

# LA PROTECCION DE LAS LIBERTADES PUBLICAS DEL MILITAR

POR

JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA

Letrado de las Cortes y profesor de Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS: 1. *Introducción.* 2. *Los dos tipos básicos de garantía.*—II. LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LAS GARANTÍAS EN LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS F.A.S.: 1. *Introducción. La disciplina como fundamento de la especialidad.* 2. *Los principios que en todo caso deben respetarse.* 3. *Objeto de nuestro estudio.* 4. *Las medidas de protección.* 4.1. La garantía del principio de legalidad y reserva de ley: 4.1.1. La reserva legal. 4.1.2. El principio de legalidad en el Derecho Penal y Disciplinario. 4.1.3. La reserva legal, garantía de la libertad personal: 4.2. Las garantías jurisdiccionales: 4.2.1. El principio del juez legal: 4.2.1.1. Las excepciones: la jurisdicción militar. 4.2.2. Los derechos y garantías del proceso debido. 4.3. El sometimiento al control jurisdiccional de los actos de la Administración Militar. 4.4. Las garantías específicas: la aplicación del *habeas corpus*. 4.5. El procedimiento sumario y el recurso de amparo. 5. *La protección internacional.* 6. *La suspensión de las medidas de protección.*—III. EL DERECHO DE PETICIÓN: 1. *Introducción: deslinde de este derecho en relación con otras reclamaciones.* 2. *El derecho de petición de los miembros de las F.A.S.*—IV. EL DEFENSOR DEL PUEBLO: 1. *Introducción.* 2. *El Defensor del Pueblo y la Administración Militar.*

## I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. *Introducción*

Desde que la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1796, plasmó de manera clara la necesidad de que los derechos fueran garantizados, el concepto de garantía, de medios de protección, para la efectividad del derecho, es esencial, de tal modo que los derechos sin protección no existen en la práctica. Esta es la idea que se refleja en el artículo 16 de la declaración citada: sin reconocimiento escrito de los derechos, sin separación de poderes, no puede haber efectividad de los derechos. Ley y control de los poderes son las garantías generales y básicas de los derechos fundamentales. Reconociendo esta realidad, la doctrina francesa contemporánea ha institucionalizado esta forma de entender las garantías de los derechos y, así, RIVERO ha podido decir que

el ejercicio efectivo de la libertad no exige sólo el establecimiento de su contenido, sino sobre todo su protección mediante garantías organizadas. COLLIARD, otro conocido tratadista de la doctrina francesa, basa el análisis de las libertades públicas en la Constitución y en la ley, pero también en las garantías jurisdiccionales (1).

## 2. *Los dos tipos básicos de garantías*

No vamos a detenernos aquí en una clasificación de las garantías.

Para algunos autores, como el profesor PECES-BARBA, existen unas garantías generales y unas garantías específicas (2). Estas últimas son las que interesan a los efectos de este análisis. La doctrina francesa distingue entre recursos organizados y recursos no organizados. Entre los primeros se encuentran los recursos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales, estos últimos referidos, sobre todo, al derecho de petición y al defensor del pueblo.

Para nosotros, partiendo de una concepción racional normativa de constitución, las dos garantías básicas son el reconocimiento constitucional del derecho y la reserva de ley establecida en la parte dogmática de la Constitución, y la garantía orgánica que, basándose en el principio de separación de poderes, dará lugar a una organización judicial capaz de garantizar los derechos frente al propio Estado.

La jurisdicción, el poder judicial, un determinado tipo de poder judicial inspirado en unos principios específicos, será la garantía básica de los derechos fundamentales.

Regulación constitucional, reserva de ley y poder judicial son las garantías básicas de los derechos fundamentales. No obstante, la supremacía de la Constitución, como importante creación del constitucionalismo norteamericano, y la judicial *review* van a generalizar una nueva garantía que se concretará en el recurso de inconstitucionalidad y en el recurso de amparo.

La Constitución española de 1978 reconoce, en el capítulo cuarto del título I, las garantías de los derechos. Regula el artículo 53 la reserva constitucional del derecho, la reserva de ley y la garantía de esta reserva a través del recurso de inconstitucionalidad.

---

(1) J. RIVERO: *Les libertés publiques*, P.U.F., París, 1973; COLLIARD, *Les libertés publiques*, Dalloz, 1975.

(2) G. PECES-BARBA: *Derechos fundamentales*, Madrid, 1976.

Prevé también la Constitución el derecho a la jurisdicción (art. 24) y el sometimiento de los actos de la Administración al control de Tribunales (art. 106).

Establece un recurso sumario para la protección de los derechos fundamentales y prevé un recurso de amparo.

Reconoce también la Constitución la institución del defensor del pueblo.

El objeto de este trabajo no es el análisis del contenido de los derechos que afectan a los miembros de las F. A. S., sino estudiar los medios de protección o garantías. Centraremos nuestro análisis en las que consideremos garantías típicas, las esenciales de reserva de ley y poder judicial. Nos referiremos, por último, a otros tipos de garantías, como el derecho de petición, y el defensor del pueblo, que pueden ser considerados como garantías difusas, menos formales, si bien no carentes de importancia.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS F. A. S.

### 1. *Introducción: la disciplina como fundamento de la especialidad*

Las garantías de los derechos del militar son las mismas que las garantías de los derechos de los ciudadanos en general. No obstante, tales garantías tienen características especiales, por razón de la pertenencia del militar a una organización, las Fuerzas Armadas, que fundamenta un tipo de normas jurídicas especiales, que se distinguen, como ha dicho VERRI, por la importancia que en ellas tiene la disciplina militar, regla que da vida a una sociedad de connotaciones particulares, fuertemente jerarquizada, en la cual el punto de equilibrio entre libertad y autoridad aparece fuertemente inclinado del lado de la autoridad, una regla de conducta que establece un complejo de deberes directamente derivados de las funciones (defensa de la independencia y de la integridad nacional de las instituciones y del orden público) atribuidas a las Fuerzas Armadas. Esta regla de la disciplina comprende también un sistema de sanciones destinadas a asegurar, en el caso de incumplimiento, la observancia de los deberes. Mas no sólo se caracteriza este ordenamiento por la imposición de una serie de deberes, sino por el esta-

blecimiento de limitaciones y suspensiones en el ejercicio de algunas libertades fundamentales (3).

Estas limitaciones de derechos y las imposiciones de ciertos deberes especiales se fundamentan, según la doctrina, en relaciones de sometimiento especial por las cuales el hombre de uniforme ha renunciado a ejercer algunos de los derechos del hombre, o ha aceptado de antemano la limitación de sus derechos como consecuencia de la pertenencia a una organización especial.

El fundamento último de estas relaciones de sometimiento especial se encuentra, por tanto, en la disciplina, pues «la historia de todos los tiempos y de todas las naciones prueba que en la disciplina más que en el número está la fuerza de la institución militar» (4).

Las relaciones de sometimiento especial basadas en la disciplina dan origen a «una organización jerárquica rigurosa en la que las posiciones respectivas de autoridad y de subordinación estén muy protegidas en todos los grados de la jerarquía y en todos los momentos de la actividad de sus miembros» (5).

Sin embargo, esta especialidad de los derechos del militar no llega, no debe llegar, a constituir un conjunto de normas autónomas y contrapuestas al ordenamiento del Estado, pues, como dice BACHALET, las limitaciones de la libertad del militar no se sustraen al principio de legalidad, porque el ordenamiento militar es una parte del ordenamiento estatal y las especialidades de aquél deben de estar expresamente reconocidas por el ordenamiento estatal.

## 2. *Los principios que en todo caso deben respetarse*

La organización militar y su ordenamiento tienen especialidades, pero éstas no deben vulnerar los principios de la Constitución. Esta idea, reconocida en el artículo 8.2 de nuestra norma fundamental, refleja la expuesta en el último párrafo del epígrafe anterior: no contraposición del ordenamiento militar al ordenamiento del Estado.

En efecto, al ordenamiento militar son aplicables los principios y valores reconocidos a lo largo de todo el texto constitucional, pero

---

(3) VERRI: *Militari e diritti de l'uomo*, RD. PM, 1976.

(4) VERRI: *op. cit.*

(5) LANDI: «Action penale et action disciplinaire», *Atti. del I Congresso della Società Internazionale de Droit Penal Militaire et Droit de la guerra*, Estrasburgo, 1960.

muy especialmente en el título preliminar y en el título I (Estado de Derecho, democracia, justicia, libertad, igualdad, pluralismo político, dignidad de la persona, etc.). De todos estos principios, no todos tienen la misma concreción, pero son la base del ordenamiento constitucional que las Fuerzas Armadas deben defender y, por tanto, deben someterse a ellos. Como dice VERRI al respecto, en los países en los que la democracia constituye la esencia de las instituciones públicas, también las Fuerzas Armadas están sometidas a normas positivas, las cuales se preocupan de que la disciplina militar, por muy severa que sea, garantice el respeto a la dignidad de la persona y de que el ordenamiento militar esté inspirado en ese espíritu democrático que invade todo el ordenamiento estatal, estableciendo los límites mediante ley (6).

De esta primera idea deriva una importante consecuencia para nuestro análisis, y es que la protección de los derechos del militar estará basada en los dos principales medios de protección general: la Ley y el juez, y que las especialidades en la protección, las limitaciones a estos medios de garantía generales deberán estar establecidos o permitidos por la Constitución y, en este último caso, tal permiso deberá remitirse a una Ley, como luego veremos.

Esta misma idea de respeto a los principios de la Constitución es la recogida por O. TRIFFTERER cuando, al sintetizar las tendencias fundamentales en las reglamentaciones para las restricciones especiales de los derechos y libertades de los militares, señala que estas restricciones deben de fundamentarse en un fin que sirva a los intereses de la comunidad, que sea necesario y proporcional y que respete, en todo caso, los valores consagrados en la Constitución en cuestión (7).

Nos toca analizar las especialidades de las garantías. Está claro, sin embargo, que el campo de las garantías de los derechos nos lleva mucho más lejos de lo que en un principio podría parecer, puesto que nos hace entrar en el análisis del contenido esencial del derecho de libertad personal, toda vez que aquél está compuesto fundamentalmente por su protección, especialmente la judicial, e igualmente nos lleva a analizar los medios de protección jurisdiccional de otros derechos (objeción de conciencia e intimidad).

---

(6) VERRI: *op. cit.*

(7) TRIFFTERER RAPORT GÉNÉRAL: *Les droits de l'homme dans les forces Armées*, Bruselas, 1978.

### 3. *Objeto de nuestro estudio*

Centraremos nuestro análisis, primero, en el estudio de la garantía legal. En realidad, esta garantía es básica y se manifiesta en la necesidad de respetar la reserva constitucional (contenido esencial) y legal (ley orgánica) en la regulación de los derechos, a que se refiere el artículo 53.1 de nuestra Constitución. La reserva legal plantea, como veremos, una importante cuestión en derecho penal militar y, sobre todo, en el derecho disciplinario militar. Otros aspectos de la reserva de ley y del contenido de la regulación serán tocados de pasada, porque deben ser analizados en el estudio concreto de cada derecho. Junto a la reserva legal analizaremos la garantía jurisdiccional. Aquí se encuentra un importante nudo de cuestiones de trascendental importancia en el Estado de Derecho.

Con carácter general, nos encontramos con la aplicación a los derechos del militar de la garantía o garantías contenidas en el artículo 24.

De forma especial, el artículo 24 sufre una derogación expresa en la Constitución por lo que se refiere al juez legal o natural e incluso al proceso debido, si bien tales limitaciones o modificaciones han de interpretarse con carácter restrictivo.

Otra importante cuestión, también general, es el sometimiento de los actos de la Administración militar al control de los Tribunales, con las implicaciones que ello conlleva en relación con los llamados actos políticos. Vistas estas cuestiones, será preciso analizar si son aplicables a los militares los procedimientos especiales de protección establecidos para algunos derechos: ¿es aplicable la regulación de las garantías jurisdiccionales de la libertad personal, o el sistema de protección de la intimidad, o el *habeas corpus*?

Por último, será preciso analizar la aplicación a los militares del procedimiento sumario previsto en la Ley de Protección de los Derechos de 1978, así como el recurso de amparo.

Fuera del ámbito interno, tocaremos también la protección internacional de los derechos del militar.

#### 4. *Los medios de protección*

##### 4.1. *La garantía del principio de legalidad y reserva de ley*

##### 4.1.1. *La reserva legal*

El principio de reserva de ley, formulado por Otto MAYER a principios de siglo, contiene la idea de que existen materias que sólo por Ley pueden regularse. La Administración declara someterse a esta reserva, de donde deriva el principio de legalidad aplicado al derecho administrativo. Algunos autores (8) estudian separadamente la reserva de ley del principio de legalidad, por considerar que el principio de legalidad tiene un sentido más general que el principio de reserva de ley, que se refiere tan sólo a las relaciones entre ley y reglamento. Dando por supuesto este planteamiento sistemático, nosotros no podemos entrar aquí a analizar a fondo estos problemas, por otra parte básicos, y nos limitaremos a extraer las consecuencias necesarias.

Tanto el principio de legalidad como la reserva de ley, a los efectos que aquí nos interesan, pueden ser enfocados desde un punto de vista autoritario o desde un punto de vista más acorde con el Estado democrático de Derecho. En efecto, si se piensa que el principio de legalidad supone una actuación dentro de los límites de la legalidad, pero con iniciativa propia, también se mantendrá que la Administración podrá regular cuanto afecte al interés público y que, por tanto, la reserva de ley quedará reducida a aquellos derechos y libertades reservados expresamente por la Constitución. Si, por el contrario, se entiende que el principio de legalidad es una condición *sine qua non* de la actividad administrativa, se mantendrá también que, con carácter general, estará reservada a la ley toda la materia relativa a la regulación de la libertad y la propiedad.

La Constitución española pone en práctica en estas materias una teoría que se acerca, sin lugar a dudas, a la última de las expuestas. La reserva de ley, reconocida a lo largo de todo el texto constitucional, se concreta para los derechos y libertades en el artículo 53.

«Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.»

---

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1980.

Esta reserva de ley que ha de respetar el contenido esencial expresado en la Constitución viene, además, reforzada por la necesidad de una ley de superior rango cuando se trate de materia de ley orgánica, conforme al artículo 81.1 de la Constitución.

La regulación de los derechos del militar viene establecida en la Constitución, que, en unos casos, señala expresamente las modificaciones que pueden establecerse: la posibilidad de mayores sanciones de privación de libertad, la posibilidad de Tribunales de Honor (arts. 25 y 26), las limitaciones al derecho de sindicarse (art. 28), el derecho de petición (art. 29). En otros supuestos, la limitación o la diferente regulación, cuando se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, deberá regularse por ley orgánica y, cuando se trate de otros derechos, por ley; claro está que conforme al artículo 53, respetando siempre el contenido esencial del derecho, importante límite al legislador.

No entramos aquí en el análisis de las normas vigentes sobre estas materias, que deben ser objeto de estudio específico en cada derecho. Nos referiremos tan sólo a la regulación por ley que introduce modificaciones, respecto de los demás ciudadanos, de algunos derechos fundamentales. Tal es el supuesto que se contempla en los artículos 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181 y 182 de la Ley de 28 de diciembre de 1978 que contiene las Reales Ordenanzas, y que, *por no tener el carácter de ley orgánica, carece del rango suficiente para introducir modificaciones sobre la regulación general*. Con independencia del acierto de la regulación que consideramos, quizá la época en que se publicó la Ley impidió dotarla del rango adecuado.

#### 4.1.2. *El principio de legalidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario*

El principio de reserva de ley y el principio de legalidad tienen también otras facetas, las que afectan al derecho penal y al derecho sancionador o disciplinario.

El artículo 25 de la Constitución es aplicable al derecho penal y al derecho disciplinario militar.

La materia penal militar es analizada ahora desde el punto de vista de la reserva de ley; desde el punto de vista jurisdiccional será estudiada más adelante.



Como acertadamente dice VERRI (9), los poderes, prácticamente ilimitados, del comandante militar se fueron restringiendo poco a poco mientras se afianzaban los principios esenciales: la legalidad de las infracciones y sanciones y la subdivisión de la acción en acción penal y acción disciplinaria. Las infracciones disciplinarias sólo afectan al orden interno del organismo militar; los delitos, en cambio, son competencia de los jueces, porque afectan también al orden del Estado.

Se puede decir que el derecho disciplinario ha sido objeto, a partir del siglo XVII, de un proceso de juridificación progresiva tendente a excluir el arbitrio y la discrecionalidad limitada, restringiendo al máximo el poder de represión directa del comandante militar y ampliando en correspondencia la competencia del poder judicial, proceso que aún no ha terminado. En nuestro país, la última reforma del Código de Justicia Militar, que se contiene en la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, ha introducido importantes modificaciones que, sin embargo, no afectan tanto a la tipificación de los delitos militares como a aspectos jurisdiccionales, que analizaremos en otro epígrafe de este comentario.

Puede decirse que las modificaciones de la materia penal sustantiva no son trascendentales. Por lo que se refiere a la materia disciplinaria, la reforma del Código se ha abstenido de introducir modificaciones importantes, limitándose en la regulación de las faltas a ligeros retoques, dejando para la ley que prevé la Disposición Final 2.<sup>a</sup> de la Ley de reforma del C. J. M. la modificación del derecho disciplinario militar. Sin embargo, tal proyecto de ley, que contendrá el código disciplinario militar, no ha sido todavía remitido a las Cortes, quizá en espera de la anunciada nueva reforma del C. J. M., con la que la citada ley disciplinaria debería estar vinculada, no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también desde el punto de vista procesal (10).

La materia relativa al derecho disciplinario militar plantea, sin lugar a dudas, importantes cuestiones y, quizá por ello, su reforma necesita de meditación.

Por regla general, se distingue en Europa entre dos tipos de infracciones y sanciones disciplinarias. Las llamadas sanciones de

(9) *Op. cit.* Véase también Longo *Instituzione di diritto militare*, Roma, 1975.

(10) *La reforma del Código de Justicia Militar*, J. Valenciana Almoyna, Madrid, 1980, y F. FERNÁNDEZ SEGADO: «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar en el Poder Judicial», D.G.C.E., 1983.

cuerpo y las denominadas sanciones de Estado. Las primeras, las sanciones de cuerpo, vienen a corregir infracciones militares graves que afecten al servicio, a la organización militar, y que podrían equipararse en cuanto a su fundamento a los delitos, si bien presentan menor gravedad. No obstante, las sanciones de cuerpo implican sanciones morales o privativas de libertad. Las sanciones de Estado afectan a la posición jurídica del militar en el Ejército, o, por decirlo más claramente, a la situación jurídica del militar.

Esta distinción es fundamental a la hora de determinar el rango de la norma que ha de regular estas infracciones y sanciones, el procedimiento y la aplicación del principio *non bis in idem*, pues mientras en las primeras, por referirse a los delitos, la norma ha de ser una ley, incluso orgánica, en las segundas tal exigencia no sería necesaria. Lo mismo puede decirse en cuanto al procedimiento y en cuanto a la aplicación del principio *non bis in idem*.

La Disposición Final 2.<sup>a</sup> dice que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario de los Ejércitos, precepto que ha modificado la disposición del proyecto en el que ya se contienen tales principios.

Se plantea aquí la problemática referente a la previsión de una ley de principios, una ley de bases, que deberá desarrollarse de alguna forma, bien por medio de una ley, bien por medio de decretos legislativos. Ello plantea igualmente importantes cuestiones: la prohibición de delegar materias de ley orgánica (82, I de la Constitución) y posibilidad de dictar normas con rango inferior a ley para la regulación de algunas infracciones disciplinarias, que se concreten a sanciones sobre las situaciones administrativas del militar (suspensión de empleo, etc.).

#### 4.1.3. *La reserva legal como garantía de la libertad personal*

En el apartado anterior hemos considerado cómo la determinación de delitos y faltas debe hacerse por ley orgánica. Se trata de una forma de garantizar, mediante la reserva legal, la libertad personal. La Constitución prevé, además, otras formas de garantizar la libertad personal, las previstas en el artículo 17 de la Constitución. Los apartados 2 y 3 de este artículo establecen el plazo má-

ximo de la detención preventiva (setenta y dos horas) y los derechos del detenido, que con carácter general son desarrollados por el artículo 520 de la L. E. Cri.

El Código de Justicia Militar introduce algunas modificaciones en relación con lo establecido en la L. E. Cri.

Por lo que se refiere al plazo máximo de la detención, el artículo 671 del C.J.M. no establece el de setenta y dos horas. Sin embargo, tal plazo puede entenderse aplicable para la puesta a disposición del detenido ante el juez, tal y como se deduce del propio artículo 671.

El plazo para la elevación de la detención a prisión es distinto del previsto en el artículo 497 de la L. E. Cri., toda vez que en ésta es de setenta y dos horas, mientras que en el C.J.M. es de cinco días.

También es diferente la regulación de los motivos para establecer la prisión provisional prevista en los artículos 503 de la L.E.Cri. y 673 del C. J. M.

Por lo que se refiere a los derechos del detenido, el C. J. M. reconoce la posibilidad de nombrar abogado en ejercicio y defensor militar (art. 154). Pero lo más importante de este artículo es la remisión que hace a los artículos 17.2, 17.3 y 24.2 de la Constitución y, en consecuencia, la posibilidad de aplicar a los militares las leyes de desarrollo de estos artículos.

En cuanto a la incomunicación de los detenidos o presos, el C. J. M. concede una gran discrecionalidad al juez instructor para decretarla, para salvaguardar el secreto del sumario o para evitar confabulaciones de los presuntos culpables entre sí o con personas extrañas.

Por último, a la aplicación al personal militar del procedimiento especial de *habeas corpus* nos referiremos en otro epígrafe de este estudio.

#### 4.2. *Las garantías jurisdiccionales*

El derecho a la jurisdicción, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, es definido por la doctrina como aquel derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional.

Se trata de un derecho, y no sólo de la garantía de otros derechos. Nuestra Constitución, al reconocerlo en el artículo 24, lo ha transformado en un derecho que puede, a su vez, ser alegado ante los Tribunales.

No vamos a entrar aquí a analizar la naturaleza jurídica del derecho a la jurisdicción y su relación con el derecho de acción, tema que excedería del carácter específico de este trabajo. El derecho a la jurisdicción es un derecho complejo que comprende en sí mismo un haz de derechos. Y se manifiesta a través de las garantías referentes al órgano jurisdiccional y a las garantías del proceso debido. Analicemos el artículo 24.2 de la Constitución, declarado expresamente aplicable al personal militar por el C. J. M.

El artículo 24.2 dice: «asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a su proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable, y a la presunción de inocencia».

En el estudio de este precepto nos encontramos con dos cuestiones: la primera consiste en determinar si se refiere a todo tipo de procesos o solamente al proceso penal; la segunda, la distinción entre el derecho al órgano jurisdiccional y las garantías del proceso debido.

Esta problemática general es también aplicable al derecho a la jurisdicción de los miembros de las F. A. S.

Podemos decir que el derecho a la jurisdicción, como tal derecho fundamental, es una garantía general que se refiere a todo tipo de procesos, en cuanto que el ciudadano o el miembro de las F. A. S. tiene la posibilidad de acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos. El derecho comprende, por tanto, esta posibilidad de acudir a los Tribunales, pero también el derecho de ser juzgado por los Tribunales ordinarios con garantías determinadas. Por lo que se refiere al personal de las F. A. S., la base para entender el derecho a la jurisdicción afecta fundamentalmente a la garantía de acudir a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa para defenderse de la propia organización militar. También quiere decir que las garantías procesales reconocidas son aplicables a todo tipo de procesos.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, la distinción entre el derecho al órgano jurisdiccional y las garantías del proceso debido, vamos a pasar a su análisis concreto.

#### 4.2.1. *Las garantías referentes al órgano jurisdiccional*

Según el precepto constitucional, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se trata de una garantía básica que pretende conseguir la independencia y la imparcialidad de los jueces, y es un presupuesto para todas las demás garantías del poder judicial. Puede decirse que esta garantía reúne todas las previstas en el artículo 117 de la Constitución. Sin embargo, el artículo 117 de la Constitución contempla esta garantía como principio, mientras que el artículo 24 la configura como un derecho.

Significa este derecho que los procesos no serán conocidos por cualquier juez o por un juez *ad hoc*, o *ex post facto*, sino que la ley establecerá de antemano las reglas de competencia conforme a las cuales habrán de distribuirse los asuntos entre los jueces y Tribunales, prohibiendo los Tribunales de excepción, a los que expresamente se refiere el artículo 117.6. Es un derecho aplicable a todos los procesos, pero especialmente relevante en el proceso penal. La Constitución sólo permite una excepción al derecho al juez natural, la prevista precisamente en el artículo 117.5, referida a la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en el supuesto de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

##### 4.2.1.1. *Las excepciones que se refieren al principio de unidad: la jurisdicción militar*

###### a) *Introducción*

Durante un largo período histórico, el jefe militar tuvo poderes prácticamente ilimitados sobre sus propios subordinados. No obstante, las facultades punitivas del comandante militar fueron sufriendo, poco a poco, restricciones como consecuencia del cambio de las circunstancias históricas y, en especial, por la desaparición de los ejércitos mercenarios, la aparición de un Ejército nacional y el establecimiento del servicio militar obligatorio; pero, sobre todo,

por la progresiva formación del Estado de Derecho y la consiguiente sumisión de la autoridad militar al poder civil. Debido a tales circunstancias históricas, el poder del jefe militar sobre sus subordinados va restringiéndose gradualmente, mientras comienzan a afirmarse dos principios esenciales del derecho militar moderno: la legalidad de la infracción y la sanción y la subdivisión de la acción represiva entre acción penal y acción disciplinaria, que trajo como consecuencia la división entre infracción penal e infracción disciplinaria y la atribución de competencias punitivas a diferentes órganos. Mientras el jefe militar conservó las facultades disciplinarias, los Tribunales militares eran los competentes para conocer los delitos (11).

Los Tribunales militares aparecen realmente, como dice VERRI, cuando se despoja al jefe militar del ejercicio de la acción penal y se da vida a una jurisdicción privilegiada, calificada como «Justicia de los Pares», en cuanto que son los propios militares quienes juzgan a sus iguales de condición, o de «Justicia de los Jefes», porque son los superiores quienes juzgan a los subordinados.

Su justificación se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia, pero su razón de ser está en la disciplina como principio inspirador de la organización militar, pues el ordenamiento del Estado permite que el mantenimiento de la disciplina en el Ejército sea confiado a la propia organización militar, por medio de órganos propios (los Tribunales militares) (12).

En el Derecho comparado podemos encontrar, por regla general, la existencia de estos Tribunales militares, aunque con diferentes formas de organización y competencias (13).

---

(11) Véase Julián DOLL, Paul: *Analyse et Commentaire du Code de Justice Militaire*. En el examen que hace DOLL de la historia de la jurisdicción militar, dice: «Ya en la antigüedad las infracciones militares estaban atribuidas a Tribunales especiales que obedecían a reglas particulares. Pero durante mucho tiempo, a través de la historia, la separación entre el castigo disciplinario infringido por el jefe y la pena impuesta por medio de un juicio fue incierta. La separación entre el derecho a mandar y el derecho a juzgar no estaba realmente establecida.»

(12) VERRI, P.: *Militari e diritti dell'uomo*, R.D.P.M.D.G., 1976; véase JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Buenos Aires, 1950; véase también LANDI, VEURO, STELLACI y VERRI, P.: *Manuale di diritto e di procedura Penale Militare*, Giuffrè Editore, Milán, 1976.

(13) Existen muchas formas de estructuras en los Tribunales militares: en Alemania Federal, en tiempo de paz, son los Tribunales ordinarios los competentes para aplicar la Ley penal militar; en Francia y en Italia existen Tribunales militares para los delitos militares, estando atribuida la competencia a los Tribunales ordinarios para los delitos comunes cometidos por militares. En Bélgica subsiste el *privilegium*

En la actualidad, la existencia de los Tribunales militares se considera necesaria; el problema se plantea en cuanto a su organización, funcionamiento, competencia y garantías en tiempo de paz y su extensión en tiempo de guerra. Los caracteres generales del pensamiento moderno en cuanto a estos Tribunales podrían resumirse en los siguientes puntos: aceptación general de la necesidad de su existencia; diferentes formas de organización y competencia; atribución de competencia más limitada en tiempo de paz que en tiempo de guerra; distinción entre materias penales y disciplinarias: las primeras atribuidas a los Tribunales y las segundas a órganos de la Administración militar; tendencia a dotar a la punibilidad disciplinaria de garantías similares a las penales (legalidad de infracciones y sanciones, defensa, recursos, etc.); miembros de los órganos jurisdiccionales militares pertenecientes a las Fuerzas Armadas empleando el sistema de escabinado, con un procedimiento de nombramiento que garantice la independencia e imparcialidad (turno); tendencia actual a aumentar el número de los jueces técnicos (imparcialidad); garantías de procedimiento más limitadas que en la jurisdicción ordinaria, aunque también en este campo la tendencia es la equiparación a las de la jurisdicción ordinaria (publicidad, defensa, privación de libertad, etc.) (14).

b) *La jurisdicción militar en la Constitución de 1978*

La Constitución contempla jurisdicción militar desde una doble situación, según el país se encuentre en estado normal, de paz, o en estado de guerra. En efecto, cuando dice que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense se está refiriendo a las situaciones normales; la conjunción copulativa «y» que une la parte del precepto expuesta con la siguiente frase: «en los supuestos de estado de sitio», se refiere a

---

*fori*, por el cual los militares son juzgados en todo caso por los Tribunales militares, que aplican la Ley penal militar a la ordinaria, según los casos. En Inglaterra el Tribunal Militar, llamado «Martial Court», es competente para conocer de todos los delitos cometidos por militares (salvo algunos como el homicidio o los delitos contra la honestidad), pero el Tribunal ordinario es también competente para juzgar al militar por delitos no militares, si bien después de un juicio de condena o absolución emitido por los Tribunales militares.

(14) Véase GLISSEN, J.: *Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar*, «R.E.D.M.», núms. 34 y 34, 1977. Sobre Derecho comparado, véase GÓMEZ DEL CASTILLO, M.: *La extensión de la jurisdicción militar en el Derecho comparado*, «R.D.P.I.», número 23, 1975, p. 349, y la importante bibliografía recogida por este autor.

las situaciones anormales, en las que la extensión de la jurisdicción militar no estará limitada al ámbito estrictamente castrense. De aquí, como también veremos, la conexión de este artículo con el artículo 15, cuando se refiere a la aplicación de la pena de muerte en tiempos de guerra.

El precepto establece también que la ley que regule el ejercicio de la jurisdicción militar habrá de inspirarse en los principios de la Constitución, con lo que nos abre un interrogante en relación con tales principios y su aplicación a la jurisdicción militar. Encontramos así un paralelismo entre el artículo que comentamos y el artículo 8, que se refiere a las Fuerzas Armadas, cuya organización habrá de inspirarse también en los principios de la Constitución (véase comentario al artículo 8.2).

Vamos a analizar, por tanto, el precepto en su doble aspecto.

En tiempo de paz, la jurisdicción militar queda limitada al ámbito estrictamente castrense, y su ejercicio estará regulado conforme a los principios de la Constitución. En primer lugar, se emplea el término jurisdicción militar, y no el de Tribunales militares. El empleo de esta expresión, tradicional en nuestro Derecho (en la Ley Orgánica del Poder Judicial se hablaba ya de la jurisdicción de Guerra y Marina), que no parecería técnicamente correcta a algunos de nuestros procesalistas (15), podría ser la base para mantener un órgano superior e independiente de la jurisdicción ordinaria, como cúspide y cabeza de la jurisdicción militar, con el carácter que actualmente tiene el Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, el empleo de la expresión jurisdicción militar no es, por sí solo, suficiente para prohibir modificaciones en cuanto a las competencias de dicho Alto Tribunal, pues no hay que olvidar que el artículo 123 configura al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, e incluso, en la actualidad, el Código de Justicia Militar (*B. O. C.*, noviembre 1978) establece un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (16).

Los constituyentes no han querido limitar expresamente el ejercicio de la jurisdicción militar, como hizo la Constitución de 1931,

---

(15) Véase PRIETO CASTRO y otros: *Tribunales españoles, organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 150: «La jurisdicción es única...; por esto, más de una diversión de jurisdicciones se debe hablar de una diferenciación de "Tribunales".»

(16) La Constitución de la República también empleaba la expresión jurisdicción y, sin embargo, fue suprimiendo el Consejo Supremo de Guerra y Marina.



dejándola restringida a los delitos militares cometidos por militares y suprimiendo la competencia por razón del lugar y por razón de la persona responsable.

La solución constitucional es más realista y flexible. Es más realista porque de ella puede deducirse la intención, conforme a las tendencias más modernas, de restringir el ejercicio de la jurisdicción militar a sus justos límites, y éstos, *stricto sensu*, no son otros que los que comprenden aquellos hechos que afecten a la organización militar y a la disciplina como norma e idea rectora de esta organización.

Es flexible porque el ámbito estrictamente castrense tiene, incluso dentro de su restricción, un límite mínimo y un límite máximo, y la Constitución no es norma adecuada para fijar estos límites, que debe valorar la ley, dentro siempre de los principios que inspiran la Constitución, y teniendo en cuenta, como decía PÉREZ SERRANO, que abusar de la intervención de la jurisdicción militar es contrario por completo a los fines de la Institución Armada (17).

No obstante, cabe preguntarse por los criterios que han de guiar al legislador en la interpretación de la expresión «ámbito estrictamente castrense». En este sentido, puede decirse que el principio general de juez legal o natural ejerce *vis* atractiva hacia la jurisdicción ordinaria. Pero el principio rector que debe inspirar la delimitación de la competencia de la jurisdicción castrense no debe ser otro que el de la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la Defensa Nacional. Sobre esta base, y so-

(17) Véase PÉREZ SERRANO, N.: *La Constitución española*, «E.R.D.P.», 1932. Es importante fijarse en el Derecho comparado cómo el ámbito castrense se delimita de acuerdo con diferentes criterios. Así, por ejemplo, en Francia, donde se distingue entre infracciones subjetivamente militares e infracciones objetivamente militares (las que constituyen violación de un interés militar). Las segundas, aunque sean cometidas por no militares, son conocidas por la jurisdicción militar. Por otra parte, en el concepto de militar se engloban no sólo los militares *stricto sensu*, sino también los asimilados. El problema se encuentra, por tanto, en delimitar el objeto, la infracción militar y el sujeto (el militar). Como dice GÓMEZ DEL CASTILLO: op. cit., página 371, dos criterios han sido empleados para delimitar la infracción militar: de una parte, ciertas orientaciones doctrinales caracterizan la infracción militar en función de su atribución a la jurisdicción castrense; de otra, la posición doctrinal predominante caracteriza la infracción militar en razón de la tipificabilidad de su comisión fuera de la vida militar (deserción, insumisión) o de la particular gravedad que adquieran dentro de la esfera castrense (ultrajes, malos tratos a un superior). Parece indudable el mayor acierto implícito en la segunda de las posturas citadas, pues la atribución o no a la jurisdicción militar no basta para tipificarla como infracción militar. Dado, por tanto, la dificultad y los diferentes criterios que pueden emplearse para calificar una infracción como militar o común, y la diferente extensión del concepto de personal militar, es conveniente que la competencia no se delimite en la Constitución, sino en la Ley.

bre la idea del «servicio» que aquel principio lleva implícito, deberán girar los criterios tradicionales de delimitación de competencias (hechos, lugar, personas). La delimitación por razón de los hechos, o, lo que es lo mismo, por razón del delito, se llevará a cabo bien en relación con las acciones que violan normas internas de la organización militar (disciplina, servicio, etc.), bien con acciones comunes que pueden afectar a los Ejércitos. Pero mientras las primeras constituyen los típicos delitos militares y deben quedar siempre sometidas a la jurisdicción militar, la asunción de la competencia en cuanto a las segundas debe interpretarse restrictivamente y, así, deben excluirse de la jurisdicción militar los delitos de opinión. La competencia por razón del lugar no debe quedar determinada por aquellos supuestos en los que sólo éste sea el condicionante de la competencia (como cuarteles, buques y aeronaves de guerra). La atribución de competencia por razón del lugar debe delimitarse, en cambio, por razón de los hechos (v. gr., si el hecho afecta a la seguridad militar y se produce en el espacio aéreo marítimo). Por último, el criterio personal, aparte de la amplitud que pueda darse al concepto de militar, debe limitarse a delitos o faltas que, siendo comunes, afecten realmente al servicio. En otro caso deberá producirse desafuero.

Pero la Constitución exige también que la ley reguladora se inspire en sus principios. Por tanto, aparte de los generales contenidos en los títulos primero y segundo, habrán de tenerse en cuenta, en especial, las siguientes disposiciones: el principio de legalidad de los delitos, las faltas disciplinarias y las penas y sanciones (art. 25), el sistema penitenciario, las garantías del proceso (art. 24), las garantías de la libertad personal (art. 17) y el principio de independencia, imparcialidad y legalidad de los jueces (art. 117.1), y el de publicidad. Efectivamente que algunas de estas normas revestirán especialidades aplicadas a la jurisdicción militar, y que incluso la propia Constitución permite derogaciones de la regla general, como es el caso de las sanciones disciplinarias, que en el ámbito militar podrán consistir en privación de libertad (art. 25.3); pero existe la obligación constitucional de ir igualando los procedimientos y garantías del proceso ordinario al proceso militar, pues, como dice LANDI, tal equiparación constituye una tendencia consistente del Estado moderno (18).

(18) En el sistema vigente que se reforma, la prohibición de ser arbitrariamente detenido se encuentra para la jurisdicción militar en los artículos 668 y siguientes

Pasamos ahora al estudio de la segunda situación, que afecta a la competencia de la jurisdicción militar, esto es, al estado de sitio, previsto en el artículo 116 de la Constitución.

Como puede deducirse de la propia Constitución, el estado de sitio es la situación más grave de los estados anormales previstos (véase comentario al artículo 116). Tradicionalmente, en nuestro Derecho esta situación, denominada estado de guerra (ficticio), se regulaba en las leyes de orden público, y suponía (véase la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, de 28 de julio de 1933 y de 30 de julio de 1959) la imposibilidad de dominar la agitación y restablecer el orden por los medios empleados por el Gobierno.

Dos cuestiones se plantean en cuanto a esta segunda situación: la distinción entre estado de sitio y tiempo de guerra y la extensión de la jurisdicción militar en estas situaciones.

En primer lugar, se puede decir, con carácter general, que mientras la jurisdicción militar en tiempo de paz debe quedar reducida a sus justos límites, si bien dentro de un mínimo y un máximo, en tiempo de guerra la extensión de la jurisdicción militar debe guiarse por criterios de conveniencia política. Se tratará en estas situaciones de guerra de saber si la ley puede, de antemano, prever tal conveniencia y dentro de qué límites, pues en ellas la oportunidad política, más que la ley, debe guiar la actuación de los gobernantes conforme al principio *inter arma silent leges*.

Pero volviendo a la distinción entre estado de sitio y tiempo de guerra, desde un punto de vista teórico, podríamos decir, siguiendo a GARCÍA-PELAYO, que el estado de sitio o el estado de guerra es una situación prevista por la ley, con carácter preventivo, partiendo de la *ficción* de considerar una situación anormal como si fuera una situación de guerra o de plaza asediada, caracterizada por un

---

del C. J. M., pero el plazo para elevar la detención a prisión es de cinco días; con respecto a la publicidad de los debates en el procedimiento ordinario, se sigue un sistema parecido al común: una fase de instrucción secreta (sumario) y otra de acusación pública (plenario). En esta segunda fase la publicidad es sólo para las partes hasta llegar a la vista en Consejo de Guerra en que hay publicidad general; la independencia de los Tribunales militares resulta del sistema de nombramientos, siguiendo un turno riguroso, de manera que no puede de antemano el mando nombrar a personas determinadas para la causa de que se trate. En cambio, los jueces instructores dependen de la autoridad judicial. La imparcialidad de los Tribunales militares resulta también de su vinculación a la Ley. Según RODRÍGUEZ DEvesa, «las garantías de los derechos individuales en el Derecho procesal español, R.D.P.M.D.G., III-2, Bruselas, 1964; el informe de las Facultades de Derecho de Valladolid y Valencia, que proponían mayores garantías para el proceso penal de la ley común, podían, en su generalidad, hacerse extensivas a la jurisdicción militar».

reforzamiento del poder ejecutivo consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces atribuidas a la civil (19).

Tiempo de guerra, para JIMÉNEZ DE ASÚA, es aquel en que el país se encuentra en guerra con otra potencia, es decir, cuando existe un conflicto internacional; es, por tanto, una situación real y no ficticia, como la anterior.

No obstante estas diferencias teóricas, ambas situaciones son en la realidad difíciles de distinguir. Esta confusión de situaciones entre la previsión máxima posible de la ley (estado de sitio) y la guerra real tiene, hoy día, unos confines más difusos debido a que las guerras no se declaran formalmente.

La única distinción posible es la que cabe en el límite mínimo del estado de sitio, pues esta situación, una vez declarada, y si por medio de ella no se llega a la pacificación, puede llegar a confundirse con una situación real de guerra, bien interna, bien internacional, y, llegado este caso, «todo el derecho se pone en la punta de la espada y es lógico que en tales condiciones y ante el pavoroso problema de la destrucción del propio país por el enemigo su brazo armado apreste un mecanismo judicial para coadyuvar a la victoria de las armas ... ese mecanismo tiene que actuar con la necesaria dureza, pues los derechos individuales han quedado reducidos al fondo de la escena en espera de que la guerra termine, para reaparecer, si se consiguió la victoria, o desaparecer definitivamente destruidos por el enemigo triunfante» (20).

En cuanto al segundo problema, el de la extensión de la jurisdicción militar, es preciso analizar si ésta puede, conforme a la Constitución, extender su competencia más allá de los límites que le estén marcados en tiempo de paz.

A mi entender, la Constitución misma no sólo no prohíbe expresamente su extensión, sino que podría pensarse que implícitamente da pie para ello. Un argumento lógico nos hace pensar así, pues la referencia a la limitación al ámbito estrictamente castrense está referida a la primera parte del precepto, mientras que la segunda se refiere sólo al estado de sitio —la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar (...) en los supuestos de estado de sitio—. Además, de haberse querido prohibir la extensión de la jurisdicción

(19) GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1967, p. 166.

(20) FAIRÉN GUILLÉN: *Notas sobre jurisdicciones especiales*, «RDPI», 1971, número 1.

militar, hubiera bastado con no incluir en el precepto la referencia expresa a estas situaciones. Considero que al argumento favorable a la extensión no se opone de manera contundente el precepto del artículo 116.5, que no permite la interrupción del funcionamiento de los poderes públicos en estas situaciones, pues no tiene que producirse tal interrupción, sino un reparto de competencias entre una y otra jurisdicción, toda vez que la razón para aludir a los Tribunales militares en este precepto, según el propio debate constitucional, se encuentra en ese reparto de competencias que entre ambas jurisdicciones, ordinaria y especial, debe establecer la ley (21).

Esta tesis viene avalada por el análisis del Derecho comparado, pues también se establece, en general, la posibilidad de la extensión de la competencia de la jurisdicción militar en situaciones excepcionales (22).

En conclusión, entiendo que la Constitución no establece una prohibición para que la jurisdicción militar extienda su competencia en estado de sitio y, por supuesto, en tiempo de guerra en relación con la que tiene atribuida en tiempo de paz, aunque para esta extensión se establece una garantía básica, esto es, la reserva de ley, a que se refiere el artículo 116, que deberá regular con carácter general las condiciones de tal extensión. Esta vendrá concretada, además, por el decreto que declare tales situaciones (23).

Conforme con los criterios aquí expuestos, la Ley 4/1981, de 1 de junio, establece las condiciones para la extensión de la jurisdicción militar declarado el estado de sitio.

---

(21) Véase «Diario de Sesiones del Congreso», núm. 84, p. 3088, en el cual se dice: «Lo que entendemos es que debe establecerse una fórmula de salvaguardia que permita el adecuado funcionamiento de la jurisdicción que sea competente en el caso de estados extraordinarios y fundamentalmente en el estado de excepción.»

(22) Véase GÓMEZ DEL CASTILLO, Manuel M.: *La extensión de la jurisdicción militar en el Derecho comparado*, «RDPI», núms. 2-3, 1975.

(23) Como bibliografía fundamental para la jurisdicción militar, aparte de la expuesta, es preciso tener en cuenta: Para España: SALCEDO RUIZ: *Evolución del Derecho militar en las naciones modernas*; QUEROL Y DURÁN: *Principios del Derecho militar*; LANDÍN CARRASCO: *Manual de Derecho Penal y procedimientos militares*, DEN, 1967. Para Italia: «Novissimo Digesto Italiano», *La Giurisdizione Penale Militare*, Turín, 1961; CARNELUTTI: *Rasgos institucionales del nuevo Derecho Penal Militar*, Padova, 1943; CIARDI: *Problemi d'attrattita della Giustizia Militare*, R.G.F., 1956; MARINA: *I rapporti della giurisdizione penale ordinaria e la giurisdizione penale militare nel sistema della costituzione de la Repubblica Italiana*, Giuffrè, Milán, 1957. Para Francia: CHARVIN: *Justice et Politique*, Paris, 1968; KOCK: *An Introduction to Military Justice in France*, M.L.R., núm. 27-100-25, Washington, D. C., julio 1964. Para Alemania: *La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957*, «REDM», 4, julio-diciembre de 1957.

Dice, al respecto, el artículo 35: «En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia queden sometidos a la jurisdicción militar.»

Queda claro, por tanto, que sólo el acto de declaración aprobado por el Congreso puede modificar la competencia. Los bandos militares no son el instrumento para tal modificación.

c) *La reforma del Código de Justicia Militar*

Como decíamos y luego ha reconocido la doctrina, el ámbito estrictamente castrense de la jurisdicción militar es el de la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la Defensa Nacional. La protección de estos intereses juega en torno a otro par de conceptos que son el de servicio y disciplina. Es, por tanto, el criterio material el que debe primar en la delimitación de la competencia, mientras que el criterio del lugar y la persona responsable han de ser considerados criterios o causas de atribución secundarias, subordinadas al primero. Esta idea se pone de manifiesto en la reforma, que, sin embargo, y quizá por seguir la redacción anterior, no ha logrado en muchos aspectos determinar con claridad la causa de la competencia en cada caso.

Podemos decir, sin embargo, que cuando la competencia se atribuya por razón de la materia, el criterio que se tiene en cuenta de forma principal es el de que el hecho o la actividad de que se trate es contrario a los intereses del Ejército por afectar al servicio. Pero también cuando se emplea el criterio del lugar o de la persona, el criterio material ha de estar presente, como veremos en el análisis de la reforma (24).

*Competencia por razón de la materia*

Dos fueron las concepciones enfrentadas durante el debate de la Ley Orgánica. Por un lado, la postura socialista, que pretendía limitar la competencia a los delitos militares. Por otro, la postura centrista, que consideraba necesario extender la competencia a los delitos comunes cuando éstos afectaran a los intereses de los Ejércitos o al servicio. Esta última postura es la que se refleja en el

---

(24) Véanse FERNÁNDEZ SEGADO: *op. cit.*, y VALENCIANO ALMOYNA: *op. cit.*

artículo 6 de la Ley. En él podemos distinguir, así, tres fórmulas de atribución de competencia.

Según una primera fórmula, se atribuye la competencia sobre los delitos comprendidos en el Código, en los que se presume *iuris et de iure*, que afectan los intereses del Ejército o al servicio.

Según una segunda fórmula, se atribuye la competencia sobre delitos comunes siempre que *sean cometidos por militares y afecten al servicio*, concepto jurídico indeterminado de carácter material que se combina con el criterio personal de la condición militar y que será preciso determinar en cada caso. (En este supuesto se encuentran los delitos a que se refiere el artículo 149.)

Una tercera fórmula atribuye la competencia sobre una serie de delitos comunes cuando se da la circunstancia de afectar al servicio o a los intereses de los Ejércitos, sin necesidad de la concurrencia de la condición militar en el sujeto activo. (Supuesto comprendido en los números 2 a 7 del artículo 6.)

Por último, se atribuye la competencia sobre los hechos que definen o castigan como delitos militares los bandos que dicten las autoridades o jefes militares con arreglo a sus facultades, declarado que haya sido el estado de sitio, redacción que olvida que la atribución de delitos a la jurisdicción militar no puede ser hecha sólo por los bandos, sino que es preciso que el Congreso de los Diputados señale los delitos atribuibles.

Con todo, es importante constatar que se han eliminado de la competencia de la jurisdicción militar los siguientes delitos: atentado y desacato a las autoridades militares; injurias a los Ejércitos sobre el supuesto del artículo 317; los ultrajes, insultos y ofensas a la nación y a su bandera, al himno nacional, etc., salvo en el supuesto del artículo 316; la falsificación de sellos, marcas o documentos militares, salvo cuando sean cometidos por militares, y los delitos de la navegación marítima.

También conviene señalar que la excesiva prolijidad del artículo 6 se incrementa por la atribución de competencias sobre las faltas establecidas en el artículo 7. De él destacaremos el aspecto más importante, que consiste en la limitación del conocimiento en las faltas comunes cometidas por militares al supuesto de que afecten al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de sus clases.

La atribución de esta competencia sobre las faltas fue muy criticada por el representante del Grupo Socialista, señor BUSQUETS,

que no entendía cómo era posible seguir un criterio diferente en los delitos y en las faltas y dar a la jurisdicción militar la facultad de decidir la competencia sobre la base de un concepto jurídico indeterminado como es el de buen régimen de los Ejércitos o decoro de sus clases (25).

### *Competencia por razón del lugar*

La competencia por razón del lugar está atribuida a la jurisdicción militar sobre la base de dos principios. El primero, reconocido expresamente en el artículo 9.1, implica que el hecho delictivo afecte al buen régimen de los Ejércitos, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas. El segundo, de más amplio alcance, implica que el hecho delictivo afecte a la soberanía nacional, y está íntimamente relacionado con la idea de extensión territorial de la soberanía.

En efecto, el número 1 del artículo 9 contiene el primer supuesto, que se refiere a delitos o faltas cometidos por cualquier persona en cuarteles, campamentos, lugares de concentración de tropas, etc., siempre que afecten, como hemos dicho, al buen régimen de los Ejércitos, al servicio o a la seguridad.

Los números 2 y 3 protegen la soberanía nacional, la seguridad militar o el cumplimiento de los compromisos internacionales y, en consecuencia, someten a la jurisdicción militar los hechos que intenten atacar estos valores y se produzcan en el espacio marítimo y fluvial, en buques mercantes, en el espacio aéreo y en aeronaves.

Por último, el artículo 9 atribuye competencia a la jurisdicción militar, por razón del lugar, sobre los delitos o faltas cometidos en buques o plazas sitiadas o bloqueadas, siempre que afecten a la seguridad militar de los mismos o perjudiquen su defensa. Con independencia de la crítica que pueda merecer la limitación de la protección de la seguridad a lo militar, modificación objetable, ya que, como dice FERNÁNDEZ SEGADO, en una plaza sitiada imponía siempre como criterio de seguridad la seguridad militar, nos parece que tanto este apartado como su homólogo del artículo 6 se han mantenido en una redacción que no concuerda con la nueva regulación de las situaciones excepcionales, toda vez que la competencia de

---

(25) «Diario de Sesiones del Congreso», núm. 99, de 17 de junio de 1980, página 6846.



la jurisdicción militar no está atribuida, especialmente en estos supuestos, por razón del delito o del lugar, sino por el hecho de la declaración del estado de sitio, que corresponde al Congreso, y, en consecuencia, la jurisdicción militar conocerá de los delitos y faltas que establezca la correspondiente declaración, con el límite territorial que aquélla señale.

El tenor literal que se contiene en estos artículos parece estar pensado en una intervención militar directa para la determinación de los delitos y lugares, en lugar de en una mera ejecución de las autoridades militares de lo establecido en la disposición declaratoria del estado de sitio. Como hemos podido apreciar, el lugar no es generalmente, por sí solo, un criterio determinante de la competencia; es preciso ponerlo en relación con un criterio material: buen régimen de los Ejércitos, soberanía nacional, etc.

#### *Competencia por razón de la persona*

La regulación de la competencia por razón de la persona viene a poner de manifiesto también cómo este criterio no es suficiente por sí solo. En efecto, en el artículo 13 se establecen las personas afectadas de una forma genérica. Pero este artículo no está completo si no se combina con el artículo 16, que establece las causas de desafuero y que no es sino una lista de amplias excepciones de atribución a la jurisdicción militar cuando el hecho delictivo no afecta al buen régimen de los Ejércitos.

En definitiva, este artículo viene a ser la otra cara del artículo 194.

Dentro del personal aforado pueden distinguirse tres tipos:

1. *Los militares en sentido propio* (individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas, Institutos, Centros u Organismos dependientes del Ministerio de Defensa): de esta conceptualización se excluye al ministro de Defensa, exclusión que ha parecido desafortunada a la doctrina a la vista de las funciones atribuidas al ministro de Defensa en la Ley Orgánica 6/1980 (26).

2. *Los militares con fuero parcial*: esto es, los que únicamente en defecto de jurisdicción y legislación propia se someten a las

---

(26) Véanse FERNÁNDEZ SEGADO: *op. cit.*, y VALENCIANO ALMOYNA: *op. cit.*

prescripciones del C. J. M.; tal es el caso de los alumnos de la Academia.

3. *Los militares con fuero temporal*: personas movilizadas o militarizadas con cualquier asimilación o consideración militar; personal de complemento; individuos de los Cuerpos militarmente organizados.

Aparte de estos tres tipos de aforados, la Ley se refiere también a:

- Los funcionarios civiles y personal laboral de la Administración militar, los cuales sólo están sometidos a la jurisdicción militar cuando el hecho delictivo de que se trate esté en relación con el servicio que prestan y afecte al buen régimen de los Ejércitos.
- Los prisioneros de guerra.
- Las personas que en campaña siguen a las F. A. S.
- Por último, las personas sometidas al fuero militar, declarado el estado de sitio.

Mayor importancia tiene la reforma en cuanto a las causas de desafuero.

Como ha dicho acertadamente VALENCIANO ALMOYNA, en las causas de desafuero aparece *el criterio de la relación del hecho punible con el servicio* para excluir los delitos que, cometidos por militares, no tengan esta relación. Se trata, por tanto, de volver al criterio material (27).

---

(27) VALENCIANO ALMOYNA dice al respecto: «Porque como va siendo evidente, si la jurisdicción militar se justifica por la existencia de los Ejércitos y precisamente por el servicio a las mismas, cuanto afecte a dicho servicio y a la eficacia de aquéllos constituye un ámbito propio o con expresión de la Constitución (art. 117.5), el ámbito estrictamente castrense. *Ámbito que estaría integrado por los delitos militares*, que no pueden ser otros que los que afecten a los supremos intereses de los Ejércitos (que en algunos casos serían los de la propia patria) y a la eficacia del servicio y por la condición militar de los autores, pero cuando tal condición es elemento subjetivo u objetivo del injusto, dejando fuera de dicho ámbito los actos punibles que no tengan relación con el servicio. Lo mismo cabe decir de la competencia por razón del lugar, ya que la exclusión de la jurisdicción ordinaria vendrá dada por el *locus commissi delicti*, sino porque en el hecho se atente al buen desarrollo del servicio. Así, pues— sigue diciendo—, es previsible que en una fase posterior de la evolución del Derecho Militar Español se afronte esta problemática con dicho sentido unitario y entonces habrá de verse cómo pueden desaparecer las excepciones hoy contenidas en el artículo 116, ya que establecida una norma general ampliamente comprensiva de lo que atañe al servicio, cuanto no caiga en sus supuestos no será competencia de la Jurisdicción Militar.»

#### 4.2.2. *Las garantías referentes al proceso debido*

Como dice ALMAGRO, el *due process of Law* es una garantía procesal del bien de la libertad para que nadie pueda ser privado de este derecho fundamental sino en virtud de un proceso con las formalidades legales necesarias (28).

En realidad, las garantías referentes al proceso debido incluirían también la referente al órgano jurisdiccional, juez legal o natural, ya estudiada en los apartados anteriores; pero, a efectos sistemáticos, sólo nos vamos a referir ahora a las garantías de procedimiento. Dentro de estas garantías del proceso distingue la doctrina aquellas propias de todos los procesos de aquellas que se refieren expresamente al proceso penal. Aquí nos referimos nosotros sólo a estas últimas, sobre las cuales la última reforma del Código de Justicia Militar ha introducido importantes modificaciones para adaptarlas a la Constitución.

Dentro de estas reformas es preciso destacar, a su vez, los siguientes aspectos:

*Reformas que afectan a los órganos que ejercen la jurisdicción militar.* Aquí es preciso destacar la sustitución del juez instructor por el Juez Togado Militar de Instrucción (arts. 46 y 136) y el establecimiento de la institución del Ministerio Fiscal Jurídico Militar, el cual, conforme al artículo 61, «promoverá la acción de la justicia y pedirá la aplicación de las leyes en todas las causas que se sigan en la jurisdicción respectiva».

*Reformas que afectan al procedimiento propiamente dicho.* Dentro de estas reformas cabe destacar aquellas que suponen un reforzamiento de las garantías procesales y de defensa:

- Defensa mediante abogado en ejercicio y derecho a que se nombre defensor de oficio, letrado o militar, y creación de la figura de codefensor (art. 154).
- Aplicación de los derechos de los artículos 17.2 y 17.3 de la Constitución, referentes a las garantías de la detención e información del detenido y a todas las garantías del proceso establecidas en el artículo 24.2 de la propia Constitución.

---

(28) ALMAGRO NORETE: «Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, 1978.

- Alargamiento de los plazos en el juicio sumarísimo (art. 927) y ejercicio de la acción privada en todos los delitos perseguibles a instancia de parte una vez acordado el auto de procesamiento (art. 452).

Por otra parte, y dentro también de las reformas que afectan al procedimiento, analizaremos, por su importancia, la limitación del juicio sumarísimo y el establecimiento del recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La primera medida, limitación del juicio sumarísimo, se contiene en el artículo 5 de la Ley 9/1980, al modificar el epígrafe del título XVIII del tratado tercero, que pasa a denominarse «Del procedimiento sumarísimo en caso de guerra». En efecto, el añadido implica, como ha dicho FERNÁNDEZ SEGADO (29), que el procedimiento sumarísimo quede restringido tan sólo a situaciones bélicas, sin que pueda extenderse su aplicación al estado de sitio.

Esta limitación del juicio sumarísimo, fundada en la necesidad de dotar a los procesos de las garantías del artículo 24 de la Constitución, olvida que este procedimiento se aplicaba a los reos de flagrante delito militar que tuvieran señalada pena de muerte o de treinta años de reclusión, circunstancia que, incluso en tiempo de paz, justifica su existencia. Un ejemplo reciente de nuestra historia (el golpe militar de 23 de febrero de 1981) demuestra que en tiempos de paz se cometen delitos de extraordinaria gravedad contra la disciplina, cuyo enjuiciamiento debería haberse realizado por este procedimiento. Las razones que abogan por este tipo de juicio son el supuesto de un delito flagrante, procedimiento no carente de garantías, sino acordes con la flagrancia del hecho; abolición de la pena de muerte, evitando así consecuencias irreparables de posible error; tendencia actual de la legislación procesal a establecer procedimientos sumarios en caso de flagrancia (30).

El segundo punto de la reforma del procedimiento se refiere al establecimiento de un recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Esta reforma, introducida a instancias del Partido Socialista, fue fundamentada en la propia Constitución, cuyo artículo 123, en opinión del diputado señor PECES-BARBA, suponía la jerarquía superior del Tribunal Supremo en relación con cualquier otro Tribunal,

---

(29) *Op. cit.*

(30) *Op. cit.*

incluido el Consejo Supremo de Justicia Militar, y en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que, en opinión del diputado citado, sería vulnerado si el Consejo Supremo de Justicia Militar juzgare en primera y única instancia y no hubiera el recurso de casación aludido (31).

Gran parte de los comentaristas a esta reforma han criticado, no obstante, el establecimiento de este recurso de casación, por entender que constituye un recurso entre órganos judiciales diferenciados, que va en contra del principio de especialidad de la jurisdicción castrense (32).

#### 4.3. *El sometimiento al control jurisdiccional de los actos de la Administración militar*

La otra cara del derecho a la jurisdicción es la posibilidad de que los actos de la Administración sean sometidos a los Tribunales.

Como es de sobra conocido, este control de los actos de la Administración ha sido objeto de una larga y lenta evolución para ir en contra de las inmunidades del poder, como en su ya famoso artículo analizaba el profesor ENTERRÍA (33).

Nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa todavía excluye de su conocimiento los actos políticos del Gobierno referentes a la defensa del territorio, las relaciones internacionales, seguridad interna del Estado y mando de la organización militar (art. 2 del C. J. M.). Por su parte, el artículo 40 de la misma Ley, en sus apartados *c*), *d*) y *f*), excluye otra serie de actos: órdenes ministeriales que se refieren a ascensos y recompensas de jefes y oficiales por merecimientos contraídos en campaña o hechos de armas; resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a oficiales, suboficiales y clase de tropa y marinería, con arreglo a los artículos 1.011 y siguientes del C. J. M., las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos en el mismo Código y los que se refieren a postergaciones impuestas reglamentariamente. Por último, los actos que se dicten

(31) Véase «Diario de Sesiones del Congreso», núm. 101, de 19 de junio de 1980, páginas 6635, 6638.

(32) Véanse FERNÁNDEZ SEGADO: *op. cit.*, y J. VALENCIANO ALMOYA: *La reforma del Código de Justicia Militar*, Madrid, 1980.

(33) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, «R.D.P.», núm. 38, 1962.

en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa, procedimiento a través del cual se ha excluido del conocimiento jurisdiccional toda la materia referente al servicio militar.

Como puede observarse, las exclusiones que afecten a la Administración militar se concretan en dos supuestos diferentes: por un lado, los que podíamos llamar actos político-militares; por otro, los que pueden considerarse como actos discrecionales militares.

a) *Los actos políticos de la Administración militar*

Como ha señalado el profesor GARRIDO FALLA, los supuestos de exclusión de los actos políticos que enumera el artículo 2, b), de la Ley jurisdiccional no se asemejan en nada a los actos que pueden ser calificados como políticos en sentido estricto, y que son los que suponen manifestaciones de la función del Gobierno. Mientras estos últimos se refieren a relaciones entre los poderes del Estado y están, por definición, excluidos del control jurisdiccional, los comprendidos en el artículo 2, b), de la L. J. C. son actos capaces de generar relaciones jurídicas con los administrados que no pueden estar excluidos del conocimiento por los Tribunales. A este sometimiento general de la Administración, también de la militar, a los Tribunales se refiere expresamente el artículo 106 de la Constitución (34).

b) *Las exclusiones calificadas como actos de discrecionalidad militar*

Como afirma TRILLO FIGUEROA, las exclusiones contempladas en los tres apartados referidos del artículo 40 han sido tradicionalmente calificadas por la doctrina como actos de discrecionalidad militar.

En realidad, la calificación de discrecional, que, por otra parte, no es por sí sola suficiente para excluir este acto de la jurisdicción contencioso-administrativa, no existe en la mayoría de los supuestos contemplados, pues se trata de actos en su mayoría reglados o de

---

(34) Véase F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

actos cuyo supuesto de hecho está constituido por conceptos jurídicos indeterminados (35).

De los tres supuestos de exclusión del artículo 40, el que se refiere a recompensas y ascensos por méritos de guerra puede ser, sin lugar a dudas, objeto de fiscalización, puesto que en la concesión de estas recompensas existen, indudablemente, elementos reglados.

Por lo que se refiere al control de los expedientes disciplinarios del artículo 1.101 del C. J. M., entendemos también que ni son procedimientos jurisdiccionales ni tienen carácter discrecional y, en consecuencia, deberían ser sometidos a control.

Tampoco está justificada la exclusión del conocimiento previsto en las leyes especiales, como la Ley del Servicio Militar o la Ley de Ascensos.

La reforma de las leyes militares, que ahora excluyen el conocimiento de los actos dictados a su amparo, y la reforma de la Ley jurisdiccional deberán terminar con estas excepciones no justificadas. El proyecto de Ley del Servicio Militar, siguiendo este principio, no contempla esta exclusión.

#### 4.4. *Garantías específicas: la aplicación del «habeas corpus»*

El artículo 154 del Código de Justicia Militar no hace referencia a la aplicación del artículo 17.4 de la Constitución a los miembros de las F. A. S.

No obstante, el procedimiento especial de *habeas corpus* es aplicable con carácter general y, en consecuencia, deben de preverse las autoridades competentes para conocer de este procedimiento.

No podemos detenernos aquí en su análisis, y solamente hacemos referencia a que el artículo 2 del proyecto de Ley de Habeas Corpus establece: «En el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de *habeas corpus* el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la circunscripción en la que se efectuó la detención. La determinación de la competencia específica es la única variación en cuanto a la regulación general de esta materia.

---

(35) Véase F. TRILLO FIGUEROA: *Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa*, en «R.E.D.A.», núm. 20.

4.5. *El procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y el recurso de amparo*

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, es, por el momento, la norma que desarrolla el artículo 53 de la Constitución. Esta Ley prevé tres tipos de procedimientos: la garantía jurisdiccional penal, la garantía jurisdiccional civil y la garantía contencioso-administrativa.

La garantía contencioso-administrativa es la que más interesa a los efectos de nuestro estudio, pues protege a los miembros de las Fuerzas Armadas contra los actos que violen los derechos fundamentales y las libertades públicas, y especialmente es aplicable a la objeción de conciencia, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2.ª de la L. O. 2/1979, de 3 de octubre de 1979.

Este remedio protege de forma rápida contra los actos provenientes de la propia organización militar que violen los derechos fundamentales: detención, libertad de expresión, derechos políticos, etcétera. Vale igualmente como requisito previo para la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo, previsto en el artículo 161.1, b), de la Constitución, es también un eficaz medio de protección de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Como es sabido, el recurso de amparo puede interponerse por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas previstos a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, es decir, por los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo, y a la objeción de conciencia.

El recurso puede interponerse contra los actos y decisiones sin valor de ley de las Cortes o asambleas legislativas (art. 42), los actos del Gobierno o de la Administración que supongan violación de los derechos referidos, o las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional.

En el supuesto de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, tienen especial relevancia los actos de violación provenientes del Ejecutivo, del poder judicial y de la jurisdicción especial militar.



Los actos de violación provenientes de la Administración exigirán, con carácter previo al amparo, el agotamiento de la vía judicial precedente, ordinaria o sumaria. Los actos de violación provenientes de la jurisdicción especial militar o de la jurisdicción ordinaria, siempre que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial de que se trate. Es importante señalar al respecto cómo la utilización del recurso de amparo frente a la jurisdicción es una manera de delimitar la competencia de la jurisdicción militar.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en un recurso de amparo sobre tres aspectos importantes que afectan a nuestro estudio: la aplicación del artículo 24 de la Constitución al ámbito militar; la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense; la diferencia entre derecho penal y derecho disciplinario.

La sentencia 22/1982, de 12 de mayo, resolvió un recurso de amparo contra el auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia. Se trataba de un auto de 27 de octubre de 1981 en el que la Audiencia declaraba su falta de jurisdicción para el conocimiento del recurso interpuesto por un capitán auxiliar contra un arresto impuesto, previo expediente judicial, por el capitán general de la Tercera Región Militar.

La Audiencia consideraba en dicho auto que, aun cuando debía rechazarse el carácter penal de los actos impugnados en el recurso, habida cuenta de que la vía judicial a que alude el artículo 1.003 del C. J. M. no se corresponde con el concepto de procedimiento judicial a que se refiere el artículo 207 del próximo Código (tal y como entendió el fundamento séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de junio de 1981: *y por consiguiente debe no tenerse por excluida en principio y por dicho argumento la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*), es lo cierto, sin embargo, que en materia de derecho disciplinario militar la vía de revisión de la legalidad de los actos en que se concreta es la particularmente establecida, dadas las peculiaridades comentadas de la jurisdicción militar en el propio Código, que es la vía del recurso de queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

La sentencia, que no admitió el amparo, sentó importantes principios. En primer lugar, la aplicación general, tanto al ámbito penal como disciplinario, del artículo 24 de nuestra Constitución. En se-

gundo lugar, aun reconociendo la diferencia entre derecho penal y derecho disciplinario, determina que, conforme a nuestro derecho vigente, la materia disciplinaria debe regirse por el C. J. M. y no está sometida a la jurisdicción contenciosa, por las especiales características de la organización militar, siempre que en el ámbito militar se cumplan los requisitos mínimos de defensa y recursos del artículo 24 de la Constitución.

Pero como quiera, por otra parte, que el recurso no se ha fundado en la falta de garantías procesales en el expediente o en el recurso, no procede entrar en esta cuestión.

La sentencia, que puede ser clasificada de equilibrada, plantea, no obstante, un importante problema de fondo frente a la modificación del C. J. M., y es el de si el procedimiento que se prevea que éste tendrá carácter judicial o carácter administrativo y, en consecuencia, cuál será la jurisdicción ante la que se podrá recurrir.

##### 5. *La protección internacional de los derechos del militar*

Como ha dicho VERRI, la Convención europea de derechos del hombre tiene, sobre todo, relevancia por haber establecido un mecanismo de garantía internacional de los derechos del hombre, y ha dado vida a un sistema judicial formado por dos instituciones, la Comisión y el Tribunal Europeo, a las que se puede recurrir, siguiendo un determinado procedimiento, contra la violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención (36).

El procedimiento ante la Comisión se desarrolla en dos fases: admisibilidad del recurso y examen del mismo.

El recurso puede presentarse ante la Comisión por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de la violación, y han de haberse agotado todos los recursos internos. Si la Comisión toma en consideración la demanda procederá a un examen de los hechos y se pondrá a disposición de los interesados, a fin de llegar a un arreglo amistoso. Si no se ha podido llegar a una solución, la Comisión redactará un informe y formulará un dictamen sobre si los hechos comprobados suponen una violación de las obligaciones que le incumben a tenor del Convenio. El informe y la propuesta de la Co-

---

(36) VERRI: *Militari e Diritti dell'uomo...*, op. cit.

misión pueden ser objeto de discusión del Comité de Ministros, si el asunto no ha sido diferido al Tribunal por uno de los Estados o por la Comisión. En este último caso corresponde al Tribunal Europeo la emisión de la correspondiente sentencia, que debe cumplirse por los Estados miembros.

Como es sabido, por aplicación del artículo 10 de nuestra Constitución, la Convención Europea de derechos del hombre es aplicable en España una vez que ha sido ratificada.

Sin embargo, es de destacar que el instrumento de ratificación del Convenio contiene dos importantes reservas en lo que afecta a los miembros de las Fuerzas Armadas. En efecto, los artículos 5 y 6 del Convenio no pueden ser aplicados en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del tratado segundo y en el título XXIV del tratado tercero del C. J. M. Como es sabido, el título XV se refiere a las faltas y sus correcciones, y el título XXIV del tratado tercero, al procedimiento, que para las faltas graves es el expediente judicial y para las faltas leves la corrección directa.

Sin lugar a dudas, la forma de determinar las faltas y sus correctivos, así como el procedimiento, en nuestro actual derecho disciplinario militar no es muy respetuosa con las garantías que prevén los artículos 5 y 6 de la Convención, que recogen las garantías generales para la privación de libertad.

Es precisamente ésta la causa de la reserva, toda vez que el Tribunal Europeo ha declarado en diversas ocasiones (por ejemplo, en el caso de cinco soldados contra los Países Bajos) la aplicación a la materia disciplinaria de las garantías del artículo 6.

Volvemos a encontrarnos con la necesidad de modificación de nuestro derecho disciplinario, esta vez para adaptarlo a las exigencias del derecho internacional (37).

## 6. *La suspensión de los medios de protección*

La declaración de las situaciones excepcionales afecta a los militares en la misma medida que a los demás ciudadanos. En efecto, sólo a través de las diferentes situaciones previstas en el artícu-

---

(37) Véase también *Les Droits de l'homme et les Forces Armes*, Bruselas, 1978.

lo 116 de la Constitución, y desarrolladas por la Ley 4/1981, de 1 de junio, podrán suspenderse las garantías de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la citada Ley de 1 de junio prevé, eso sí, una mayor intervención de la autoridad militar, designada por el Gobierno, en el supuesto del estado de sitio. También prevé la Ley, declarada que haya sido esta situación, el sometimiento a la jurisdicción militar de *determinados delitos*. Es esta precisión, contenida en el artículo 35 de la Ley de 1 de junio de 1981, la que supone una suspensión o modificación del principio del juez legal y de la garantía y derecho reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución. La garantía de esta modificación, que afecta al equilibrio de los poderes, es que será el Congreso el único órgano que podrá determinar tal modificación, y no los bandos militares, como con evidente error aún recogen los artículos ya citados del C. J. M.

### III. EL DERECHO DE PETICIÓN

#### 1. *Introducción: deslinde de este derecho en relación con otras reclamaciones*

Este derecho es el más inofensivo aún de todos, como decía PÉREZ SERRANO, puesto que, estrictamente entendido, se reduce a exponer una súplica o formular una queja, sin obligar siquiera a que se dé una contestación (38). Sin embargo, como dice el profesor GARRIDO FALLA (39), el derecho de petición debe ser deslindado con precisión de otras figuras afines: todo escrito dirigido a los poderes públicos termina con una petición; lo importante es el fundamento jurídico en que la petición se hace.

Cuando la petición pretende, es decir, tiene como fundamento jurídico, el reconocimiento de un derecho subjetivo, se trata de una reclamación cuya negativa abre la vía administrativa o jurisdiccional, y ésta es la vía adecuada.

Cuando lo que se pretende es la restauración de la legalidad objetiva infringida por la actuación administrativa, la petición puede

---

(38) Nicolás PÉREZ SERRANO: *La Constitución española*, 1932.

(39) *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

dar lugar a un recurso jurisdiccional, si se tiene con interés directo o si es posible el ejercicio de la acción popular.

Cuando lo que se pretende es la denuncia de infracciones penales, la petición da cauce también a un procedimiento jurisdiccional.

Fuera de este supuesto, nos encontramos con el derecho de petición.

Cuando falta el interés directo y la acción popular y la actividad administrativa es ilegal, sólo puede ser denunciada a través del derecho de petición.

Aparece igualmente la petición cuando lo que se denuncia es la anomalía en el funcionamiento de un servicio público, y, en fin, la vía de petición puede utilizarse para la solicitud de decisiones discrecionales y graciables de la Administración, si bien no conviene olvidar la estrecha franja que la actividad reglada de la Administración deja al derecho de petición graciable. Es, por tanto, el derecho de petición una forma de solicitud residual y de carácter general que, en los países poco desarrollados políticamente, cumple la función que los otros instrumentos de reclamación poseen en las democracias modernas. En realidad, el derecho de petición está en el origen de todo derecho a la jurisdicción y, por ello, algunos procesalistas, como COUTOURE, llegan incluso a una cierta equivalencia en la naturaleza de ambos derechos. Pero el derecho de petición, en los países que gozan de un sistema más constitucionalizado de reclamaciones, el ejercicio del derecho de petición, no puede servir para vitalizar plazos cumplidos, un derecho caducado, cuando no cabe ningún recurso ni remedio ni para reproducir situaciones ya resueltas, tanto en la vía administrativa como contencioso-administrativa; tal como reconocía la sentencia de 28 de mayo de 1965 y otra de 22 de junio de 1973, «el derecho de petición no puede tener la virtud de abrir la reconsideración y revisar situaciones ya definidas y firmes, y menos que de abrir el acceso a la revisión jurisdiccional, después de haber consentido y permitido que gane firmeza la decisión correspondiente» (40).

El derecho de petición, reconocido en el artículo 29 de la Constitución, es un derecho fundamental protegido por las vías previstas en el artículo 53 de la Constitución.

El artículo 29 no establece más requisitos que el de la necesidad de forma escrita y el relativo al sujeto pasivo, sólo los espa-

(40) Cit. por GARCÍA ESCUDERO, J. M., en *Comentarios a las leyes políticas dirigidas por O. Alzaga*, t. II, Edersa, Madrid.

ños; pero no impone limitaciones en cuanto a los órganos a que puede ser dirigida ni a la posibilidad de presentarla de forma colectiva. Con carácter general, en cuanto no resulta contraria a la Constitución, continuará vigente la Ley de 22 de diciembre de 1960 reguladora del derecho de petición.

## 2. *El derecho de petición de los miembros de las Fuerzas Armadas*

Como recuerda GARCÍA ESCUDERO, el anteproyecto de Constitución prohibía el ejercicio del derecho de petición a los miembros de las Fuerzas Armadas, siguiendo una larga tradición de prohibición contenida en las Constituciones de 1869, 1876 y 1931.

La Constitución, tras la aceptación de las numerosas enmiendas que a este texto se presentaron, admite el derecho de petición de forma individual. Se prohíbe la petición colectiva. El fundamento se encuentra en la disciplina y en el peligro que podría suponer la presentación colectiva de peticiones por quienes tienen la exclusiva de la fuerza material del Estado. Sobre este mismo fundamento, y por la dramática experiencia de las bandas de peticionarios armados exigiendo medidas de terror ante la Convención francesa, la Constitución francesa de 1795 prohibió las peticiones colectivas.

La legislación específica a la que, mientras no se modifique, parece referirse la Constitución es el Decreto 93/1962, de 18 de enero. A esta norma hay que añadir las Reales Ordenanzas.

En la Ley que contiene las Reales Ordenanzas de 28 de diciembre de 1978 se reconoce un derecho de petición individual en los casos y con las formalidades que la Ley prevea (art. 105). Este derecho se desarrolla en los artículos 202 y 203 de la propia Ley, que establecen la necesidad del conducto reglamentario y la posibilidad de acudir a un superior, aunque no sea el inmediato, así como la de recibir sugerencias de los compañeros, sin que en ningún caso la petición pueda ser colectiva.

Junto al derecho de petición, las Reales Ordenanzas reconocen también la posibilidad de todo militar de interponer recurso previo administrativo o judicial contra aquella resolución que le afecte (art. 200).

Igualmente reconoce la Ley el recurso de agravio (art. 201), que no contempla el ejercicio del derecho de petición, sino el ejercicio de un recurso en materia disciplinaria en faltas leves.

En efecto, el artículo 201 de las Reales Ordenanzas se corresponde con el artículo 1.007 del C. J. M.

El primero dice que el militar que se sintiere agraviado podrá promover recurso, haciéndolo por sus jefes y con buen modo, y cuando no lograre de ellos la satisfacción a que se considere acreedor, podrá llegar hasta el Rey con la representación de su agravio.

El artículo 1.007 precisa que el agravio o la ofensa debe provenir de la imposición de su correctivo por falta leve. Como dice GARCÍA ESCUDERO, la facultad de todo militar de llegar hasta el Rey con la representación de su agravio, que recoge el artículo 201 de las Reales Ordenanzas, tiene naturaleza de recurso, aunque por la carencia de formalidades se reviste de las características de las peticiones, y así ha sido utilizada en el Ejército (*op. cit.*). Quizá la modificación del derecho disciplinario establezca para las faltas leves otro tipo de reclamación y este recurso extraordinario de agravio se quede transformado definitivamente en un derecho de petición.

#### IV. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

##### 1. *Introducción*

Como es de sobra conocido, la figura del Defensor del Pueblo tiene su origen en el *Ombudsman*, que constitucionalizó la Constitución sueca de 1809 y que se ha extendido después a un gran número de países.

El modelo español se fundamenta en tres ideas básicas. En primer lugar, el Defensor del Pueblo está pensado para supervisar la actividad de la Administración; no puede, por tanto, inmiscuirse en los asuntos judiciales. En segundo lugar, es un órgano comisionado por las Cortes Generales. Y, por último, la finalidad última de la Constitución: la defensa de los derechos comprendidos en el título I (41).

Sobre la base de estas tres ideas, la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, establece como ámbito de actuación del Defensor del Pueblo la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona al servicio de las Administracio-

---

(41) Véase GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, art. 54, Madrid, 1980.

nes Públicas (art. 9). La Ley no limita la vigilancia de la actuación administrativa a la defensa de los derechos del título I, estableciendo una legitimación muy amplia, ya que, conforme establece el artículo 10, podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque su interés legítimo.

El procedimiento, carente de formalismos, y las resoluciones que pueden adoptarse ponen de manifiesto cómo se ha pretendido con esta institución no duplicar instancias, sino agilizar la actividad de la Administración, rompiendo esa inercia que, sin ser ilegal, puede perjudicar a los administrados.

Por ello, el título III de la Ley prevé tres tipos de resoluciones:

- La sugerencia de modificación de los criterios para la producción de actos administrativos.
- La sugerencia de modificación de normas.
- La interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad.
- La formulación de advertencias y recomendaciones recordatorias de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas.

Para el cumplimiento de sus funciones, goza el Defensor del Pueblo con la obligada colaboración de todos los organismos y funcionarios contra los que pueda iniciar de oficio la acción de responsabilidad.

## 2. *El Defensor del Pueblo y la Administración militar*

El artículo 14 de la Ley dice expresamente: «El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la Constitución en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional.»

Esta declaración no era necesaria desde el punto de vista estrictamente jurídico, toda vez que la Administración militar estaba comprendida en la Administración del Estado, a que se refiere la Ley en el artículo 9.2. El reconocimiento expreso de la intervención del Defensor del Pueblo en la Administración militar tiene por finalidad, también, dejar claro que el Defensor del Pueblo vela por



las violaciones de los derechos de los ciudadanos y de los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con los actos de la Administración militar, pero no debe entrar en cuestiones que afecten al mando de la Defensa, cuestión que, por su trascendencia política, sólo corresponde al Gobierno.

La Ley del Defensor del Pueblo ha configurado un Defensor del Pueblo con competencia para toda la Administración, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, el israelí o incluso el sueco, que han establecido un comisionado especial para las Fuerzas Armadas (42).

---

(42) Véanse G. E. CALVEN: *International Handbook of the ombudsman*, Greenwood Bess, 1983; A. LARGO: *Instituzioni di Diritto Militare*, t. I; A. GIL ROBLES: *El Defensor del Pueblo*, 1979.

