándose esta jurisdicción especial a las garantías constitucionales de independencia, inamovilidad, imparcialidad y responsabilidad que se predicán de los jueces y magistrados del Poder Judicial, y asimismo con observancia de las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24 CE, están los Juzgados y Tribunales militares en condiciones de otorgar la tutela judicial efectiva sin indefensión en su específica esfera competencial, en cuanto Jueces ordinarios legalmente predeterminados que cumplen con las exigencias del

art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es, satisfacen el derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial.

Los Juzgados y Tribunales Militares adaptados a los principios constitucionales son reconocibles como los órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el otorgamiento de la tutela judicial sin indefensión que promete el art. 24.1 de la CE. El Tribunal Constitucional lo tiene declarado reiteradamente, con carácter general y en particular en supuestos que han sido cuestionados, tales como en materia de *habeas corpus* (SSTC. 194/1989, de 16 de noviembre, y 106/1992, de 1 de julio), o bien en relación con la protección de los derechos y libertades fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la CE (STC. 113/1995).

Los órganos judiciales militares se atienen a los principios antes enunciados (véanse arts. 1-4; 6, 8, 9, 118 y 119 LOCOJM) y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1994, de 11 de julio, y más recientemente en la 179/2004, de 21 de octubre, en las que se declara la inconstitucionalidad de los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LPM por vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad) y 24.1 de la CE (acceso a la jurisdicción), en cuanto que aquellas normas prohibían el ejercicio ante la JM de la acción penal como acusación particular, así como la acción civil derivada del delito cuando el perjudicado y el acusado fueran militares y existiera entre ellos relación jerárquica de subordinación.

6. No es óbice a la real y efectiva independencia de los miembros de los órganos judiciales militares, el que estos formen parte a su vez de un Cuerpo militar disciplinado y jerarquizado; en primer lugar, porque en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentran por completo desvinculados del mando y, en segundo término, porque la garantía de independencia no se predica solo de quienes forman parte del Cuerpo judicial único a que se refiere el art. 122.1 CE, sino que se deriva del estatuto garantista que regula el desempeño de la función. También son llamados al ejercicio de funciones jurisdiccionales los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas que no son Jueces o Magistrados y, sin embargo, también actúan con indudable independencia (STC. 204/1994).

Tampoco se pueden extraer consecuencias que contradigan dicho principio esencial porque en algunos supuestos los Tribunales de la JM se integren con vocales no togados (de armas), en todo caso en minoría respecto de los jurídicos. No se afecta la independencia judicial porque los vocales militares no son designados por los mandos, sino mediante insaculación practicada por el propio Tribunal (Vid. Sentencia 20.10.2009, de la Sala Quinta).

La afirmación de la independencia se refuerza con la vinculación de los Tribunales militares y de sus miembros al Consejo General del Poder judicial en tres aspectos esenciales: a) régimen disciplinario compartido con la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, a la que corresponde la imposición de las sanciones de menor entidad (art. 138 LOCOJM); b) inspección de Juzgados y Tribunales (art. 125); y c) solicitud de amparo por parte de los miembros de los órganos judiciales militares que se consideren perturbados en su independencia (art. 9). A pesar de la expresada vinculación no se ha previsto la presencia en el Órgano Constitucional de Gobierno judicial de un miembro de la JM, lo que siempre sería factible por el turno de juristas de reconocida competencia (art. 122.3 CE).

IV. POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y FUNCIÓN QUE CUMPLE

1. Como consecuencia implícita del principio de unidad jurisdiccional y explícita de la previsión contenida en el art. 123 CE sobre la posición prevalente del Tribunal Supremo situado en la cúspide de todos los órdenes jurisdiccionales era preciso que se atribuyera al Alto Tribunal el control en la última instancia de las resoluciones recurribles dictadas por los Tribunales militares, en términos similares a cuanto rige para la Jurisdicción Ordinaria en que, como regla general, la instancia jurisdiccional corresponde a las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia y la Casación al Tribunal Supremo. Como antes se dijo, a raíz de la CE resultaba inviable la coexistencia de dos Tribunales Supremos, uno de ellos para el orden jurisdiccional castrense representado por el Consejo Supremo de Justicia Militar que venía funcionando desde el año 1939. Pero resuelto lo anterior, también se hubiera colmado la exigencia constitucional desembocando la JM en cada una de las Salas ya existentes para el orden Penal y el Contencioso-Administrativo, conociendo cada una de estas de las materias específicas del derecho sancionador, penal y disciplinario, en que se vino a concretar el «ámbito estrictamente castrense». No obstante, frente al silencio de la LOPJ de 1985, la Ley Jurisdiccional 4/1987 se decantó por recuperar el modelo autóctono ideado por el Decreto de 11 de mayo de 1931, consistente en crear una nueva Sala de lo Militar, en el Tribunal Supremo a imagen y semejanza *mutatis mutandis* de las demás, en que culminaría funcionalmente la JM representando en el Alto Tribunal el orden jurisdiccional militar con lo que quedaría de manifiesto, mediante la incardinación en la Jurisdicción Ordinaria, el tan reiterado

principio de unidad jurisdiccional dentro del que la JM tiene carácter de especial, en consideración a su organización, y de especializada por razón de la materia ya dentro del Tribunal Supremo.

2. Decididamente la Sala Quinta se inscribe dentro de la Jurisdicción Ordinaria. Es una Sala más del Tribunal Supremo en donde representa el quinto orden jurisdiccional, junto al Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social, pero que no añade ningún nuevo elemento legitimador de la JM especial que naturalmente forma parte del Poder Judicial del Estado. Esta adscripción y su naturaleza quedó de manifiesto poco después de su entrada en funcionamiento, en que los conflictos surgidos con otras Salas del Alto Tribunal no se consideraron como de Jurisdicción, sino de Competencia entre las demás, por la vía establecida en el art. 42 LOPJ.

En cuanto a su composición no es una Sala mixta, porque toda ella está integrada por magistrados del Tribunal Supremo. Obviamente en este Tribunal no hay más que magistrados del Alto Tribunal, ya procedan del cuerpo judicial o de otras profesiones jurídicas (el denominado quinto turno), quienes una vez nombrados y posesionados del cargo pasan a ser miembros del Alto Tribunal a todos los efectos. Y en cuanto a los miembros de la Sala Quinta procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, que es turno específico de acceso a la primera categoría judicial con destino permanente en dicha Sala, se ha previsto como adicional garantía de su independencia el que pasen directamente a la situación de retiro, sin posibilidad de volver a la situación de actividad en las FAS una vez producida su investidura judicial.

No es Sala mixta, pero sí paritaria en su composición y funcionamiento de manera que, salvo cuando actúe en Pleno, deberán concurrir tantos de una procedencia como de la otra, sin que a estos efectos se compute el origen de su presidente (art. 29 LOCOJM) que consecuentemente preside todas las actuaciones del Tribunal, al que representa en la Sala de Gobierno del Alto Tribunal como miembro nato de la misma, y además forma parte de la Sala Especial prevista en el art. 61 LOPJ. El requisito de la paridad debe valorarse positivamente, porque la presencia de los magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar incorpora a los debates las peculiaridades propias del derecho militar aplicable.

3. La Sala Quinta no es un Tribunal Militar ni, en sentido estricto, forma parte de la Jurisdicción Militar especial. A la cabeza de la misma se encuentra el Tribunal Militar Central, lo que se advierte enseguida si se repara en las competencias de su Sala de Gobierno (art. 35 LOCOJM). En este sentido, los miembros de la Sala Quinta no son autoridades militares (art. 9.4 del Código Penal Militar), ni esta Sala tiene cualquier competencia disciplinaria ni de inspección sobre los Tribunales castrenses o los Juzgados togados, ni

interviene en los procedimientos para nombrar los cargos judiciales militares. Cuando un miembro de la JM se considere inquietado o perturbado en su independencia, puede pedir el amparo del Consejo General del Poder Judicial, pero a través de dicha Sala de Gobierno (art. 9 LOCOJM). La Sala Quinta depende orgánicamente de dicho Consejo General y del presidente del Tribunal Supremo y de su Sala de Gobierno. Y el estatuto de sus miembros es el previsto en la LOPJ para jueces y magistrados con carácter general y el específico de los magistrados del Alto Tribunal.

4. La función que cumple es, ante todo la de verificar en la última instancia jurisdiccional la correcta aplicación que del derecho militar sancionador, penal y disciplinario, realizan en la instancia los Tribunales Militares Territoriales y el Tribunal Militar Central. Y ello fundamentalmente a través del Recurso de Casación, y con la creación de la jurisprudencia formada por las decisiones adoptadas en la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, y la fuerza vinculante de la misma, determina la unidad de actuación de la JM en su conjunto.

V. SU AMBITO COMPETENCIAL REVISABLE

1. Ya se ha dicho que la subsistencia de la JM precisaba de su adaptación a los imperativos constitucionales, porque la JM preconstitucional resultaba incompatible con el nuevo Poder Judicial en el que habría de integrarse. También hemos aludido al doble contenido, declarativo e imperativo, del fundamental art. 117.5 CE. Conforme al primero se reconoce el «ejercicio» de la JM dentro de la unidad jurisdiccional y como única manifestación de las anteriores jurisdiccionales especiales. Y a tenor del segundo, la competencia quedaría constreñida a lo que se denomina «ámbito estrictamente castrense» y, asimismo, su actuación habría de producirse de acuerdo con los principios de la Constitución. De manera que las tres coordenadas a que habría de atemperarse la JM constitucionalizada serían la integración en la unidad jurisdiccional, su ámbito competencial restringido y la actuación en el marco de los principios constitucionales.

El pasado reciente de ejercicio exorbitante de la JM pesó con fuerza en los Constituyentes para reducir drásticamente su ámbito competencial, lo que se plasma definitivamente en las tres Leyes Orgánicas necesarias para el desarrollo de aquellos mandatos constitucionales, representadas por el Código Penal Militar de 1985, la Ley Procesal Militar de 1989 y, sobre todo, la Ley Jurisdiccional de 1987 en que, en mi opinión, se contiene la garantía institucional de la nueva JM.

Tan estrecho cauce competencial limita sobremanera las posibilidades de actuación de la JM y de la Sala Quinta por extensión. Vengo sosteniendo en cuanto a esta Sala que, por su posición como órgano de la Jurisdicción Ordinaria, no está tan vinculada a lo que se concibe como «ámbito estrictamente castrense», por lo que no debería existir inconveniente insalvable para ampliar sus actuales competencias en el campo de lo Contencioso-Militar más allá de lo meramente disciplinario, ya sea como órgano de instancia única o a través de los recursos extraordinarios. Y así lo entendió el Consejo General del Poder Judicial al elaborar el «Libro Blanco de la Justicia» (2001), cuyo apartado 63 proponía que de las decisiones del Consejo de Ministros en materia militar y de los Recursos extraordinarios de Casación y de Revisión conociera la Sala Quinta. Y así lo viene propugnando esta Sala a través de las Memorias del Tribunal Supremo, ininterrumpidamente desde el año 2005 en que se inició su publicación.

2. Es preciso potenciar las posibilidades jurisdiccionales de una Sala reconocidamente infrautilizada, aunque no de cualquier manera. Para el olvido queda la iniciativa legislativa del año 2005, de convertir a la Sala en órgano de refuerzo permanente de las otras cuatro Salas del Tribunal Supremo; o bien la pretensión de reducir el número de sus miembros, ambas descartadas con buen criterio.

Últimamente las turbulencias surgen desde una revisión reduccionista de la JM, reducida a la mínima expresión, con inevitables consecuencias en la también drástica disminución de los componentes de la Sala. Así se plasmó el primer Borrador de Anteproyecto de nueva LOPJ (febrero de 2013) elaborado por la Comisión institucional nombrada al efecto por el Gobierno en el año 2012, cuyo art. 3 reproducía el contenido de los arts. 3 y 9 de la vigente LOPJ de 1985, en el sentido de no reconocer a la JM otra competencia que la penal referida lógicamente a los delitos tipificados en el Código Penal Militar. Se prescindía sin explicación en la Exposición de Motivos, del Recurso Contencioso-Disciplinario Militar como algo ajeno al «ámbito estrictamente castrense», que pasaría a residenciarse en las ya dilatadas competencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de modo que las pretensiones que se dedujeran respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria en el seno de las FAS y del Cuerpo de la Guardia Civil, se ventilarían ante los órganos de la Jurisdicción Ordinaria, según el procedimiento previsto para conocer de las impugnaciones contra sanciones impuestas en otros sectores de la Función Pública, con la consiguiente repercusión sobre la disciplina esencial en la organización y funcionamiento de los Ejércitos e Institutos armados de naturaleza militar.

De acierto a medias puede calificarse la reciente rectificación introducida en una nueva versión del Borrador de Anteproyecto. Sin que tampoco se conozcan los motivos, se incorpora al art. 3 un apartado 3 según el cual «También se le podrá atribuir (a la Jurisdicción Militar) el conocimiento de los recursos contencioso-disciplinarios». No se comprende la inicial omisión ni la dubitativa rectificación, una vez que esta competencia de la JM está reconocida en la reiterada Ley 29/1998, en la LPM de 1989, en la LO 12/2007, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; en la LO. 8/1998, reguladora del Régimen Disciplinario FAS, y aún aparece desarrollada en el Proyecto de nueva Ley Disciplinaria FAS ya en trámite parlamentario.

La erradicación del Recurso Contencioso-Disciplinario Militar del ámbito de la JM relegaría a esta a una función casi anecdótica, representada por la instrucción y el enjuiciamiento penal mayormente en el seno de las FAS, porque, en lo que afecta al Cuerpo de la Guardia Civil con frecuencia, se acude a la vía disciplinaria recurriendo a la interpretación elástica de las infracciones de esta naturaleza. Si el modelo de JM constitucionalmente consolidado pasa por el mantenimiento de sus actuales competencias, el afianzamiento de la Sala Quinta, tras los primeros veinticinco años de funcionamiento, demanda la atribución de adicionales competencias propias de lo Contencioso Militar que también pueden venir referidas a lo castrense, a veces a su núcleo esencial, porque los intereses en litigio afectan, directa o indirectamente, a bienes jurídicos de naturaleza militar que es necesario preservar para que las FAS y el Instituto de la Guardia Civil estén en condiciones de cumplir las misiones que les encomienda la Constitución y las Leyes.

Ni se comprende el paso atrás que se propugna en dicho Borrador al excluir a los Tribunales Militares del Poder Judicial (arts. 1.1 y 2 y art. 2), lo que contradice la unidad jurisdiccional proclamada en el art. 117.5 de la CE y lo que se establece en el art. 1 LOCOJM sobre integración de la JM en el Poder Judicial (Vid., en el mismo sentido excluyente, el art. 77.1 del Borrador que desconoce la existencia a estos efectos del orden jurisdiccional militar).

VI. ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

En este apartado me propongo ofrecer una muestra sucinta de la jurisprudencia más relevante, sentada por la Sala a través de la decisión de los recursos que le incumben en las materias penal y contencioso-disciplina-

ria. El denominador común de las resoluciones es, obviamente, la realización del valor primordial de la justicia mediante la aplicación del derecho interpretado por un Tribunal de Casación que, en ocasiones, se ve precisado a colmar las inevitables lagunas que presenta el ordenamiento jurídico haciendo uso de aquella interpretación integradora. El punto de referencia viene siendo, en todo caso, la protección de los derechos fundamentales y el sistema de libertades públicas que la Constitución proclama, con estricta observancia del conjunto de garantías constitucionalizadas, de manera que la tutela judicial que promete la Norma Fundamental sea una realidad efectiva sin rastro de indefensión, también en esta parte de la realidad social que se identifica con el «ámbito estrictamente castrense», en que no existen otras restricciones en el disfrute de los derechos esenciales que no se justifiquen por los fines legítimos que cumple la institución militar y en la medida imprescindible que ello resulte imprescindible.

La actuación, tanto de la Sala Quinta como del conjunto de los órganos que conforman la JM constitucionalizada, ha dado lugar a un régimen de tutela judicial cuya alta calificación creo que debe ser resaltada. No es menor que la dispensada por la Jurisdicción Ordinaria y aún existen datos objetivos a favor de la JM tales como: a) acceso al Tribunal Supremo de todas las Sentencias, dictadas en materia penal por los Tribunales militares de instancia; b) lo mismo en materia Contencioso-Disciplinaria, cualquiera que sea la entidad de la infracción cometida y de la sanción impuesta; c) gratuidad de la Administración de la Justicia en este ámbito; y d) celeridad en la respuesta judicial, como demuestra lo anecdótico que resulta la invocación de dilaciones indebidas en los procedimientos penales militares.

Con las limitaciones que se derivan de un trabajo de esta clase, a continuación voy a mencionar solo una pequeña parte de la doctrina acuñada por la Sala que considero de interés.

A. EN EL ORDEN PENAL

1.- A propósito del *delito de Abuso de autoridad*, del art. 104 al Código Penal Militar, la Sala destacó desde fecha temprana la pluralidad de bienes jurídicos objeto de protección en el tipo penal; en concreto la integridad física del sujeto pasivo (art. 15 de la CE), su dignidad personal (art. 10.1 de la CE) y la esencial disciplina. A la erradicación de los malos tratos ha contribuido la jurisprudencia invariable desde la Sentencia 04.04.1990, en el sentido de condenar «toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con

o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas».

La prohibición terminante de los malos tratos de obra se complementa con otras declaraciones jurisprudenciales, en el sentido de rechazar que el art. 137 del Código Penal Militar permita el empleo de vías de hecho que la ley no autoriza para restablecer la disciplina, al margen de lo dispuesto en la normativa penal y disciplinaria (Sentencia 28.02.2013).

2. En parecidos términos rigurosos se ha pronunciado la Sala sobre *el mismo delito en su variante de trato degradante* (art. 106), entendido como «comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior despreciando el fundamental valor de su dignidad personal» (Sentencia 23.03.1993 y más recientemente 13.03.2012 en que se apreció continuidad delictiva por afectación reiterada a la libertad sexual).

3. En los casos de *Sentencias dictadas por conformidad del acusado*, en consideración a las consecuencias que se siguen de la condena, se ha exigido la constancia de cumplida información previa por parte del Tribunal en cuanto a los efectos penales y también administrativos (en concreto la resolución del compromiso con las FAS) (Sentencia 12.03.2009).

4. Sin perjuicio del *principio de gratuidad* proclamado en el art. 10 LOCOJM, la Sala excepcionalmente admite la imposición de las costas procesales devengadas por la acusación particular, en los casos en que se aprecie relevancia en su actuación en la causa (Sentencias 18.11.2005 y 06.03.2006).

5. Excepcionalmente también se ha estimado la concurrencia de la *eximente de miedo insuperable* en delito de Abandono de destino, «a causa de la hostilidad fuerte e insoportable que (el acusado) recibió de sus compañeros de Unidad» (S 30.01.2009).

6. Insiste la Sala en el *deber de motivación* de las resoluciones judiciales como contenido imprescindible de la tutela judicial. El deber de motivar se extiende a los fundamentos fácticos de convicción, a la subsunción del hecho en la norma aplicada y a la proporcionalidad e individualización de la pena que se imponga. La motivación aún debe ser reforzada en los casos de imposición de pena privativa de libertad (Sentencia 27.01.2009).

7. Mención aparte debe hacerse de las resoluciones recaídas en *Recursos extraordinarios de Revisión* encaminados a obtener la nulidad de las Sentencias condenatorias dictadas por Consejos de Guerra por hechos ocurridos durante la Guerra Civil o en tiempo inmediatamente anterior, o bien con posterioridad en el ejercicio de competencias exorbitantes atribuidas

a la JM, preconstitucional. No puede negarse la precariedad de garantías de que estuvieron rodeadas tanto la instrucción como el enjuiciamiento de estas causas, en las que con frecuencia se impuso pena capital ejecutada. Incluso en el caso tratado en la Sentencia 30.01.1990 sucedía que el Tribunal estuvo defectuosamente constituido porque el vocal ponente ni siquiera reunía la condición de licenciado en Derecho. Con las miras puestas en la prevalencia del valor justicia sobre el principio de seguridad jurídica, en cada caso se extremaron las posibilidades probatorias previstas en la primera fase de autorización del recurso, sin que en ninguno de ellos «se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas» (art. 328.6 de la LPM habitualmente invocado). En una sola ocasión prosperó la pretensión revisoria y ello fue por razón de doble enjuiciamiento de la misma persona por los mismos hechos con resultado contradictorio (art. 328.5 de la LPM, Sentencia 19.02.2007).

La frecuente invocación de la CE con el conjunto de garantías instrumentales para la efectividad del derecho de defensa que se recogen en el art. 24 y su aplicación retroactiva respecto de hechos ya sentenciados con efectos de cosa juzgada no constituía, a criterio de la Sala, argumento válido para la anulación de procesos resueltos en aplicación de la normativa vigente a la sazón, sobre cuyo déficit garantista no es preciso insistir, reiterándose que en ninguna de la pretendidas revisiones pudo acreditarse el «hecho nuevo» acreditativo del error del Tribunal sentenciador, que está en la base de cualquier recurso extraordinario de esta clase.

Con este motivo quedó de manifiesto la disparidad de criterios en el seno de la Sala, habitualmente reunida en Pleno jurisdiccional por la importancia de los asuntos a dilucidar, exteriorizadas en cada ocasión con la formulación de votos particulares discrepantes, que se emitieron incluso respecto del único caso estimado, y en otro en que fue inadmitido por falta de objeto, en que se pretendía revisar lo que no era Sentencia, sino vía de hecho documentada (Auto 09.07.2007).

La última página a propósito de este Recurso extraordinario se ha escrito en aplicación de lo dispuesto en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como «Ley de Memoria Histórica», que contiene una declaración general de ilegitimidad de las resoluciones dictadas por los Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa (arts. 2.1 y 3.2), determinante de la carencia actual de vigencia jurídica de sus resoluciones recaídas en el enjuiciamiento de conductas de esta clase.

8. Polémica ha sido la *interpretación del sentido y alcance actual art. 7 bis del Código Penal Militar* introducido por la Disposición Adicional

cuarta de la LO 12/2007, referido a la aplicación de dicho texto punitivo a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, pero redactado en unos términos farragosos precisados de aclaración, que la Sala realizó desde su primera Sentencia, también del Pleno jurisdiccional (de fecha 16.04.2009), en el sentido de ser aplicable dicho Código como regla general a los miembros de este Cuerpo por su condición militar, a salvo los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del precepto, esto es, «en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones militares, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares».

La duda surgida en torno a la excepción aplicativa del Código por las acciones u omisiones en que se incurriera en la realización de los actos propios de lo que se conoce como «funciones policiales» quedó resuelta en el sentido de que los hechos excluidos han de producirse en la realización por el sujeto activo de un servicio de esa clase y, además, se trate de «actos propios» del mismo, es decir, que guarden relación con lo que constituye su prestación ordinaria, porque si el hecho resulta ser ajeno al servicio en el sentido de no formar parte del mismo, ni siquiera como extralimitación o exceso funcional, entonces no puede sostenerse que se esté ante «actos propios del servicio». Dicho de otro modo, cuando la acción u omisión punible lesione o ponga en peligro un bien jurídico de naturaleza militar, distinto del servicio policial que preste el sujeto activo, en tal caso el hecho dejaría de estar amparado por dicha exclusión (Sentencia 27.05.2009).

La anterior doctrina se expresa en reiteradas sentencias coincidentes de la Sala, que también cuenta con votos particulares discrepantes, y esta jurisprudencia ha sido acogida repetidamente por la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción (últimamente, Sentencia 28.06.2010).

9. La legalidad penal, representada por el Código Penal Militar y en particular por la cláusula de salvaguarda de su art. 5, se opone a la *sustitución de penas* en el ámbito castrense. En la Sentencia, del Pleno 28.10.2003, se estimó el Recurso de la Fiscalía Togada frente a la decisión del Tribunal de instancia de sustituir la pena de prisión por la atípica de multa.

10. En aplicación de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala viene declarando (últimamente, en Sentencia 20.12.2013) la *inviabilidad de sustituir en Casación las sentencias absolutorias de instancia por otras en sentido condenatorio*, cuando la absolución se hubiera fundado en pruebas de naturaleza personal cuya valoración depende de la intermediación por lo que excede del control casacional. Sin embargo la nueva condena puede producirse tras la revaloración de prueba documental, habitualmente con modificación del relato fáctico

probatorio y, en mayor medida, por discrepancia en la corrección del juicio subsuntivo.

Injusto sería concluir este apartado sin dejar constancia del alto nivel jurídico, y de sensibilidad humana también, que se advierte en la actuación de la Fiscalía Togada en los asuntos penales en que interviene como parte necesaria. Más allá de la debida defensa de la legalidad y del interés general que le corresponde, debe resaltarse la rigurosa y atinada fundamentación sustantiva y procesal que están presentes en cuantas intervenciones, escritas y también orales, se producen ante la Sala que pondera en lo que vale su inestimable contribución al servicio de la justicia, no solo en el orden penal, sino también en el contencioso disciplinario en que asimismo es parte necesaria cuando se trata del Recurso Preferente y Sumario. La valiosa intervención del Ministerio Público Militar en estos casos pudiera extenderse a los Recursos ordinarios en que se haga invocación de haberse afectado algún derecho fundamental.

B. EN EL ORDEN CONTENCIOSO – DISCIPLINARIO

1. A raíz de la STEDH de fecha 02.11.2006 «caso Dacosta Silva c. España», que erradicó la sanción de arresto en el ámbito de la Guardia Civil se cuestionó la vigencia de *los arrestos disciplinarios también en el ámbito de las FAS*. La Sala, en Sentencia 06.02.2008 declaró la vigencia de la reserva española a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de la actual Ley Disciplinaria 8/1998.

2. Con la incorporación del instituto de la **caducidad** dentro del régimen disciplinario de la Guardia Civil (art. 65.1 de la LO 12/2007), ha surgido un cúmulo de dudas que la Sala ha tratado de resolver mediante la celebración de un Pleno doctrinal (de fecha 19.10.2010), al que han seguido diversos pronunciamientos jurisprudenciales del siguiente tenor:

a) La caducidad también opera en las faltas leves, a pesar del silencio del legislador en cuanto a este extremo (S 20.12.2010).

b) El cómputo de la fecha inicial comienza al siguiente día de la orden de proceder, estándose a lo dispuesto en el art. 43.2 de la LO 12/2007 (Sentencia 19.03.20013).

c) La suspensión del plazo semestral solo puede acordarla, en principio, el director general de la Guardia Civil (art. 65.2 de la LO 12/2007), si bien el mismo efecto se produce en los casos en que el instructor del expediente haga uso motivado de lo previsto en el art. 43.4 sobre suspensión del cómputo de plazos (Sentencia 22.01.2013).

d) Sobre la validez de las actuaciones practicadas en el expediente caducado para que surtan efecto en el posterior que pueda incoarse, se pronuncia la Sentencia 19.07.2013.

3. A propósito de la falta disciplinaria muy grave consistente en *la previa condena penal* (art. 7.13 de la LO 12/2007), la Sala ha declarado que en dicho tipo disciplinario se incluyen tanto los delitos dolosos como los imprudentes (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28.02.2012) y, asimismo, dentro del concepto «administrados» de la falta grave homóloga del art. 8.29 se incluye a las personas jurídicas (Sentencia 19.07.2012).

Con anterioridad, la Sentencia 10.06.2009, ya se declaró que la condena penal también puede proceder de un Tribunal extranjero.

4. La *habitualidad en el consumo de drogas*, tipificada en el art. 17.3 de la LO 8/1998, también ha dado lugar a abundante jurisprudencia, sobre todo en relación con la observancia de las garantías del procedimiento previsto para la toma y análisis de muestras así como sobre la notificación de los resultados, según lo establecido en la Instrucción Técnica 1/2005, de 18 de febrero, dictada por la Inspección General de Sanidad de la Defensa en desarrollo del Plan General de Prevención de Drogas en las FAS, de 1 de agosto de 2000 (sobre la vigente Instrucción de 10 de febrero de 2012 la Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse).

Para unificar criterios, la Sala celebró Pleno no jurisdiccional el 20.03.2012 llegando a la conclusión de que el acto notificador del resultado debía contener todos los requisitos que dicha Instrucción prevé en sus apartados decimoquinto y decimosexto, si bien que con carácter esencial se instruirá al interesado de su derecho a solicitar contraanálisis, así como que en dicho acto puede estar presente él mismo o la persona en quien delegue, pudiendo designar al efecto un especialista, si bien que la quiebra del fundamental derecho de defensa solo tiene lugar con la omisión de lo concerniente a la práctica de contraanálisis (vid. Sentencia 17.01.2014).

La falta de información en cuanto al plazo para la solicitud no ha de perjudicar al interesado, que pueda formularla dentro del tiempo en que existe la obligación de conservar las muestras (Sentencias 01.02.2012).

5. En materia de infracción de las normas sobre *incompatibilidades* (art. 7.18 de la LO 12/2007), se considera ejercicio de actividad mercantil necesitada de autorización compatibilizadora el figurar como administrador o apoderado de una sociedad mientras esta tenga actividad (Sentencias 14.09.2009 y 18.03.2010). Estas últimas Sentencias se refieren a la administración del patrimonio personal y familiar, como actividad excluida de dicho régimen, cuando se realizan actos de mera conservación o mantenimiento del mismo y lo contrario cuando la actividad tiene por objeto

su explotación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa o negocio de que se trate.

En todo caso se consideran actividades no compatibles las que guardan relación con las funciones propias del cargo (Sentencia 21.03.2012).

6. *La información reservada* no es un expediente sancionador por lo que, en principio, no le son aplicables las garantías de estos procedimientos. No obstante lo cual, la audiencia de quien razonablemente aparezca como posible responsable debe producirse con instrucción de su derecho a guardar silencio, siendo nula la declaración que llegara a prestarse de otro modo. Las actuaciones practicadas en una información reservada deben incorporarse formalmente al expediente disciplinario (Sentencias 06.11.2000 y 05.03.2013).

7. Los *tipos disciplinarios en blanco*, han de integrarse con referencia a la normativa reguladora del deber que se considere infringido. Solo se excluye el caso en que la obligación tenga carácter de elemental o esencial dentro de la relación jurídica militar y, por tanto, de conocimiento inexcusable (Sentencias 24.09.2004 y 12.03.2013).

8. *La motivación* exigible en la resolución sancionadora y en mayor medida al Tribunal de instancia, cuya sentencia es el único objeto del Recurso de Casación, debe ser reforzada cuando se impongan sanciones privativas de libertad o bien de especial entidad, como sucede con la separación del servicio (Sentencia 07.05.2008 y 06.07.2010).

9. De la *neutralidad política* de los miembros de las FAS (art. 7.31 de la LO 8/1998) se ocupó la Sentencia 17.07.2006, dictada en Recurso directo preferente y sumario, interpuesto por Oficial General frente a sanción por falta leve impuesta por el ministro de Defensa. Al confirmar la Sala el reproche disciplinario, recuerda la prohibición que afecta a los militares en cuanto a implicarse públicamente en cualquier debate político, posicionándose y tomando partido por alguna opción de esta clase. «El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas, si fuera necesario». Se recuerda también que la misión que a las FAS encomienda el art. 8.1 de la CE, en cuanto a defender la integridad territorial de España, no constituye una potestad de decisión autónoma a ejercitar por los militares, sino que es al Gobierno de la Nación al que corresponde dirigir la Administración militar y la Defensa del Estado (art. 97 de la CE).

10. El *procedimiento oral* creado para la corrección de las faltas disciplinarias de carácter leve, subsistente ya solo en el ámbito de las FAS (arts. 49-50 de la LO 8/1998), ha merecido la atención de la Sala por las frecuentes impugnaciones jurisdiccionales a que se da lugar con motivo de lo expeditivo de la respuesta disciplinaria y la ausencia de expediente escrito. La jurisprudencia de la Sala tiene declarado que se trata de un procedimiento aligerado de trámites, pero no exento de las garantías esenciales, debiendo observarse por los mandos sancionadores las mismas *mutatis mutandis* que están previstas para los procedimientos ordinarios, sin riesgo de padecer indefensión constitucionalmente proscrita (Sentencia 17.07.2006 y 24.07.2006). El centro del procedimiento oral se sitúa en la audiencia del encartado, precedida de la instrucción de derechos de los que no forma parte necesaria la asistencia letrada, si bien que la intervención de abogado es admisible cuando ello fuera compatible con la celeridad del procedimiento. A las alegaciones de descargo puede añadirse la aportación de documento o justificantes en el mismo sentido, incluso la proposición de prueba necesaria para la defensa, cuya práctica pueda efectuarse sin demora que perjudique el rápido desenlace del procedimiento. La verificación de los hechos no tiene carácter solo formulario, sino que constituye una exigencia de cuyo cumplimiento debe quedar constancia en la resolución, al expresar quien sanciona en qué haya consistido la comprobación fáctica. De la resolución también forma parte la individualización de la sanción «ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor» (art. 50.1) (Sentencias 27.01.2006; 25.05.2007; 28.01.2009; 27.09.2013; y, últimamente, 31.01.2014).

11. Sobre la *legitimidad de los Tribunales Militares integrados por un vocal no togado* (de armas), se pronunció la Sentencia de la Sala 20.10.2009 en la que se declara, que «la presencia de los vocales no jurídicos solo sería cuestionable desde la perspectiva de las garantías de independencia e imparcialidad, y demás del art. 24 de la CE, en la medida en que la vinculación profesional de estos vocales pudiere afectar a la independencia e imparcialidad consustanciales a la función jurisdiccional».

Se rechazó el recurso por cuanto que los vocales no jurídicos no son designados por los mandos militares (que es la situación contemplada en la STEDH 24.10.2006, «caso Martín c. el Reino Unido»), sino mediante insaculación practicada por el propio Tribunal de entre una lista de oficiales y oficiales generales o asimilados, elaborada al efecto con carácter anual, concluyendo en el caso su esporádica actuación jurisdiccional. La composición mixta de los Tribunales militares forma parte del margen de libertad de que goza el legislador al regular la organización de la Jurisdicción Militar.

VII. A MODO DE EPILOGO

Las reflexiones que anteceden proceden, sobre todo, de la experiencia adquirida en el desempeño de la función jurisdiccional en la Sala más joven del Tribunal Supremo de España. Quiero creer que la Sala Quinta de lo Militar viene colmando las expectativas que su creación suscitó y que, en todo caso, su jurisprudencia contribuye a la vertebración de esa parte de la realidad social que se denomina ámbito castrense. Si ello fuera así y este Tribunal puede considerarse ya consolidado, el siguiente paso sería dotarle de mayores competencias como ha quedado expuesto.

Termino con el expreso reconocimiento de la labor realizada por los dignos magistrados que «sirvieron» en esta Sala con anterioridad, quienes sentaron las bases de una sólida jurisprudencia todavía vigente.

Y con la dedicatoria a la memoria del magistrado excelentísimo señor don José Francisco de Querol Lombardero, asesinado por la sinrazón terrorista en el año 2000, en unión de otras tres personas también sacrificadas.