



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS
DE GRAN CANARIA

DOCTORADO EN DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS BASICAS

TESIS DOCTORAL

**EL RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR
ORDINARIO**

Autor: **María del Carmen Vírseda Fernández**

Director: **Prof. Dr. D. Pablo Saavedra Gallo**

Codirectora: **Prof. Dra. Dña. Rosa Rodríguez Bahamonde**

El Director

La Codirectora

El Doctorando

Las Palmas de Gran Canaria

Junio de 2009

INDICE

INTRODUCCION

TITULO I- ANTECEDENTES

I. INTRODUCCION

II. PRECEDENTES REMOTOS

III. PRECEDENTES INMEDIATOS DE LAS ORDENANZAS

IV. LAS ORDENANZAS GENERALES

V. CODIFICACION DEL DERECHO PENAL MILITAR

VI. CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1890 DEL EJERCITO DE TIERRA

Faltas Graves

Sanciones

Procedimiento

Recursos

Faltas Leves

Sanciones

Procedimiento

Recursos

Expediente Gubernativo

Procedimiento

Recursos

VII. LEYES MILITARES DE MARINA DE 1888 Y 1894

A) Faltas Disciplinarias

B) Procedimientos ante los Consejos de Disciplina

C) Expediente Gubernativo

D) Procedimiento Gubernativo

E) Recursos frente a la resolución del expediente gubernativo

VIII. MODIFICACIONES DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1890 Y DE LAS LEYES DE MARINA DE 1888 Y 1894

IX. CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

A) Faltas Leves

B) Sanciones por faltas leves

C) Recursos frente a faltas leves

- D) Faltas graves
- E) Sanciones
- F) Procedimiento
- G) Recursos
- H) Expediente Gubernativo
- I) Procedimiento
- J) Recursos
- K) Resumen

X. REFORMAS TRAS EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

- A) Reforma del Código de Justicia Militar.
- B) Análisis de la L.O. 8/1980
- C) La reforma definitiva

XI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

- A) Primer Periodo
- B) Segundo Periodo

XII. LEY DE REGIMEN DISCIPLINARIO 12/85, DE 27 DE NOVIEMBRE

- A) Faltas Leves
- B) Faltas Graves
- C) Sanciones Disciplinarias Extraordinarias
- D) Características

XIII. LEY 4/87 DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

- A) Competencia
- B) Caracteres

XIV. L.O. 2/89 DE 13 DE ABRIL PROCESAL MILITAR

- A) Faltas Graves- Recursos
- B) Faltas Leves- Recursos
- C) Caracteres

XV. L.O. 8/98 DE 2 DE DICIEMBRE DE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

- A) Faltas Leves- Recursos
- B) Faltas Graves- Recursos
- C) Sanciones Extraordinarias- Recursos

TITULO II- ESTUDIO DOGMATICO

I. CONCEPTO

- A) Concepto
- B) Caracteres
- C) Gratuidad
- D) No Intervención de coadyuvantes
- E) Cuestiones Prejudiciales e Incidentales
- F) Interrupción de la prescripción de la sanción
- G) Competencia para conocer del proceso
- H) Utilización paralela, no sucesiva, de ambos recursos contenciosos disciplinarios
- I) Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento

II. FUNDAMENTO

- A) Regulación en la Constitución del art 117.5
- B) Análisis pormenorizado del art 117.5
 - 1. El principio de unidad jurisdiccional como base de organización de los tribunales
 - 2. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense
 - 3. Integración de la jurisdicción militar dentro del Poder judicial del Estado
 - 4. Diferenciación de los órganos judiciales militares en situaciones de normalidad y en los supuestos de estado de sitio
 - 5. Ámbito estrictamente castrense
 - 6. La regulación de la jurisdicción militar ha de realizarse de acuerdo con los principios de la CE
- C) Doctrina del Tribunal Constitucional
- D) Justificación actual

III. FIN

- A) Tutela Judicial Efectiva
- B) Hitos Fundamentales para la consecución de este fin
- C) Faltas Leves y ausencia de su control jurisdiccional
- D) Ámbito de la Tutela Judicial efectiva
- E) Tutela Judicial efectiva- Vulneración- Inexistencia
- F) Tutela Judicial Efectiva- Vulneración

TITULO III- COMPETENCIA

I. ATRIBUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN MATERIA DISCIPLINARI A LA JURISDICCIÓN MILITAR

- A)** Constitución
- B)** L.O. 4/87 de Competencia y Organización d la Jurisdicción Militar.
- C)** L.O. 2/89, Procesal Militar
- D)** Ley 29/98

II. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

- A)** Competencia Objetiva
 - 1. Tribunal Supremo
 - 2. Tribunal Militar Central
- B)** Competencia territorial

III. CARACTERES DE LA JURISDICCION MILITAR

1. La función jurisdiccional se atribuye de forma exclusiva y excluyente, a los órganos judiciales militares.
2. Independencia de tales órganos.
3. Juez ordinario predeterminado por la ley.
4. Tecnificación jurídica de los órganos judiciales militares.
5. Inamovilidad.
6. Competencia improrrogable.

IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

V. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

VI. CUESTIONES DE COMPETENCIA

- A)** Cuestiones de Competencia entre Tribunales Militares Territoriales
- B)** Cuestiones de Competencia entre tribunales de distintos nivel jerárquico

VII. CUESTIONES PREJUDICIALES

TITULO IV- OBJETO

I. CARÁCTER REVISOR DEL RECURSO CONTENCIOSOS DISCIPLINARIO

II. ACTOS IMPUGNABLES

Regulación

Actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria
Dictado por las autoridades y mandos militares
Acto definitivo que cause estado en vía administrativa

III. ACTOS EXCLUIDOS

- A) Actos de trámite-art 465
- B) Actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma- Art 468 a)
- C) Actos que resuelvan recursos por falta leve- Art 468 b)
- D) Declaración de inconstitucionalidad del art 468 c)

IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO

V. PRETENSIONES

- A) Concepto
- B) Clases
- C) Indemnización de daños y Perjuicios
- D) Pretensiones, cuestiones, motivos
- E) Efectos

VI. ACUMULACIÓN

TITULO V- SUJETO

I. CAPACIDAD PROCESAL

II. LEGITIMACIÓN

- A) Legitimación Activa
- B) Legitimación Pasiva
- C) Recurso de Casación y revisión

III. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

- A) Representación y defensa del demandante
- B) Representación y defensa para interponer los recursos de casación y revisión
- C) Representación y defensa de la administración
- D) Fiscalía Jurídico militar en el procedimiento contencioso disciplinario

TITULO VI- PROCEDIMIENTO

I. DILIGENCIAS PRELIMINARES

II. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

- A) Escrito de Interposición
- B) Lugar de presentación
- C) Notificación de la resolución sancionadora
- D) Plazo
- E) Suspensión de la sanción
- F) Reclamación del expediente
- G) El incidente de inadmisión

III. DEMANDA

- A) Naturaleza
- B) Plazo
- C) Lugar de presentación
- D) Formalización de la demanda sin remisión del expediente
- E) Expediente incompleto
- F) Contenido
- G) Subsanación de los defectos de la demanda

IV. CONTESTACIÓN

- A) Plazo
- B) Contenido
- C) Expediente Incompleto

V. PRUEBA

- A) Significación
- B) La carga de la prueba
- C) Petición-momento procesal
- D) Recibimiento del proceso a prueba
- E) Proposición y práctica
- F) Objeto de la prueba
- G) Medios de Prueba
- H) Pruebas Indirectas
- I) Pruebas de oficio

VI. VISTA Y CONCLUSIONES

- A) Significación
- B) La Vista
- C) Escrito de Conclusiones
- D) Contenido

VII. SENTENCIA

- A) Pronunciamientos

- B) Plazo
- C) Inadmisibilidad
- D) Desestimación
- E) Estimación
 - 1. La desviación de poder
 - 2. Análisis del Art 495
- F) Requisitos
- G) Motivación
- H) Eficacia subjetiva de la sentencia
- I) Notificación de la sentencia

VIII. OTROS MODOS DE TERMINAR EL PROCEDIMIENTO

IX. RECURSOS

A) RECURSOS DE CASACIÓN

- 1. Concepto
- 2. Naturaleza
- 3. Finalidad
- 4. Legitimación
- 5. Motivos
- 6. Procedimiento

B) RECURSOS DE SUPLICA

- 1. Concepto
- 2. Requisitos

C) RECURSO DE REVISIÓN

- 1. Concepto
- 2. Resoluciones impugnables
- 3. Competencia
- 4. Motivos
- 5. Procedimiento
- 6. Plazos

CONCLUSIONES

ANEXO JURISPRUDENCIAL

ANEXO BIBLIOGRAFICO

INTRODUCCION

La presente tesis tienen por objeto un análisis pormenorizado y crítico del actual recurso contencioso-disciplinario militar ordinario regulado en el Libro IV, Parte I, Títulos I a V, dedicado a los procedimientos judiciales militares no penales de la L.O. 2/89, Procesal Militar, de 13 de abril.

Mi interés particular en desarrollar una tesis sobre este recurso se centra en tres aspectos fundamentales:

1. Por un lado, es un recurso de configuración reciente pues este recurso se configura a partir de la L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la L.O. 2/89, Procesal Militar. Con anterioridad a esta normativa ha existido una identidad total entre la potestad del mando y la potestad de jurisdicción de las Autoridades Militares Superiores. Puede decirse sin riesgo de incurrir en inexactitud histórica, que el ejercicio de la potestad disciplinaria por las autoridades militares ha sido hasta fechas muy recientes, un ámbito de actuación administrativa absolutamente exento de control jurisdiccional. La L.O. 4/87, la L.O. 2/89, y más tarde la L.O. 8/98 de Régimen disciplinario de las FAS, abren el camino y la posibilidad al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, mediante la configuración del actual del recurso contencioso disciplinario militar, constituyéndose así en el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar.
2. Del estudio en profundidad de este recurso, observo amplias lagunas en su configuración y una inminente necesidad de reforma sobre todo en dos aspectos: la determinación del objeto de este recurso desde un punto de vista

más amplio, así como la imprescindible adecuación de su procedimiento a las previsiones de la ley 29/98 de jurisdicción contencioso-administrativa.

3. Especial vinculación con el trabajo que desarrollo como Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar con destino en la Asesoría Jurídica de la Armada en Canarias. En las Asesorías Jurídicas se tramitan los expedientes disciplinarios por falta grave y expedientes gubernativos que, en la mayoría de los casos, serán impugnados ante la jurisdicción militar a través del recurso contencioso disciplinario militar ordinario.

Este recurso se fundamenta en la existencia de una jurisdicción militar, prevista en el art 117.5 de la CE que establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción, en el ámbito estrictamente castrense. El Tribunal Constitucional ha entendido que una corrección disciplinaria militar pertenece al ámbito castrense y que “su control jurisdiccional exigido por el art 106.1 de la CE puede mantenerse de acuerdo con el art 117.5 de la misma dentro de la jurisdicción militar y quedar excluido de la jurisdicción contenciosa administrativa”.

El fin del recurso contencioso disciplinario reside en el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, adaptada a las específicas condiciones del ámbito castrense. Este control judicial ha de alcanzar un nivel extremo en función de que la administración militar no se ve constreñida por las limitaciones del art 25.3 de la CE el cual prohíbe a la administración civil la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad.

La competencia de los órganos de la jurisdicción militar en el orden contencioso-disciplinario se determina en función de la autoridad sancionadora de la que dimana el acto impugnado, no es el empleo de los sancionados disciplinariamente lo que

determina la competencia sino la jerarquía o empleo del mando sancionador, de forma que lo que la ley ha pretendido es que, en ningún caso, el control judicial de los actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria sea llevado a cabo por un tribunal militar en el que al menos el presidente no tenga la misma graduación que el mando sancionador. Así, el conocimiento del recurso contencioso disciplinario corresponde a la Sala V del Tribunal Supremo, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias y a la Sala de Justicia de Tribunal Militar Central, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.

Para conocer la extensión y contenido de este recurso debemos acudir a los art 448, 453, 468 y 465 de la LOPM de los que se desprende que estamos ante un procedimiento para el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades y mandos militares sancionadores, dictados en aplicación de la Ley Disciplinaria, que causen estado en vía administrativa.

La regulación del recurso contencioso disciplinario en la ley procesal militar, pone de manifiesto que la materia contencioso disciplinaria es corta y reducida porque los actos impugnables son escasos, quedando limitados los efectos de la genérica declaración contenida en la ley 4/87 que extiende la Jurisdicción Militar a la tutela jurisdiccional en vía disciplinaria. Por tanto, cualquier reforma de la ley ha de redefinir estos preceptos. Se puede aducir la conveniencia de adaptar los procedimientos a la nueva ley de jurisdicción contencioso administrativa de 1998, de establecer un nuevo reparto de competencias entre los órganos de la jurisdicción militar o introducir nuevas garantías y recursos, pero la auténtica justificación de una reforma legal reside en configurar el objeto del recurso en su exacta dimensión.

Desde un punto de vista crítico la ley procesal militar, en una futura reforma, debería ampliar el objeto del recurso a los supuestos que se citan a continuación:

El art 465 de la ley procesal militar, admite el recurso en relación con los actos definitivos que imponen sanciones por falta grave y en expediente gubernativo, e impide recurrir los actos de trámite separadamente de los actos definitivos, con la excepción del acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se hubiere producido fuera del plazo señalado. A tenor de esto, las medidas cautelares como es el arresto preventivo son actos de trámite no recurribles separadamente de la resolución sancionadora, y así lo entendió la Sala Quinta hasta que el Tribunal Constitucional en sentencias de 14 de diciembre de 1998 y 8 de marzo de 1999 obligó a variar la doctrina de la Sala.

El art 468 b) declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario respecto de los actos que resuelvan recurso por falta leve que ha sido reiterado en diversos autos y sentencias del Tribunal Supremo. No obstante, el TC, Sala Segunda, en la importante sentencia nº 202/2002, de 28 de octubre, otorga amparo al recurrente al poner de manifiesto el hecho de que al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 LOPM), no es posible impugnar tales actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto. El TC señala que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE "prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa". Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los

Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa. Por ello, el TC otorga el amparo solicitado por el allí recurrente y le restablece en su derecho, declarando la nulidad de tales resoluciones al momento de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario ordinario. Además, la sala en aplicación a lo establecido en el art 55.2 de su L.O. elevó al pleno la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los art 468 b) y 453.2 de la LPM, en el inciso "por falta leve" al apreciar que estos textos están en contradicción con el art 24.1, 106 y 117.5 de la CE.

El art 468 c) establecía un tercer supuesto "La separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria". El Tribunal Constitucional ha señalado que este precepto constituye, así, una excepción a lo dispuesto en el art. 453 de la misma Ley Procesal, que erige al contencioso-disciplinario militar en "el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar" y que lo declara aplicable "a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar de las Fuerzas Armadas". En consecuencia, este precepto fue declarado inconstitucional por sentencia TC de 3 de febrero de 2000.

Pero la jurisdicción militar no sólo debe otorgar la tutela respecto de las sanciones, sino también en todos aquellos aspectos que guarden relación con cualesquiera actos de la normativa disciplinaria, como son las resoluciones

dictadas en procedimientos de la ley 30/92, cuyo contenido material es o trae causa directa de un acto sancionador. Podemos citar dos supuestos concretos:

Las resoluciones dictadas al decidir un recurso extraordinario de revisión administrativo, que el art 19.3 de la ley 30/92 residencia en el orden contencioso administrativo pero que tratándose de la revisión de actos firmes de contenido disciplinario no hay obstáculo alguno para que la ley las atribuya a la jurisdicción militar, sancionando una práctica que ya se observa en los escasos supuestos que se presentan.

Los casos de responsabilidad patrimonial de la administración cuando la lesión o los perjuicios tengan su causa en la imposición de una sanción posteriormente revocada. Hasta el momento la reparación indemnizatoria se hace valer a través de diferentes vías y ante distintos órganos judiciales: Bien de modo conjunto con la pretensión de anulación de una sanción en el recurso contencioso-disciplinario. De forma autónoma una vez obtenida la anulación de la sanción en la jurisdicción militar, con la instrucción de un expediente administrativo (art 142 de la ley 30/92) cuya resolución por el Ministro de Defensa determina la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de la misma en única instancia. Este tratamiento dual no favorece la seguridad jurídica, ni la unidad de criterio en la materia, sino que sustrae la competencia de la jurisdicción militar de gran parte de las reclamaciones económicas en reparación de daños producidos ante la errónea aplicación de la normativa disciplinaria, acordada por los órganos judiciales de la jurisdicción militar que se ven privados de pronunciarse sobre una de las consecuencias (las indemnizatorias) a que puede conducir la revocación de la sanción. En esta dirección la sala dio un paso adelante arrogándose la competencia para conocer de la resolución del ministro que en vía de recurso anulo la sanción pero desestima la indemnización de

daños solicitada conjuntamente, y la sala entra a conocer de ésta última, aunque la pretensión judicial no se ejercite de modo simultáneo a la nulidad de la sanción, ya obtenida en vía disciplinaria así la sala otorga tutela judicial efectiva para juzgar si la resolución es ajustada a derecho en el pronunciamiento que inadmitió una pretensión indemnizatoria.

Pienso que es favorable una reforma del recurso contencioso disciplinario militar, pero que le dote de su exacto contenido configurándolo como el medio idóneo para satisfacer judicialmente todas las pretensiones que guarden directa relación con la adopción de cualesquiera de los actos contemplados en la normativa disciplinaria.

Están legitimadas para interponer este recurso las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria. No obstante se admite la legitimación “honoris causa” o sustitución procesal. La legitimación “honoris causa” que prevé la ley procesal militar entraría dentro del concepto de interés legítimo de prevé la ley de jurisdicción contencioso administrativa.

La ley 2/89, Procesal Militar dice que en la configuración del actual recurso contencioso disciplinario se ha seguido la pauta del contencioso administrativo de la ley de 1956. Por esto la reforma llevada a cabo por la actual ley 29/98, justifica la modificación del contencioso disciplinario militar, para traer a la misma las mejoras de la nueva ley contencioso administrativa. Como he apuntado la presente tesis se centra en un estudio crítico del actual sistema por lo que a lo largo de la tesis se exponen las reformas que serían necesarias al amparo de la ley 29/98 y que cito las siguientes:

1. Si bien la ley 29/98 introduce la posibilidad de que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse directamente mediante demanda, en el

ámbito contencioso disciplinario el procedimiento se inicia siempre mediante el escrito de interposición pese a que, como he apuntado a lo largo de esta tesis, en este procedimiento no se admiten coadyuvantes, al considerar que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora. Por tanto, considero que sería interesante adecuar el procedimiento contencioso disciplinario a fin de que este procedimiento se pudiese iniciar directamente mediante demanda.

2. Los motivos de inadmisión del escrito de interposición que señala la ley procesal militar son: la falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal, deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el art 468, no haberse interpuesto los recursos en vía disciplinaria que fuesen preceptivos y haber caducado el plazo de interposición del recurso. No obstante, la ley 29/98 permite que se puede declarar la inadmisibilidad cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme. No se trata de que el tribunal aprecie que existe cosa juzgada, pues no se exige que haya identidad de supuestos, en definitiva se remite a la subjetividad del juez apreciar que sean en efecto sustancialmente iguales esos otros recursos. Considero que sería muy conveniente adecuar, en una futura reforma de la ley procesal militar, admitir la posibilidad de inadmisión por cuestiones de fondo en supuestos análogos.
3. La ley 29/98, señala que trascurrido el término para la remisión del expediente sin que hubiere sido enviado, el recurrente puede pedir, por si o por iniciativa del tribunal que se le conceda plazo para formalizar la demanda. Esta posibilidad se configura como un derecho de la “parte recurrente” que puede optar por la espera, y no como una medida que pueda ser acordada de oficio por el órgano jurisdiccional, al cual sólo se le atribuye una facultad de sugerencia. Considero que se debería acomodar la redacción del art 481 de la LPM a las previsiones del art 54 de la ley 29/98 y respecto a la cuestión de si

es posible la formalización de la demanda si reclamar el expediente disciplinario, en el ámbito disciplinario militar, esta posibilidad es reconocida expresamente en el recurso contencioso disciplinario preferente y sumario y se armoniza perfectamente con el principio constitucional de igualdad procesal.

4. La ley procesal dispone que al analizar el expediente el demandante puede estimar que no se encuentra completo, en cuyo caso solicita del Tribunal, dentro de los cinco primeros días de los quince que le han concedido para formalizar la demanda, que se reclamen los antecedentes adecuados para completarlo suspendiéndose el curso para la formalización de la demanda. La ley 29/98 establece que si el expediente no está completo las partes dentro del plazo para contestar a la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo. La novedad fundamental es que desaparece el límite de los 5 días del plazo de demanda o contestación quedando habilitado todo el plazo legal de 20 días para hacer la solicitud. Por ello, considero que se debería adaptar el art 483 a lo establecido en la ley 29/98 y habilitar todo el plazo legal de 15 días para formular la demanda.

La ley 29/89 prevé que el tribunal examine de oficio la demanda y requiera al demandante para que subsane las faltas de que adolezca en plazo no superior a 10 días. Si la subsanación no se efectúa en tiempo se ordena el archivo de las actuaciones. Se trata de evitar la tramitación de procesos que estén destinados al fracaso a consecuencia de incumplimiento de los requisitos de forma.

La ley 29/98 establece que el actor podrá pedir por OTROSI en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de la vista y conclusiones. Este supuesto legal se dirige a los actores que pretendan tener una sentencia rápida. La elección de esta opción por el actor implica la aceptación del riesgo que supone no permitirle conocer cuales son las argumentaciones de la administración en la contestación y no poder aportar

nuevos documentos que desvirtúen estas argumentaciones. En la medida en que contribuye a abreviar el proceso, opino que este precepto ha de considerarse digno de elogio y aplicable al ámbito militar.

La ley 29/98 introduce como novedad que a la administración demandada no se le admite el escrito de contestación si no se acompaña de la remisión del expediente. Estimo que sería oportuna la acomodación del art 481 a las previsiones

TITULO I- ANTECEDENTES

I. INTRODUCCION

El vigente Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario se configura a partir de la L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la L.O. 2/89, Procesal Militar.

Con anterioridad a esta normativa podemos distinguir las siguientes etapas:

Precedentes remotos

Precedentes inmediatos de las Ordenanzas

Ordenanzas Generales

Codificación del derecho Penal Militar.

La etapa del Código de Justicia Militar de 1980 del Ejército de Tierra y de las leyes militares de marina de 1888 y 1894, antecedentes y modificaciones.

La etapa de vigencia del Código de Justicia Militar de 1945 y sus modificaciones.

La situación a partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978.ç

El período que se inicia con la entrada en vigor de la L.O. 12/85, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

II. PRECEDENTES REMOTOS

En el derecho romano se consagró un fuero especial para militares con respecto a cualquier clase de delito¹. El derecho romano, emanado de un pueblo que se destacó pronto por el acusado desarrollo de su potencia militar, se encuentran instituciones de derecho militar con estructura y rasgos de psicología admirables.

¹ ENRICO PESSINA "Elementos de derecho Penal. Madrid, H.de Reus 1913, pag 249.

En la Edad Media, el fin de la civilización romana ocasiona la pérdida de tan interesante desenvolvimiento jurídico. En el derecho bárbaro y en el visigodo hay huellas del ejercicio de la jurisdicción castrense por parte de duques y tiufados.²

En la época feudal, la organización de la vida civil estuvo influida por el tono militar. Toda la administración de la justicia feudal tenía sabor castrense, y una de las más preciadas prerrogativas feudales era el derecho de justicia, reservado al señor sobre su gente. Atisbos legislativos medievales en materia militar, se encuentran en algunas disposiciones del fuero Juzgo³, del Fuero Real⁴, del Ordenamiento de Alcalá⁵, en las Ordinationes Ripariare, aparecidas en Barcelona en 1258 y en las castellanas Ordenanzas de los armamentos para la guerra del Corzo, del S. XIII⁶. El más antiguo precedente de este sistema debió ser el otorgado en 1247 a Ramón Bonifaz, por Fernando el Santo, confiriéndole el mando de la Armada contra Sevilla.⁷

Las siete partidas contienen normas que fijan los ámbitos de la jurisdicción militar en forma más explícita y sistematizada. El código de Alfonso X el Sabio puede considerarse como el arranque de nuestra legislación militar nacional, y así lo proclama Almirante⁸. A pesar del mayor volumen e importancia de los preceptos de las Partidas no se puede hablar de leyes militares integra y propiamente dichas, ni menos de Ordenanzas, en el sentido tradicional de esta palabra, mientras se trate de reglas jurídicas, sueltas o más o menos agrupadas, pero sin unidad e independencia.

² V. las Glosas de Gregorio López a las Partidas; notas 3,4 y 7 de la Ley XVI del Tit IX, de la Segunda.

³ Título II, Libro IX "De los que non van a la hueste et fuyen dela"

⁴ Título XIX, Libro IV, Principalmente las leyes 2 y s. que definen el delito de traición militar, y las 1 y 2 del título XXV, que tratan de los navíos.

⁵ Ley 5 del título XXXI, acerca de la traición y la rebeldía militar contra el rey.

⁶ V, Miguel de Angulo "Los Auditores de la Armada", Madrid, Edit Reus 1930. pag 7 y Juan de D. Blanca "El Cuerpo Jurídico de la Armada", tomo 17 de la Biblioteca del camarote. Revista General de Marina Madrid, de 1946.

⁷ V. Francisco Javier de Salas, "Marina española de la Edad Media", Madrid. Tomo I, pag 9 a 102.

⁸ En su diccionario Militar.

III. PRECEDENTES INMEDIATOS DE LAS ORDENANZAS

En el S.XVI se encuentran las primeras ordenanzas navales, como recopilación de las abundantes leyes, cédulas y ordenes reales por las que se regía cada una de las Armadas particulares o flotas que se empleaban en misiones políticas, descubridoras o militares. Una de ellas es la Orden Real de la navegación en Indias. Establecía las reglas que habían de observarse en la administración de la justicia en las flotas del atlántico, tanto en orden al mantenimiento de la disciplina entre las dotaciones, como en la defensa de las naves y los territorios descubiertos y colonizados contra piratas y corsarios.

Para las fuerzas terrestres solían dictarse en el S.XVI, por los Capitanes Generales que mandaban huestes destinadas a cada una de las abundantes y victoriosas empresas bélicas, bandos o proclamas con las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados y las penas y procedimientos contra los infractores. Sirvan de ejemplo las de Hernán Cortes de 1520; por el emperador Carlos V en 1536; el famoso discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado, dictado de orden del duque de Alba en 1568, etc.

Importantísimas fueron años más tarde las Ordenanzas e Instrucciones del Duque de Parma y Plasencia de 1587 llamadas también las primeras de Flandes. La Ordenanza organiza la justicia militar como un servicio al ejército.

Durante el S. XVII abundan las ordenanzas parciales dictadas para determinados Ejércitos o Armadas. Para las fuerzas terrestres pueden citarse las de 1603, 1611 y 1632. Para la marina hay una ordenanza para las armadas del océano de 1606 y existen otras varias de galeones y galeras de 1608, 1613 y 1618. En 1650 se dicta una Ordenanza dada al segundo D. Juan de Austria, gobernador que fue de todas las fuerzas marítimas del reino. En tiempos de

Carlos II se editó una recopilación de las Leyes de Indias, que contienen diversas disposiciones interesantes del derecho penal militar.

En la primera mitad del S.XVIII siguen proliferando Ordenanzas parciales de vida efímera y secundario interés. Entre estas están las segundas de Flandes de 1701 y las de 1704, 1706 y 1716. Con respecto a la marina destacan las Ordenanzas del Infante Almirante de 1737 dictadas por Felipe V y dedicadas a su hijo el infante D. Felipe, designado Almirante de todas las fuerzas navales.

IV. LAS ORDENANZAS GENERALES

Hay que reconocer a la casa Borbón el mérito de la publicación de las admirables ordenanzas generales militares y navales españolas del s. XVIII que encerraban los principios fundamentales de la disciplina y del honor militar. Distinguimos:

Las Ordenanzas de la Armada de 1748.

Su redactor fue el capitán de navío y primer Mayor General de la Armada D. Joaquín Aguirre y Oquendo. Se inspiró no sólo en los precedentes legislativos patrios, sino principalmente en las Ordenanzas francesas de 15 de abril de 1689. A efectos de nuestro estudio, la parte más interesante es el epígrafe de la disciplina y materias de justicia. Sus cinco títulos se ocupan de la política y disciplina en buques; de los individuos y casos sujetos a la jurisdicción de marina; del consejo de guerra criminal; de los crímenes que deben examinarse en consejo de guerra y penas que les corresponde y del modo de sustanciarse las causas de los Oficiales de guerra de la Armada.

Las Ordenanzas del Ejército de 1768

El Conde de Aranda dispuso la constitución de una Junta a la que se dio el encargo de elaboración del Cuerpo legal deseado, cuyo verdadero redactor fue el secretario de la Junta Teniente General del ejército D. Antonio Oliver.

Se publicaron con el título Ordenanzas de su Majestad para el gobierno, disciplina, subordinación y servicio del ejército. Constan de 8 tratados y

comprenden numerosas disposiciones acerca de los deberes militares y medios de hacerlos cumplir; reglas de carácter técnico referentes al arte de la guerra; normas de régimen interior y buen gobierno, etc, aparte de las leyes relativas al ejercicio de la jurisdicción militar y al castigo de los delitos y faltas de este orden.

Ordenanzas de la armada de 1793

El tiempo que media entre unas y otras ordenanzas navales coincide con el florecimiento de la marina, las disposiciones de 1748 quedaron anticuadas en la parte relativa a la orgánica militar y técnica pero no paso lo mismo con la parte de organización y leyes judiciales, que no precisaba reforma y por esto se conservó hasta el S. XIX en la forma establecida en la primitiva Ordenanza.

Están divididas en tratados y títulos, el quinto se ocupa de la policía interior, servicios ordinarios y disciplina marinera a bordo.

V. CODIFICACION DEL DERECHO PENAL MILITAR

En plena guerra de la independencia y por innegable influjo de la ideología liberal del mismo ejército del enemigo invasor, se planteó en España el sistema político constitucional. Con él se introdujo el prurito codificador en todas las ramas de la legislación que constituía uno de los principales postulados del programa napoleónico del gobierno.⁹ En 1810, las Cortes de Cádiz acordaron la publicación de “códigos concisos, claros y adaptados a las necesidades de la época”.¹⁰

La labor de la comisión de codificación, creada al efecto, se vio interrumpida con la restauración del absolutismo de Fernando VII, quien en 1814 disolvió aquella.

Las alternativas y el retorno al constitucionalismo plantearon el problema codificador.

Comenzó la codificación por el derecho penal común, pero la codificación del derecho militar empezó también a ser solicitada, aunque sólo con referencia a su parte penal.

⁹ DE QUEROL y DURAN Fernando, “Principios de Derecho Militar Español”, con arreglo al Código de Justicia Militar de 1945, Editorial Naval, pag 41.

¹⁰DORADO MONTERO, “Balance penal de España en el S. XIX, pag 133.

Mucho tiempo tardó en darse cima a la empresa al estar el derecho Militar enlazado siempre con el régimen y disciplina de los ejércitos.

Pero había dos consideraciones que la hacían apremiante:

De un lado, en muchos de los grandes y repetidos cambios políticos ocurridos entre 1812 y 1876 (constitucionalismo de Cádiz, reacción absolutista de Fernando VII, levantamiento de Riego, reposición en sus derechos al monarca después de la intervención militar francesa con los cien mil hijos de San Luis, guerra carlista, deposición de la regente Maria Cristina y después de Espartero, revolución de 1868, reinado de Amadeo I, primera república, cantonalismo y restauración de Sagunto, etc), por lo que intervinieron con pronunciamientos y cuarteladas las fuerzas militares terrestres y navales. Este fenómeno social señaló como indispensable una revigorización de las normas castrenses mantenedoras de la disciplina.

Por otra parte, había variado el concepto y la organización de muchas instituciones militares. Así, el servicio obligatorio y las nuevas reglas para el reclutamiento daban un carácter y psicología muy distintos a los antiguos en la gran masa de la tropa y la marinería como consecuencia de su edad y extracción.

A ello, puede añadirse el cuidadoso deslinde que a partir del decreto-ley de unificación de fueros y de la Ley Orgánica del Poder Judicial Común de 1870, se ha hecho de los campos de las jurisdicciones común y especiales, antes notablemente confusos en sus límites.

Fruto, aunque precipitado y poco maduro¹¹ del intento de remediar las apuntadas necesidades, fueron:

- Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra de 10 de marzo de 1884.
- Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884.
- Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de septiembre de 1886¹²

¹¹DE QUEROL y DURAN Fernando. OP. CIT. Pag 42.

Estas leyes se separaron demasiado del espíritu y sanos principios de la tradición militar para inspirarse en corrientes doctrinales del momento. Pero el mal fue general a la mayoría de los países porque como señala Manzini, todos los Códigos militares traen su origen de las instituciones creadas por la revolución francesa. El hecho es que los redactores de tales leyes se olvidaron demasiado de que en un moderado rigor en las penas y en una escrupulosa exigencia de los más mínimos deberes es, donde radica la justificación de la existencia de un derecho especial castrense, distinto al penal ordinario, que se aplica al común de los ciudadanos en circunstancias normales.¹³

VI. CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1890 DEL EJERCITO DE TIERRA

El Código de Justicia Militar de 1890 fue publicado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890 y que estuvo vigente hasta la ley de 17 de julio de 1945,¹⁴ que lo derogaba estableciendo un nuevo código.

El código de 1890 comprendía las normas orgánicas judiciales, penales y procesales. Lo redactó una Comisión creada por Real Decreto de 2 de noviembre de 1887, al año siguiente de la edición de la última de las tres leyes antes mencionadas, sin duda a la vista de fracaso que representaban.¹⁵

El régimen de faltas militares se contenía en el título XI que pasamos a exponer:

A) Faltas graves

El código de justicia militar de 1890 regulaba en el título XI "Faltas y correcciones", Capítulo II "Faltas Graves".¹⁶

B) Sanciones por falta Grave

¹²GONZALEZ DELEITO y DOMINGO NICOLAS. Justicia Militar en la España Nacional 1: la Jurisdicción Militar en el periodo de 1918-1936. Justicia en Guerra. Madrid. 1990.

¹³DE QUEROL y DURAN Fernando. OP. CIT. Pag 42 y 43.

¹⁴DE QUEROL y DURAN Fernando. "Principios de Derecho Militar Español". Editorial Naval. Madrid. 1946.

¹⁵DE QUEROL y DURAN Fernando. OP. CIT. Pag 43.

¹⁶CJM de 1890, art 319 a 332.

Se establecía que las faltas graves eran las acciones u omisiones que se castigaban mediante procedimiento especial con las siguientes correcciones:

Para los Oficiales:

suspensión de empleo de dos meses y un día a un año

arresto de dos meses y un día a seis meses.

Para los individuos de tropa:

destino a un cuerpo de disciplina de uno a seis años

recargo en el servicio de dos meses a cuatro años

arresto de dos meses y un día a seis meses.¹⁷

C) Procedimiento por Falta Grave

Se establecía en el Código que las faltas que en vía judicial, hayan de ser corregidas con suspensión de empleo, destino a un cuerpo de disciplina, recargo en el servicio o arresto de más de dos meses, eran objeto de expediente, que se tramitaba por un instructor y un secretario, nombrados con sujeción a las reglas establecidas para los procedimientos criminales.¹⁸ El expediente contenía las pruebas que fuese posible recabar de la existencia de la falta y responsabilidad del acusado, a quien se recibía declaración no jurada y se le daba conocimiento de los cargos que le resultaren para que, en comparecencia ante el instructor, los contestase y se defendiese. Si hiciere alguna cita, se evacuaba en caso de que por el instructor se considerase pertinente. Este, según los méritos de lo actuado, pedía la imposición del correctivo que correspondiese, elevando el expediente a la superioridad. La Autoridad Judicial, oído su Auditor, dictaba la providencia que estimare justa, la cual era firme.¹⁹

D) Recursos frente a sanciones impuestas por falta grave

No cabía recurso alguno, la Autoridad Judicial, oído el Auditor dictaba providencia la cual era firme, no obstante, cuando a juicio de la Autoridad judicial con su Auditor, el

¹⁷CJM de 1890, art 310.

¹⁸CJM de 1890, art 700

¹⁹CJM de 1890, art 701.

hecho constituyere delito, se continuaba el procedimiento criminal por los trámites ordinarios.²⁰

F) Faltas leves

Se regulaban en el título XI “Faltas y Correcciones”, Capítulo III “Faltas leves” donde se establece un catálogo de faltas²¹ incluso se dispone que las faltas leves no tipificadas expresamente en esta ley, será, corregidas según prudente arbitrio de los jefes respectivos, con sujeción a reglas generales aplicables en cada caso.²²

G) Sanciones por Falta Leve

Se dispone que son faltas leves las acciones u omisiones que se castigan directamente por los jefes respectivos, con las siguientes correcciones:

Para los Oficiales

Arresto en su casa o en banderas hasta ocho días

En castillo u otro establecimiento militar desde quince días hasta dos meses

Apercibimiento

Reprensión

Para los individuos de las clases de tropa:

Deposición de empleo²³

Arresto en el Cuartel o en la compañía hasta ocho días, en la prevención hasta quince y en el calabozo hasta dos meses.

Los sargentos sufrirán este último arresto, con separación de los cabos y soldados.

Recargo en actos del servicio mecánico.

H) Procedimiento por Falta leve

Se establecía que las faltas militares no comprendidas en las leyes penales serían corregidas directamente mediante el oportuno esclarecimiento por los Jefes

²⁰CJM de 1890, art 702.

²¹CJM de 1890, art 335.

²²CJM de 1890, art 338.

²³CJM de 1890, art 311.

respectivos, con arreglo a sus facultades. Los corregidos si se consideraban ofendidos podrían acudir a sus Jefes con la representación de su agravio, y si no obtuviesen de ellos la satisfacción a que se juzguen acreedores, podrán llegar hasta S.M. por conducto del Ministerio de la guerra.²⁴

I) Recursos por Falta leve

Se establece un sistema de sucesivas alzas pudiendo llegar a S.M. por conducto del Ministerio de la Guerra.

J) Expediente Gubernativo

Se establecía que se instruía expediente gubernativo cuando fuese perjudicial la continuación de algún oficial en el servicio por alguna de las causas tipificadas en la ley (notas desfavorables acumuladas, mala conducta habitual e incorregible, deudas injustificadas, faltas contra el honor, quedar postergado para el ascenso por tres años consecutivos).²⁵

K) Procedimiento Gubernativo

Los expedientes gubernativos se instruirán en virtud de Real Orden, por acuerdo del Consejo Supremo de Guerra y marina o por disposiciones de los Capitanes Generales e inspectores de las armas e institutos del ejército, ya obren estas Autoridades por propia iniciativa, ya por consecuencia de informes o reclamaciones de los Jefes de cuerpo.²⁶

Asimismo se establecía que los nombramientos de Instructor y de Secretario se harán por la Autoridad que ordene la formación del expediente o reciba la orden de proceder con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado Primero, procurando que no pertenezcan al Cuerpo del acusado.²⁷

Practicadas las diligencias de que queda hecho mérito, el Instructor emitirá informe proponiendo la situación definitiva a que el encartado deba pasar o la resolución que

²⁴CJM de 1890, art 699.

²⁵CJM de 1890, art 705 y 706

²⁶CJM de 1890 art 707.

²⁷CJM de 1890 art 708.

crea más procedente, remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación.²⁸

Emitido dictamen por el Auditor, en los casos que proceda, la Autoridad Militar elevará con su parecer el expediente al Ministerio de la Guerra para la resolución de S.M., previo informe del Consejo Supremo de Guerra y Marina, si las diligencias se hubiesen instruido por virtud de real orden, por acuerdo de dicho consejo o por disposición de la misma Autoridad Judicial.²⁹

L) Recursos frente a la resolución del expediente gubernativo

Mediante el cual podía acordarse la separación del servicio de los Oficiales.³⁰

Los oficiales separados gubernativamente del servicio, quedaban fuera del ejército, sin poder volver a él, expidiéndoseles el retiro o la licencia absoluta, según correspondiese, no cabía recurso alguno.

Pero si del expediente gubernativo no resultase la separación del servicio del interesado se dejarían integras las facultades de la Autoridad que hubiese dado la orden de proceder, para castigar, si lo creyese justo, el hecho o hechos origen del expediente.³¹

VII. LAS LEYES MILITARES DE MARINA DE 1888 Y 1894

En la marina de guerra fueron varias las tentativas de codificación y reforma del derecho penal. El 24 de agosto de 1888 se promulgó el Código Penal de la Marina de Guerra.

La ley de organización y atribución de los tribunales de marina y ley de enjuiciamiento militar de marina se publicaron el 10 de noviembre de 1894.

²⁸C.J.M de 1890 art 713.

²⁹CJM de 1890, art 715.

³⁰CJM, de 1890 art 716.

³¹CJM de 1890, art 719.

Estas leyes tuvieron como fin, confesado en la propia exposición de motivos del Real Decreto promulgatorio, acomodar el derecho penal de la Armada con el del ejército de tierra, que acababa de cristalizar en el código de 1890.

A) Faltas disciplinarias

Se establecía que el consejo de disciplina conocería de las faltas penadas en el título I del Libro III del Código penal de la marina de guerra.³² No estaban sujetos a los Consejos de disciplina los guardiamarinas, aspirantes a la escuela naval y alumnos de las academias de Infantería de marina y Administración. Tampoco los aprendices marineros, mientras pertenezcan a su escuela, los cuales eran corregidos en la forma que determinen sus reglamentos.³³

B) Procedimientos ante los Consejos de Disciplina

El procedimiento se iniciaba con el correspondiente parte que una vez recibido por la Autoridad que correspondiese disponía lo conveniente para la celebración del Consejo de Disciplina.

La composición de los Consejos de Disciplina variaba según se constituyese en un buque (el jefe y dos Oficiales), un Arsenal (el Ayudante Mayor u otro Jefe y dos Oficiales), en un batallón o destacamento de fuerzas de Infantería de Marina (un Jefe y dos oficiales del mismo)³⁴.

El consejo de disciplina se iniciaba con la lectura del parte y en el acto se ratificaba por el que lo hubiese dado. El presidente ordenaba la presentación del acusado, a continuación los testigos y después el defensor, si lo hubiere y si no se le daba voz al acusado. Terminado el procedimiento quedaba visto para sentencia que no sería fundada pero si expresaba el artículo del Código Penal de la Marina de Guerra aplicable a la falta cometida.

Lo actuado se remitía al jefe que ordenó la celebración del Consejo, el cual lo pasaba a la autoridad jurisdiccional de quien dependa, para que con dictamen de su Auditor

³² Ley de marina de 1888, art 47.

³³ Ley de Marina de 1888, art 48

³⁴ Ley de Marina de 1888, art 41 a 46.

dicte la resolución que corresponda.³⁵ La decisión de la autoridad Judicial oído su Auditor era firme.³⁶

C) Expediente Gubernativo

Se instruía expediente gubernativo cuando fuese perjudicial la continuación de algún oficial en el servicio por alguna de las causas tipificadas en la ley: notas desfavorables acumuladas, mala conducta habitual e incorregible, deudas injustificadas, faltas contra el honor.³⁷

D) Procedimiento Gubernativo

Los expedientes gubernativos se instruirán en virtud de Real Orden, por acuerdo del Consejo Supremo de Guerra y Marina o por disposiciones de los Capitanes Generales o Comandantes Generales, ya obren estas Autoridades por propia iniciativa, ya por consecuencia de informes o reclamaciones de los Jefes a quien corresponda.³⁸

Asimismo se establecía que los nombramientos de Instructor y de Secretario se harán por la Autoridad que ordene la formación del expediente o reciba la orden de proceder con sujeción a las reglas establecidas en esta ley.³⁹

Practicadas las diligencias de que queda hecho mérito, el Instructor emitirá informe proponiendo la situación definitiva a que el encartado deba pasar o la resolución que crea más procedente, remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación.⁴⁰

Emitido dictamen por el Auditor, en los casos que proceda, la Autoridad Militar elevará con su parecer el expediente al Ministerio de Marina para la resolución de S.M., previo informe del Consejo Supremo de Guerra y Marina.⁴¹

E) Recursos frente a la resolución del expediente gubernativo

Mediante el cual podía acordarse la separación del servicio de los Oficiales.⁴²

³⁵ Ley de Marina de 1888, art 390 a 402.

³⁶ Ley de marina de 1888, art 403.

³⁷ Ley de Marina de 1888, art 428.

³⁸ Ley de Marina de 1888, art 430.

³⁹ Ley de Marina de 1888, art 431.

⁴⁰ Ley de Marina de 1888, art 436.

⁴¹ Ley de marina de 1888, art 437 y 438.

Los oficiales separados gubernativamente del servicio, quedaban fuera del ejército, sin poder volver a él, expidiéndoseles el retiro o la licencia absoluta, según correspondiese, no cabía recurso alguno.⁴³

Pero si del expediente gubernativo no resultase la separación del servicio del interesado se dejarían integras las facultades de la Autoridad que hubiese dado la orden de proceder, para castigar, si lo creyese justo, el hecho o hechos origen del expediente.⁴⁴

VIII. MODIFICACIONES DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1890 Y LEYES DE MARINA DE 1888 y 1894.

Las referidas leyes penales y procesales fueron modificadas por las normas que se citan:

Los Reales decretos de 19 de marzo de 1919, dictado en cumplimiento a la ley de Bases de 29 de junio de 1918 y la Real Orden Circular de 16 de octubre de 1920, consecuencia del Real Decreto de 7 del mismo mes, respectivamente.

Durante la Segunda República, por decreto de 11 de mayo de 1931, se acaba con la competencia para entender de delitos en razón de la persona o el lugar, entendiéndose sólo de delitos tipificados como militares; se acaba con la capacidad jurídica entre otros de los Capitanes Generales, siendo asignados sus competencias a los Auditores también por decreto de 11 de mayo de 1931⁴⁵ y se crea la Sala VI en el Tribunal Supremo, suprimiéndose el Consejo de Guerra y Marina.

⁴² Ley de Marina de 1888, art 439.

⁴³ Ley de Marina de 1888, art 440.

⁴⁴ Ley de marina de 1888, art 442.

⁴⁵ Por decreto Ley de 11 de mayo de 1931, se priva de jurisdicción entre otros a los capitanes generales, aunque por ley de 17 de julio de 1935, se les vuelve a conferir la jurisdicción.

Mas tarde con la sublevación militar, se deroga la legislación anterior, a esta derogación se refieren las leyes de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, que restablecieron en su vigor la legislación militar anterior al 14 de abril de 1931, salvo las modificaciones introducidas por la ley de 26 de julio de 1935. Así, la Junta de Defensa Nacional⁴⁶ asume todos los poderes en Justicia, volviéndose a la situación anterior a 1931, hasta la creación del Alto Tribunal de Justicia Militar⁴⁷ en fecha 24 de Octubre de 1936, quien los mantuvo durante toda la guerra, siendo sustituido por el Consejo Supremo de Justicia Militar creado por Ley de 5 de septiembre de 1939.

La jurisdicción del aire creada por la ley de 1º de septiembre de 1939, ha venido rigiéndose interinamente por el Código de Justicia de 1890.

IX. CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

Por ley de 17 de julio de 1945 se promulgó el nuevo Código de Justicia Militar, común a los tres ejércitos de tierra, mar y aire y que entró en vigor el 25 de agosto siguiente.

El régimen disciplinario se encontraba, prácticamente en su integridad, dentro del Código de Justicia Militar de 1945⁴⁸, las únicas excepciones eran las relativas a infracciones de disciplina escolar contempladas en sus reglamentos específicos, y las especialidades contenidas en el Real Decreto 353/77 para separación del servicio de los miembros de la Guardia Civil.⁴⁹ El derogado C.J.M. se caracterizó por una

⁴⁶La Junta de Defensa Nacional es proclamada el 23 de julio de 1936 y establecida por decreto número 1 de 24 de julio de 1936, ubicando su sede en Burgos e integrada sólo por militares, permaneciendo hasta la transmisión de sus poderes al General Franco y la creación de la Junta Técnica de Estado que la sustituiría. Aranzadi. Repertorio Cronológico de Legislación.

⁴⁷El Alto Tribunal de Justicia Militar estaba compuesto por:

- Un Presidente con categoría de Teniente General o General de División.
- Cuatro Vocales que eran dos generales del Ejército, Uno de la marina y un vocal auditor (Jurista).

⁴⁸MILLAN GARRIDO "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁴⁹BALAZO RUIZ- GALLEGOS M, "El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la L.O. 12/85", en revista de derecho público, nº 106 (1987), pag. 57.

ausencia total de recursos.⁵⁰ Bajo la vigencia del CJM existía una identidad total entre la potestad del mando y la potestad de jurisdicción de las Autoridades Militares Superiores.⁵¹ Puede decirse sin riesgo de incurrir en inexactitud histórica, que el ejercicio de la potestad disciplinaria por las autoridades militares ha sido hasta fechas muy recientes, un ámbito de actuación administrativa absolutamente exento de control jurisdiccional.⁵² Así el Código de Justicia Militar de 1945, texto obsoleto que ya en su momento resultó desfasado frente a la legislación común coetánea, y que no fue más que una reforma de compromiso refundiendo el viejo Código de 1890 y las Leyes Militares de Marina de 1888 y 1894.⁵³

A) Faltas leves

Se regulaban en el Título XV del CJM “Faltas y correcciones”, en el art 414 se establecía que son faltas leves las enunciadas en el capítulo tercero del mismo. La relación de faltas leves se contenía en los art 443 a 447 CJM.

B) Sanciones por Falta Leve

Se establecía en el art 416 que las faltas leves se castigan directamente por los Jefes respectivos⁵⁴ con las correcciones siguientes:

Para los Oficiales y Suboficiales: arresto en su casa, buque, banderas, cuartel o dependencia de destino, hasta catorce días, y en castillo u otro establecimiento militar desde quince días a dos meses. Reprensión.

Para los individuos de las clases de tropa y marinería: arresto hasta dos meses.

Deposición de empleo. Recargo en actos del servicio mecánico.

⁵⁰ ALVAREZ ROLDAN Luis y FORTUN ESQUIFINITO Ricardo, "La Ley Disciplinaria", 1996, pag. 363.

⁵¹ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. "2/89 Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2082.

⁵² JIMENEZ VILLAREJO, "Potestad Disciplinaria y Control Jurisdiccional", pag. 5.

⁵³ VALENCIANO ALMOYNA Jesús, "La reforma de la justicia militar en España durante la transición", Revista Española de Investigaciones Sociológicas "El papel de las Fuerzas Armadas en la transición Española". Centro de Investigaciones Sociológicas (C.I.S) Nº 36, Octubre-Diciembre de 1986, pag 141.

⁵⁴ MILLAN GARRIDO "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

En el supuesto de estado de sitio y cuando la responsabilidad por estas faltas alcance a personas no militares, se las sancionará con arresto menor.⁵⁵

Tanto las sanciones por falta leve como por falta grave tienen sus precedentes en los art 310 y 311 del Código de Justicia de 1890, art 329 del Penal de la Marina de Guerra de 1888, art 53 y 54 del reglamento de suboficiales de 10 de julio de 1935 y reglamento para el Detall y régimen interior de los cuerpos del ejército de 1º de julio de 1896.

Aquí entendemos⁵⁶ que se puede afirmar que entre las penas de los delitos y las correcciones de las faltas existe paridad cualitativa, pero una diferenciación cuantitativa y gradual. Las correcciones se conciben, en frase de Saldaña⁵⁷, como miniaturas de pena.

Respecto a las faltas leves se elimina el apercibimiento para los Oficiales, lo que responde a la identidad de este castigo y el de represión. La exposición de motivos de la ley no hace referencia más que al art 311 del anterior código de justicia militar de 1890 y no tiene presente el 326 del penal de la marina de guerra de 1888. En relación a este hay otras supresiones: el semiarresto llamado privación de turnos de salida y el plantón con carabina, tan tradicionales en la Armada, desaparecen y se simplifica la corrección de arresto, que en consideración a la forma y lugar de su cumplimiento, tenía en la legislación de marina quizá excesiva e infundada variedad de especies.

C) Recursos frente a faltas leves

Se regulaba en el Título XXIV “De los procedimientos para las faltas”. Se disponía que las faltas leves cometidas por militares serán corregidas directamente previo el oportuno esclarecimiento por los Jefes respectivos con arreglo a sus facultades. Es decir, las faltas leves se sancionaban por los Jefes facultados para ello, directamente, es decir, sin trámite ni formalidad.

⁵⁵Código de Justicia Militar de 1945, art 416.

⁵⁶DE QUEROL y DURAN. OP. CIT. Pag 649.

⁵⁷ SALDAÑA, “Adiciones a Listz, tomo iii, pag 211 y 212.

Los corregidos si se consideran ofendidos, y sin perjuicio de que comiencen a cumplir el correctivo, podrán acudir directamente en queja con la representación de su agravio al Jefe superior inmediato del que impuso la sanción, y si no obtuvieren de éste la satisfacción a que se juzguen acreedores, podrán llegar en orden sucesivo hasta el Jefe del Estado por medio del Ministerio de que dependan.⁵⁸

Asimismo, se establecía que el derecho de recurrir prescribía al mes de extinguido el correctivo.⁵⁹

Se establecía un sistema de sucesivas alzas pudiendo llegar en orden sucesivo hasta el orden sucesivo hasta el Jefe del Estado por medio del Ministerio del que dependiesen, de honda raigambre castrense.⁶⁰

Este sistema fue tachado de “momia jurídica, inoperante sólo sostenida por una tradición vacía de sentido”.⁶¹ Como observa la doctrina constituían un instrumento más nominal que efectivo, ya que eran muy escasos los que se interponían y desde luego muy pocos los que prosperaban.⁶²

D) Faltas graves

El art 414 CJM disponía que son faltas graves las comprendidas en el capítulo II del Título XV del CJM.

E) Sanciones por falta Grave

Se establecía que las faltas graves se castigan con las correcciones siguientes:

Para Oficiales y Suboficiales: arresto militar de dos meses y un día a seis meses.

Para los individuos de las clases de tropa y marinería: destino a un Cuerpo de disciplina de uno a dos años, sin que pueda exceder en ningún caso del tiempo por el que deban de servir en filas. Arresto militar de dos meses y un día a seis meses.

⁵⁸CJM de 1945, art 1007.

⁵⁹ CJM de 1945, art 1008

⁶⁰Ordenanzas de Carlos III de 1768, Tratado II. Título XVII, art. 1.

⁶¹LADIN CARRASCO, Amancio. Obra citada R.E.D.M. nº 6 (julio-diciembre 1958), pag.

62

⁶²ROJAS CARO J, “Derecho disciplinario militar”. Tecnos. Madris 1990, pag 176.

Para los paisanos, en el supuesto de estado de sitio: arresto mayor de dos meses y un día a seis meses.⁶³

En el código de 1945 se eliminó la suspensión de empleo entre las sanciones señaladas a Oficiales y quedó como única el arresto militar de dos meses y un día a seis meses y entre las fijadas para la tropa, se suprimió la de recargo en el servicio y subsisten las de arresto con igual extensión que anteriormente y la de destino a Cuerpo de disciplina, aunque limitada su duración de uno a tres años, en vez de ser hasta seis, como ahora ocurre.

El código de 1945 aportó una novedad que era el arresto a paisanos de dos meses y un día a seis meses. Esta inclusión era obligada después de lo establecido en cuanto a la competencia de la jurisdicción militar en materia de faltas, por el art 7º del código, en sus incisos 1º y 5º.⁶⁴

F) Procedimiento para Falta Grave

Las faltas graves se sancionaban a través del expediente judicial.⁶⁵

Se señalaba que las faltas graves serán corregidas, en vía judicial, previo esclarecimiento en expediente que tramitarán Instructor y Secretario, designados con sujeción a las normas establecidas para las causas.⁶⁶

El expediente contendrá las pruebas que sea posible recabar de la existencia de la falta y responsabilidad del acusado, a quien se recibía declaración no jurada y se le daba conocimiento de los cargos que resulten para que, en comparecencia ante el instructor, los conteste y se defienda. Si hiciera alguna cita, se evacuaría en caso de que por el instructor se estimase pertinente. El instructor, según los meritos de lo actuado, pedirá la imposición del correctivo que a su juicio corresponda o la terminación sin responsabilidad, remitiendo el expediente al auditor, quien si lo estima

⁶³Código de Justicia Militar de 1945, art 415.

⁶⁴DE QUEROL y DURAN Fernando, "Principios de Derecho Militar Español", con arreglo al Código de Justicia Militar de 1945, Editorial Naval, pag 650.

⁶⁵MILLAN GARRIDO "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁶⁶Código de Justicia Militar, art 1003.

incompleto o adoleciese de defectos procesales lo devolverá al Instructor para que practique las diligencias complementarias o subsane los defectos observados. En otro caso lo elevará a la Autoridad judicial, con su dictamen sobre el fondo. La autoridad judicial, de acuerdo con el auditor, dictará la resolución que estime justa, la cual será firme.⁶⁷

Las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales eran ejecutadas conforme a las reglas establecidas para las sentencias en cuanto les fueran aplicables⁶⁸. Pero si ha juicio de la Autoridad Judicial con su Auditor el hecho constituyese delito, se daría a las actuaciones el carácter de causa y continuaría por los trámites ordinarios.⁶⁹

G) Recursos frente a sanciones impuestas por falta grave

Ni siquiera cabían estas alzadas sucesivas,⁷⁰ se establecía que, Art 1004 CJM in fine “ en el expediente, la autoridad judicial, de acuerdo con el auditor, dictará la resolución que estime justa, la cual será firme”.

En caso de disenso entre la autoridad judicial y el auditor, los autos debían ser elevados al Consejo Supremo de Justicia Militar para que el mismo adoptase la resolución procedente.⁷¹

No obstante en el planteamiento de tal discordia ningún papel correspondía al sancionado.⁷²

Debe tenerse en cuenta para ponderar la importancia de esta falta de recursos, que por una falta grave podía ser impuesta una sanción privativa de libertad de dos meses y un día a seis meses a Oficiales y Suboficiales, y destinar a un cuerpo de disciplina

⁶⁷Código de Justicia Militar, art 1004.

⁶⁸CJM de 1945, art 1005.

⁶⁹CJM de 1945, art 1006

⁷⁰MILLAN GARRIDO “Comentarios a las leyes procesales militares” L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁷¹CJM, art 50.

⁷²JIMENEZ VILLAREJO, "Potestad Disciplinaria y Control Jurisdiccional", pag. 6.

por tiempo de uno a dos años o arrestar entre dos meses y un día y seis meses a los individuos de tropa y marinería.⁷³

H) Expediente Gubernativo

Se señalaba que se instruirá expediente gubernativo cuando se considere perjudicial la continuación de algún Oficial o Suboficial en el servicio por cualquiera de las siguientes causas.⁷⁴

Acumular en su expediente notas desfavorables que desmerezcan notoriamente su calificación profesional o la aptitud para sus funciones

Observar mala conducta habitual e incorregible según informe de dos jefes de los que hubiere tenido

Haber sido sancionado por cualquier falta de hurto, estafa, apropiación indebida, bien se aprecie en esta naturaleza común o con carácter militar ante cualquier jurisdicción, o por haber sido condenado por delito en los Tribunales ordinarios imponiéndose la pena de suspensión, si conforme al código de justicia militar no correspondiera la accesoria de separación del servicio

Por contraer deudas injustificadas

Por realizar cualquier acto contra el honor militar que no constituya delito ni haya sido enjuiciado por algún Tribunal

Por incumplir las disposiciones y ordenanzas sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales

Por haber demostrado pública y manifiestamente una actitud contraria a la constitución o al Jefe del Estado.⁷⁵

I) Procedimiento Gubernativo

Los expedientes gubernativos se instruirán en virtud de Orden Ministerial, por acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar o por disposiciones de los Capitanes o

⁷³C.J.M., art. 415.

⁷⁴MILLAN GARRIDO "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁷⁵C.J.M., art 1011.

Comandantes Generales y Director General de la Guardia Civil, ya obren estas autoridades por propia iniciativa, ya por consecuencia de informes o petición de los Jefes a quienes corresponda.⁷⁶

Asimismo se establecía que los nombramientos de Instructor y de Secretario se harán por la Autoridad que ordene la formación del expediente o reciba la orden de proceder con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado Primero, procurando que no pertenezcan al Cuerpo del acusado⁷⁷.

Practicadas las diligencias de que queda hecho mérito, el Instructor emitirá informe proponiendo la situación definitiva a que el encartado deba pasar o la resolución que crea más procedente, remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación.⁷⁸

Emitido dictamen por el Auditor, en los casos que proceda, la Autoridad Militar elevará con su parecer el expediente al Ministerio de que dependa su resolución, previo informe del Consejo Supremo de Justicia Militar.

En la orden en que se disponga la instrucción del expediente se fijarán los puntos que deban ser esclarecidos.⁷⁹

J) Recursos frente a la resolución del expediente gubernativo

Mediante el cual podía acordarse la separación del servicio de aquellos militares cuya continuación se considerase perjudicial siempre que el resultado del expediente fuese desfavorable al expedientado⁸⁰ con base en determinadas causas⁸¹ no cabía recurso alguno.

Por Orden Ministerial se ponía fin al expediente gubernativo,⁸² y los separados gubernativamente del servicio quedaban fuera de los ejércitos, sin poder volver a ellos,

⁷⁶C.J.M., art 1013.

⁷⁷C.J.M., art 1014.

⁷⁸C.J.M. art 1018.

⁷⁹C.J.M. art 1020.

⁸⁰JIMENEZ VILLAREJO, José, "El recurso contencioso disciplinario militar, revista española de derecho militar, 1991", pag. 229.

⁸¹C.J.M., art. 1011.

⁸²C.J.M., art. 1021.

expidiéndoseles el retiro o la licencia absoluta, según correspondiese por sus años de servicio y perderían el derecho a uso de uniforme, fuero y demás prerrogativas inherentes a la condición militar.⁸³ Pero si del expediente gubernativo no resultase la separación del servicio del interesado se dejarían integras las facultades de la Autoridad que hubiese dado la orden de proceder, para castigar, si lo creyese justo, el hecho o hechos origen del expediente.⁸⁴

El CJM⁸⁵ no excluía, en principio, de control jurisdiccional la Orden que pudiese fin al expediente gubernativo,⁸⁶ pero tal exclusión fue expresamente consagrada por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, cuyo art. 40 señalaba “no se admitirá el recurso contencioso administrativo respecto: d) las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de tropa y marinería con arreglo al art. 1.011 y sg. del C.J.M.”.⁸⁷

K) Resumen

En ninguno de los tres supuestos: faltas graves, leves y expediente gubernativo cabía el control judicial de las resoluciones sancionadoras,⁸⁸ y no era posible que el militar sancionado interpusiese contra la resolución sancionadora un recurso que permitiese su revisión en vía propiamente judicial.⁸⁹ Como siquiera tampoco, la posibilidad de

⁸³CJM de 1945, art 1021

⁸⁴CJM de 1945, art 1022.

⁸⁵MILLAN GARRIDO “Comentarios a las leyes procesales militares” L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 255.

⁸⁶FERNANDEZ SEGADO Francisco, “El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”. Revista Española de derecho Militar”. Año 2000. Pag145.

⁸⁷HERNANDEZ OROZCO, J., Notas sobre el art. 40, apartado d) de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en revista española de derecho militar, nº 14 (1962), pag. 71-169).

⁸⁸MILLAN GARRIDO “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Madrid 1993, pag 760.

⁸⁹JIMENEZ VILLAREJO J. "Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional". Madrid 1991, pag. 6.

auténticos recursos administrativos.⁹⁰ El CJM de 1945 sustancialmente reprodujo la regulación que sobre la materia se contenía en el de 1890.⁹¹

Bajo la vigencia del C.J.M. 1945, existía una total identidad entre la potestad de mando y la potestad de jurisdicción de las Autoridades Militares Superiores.⁹²

Sin entrar a analizar los factores que determinaban la exclusión de todo control jurisdiccional,⁹³ la misma comportaba una situación materialmente injusta solo mantenible al amparo del anterior régimen político.⁹⁴

Como prueba de lo apuntado algún autor⁹⁵ sostiene que lo decisivo para explicar este fenómeno radica en las siguientes cuestiones:

De una parte, en la particularidad del derecho castrense, que ha generado a lo largo de la historia, una sensible desconfianza ante la posibilidad de que jueces no militares tengan competencia para la aplicación de dicho derecho.

De otra, que tal como se configuró el C.J.M. los Mandos titulares más cualificados de la jurisdicción militar no eran sino los Mandos Militares Superiores, a los que al mismo tiempo correspondía corregir las faltas graves y resolver los recursos de queja frente a faltas leves.

No obstante el régimen establecido en el C.J.M. no era una gravosa excepción que afectase discriminatoriamente a los militares restringiendo para ellos derechos que si se reconocían al resto de los funcionarios,⁹⁶ así la ley Santamaría de Paredes⁹⁷ que instauró el recurso contencioso-administrativo dejó fuera del mismo las resoluciones en que se impusieran correcciones disciplinarias a funcionarios civiles y militares,

⁹⁰MILLAN GARRIDO "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁹¹JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag. 5.

⁹²JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag. 7.

⁹³JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag. 7 – 11.

⁹⁴MILLAN GARRIDO Antonio, "Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil". Madrid 1993, pag. 760.

⁹⁵JIMENEZ VILLAREJO José, "El recurso contencioso-disciplinario militar, revista española de derecho militar". 1991, pag. 287 - 288.

⁹⁶JIMENEZ VILLAREJO José, "Potestad disciplinaria y control jurisdiccional", pag. 10.

⁹⁷Art. 6 del Reglamento que desarrolló la Ley Santamaría de Paredes de 13-09-1888.

salvo que las mismas implicasen separación del servicio. Cuando el régimen disciplinario de los militares adquiere un perfil muy diverso del de los funcionarios civiles es a raíz del art. 40 d) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1956. No solo fueron obstáculos sociológicos o jurídicos sino también políticos los que se oponían a la existencia de control judicial frente al ejercicio de la potestad disciplinaria,⁹⁸ esto explica suficientemente que la situación tuviera que cambiar de raíz con el advenimiento de la democracia.

Por tanto, hasta la promulgación de la L.O. 2/89, Procesal Militar, no existía en el viejo Código de Justicia Militar, la posibilidad de revisar en vía jurisdiccional los actos disciplinarios de la administración militar.⁹⁹

X. REFORMAS TRAS EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

Sin perjuicio de la reforma de 21 de abril de 1949 (que no fue más que una simple corrección de errores), hubo dos proyectos formulados por otras tantas comisiones establecidas en el Consejo Supremo de Justicia Militar, proyectos que no vieron la luz ni siquiera de la exposición doctrinal, y cuya viabilidad se embotó en los cajones burocráticos, bien que, uno de ellos, el segundo, redactado bajo el impulso apasionado y la técnica de un gran auditor, el Consejero Togado don Ramón Taix Planas, hacia 1971, merecía los honores de su tramitación por Ley por las importantes innovaciones que introducía.¹⁰⁰

LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. EVOLUCION DEL PROYECTO

⁹⁸JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 11.

⁹⁹Carlos E. POZUELO SOLER, "Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar". Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2002. Pag 395.

¹⁰⁰VALENCIANO ALMOYNA Jesús, "La reforma de la justicia militar en España durante la transición", Revista Española de Investigaciones Sociológicas "El papel de las Fuerzas Armadas en la transición Española". Centro de Investigaciones Sociológicas (C.I.S) Nº 36, Octubre-Diciembre de 1986, pag 141.

Una comisión formada en el seno del Consejo Supremo de Justicia Militar fue encargada a finales de 1977 de redactar un proyecto de reforma de Código. Dicha comisión la formaban los consejeros de dicho alto Cuerpo, con el fiscal togado, y de su seno nació una ponencia que en breve plazo de tiempo hizo un meritorio trabajo acometiendo la reforma de alrededor de 400 artículos, todavía bajo las directrices de los Pactos de la Moncloa como único objetivo, aunque se introducían modificaciones no exigidas por aquéllos, pero demandadas por la larga práctica judicial. Dicho proyecto, que fue consultado a las autoridades judiciales de los tres Ejércitos y por las mismas sometido a determinadas observaciones, fue presentado al ministro de Defensa que, con asesoramiento de sus servicios jurídicos, redactó un proyecto más reducido tocando únicamente unos 150 artículos, pero respetando en ellos la redacción dada por el Consejo Supremo. Dicho proyecto reducido fue elaborado en la primavera de 1978, y de su contenido no existió conocimiento público.

Cuando se había prácticamente olvidado el largo trámite de la reforma, el *Boletín Oficial de las Cortes* de 15 de noviembre de 1978 publicó un proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, remitido al Congreso de los Diputados por el Gobierno, que, si bien seguía las líneas generales del proyecto reducido a que antes nos referíamos, introducía notables innovaciones en determinadas áreas.

Dicho proyecto de Ley entró a trámite de discusión parlamentaria, con un plazo de quince días hábiles para la presentación de enmiendas que concluyó el 2 de diciembre de 1978. Pero la tramitación quedó paralizada al ser disueltas las Cortes en las postrimerías de dicho año y no volvió a ser objeto de estudio hasta que, constituido el nuevo Gobierno tras las elecciones generales correspondientes, éste mantuvo en las Cortes el proyecto que en su momento fue discutido en comisión.

Nombrada la ponencia correspondiente, la Comisión de Justicia a la que el proyecto fue tramitado recibió el informe de la ponencia que se publicó en el

Boletín Oficial de las Cortes de 24 de abril de 1980. Y, tras la discusión en la Comisión, pasó al Pleno del Congreso, que examinó el texto y enmiendas mantenidas en las sesiones plenarias celebradas los días 11 al 19 de junio de 1980, texto que fue publicado en el *Boletín Oficial del Senado* número 109 (A), de 8 de julio. El mismo *Boletín* número 109 (D) publicó el dictamen de la Comisión, el 3 de octubre y fue discutido en sesión plenaria de la Cámara Alta del día 9 de octubre, aprobándose varias enmiendas que, prácticamente en su totalidad, fueron aceptadas por el Congreso. La Ley Orgánica así aprobada lleva el número 9/1980, de 21 de noviembre, y entrando en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* número 280, de 21 de noviembre, según su disposición final tercera. Es de destacar que, al inicio de la discusión del proyecto en el Pleno del Congreso, y a sugerencia del Grupo Socialista, la Mesa de la Cámara acordó dar a esta Ley, y, por tanto, al Código de Justicia Militar, el carácter de Ley Orgánica por estar dentro de las previsiones del artículo 81 de la Constitución, circunstancia que, sin duda, ha tenido una notoria, aunque invisible, influencia en la aprobación del proyecto, que, evidentemente, ha de tener trascendencia a la hora de cualquier reforma futura.

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 9/1980

En la Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, al iniciarse la transición política, en 1975, se sintió la necesidad de la reforma del Código de Justicia Militar, publicado en 1945, pero la complejidad del tema exigía amplios plazos de meditación y reflexión. Y la reforma se ha efectuado en dos etapas: la primera en 1980 y la segunda en 1985.¹⁰¹

¹⁰¹DE SALAS LOPEZ Fernando y LAGUNA SANQUIRICO Francisco, "Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española", Revista Española de Investigaciones Sociológicas "El papel de las Fuerzas Armadas en la transición Española". Centro de Investigaciones Sociológicas (C.I.S) N° 36, Octubre-Diciembre de 1986, pag 124.

La Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, aparece dos años después de aprobadas las Reales Ordenanzas de 1978. Reforma el Código de Justicia Militar de 1945, siguiendo su propia ordenación, pero con nueva redacción de artículos y epígrafes de los capítulos.

Hay que decir, en primer lugar, que el texto aprobado se aparta, en ocasiones notablemente, del proyecto del Gobierno, y añadiendo modificaciones de última hora sobre temas no contemplados en el proyecto. La razón está en que este estaba basado en los Pactos de la Moncloa, y al ser redactado estaba todavía en elaboración el texto constitucional. El texto aprobado por el Pleno del Congreso viene influenciado, evidentemente, por las disposiciones de la Constitución, invocada a lo largo y ancho de las discusiones, como puede comprobarse por la lectura del *Diario de Sesiones del Congreso*.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto, y contemplando cuanto el mismo disponía y fue aprobado en orden a una futura reforma, se inició en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército por encargo del Ministro de Defensa, la redacción de un anteproyecto completo del nuevo Código de Justicia Militar. Ello condicionaba, evidentemente, la discusión en el Congreso que, salvo intentos de algunos grupos parlamentarios, se mantuvo dentro de los términos de la reforma parcial sin otra aspiración.

Bien es verdad que los debates en el Pleno del Congreso ofrecieron la grata sorpresa de un conocimiento muy amplio, por parte de muchos diputados, de la problemática de la jurisdicción castrense no sólo en el Derecho español, sino también en el comparado, e incluso en el Derecho histórico; pero faltó, quizá, una visión más estrictamente técnica y, sobre todo, una concepción de las posibilidades-límite que esta reforma encerraba.¹⁰² Hechas estas consideraciones,

¹⁰²VALENCIANO ALMOYNA Jesús, “La reforma de la justicia militar en España durante la transición”, Revista Española de Investigaciones Sociológicas “El papel

la reforma en conjunto es plausible en cuanto significa romper el estancamiento de treinta y cinco años, especialmente en lo que se refiere al régimen de las faltas disciplinarias. Materia ésta entonces necesitada de profunda reforma, y que, si bien en aquel momento tal reforma hubiera sido excesivamente compleja, sí podía haberse acometido una más adecuada configuración de lo disciplinario como primer paso hacia la reforma definitiva hoy en marcha.

Ley que tiene defectos y virtudes, como obra humana que es, pero que al menos ofrece una notable concepción: la de haber roto la pétrea inmovilidad del viejo Código del 45 y, sobre todo, de abrir la vía para su total reforma en un plazo perentorio.¹⁰³

LA REFORMA DEFINITIVA

La Ley Orgánica 9/1980 preveía en su disposición final primera la creación de una comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar, la cual fue creada por Orden de 17 de noviembre de 1980 con la misión de «elaborar un proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año a partir de la entrada en vigor de la presente Orden».

La comisión, bajo la presidencia del titular del Consejo Supremo de Justicia Militar, comenzó inmediatamente sus trabajos, estableciendo, en primer lugar, un criterio de elaboración de cuatro Leyes separadas en lugar de un Código unificado.

De las cuatro Leyes están promulgadas y en vigor la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, que sustituye al tratado II del antiguo Código, y la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sustituye y refunde disposiciones aisladas contenidas en los tres tratados del Código anterior en materia de faltas y procedimiento sancionador.

de las Fuerzas Armadas en la transición Española". Centro de Investigaciones Sociológicas (C.I.S) N° 36, Octubre-Diciembre de 1986, pag 145.

¹⁰³VALENCIANO ALMOYNA Jesús. OP. CIT. Pag 147.

Simultáneamente a la primera se promulgó y entró en vigor la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal, y la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal por la que se pasa a éste determinados delitos militares.

Se encuentra en el Congreso de los Diputados, en trámite, el proyecto de Ley Orgánica de Tribunales Militares, y, en fase de redacción de anteproyecto por la comisión correspondiente, la Ley Orgánica de Procedimiento Militar. Ambas sustituirán a los tratados I y III del viejo Código, con lo que éste extinguirá su vida legal.

XI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución de 1978 establece los siguientes artículos:

Art 24 "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión".

Art 106.1 Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Art 17.5 "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución".

Por su parte las ROFA atribuyen en su art 200, a todo militar la posibilidad de interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a derecho.¹⁰⁴

¹⁰⁴MILLAN GARRIDO Antonio, "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil", Madrid 1993, pag. 761.

No obstante como la imprescindible reforma de la legislación militar tardó en materializarse, fue el Tribunal Constitucional el que ofreció las soluciones que, a la larga, determinarían el cambio normativo.¹⁰⁵

Hay que precisar que ha sido sin duda el expediente judicial, el procedimiento militar que en mayor medida se ha desarrollado y perfeccionado como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debido de una parte, a su escasa regulación y de otra, a la importancia de sus sanciones privativas de libertad hasta seis meses.¹⁰⁶

Antes de entrar a analizar los dos periodos por los que a discurrido la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional es importante señalar que el 24 de Noviembre de 1977 España firmó conforme el Convenio de Roma,¹⁰⁷ la ratificación se efectuó en 1979.¹⁰⁸

España se reservó la aplicación de los art. 5º y 6º, en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, regulado por aquel entonces en el Código de Justicia Militar de 1945.¹⁰⁹ El art. 5º garantizaba el derecho de toda persona a la libertad y seguridad. El art. 6º contiene la garantía jurisdiccional.

Si la reserva referida al art. 5º del Convenio estaba justificada incluso tras la promulgación de la Constitución de 1978,¹¹⁰ no se puede decir lo mismo de la reserva a la aplicación del art. 6º.¹¹¹ Además cuando tuvo lugar la ratificación del Convenio ya era suficientemente conocida la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el llamado "caso Engel".¹¹²

Podemos diferenciar dos momentos o periodos:

Primer período

¹⁰⁵MILLAN GARRIDO Antonio. OP. CIT.Pag. 761.

¹⁰⁶DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio, "Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscalía Togada", pag. 131.

¹⁰⁷Convenio de Roma para la protección de los derecho y de las libertades fundamentales, de 24 de Noviembre de 1977.

¹⁰⁸Ratificación del Convenio de Roma de 4 de Octubre de 1979.

¹⁰⁹JIMENEZ VILLAREJO José, "Revista Española de Derecho Militar de 1991", pag. 288.

¹¹⁰Constitución española de 1978, art. 25.3 "La Administración Militar puede imponer sanciones que impliquen privación de libertad".

¹¹¹Constitución Española de 1978, art. 24 "Derecho a la tutela judicial efectiva".

¹¹²Sentencia de 8 de Junio de 1976, que resolvió el llamado "caso Engel".

Como señala López Ramón el Tribunal Constitucional optó por la vía más sencilla “reconducir los mecanismos de reacción frente a las correcciones militares a las ordinarias vías de control judicial de los actos administrativos, esto es al recurso contencioso-administrativo.”¹¹³

El **auto 60/80**¹¹⁴ establecía “la excepción contenida en el art. 40 d) de la Ley de 27 de Diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera del control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al art. 106.1 de la Constitución, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos es contraria al art. 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria 3ª de la Constitución deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, el art. 40 d) de la Ley de 1956 ha quedado derogado, y no puede ser invocado por ningún poder público pues todos ellos están sometidos a la Constitución, según el art. 9.1 de esta.”¹¹⁵ Esta doctrina, en cierta medida, suponía una opción a favor del recurso contencioso-administrativo como mecanismo procesal de reacción frente a las sanciones disciplinarias.¹¹⁶ Así en este auto 60/80 se establece que la situación anterior, que suponía dejar fuera de control de legalidad a los actos disciplinarios de la administración militar, era contraria al art 106.1CE y en cuanto impedía que en tales casos, los militares como los demás ciudadanos pudiesen obtener la tutela judicial de sus derechos, era contraria al art 24.1 de la CE según el TC venía oponiendo de manifiesto.¹¹⁷

Segundo período

¹¹³LOPEZ RAMON F "Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar". Revista española de derecho administrativo, nº 54 (1987), pag. 170 - 171.

¹¹⁴Auto 60/80, de 22 de Octubre.

¹¹⁵"Autos del Tribunal Constitucional en Defensa y en las Fuerzas Armadas 1980 - 1983", Madrid 1991, pag. 67 - 71.

¹¹⁶FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag145.

¹¹⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio, OP. CIT. Pag 2082

A partir de 1981 el Tribunal Constitucional emprende una nueva orientación, que descarta el contencioso-administrativo como mecanismo propio de control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar.¹¹⁸

Como apunta López Ramón,¹¹⁹ ya no es necesario considerar vigente el art. 40 d) de la Ley de lo Contencioso-administrativo, operándose la exclusión, ahora absoluta, a través del art. 2 a) de la misma Ley.¹²⁰

El TC iba a reconducir la doctrina apuntada en el auto 60/80, en ciernes muy poco tiempo después.¹²¹

En la **sentencia 21/81** de 15 de Junio¹²² el Tribunal Constitucional va a cambiar de posicionamiento y considera satisfecha la tutela judicial efectiva en tanto se tenga acceso a un órgano de la jurisdicción militar: en este caso, la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar. La citada sentencia señala que “en el ámbito militar, en el que se subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción, frente a las infracciones de la disciplina militar. Asimismo señala que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la declaración universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar

¹¹⁸MILLAN GARRIDO Antonio, "Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil", Madrid 1993, pag. 761.

¹¹⁹LOPEZ RAMON F "Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar", pag. 174 - 175.

¹²⁰LOPEZ RAMON F. OP. CIT. Pag. 174 - 175.

¹²¹FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag145.

¹²²"Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1981 - 1984), Madrid 1989, pag. 22 - 39.

ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia en todos los casos en que la sanción disciplinaria conlleve una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho, no se convierta en una mera formalidad, produciéndose en definitiva una indefensión". Sin duda ha sido el expediente judicial, el procedimiento militar que en mayor medida se ha desarrollado y perfeccionado como consecuencia de la jurisprudencia del TC, debido, a una parte, a su escasa regulación en el Código castrense, y de otra, a la importancia de sus sanciones privativas de libertad hasta seis meses.¹²³

El principal escollo a salvar, para adecuar la tramitación del expediente judicial a la doctrina expuesta era el carácter de firme, que el art. 1004 del C.J.M. otorgaba a la resolución de la autoridad judicial.¹²⁴ La citada sentencia 21/81¹²⁵ reconocía "la aplicabilidad del art. 24.1 de la Constitución, respecto a la posible impugnación de las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales. La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. El cometido que la acción disciplinaria ha de cumplir no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, por lo tanto no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario para que dicha acción se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de

¹²³DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio, "Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscalía Togada. Memoria", pag. 131.

¹²⁴DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio, "Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscalía Togada. Memoria", pag. 132.

¹²⁵S.T.C. nº 21/81, de 15 de Junio.

un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculpado ejercitar plenamente su derecho a la defensa”.

Como apunta Díaz de Aguilar¹²⁶ esta es una idea latente, de forma implícita o explícita en esta resolución aludidas y también en otras como las sentencias 36/83, de 11 de Mayo, 31/85, de 5 de Marzo y 44/83, de 24 de Mayo, esta última impone el derecho a ser informado de la acusación en un expediente judicial, que dado su carácter básico ha de calificarse como aplicable a los expedientes judiciales de carácter disciplinario con arreglo a la doctrina de este tribunal”.

Sánchez Guzmán señala¹²⁷ que a través de esta solución se lograba un doble objetivo: el control judicial de los actos en que se ejerciese la facultad disciplinaria podía mantenerse dentro de la propia jurisdicción militar, y por otro lado a través de este cauce probablemente sirvió para dispensar la adecuada tutela judicial dentro de la estructura orgánica y procesal de la jurisdicción castrense.

Por otra parte, López Ramón,¹²⁸ apunta que lo coherente hubiera sido estimar en la línea del auto 60/80, la procedencia del recurso contencioso-administrativo. Esta nueva orientación supuso “trasladar a la jurisdicción castrense el control de la potestad sancionadora de la administración militar”.

La **sentencia 22/82** de 12 de Mayo ¹²⁹ señala que “como los hechos que han dado origen a este asunto pertenecen a un ámbito estrictamente castrense, el control jurisdiccional de actos como el que es objeto de este recurso, exigido por el art. 106.1 de la Constitución, puede mantenerse, de acuerdo con el art. 117.5, dentro de la jurisdicción militar y quedar excluido de la jurisdicción contencioso-administrativo”. Esta sentencia corrobora de modo inequívoco la doctrina anterior al

¹²⁶ DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA, "Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscalía Togada. Memoria", pag. 132.

¹²⁷ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las Leyes Procesales Militares", Ministerio de Defensa, pag. 2082.

¹²⁸ LOPEZ RAMON, "Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar", pag. 172.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1982, de 12 de Mayo, "Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas" pag. 87 - 97.

interpretar que el control jurisdiccional de actos ubicables dentro del ámbito estrictamente castrense puede mantenerse de acuerdo con el art 17.5 de la CE dentro de la jurisdicción militar, quedando excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa.¹³⁰

Así la citada sentencia de 12 de Mayo de 1982 y también el auto de Enero de 1984, consideraron que el cauce para garantizar la tutela judicial efectiva era el recurso de queja¹³¹ establecido no técnicamente como recurso en el C.J.M.¹³² y de estricto carácter formal. Dicha solución fue provisional¹³³ y su aplicación obligó a eludir determinados problemas de índole técnico-jurídicos derivados del contenido exorbitante, de segunda instancia plena, conferido a una queja (art. 107.6º C.J.M.) que era una vía para reclamar frente a denegaciones de recursos y garantías, y por ende, exclusivamente enfocado a la forma y no al fondo.

Como señala Sánchez Guzmán¹³⁴ el hecho de que las quejas hubieran de resolverse por el Consejo Supremo de Justicia Militar, reunido en sala de justicia, permitía conceptuar como judicial el acto de su resolución, pero la falta de un proceso contradictorio que le precediese asimilaba, en cierto modo, la queja a una mera alzada y autorizaba a reputar no del todo satisfactoria la tutela judicial que de tal forma se presentaba.

Aunque posteriormente aparece alguna posición aparentemente favorable al control de la potestad disciplinaria militar por la jurisdicción contencioso-administrativa,¹³⁵

¹³⁰FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag146.

¹³¹ALVAREZ ROLAN Luis y FORTUN ESQUIFINITO Ricardo, "La Ley Disciplinaria", 1996, pag. 364.

¹³²C.J.M., art. 107.6 "Corresponde a la sala de justicia conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales y Autoridades de los ejércitos por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan".

¹³³ALVAREZ ROLDAN Luis y FORTUN ESQUIFINITO Ricardo, "La Ley Disciplinaria", 1996, pag. 363.

¹³⁴SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las Leyes Procesales Militares", Ministerio de Defensa, pag. 2082.

¹³⁵Auto 43/84, de 25 de Enero, "Jurisprudencia Constitucional" 1984, pag. 773 - 781.

fue la doctrina establecida en las sentencias 21/81 y 22/82 la seguida por la jurisprudencia ¹³⁶ y la que posteriormente determinaría el cambio normativo.

Así fue el propio TC en **auto 25 de enero de 1984** quien en definitiva le indicó al Consejo Supremo de derecho militar que dictase normas de desarrollo del recurso de queja,¹³⁷ toda vez que estima como segunda instancia al Consejo Supremo de Justicia Militar por medio de la vía del recurso de queja previsto en el art 107.6 del Código de Justicia Militar¹³⁸“se deduce que la doble instancia establecida por el Tribunal Constitucional para los expedientes judiciales o administrativos que se refieran a correctivos privativos de libertad, pertenece realizarse ante la Jurisdicción Militar, si el asunto por su contenido corresponde al ámbito del Derecho Penal Militar, al poseer un carácter estrictamente castrense, y el recurso procedente será, en tanto no se dicten normas especiales que lo regulen, el de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, que con gran amplitud de contenido determina el art. 107.6 del C.J.M. para el supuesto de la denegación de garantías que las leyes conceden, y entre ellas la más principal de todas es que la Constitución de la que, en interpretación de este Tribunal, deriva la doble instancia para tales supuestos; y corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa a que se refiere el art. 106.1 de la C.E. cuando el tema procesal es propio del derecho disciplinario, por ser ajeno al contenido de lo peculiarmente castrense”.

Este mismo Auto pone, sin embargo de manifiesto la falta de norma reguladora de la interposición y efectos del recurso, dando derecho al recurrente “de poder exigir de los órganos superiores procesales al Capitán General, la determinación de la nulidad de la notificación y su sustitución por otra, marcando las vías judiciales de

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6-12-84, (RJA nº 6.077) y auto 17 de Mayo de 1985 (RJA nº 2.370)

¹³⁷ ALVAREZ ROLDAN Luis y FORTUN ESQUIFINITO Ricardo, "La ley disciplinaria" 1996, pag. 364.

¹³⁸ DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA, "Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscalía Togada. Memoria", pag. 132.

recurso".¹³⁹ Con ello el TC, a la vista de la ausencia de normas expresas, está señalando al Consejo Supremo de Justicia Militar, como órgano procesal superior al Capitán General, la necesidad de que se establezcan las normas precisas que regulen el recurso de queja contra las resoluciones de la autoridad judicial en un expediente judicial, a lo que procedió la Sala de Justicia, mediante Auto, cumpliendo así el mandato del TC y llenando con su labor una laguna legal.¹⁴⁰

Se dictó el Auto de 4 de abril de 1984¹⁴¹ que creó "ex novo" los requisitos, condiciones, plazos y efectos del recurso de queja,¹⁴² en definitiva se indicaba al Consejo Supremo de Justicia Militar que dictase las normas de desarrollo del recurso de queja.

XII. LEY DE REGIMEN DISCIPLINARIO 12/85 de 27 de Noviembre

Desde el primer momento, en el proceso de reforma se decidió sacar el Código o Códigos de Justicia Militar y llevar a una norma autónoma la regulación de las faltas, sus sanciones y procedimiento para las mismas, así como la vieja regulación del expediente gubernativo. Todo ello estaba recogido en normas dispersas en los tres tratados del antiguo Código.

Los aspectos más sobresalientes de la nueva ley son:

- 1.º Las faltas militares disciplinarias se clasifican en graves y leves, además de las causas de sanción extraordinarias, que no se denominan específicamente faltas.
- 2.º Las sanciones para las faltas leves y graves se reducen en la mitad de los límites anteriores cuando consisten en privación de libertad. Así, las leves se castigan con arresto de uno a treinta días y las graves con arresto de un mes y un día a tres meses.
- 3.º Además, se establecen sanciones de restricción de libertad para las faltas leves (privación de salida de las unidades hasta ocho días o de permisos discrecionales

¹³⁹DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA. OP. CIT. Pag. 132.

¹⁴⁰DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA. OP. CIT. Pag. 133.

¹⁴¹C.J.M., Auto de 4 de Abril de 1984.

¹⁴²ALVAREZ ROLDAN y FORTUN ESQUIFINITO Ricardo, "La ley disciplinaria" 1996, pag. 365.

hasta un mes) y la pérdida de destino para las graves. Las sanciones extraordinarias pueden ser pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo y separación del servicio.

4.º En dos únicos artículos, 8.º y 9.º, se establecen los catálogos de las faltas leves y graves, respectivamente. Es de lamentar que el número 33 del artículo 8.º contenga el indebido *numerus apertus*, que viene del Código antiguo y que pudo y debió evitarse.

5.º Se regula minuciosamente la competencia sancionadora de las diversas autoridades y mandos de la defensa o de los Ejércitos, desde el ministro de Defensa hasta los jefes de pelotón o unidad similar. Cada uno de ellos tiene potestad sancionadora para imponer correcciones en diversa extensión, de mayor a menor, según su jerarquía o empleo.

6.º Se establecen unos plazos muy breves de prescripción, especialmente en función del inicio del procedimiento o del pase del sancionado no profesional a la situación de reserva.

7.º Se regulan los procedimientos, siendo preferentemente oral el relativo a las faltas leves, con audiencia del interesado y notificación por escrito de la resolución; enteramente por escrito el establecido para las faltas graves, con dos trámites sucesivos de audiencia al interesado, y posibilidad de que éste esté asistido de letrado o militar en todo momento, así como la necesidad de que la resolución sea motivada.

9.º Se regula someramente la cancelación de las notas desfavorables, con alguna indebida remisión a normas no promulgadas.

Centrándonos en el tema objeto de nuestra tesis, la transitoriedad de la aplicación del recurso de queja finaliza con la entrada en vigor de la ley disciplinaria, en la que se articula un sistema de recursos que posibilita la revisión judicial de la resolución adoptada.¹⁴³

¹⁴³ALVAREZ ROLDAN y FORTUN. OP. CIT. Pag 365.

La L.O. 12/85, de 27 de noviembre, inicia un proceso de clarificación normativa y adecuación constitucional que culmina con la L.O. 4/87 y la L.O. 2/98.¹⁴⁴

Se regula en el Capítulo V de la ley 12/85 “Recursos”:

Se disponía que al militar al que se haya impuesto sanción disciplinaria podrá recurrir por escrito contra ella sin perjuicio de su cumplimiento.

Los recursos serán siempre motivados y en ningún caso podrán hacerse de forma colectiva.¹⁴⁵

Asimismo se establecía que el recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico señalado en el art 19 y, en su caso, lo previsto en el art 32. Podrá interponerse en un plazo que se iniciará el día siguiente al de notificación de la sanción y finalizará a los quince días de su cumplimiento cuando entrañe la restricción o privación de libertad, o de su notificación en los demás casos.

Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso procedente será el de súplica que se podrá interponer ante dicha autoridad en la forma y plazos señalados en el párrafo anterior.

A) Faltas leves

Contra la resolución por la que se impone una sanción por falta leve, sólo cabrá el recurso establecido anteriormente, excepto cuando la resolución del mismo haya correspondido a un Mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, ala, flotilla, escuadrilla, buque o unidad similar, que podrá interponerse, en su caso, un segundo recurso ante dicho Jefe o Comandante en el plazo de quince días a partir de la notificación de la resolución que se recurre, quien deberá resolver en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo sin resolución, el sancionado podrá acudir a la Autoridad Superior que corresponda de las incluidas en el art 22.

¹⁴⁴SANCHEZ GUZMAN Eugenio, “Comentarios a las leyes procesales militares” L.O. “2/89 Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2083

¹⁴⁵L.O. 12/85, de 27 de noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, art 49.

Contra las resoluciones citadas en el párrafo anterior no cabrá recurso alguno.¹⁴⁶

Se establece un recurso que se resuelve por el superior jerárquico de quien impuso la sanción.

Cuando la sanción haya sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso procedente es el de súplica que se podrá interponer ante dicha autoridad.¹⁴⁷

Cuando la resolución haya correspondido a un mando de rango inferior a Jefe o Comandante de cuerpo o unidad independiente, podrá interponerse un segundo recurso ante dicho jefe o

comandante.¹⁴⁸ Contra estas resoluciones no cabe recurso alguno.

La resolución administrativa última cerraba la vía de los recursos, no cabiendo contra ella recurso alguno. Ello, lógicamente, significaba la exclusión de todo control jurisdiccional de los actos administrativos sancionadores por falta leve, independientemente de que se viesen o no afectados derechos fundamentales.¹⁴⁹

Como recuerda Millán Garrido¹⁵⁰ esta opción legal se justificó en aquel momento en base a una más que discutida interpretación de la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁵¹ en el caso Engels, de acuerdo con la cual, el control judicial de este tipo de actos administrativos sancionadores, no era preceptivo más que cuando la sanción se tradujese en una privación de libertad, circunstancia que, supuestamente, no se daba en estos casos, pues se entendía, de modo harto discutible, que la sanción más grave que podía imponerse por falta leve era el arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad, y no entrañaba privación de libertad

¹⁴⁶L.O. 12/85, art 51.

¹⁴⁷L.O.12/85, de 27 de noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, art 50.

¹⁴⁸L.O. 12/85, art 51.

¹⁴⁹FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag146, 147.

¹⁵⁰MILLAN GARRIDO Antonio, "Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil", Madrid 1993, pag 759 y sg; en especial, pag 774 a 777).

¹⁵¹STEDH de 8 de junio de 1976, Caso Engels.

sino, tan sólo restricción de libertad, en sintonía con la discutibilísimas dicción del art 14 de la propia L.O. 12/85.

Las críticas a esta exención de control judicial de la actividad administrativa sancionadora fuero generales. Rodríguez Villasante¹⁵² señala que siempre ha creído que el último párrafo del art 51 de la L.O. 12/85 que excluye el control jurisdiccional vulnera el derecho del sancionado a obtener del tribunal competente la tutela judicial efectiva.

Para Fernández Segado¹⁵³ independientemente de que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales de la institución castrense, que justifica que el procedimiento disciplinario no pueda quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales del art 24.2 de la CE, pues su razón estriba en la prontitud, inmediatez y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina castrense con la subsiguiente ejemplaridad que ello entraña, se ha de tratar de llegar a un armonización de aquellos valores con los derechos de todos los ciudadanos, que en cuanto derechos inherentes a la propia personalidad, exigen que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles sólo sean como señala el TC¹⁵⁴ en la medida en que resultan estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Por tanto, no considera indispensable en aras de la salvaguarda de las trascendentales misiones que la CE encomienda a los ejércitos la privación de todo control en sede jurisdiccional castrense de las sanciones disciplinarias impuestas por la comisión de un ilícito calificado como falta leve, independientemente ya de que se vean involucrados o no derechos fundamentales, pues con este control no sólo se satisfacen las exigencias del art 24.1

¹⁵²Prólogo a la obra de José Rojas Caro: Derecho Disciplinario Militar. Edit Tecnos, Madrid 1990, pag 24.

¹⁵³FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag147, 148.

¹⁵⁴STC 21/81, de 15 de junio.

CE sino también las del art 106 de la CE que impide que en un Estado de Derecho como el nuestro haya actos administrativos inmunes frente al control jurisdiccional.

B) Faltas graves

La ley 12/85 articuló un conjunto de faltas graves. En aquél momento autores como Higuera Gimera¹⁵⁵ consideraron que muchas de las infracciones deberían convertirse en ilícitos de naturaleza penal, sustanciándose ante un juez unipersonal, que bien podría ser el juez togado militar.

La ley 12 /85 estableció que contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso procedente regulado en el art 50. La resolución de dicho recurso pone fin a la vía administrativa y contra la misma podrá interponerse en el plazo de dos meses, recurso contencioso-disciplinario militar.¹⁵⁶

Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave cabe recurso ante el mando superior al que impuso la sanción. Si la sanción se impone por el Ministro de Defensa, el recurso procedente es el de súplica ante dicha autoridad. Por tanto, agotada la vía administrativa contra la resolución de la alzada o súplica cabe interponer el recurso contencioso-disciplinario militar, de nueva configuración y pendiente de regular, por el que se accede a la vía judicial y con ello se cumple el imperativo constitucional de la efectiva tutela por jueces y tribunales.¹⁵⁷

La resolución de dicho recurso pone fin a la vía administrativa y contra la misma puede interponerse en plazo de 2 meses, recurso contencioso-disciplinario militar.¹⁵⁸

El control jurisdiccional quedaba por tanto salvado.¹⁵⁹ Hay que señalar que la sanción recurrida se cumple,¹⁶⁰ como regla general, aun durante el plazo de interposición del recurso y durante su tramitación, salvo que medie petición expresa del interesado, en

¹⁵⁵HIGUERA GUIMERA J.Felipe, "Derecho Penal Militar Español- Parte General". Bosch casa editorial 0. Barcelona 1990. Pag 142.

¹⁵⁶L.O. 12/85, art 52.

¹⁵⁷ALVAREZ ROLDAN y FORTUN, "La ley disciplinaria Militar", pag 365

¹⁵⁸L.O. 12/85, art 52.

¹⁵⁹FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag146.

¹⁶⁰L.D.M. art 46 y 54.

caso de privación de libertad por falta grave, y cuya resolución facultativa debe negarse si con la suspensión del cumplimiento del correctivo se puede casar perjuicio a la disciplina.¹⁶¹

C) Sanciones disciplinarias extraordinarias

Contra las sanciones disciplinarias extraordinarias se podrá interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Contra su resolución podrá interponerse en el plazo de dos meses recurso contencioso-disciplinario militar.

Las sanciones disciplinarias extraordinarias sólo pueden ser impuestas por el Ministro de Defensa.¹⁶² Contra las sanciones se puede interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Contra su resolución puede interponerse en dos meses recurso contencioso disciplinario militar.¹⁶³

Dada la enorme trascendencia de las sanciones extraordinarias algún autor como Higuera Gimerá sostuvo que estas sanciones deberían imponerse por la vía de la jurisdicción militar, y no por la vía administrativa militar, por su trascendencia y desde luego por su suma gravedad.¹⁶⁴

D) Características

El sistema de recursos establecidos en la ley disciplinaria se caracteriza por dos principios fundamentales:¹⁶⁵

Atribución definitiva a la jurisdicción castrense del control judicial de la potestad disciplinaria militar en las sanciones extraordinarias y por falta grave. Esto se lleva a cabo siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia constitucional, a través del recurso contencioso-disciplinario militar.¹⁶⁶ Este recurso es un medio

¹⁶¹ALVAREZ ROLDAN y FORTUN, "La ley disciplinaria Militar", pag 366.

¹⁶²L.O. 12 /85, de 27 de noviembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, art 66

¹⁶³L.O. 12/85, art 76.

¹⁶⁴HIGUERA GUIMERA J.Felipe, "Derecho Penal Militar Español- Parte General". Bosch casa editorial 9. Barcelona 1990. Pag 142.

¹⁶⁵MILLAN GARRIDO Antonio, "Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil", Madrid 993, pag 762.

¹⁶⁶En los borradores de la Ley orgánica de régimen disciplinario de las fuerzas armadas de 21 de julio de 1981, no se atribuía el control de la potestad disciplinaria

constitucionalmente legítimo para garantizar el control judicial de las sanciones disciplinarias militares, no obstante dicho recurso no es la única ni más adecuada forma de garantizar ese control, por lo que hubiera sido preferible introducir el contencioso administrativo como vía de reacción frente a las sanciones disciplinarias militares.¹⁶⁷ En este punto coincide Millán Garrido¹⁶⁸ quien señala que no hay razones que conduzcan a la naturaleza de las cosas que justifiquen la necesidad de una excepción, el recurso contencioso-disciplinario militar, que por fuerza ha de ser mirada con cierta desconfianza, si no desde el ángulo de la estricta observancia constitucional, sí al menos desde la perspectiva de la coherencia del sistema.¹⁶⁹

La exclusión del control judicial de las sanciones por falta leve tal como prevé expresamente el art 51 de la ley disciplinaria militar. Seguramente por estimarse que, no pudiendo ser ya castigadas las faltas leves con sanciones privativas de libertad, una resolución disciplinaria de esta naturaleza no puede ser equiparada, según la interpretación del tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la “acusación en materia penal” que menciona el convenio de Roma entre los supuestos que hacen nacer el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁷⁰

Competencia

Respecto a la competencia para resolver el recurso contencioso disciplinario, establece que en tanto no se aprueben las correspondientes leyes procesales y de organización de Tribunales militares, el recurso contencioso-disciplinario militar al que hacen referencia los artículos 52 y 76 de la presente ley se interpondrá ante la sala de

militar a la jurisdicción castrense, sino que en los supuestos en que se admitía el recurso judicial, este era el contencioso administrativo (art 47.2 del BLD)

¹⁶⁷ LOPEZ RAMON F. “Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar”, pag 177.

¹⁶⁸ MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil”, Madrid 1993, pag 762.

¹⁶⁹ LOPEZ RAMON F. “Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar”, pag 178-181.

¹⁷⁰ JIMENEZ VILLAREJO José, “El recurso contencioso disciplinario militar. Revista española de Derecho Militar”1991, pag 290.

lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional cuando las sanciones hayan sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa y ante la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos.¹⁷¹

XIII. LEY 4/87 DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La L.O. 4/87 establece los siguientes preceptos:

Corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar.¹⁷²

A) Competencia

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conocerá: 5) De los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias.¹⁷³

La sala de lo Militar del Tribunal Supremo estará integrada por su presidente y siete magistrados. Cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la carrera Judicial y los otros cuatro de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos.¹⁷⁴

La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá: 7) De los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.¹⁷⁵

¹⁷¹L.O.12/85 de 27 de noviembre de Régimen Disciplinario, disposición transitoria primera.

¹⁷²L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, art 17.

¹⁷³L.O. 4/87, art 23.

¹⁷⁴L.O. 4/87, art 24.

¹⁷⁵L.O. 4/87, art 34.

El Tribunal Militar Central se compondrá de: 1) un auditor presidente, que será Consejero o Ministro Togado 2) cuatro vocales togados, Generales Auditores 3) Los vocales militares, Generales de Brigada o Contraalmirantes, que se designen en a forma que se establece en el artículo 39 y, que deberán pertenecer a las Armas en el Ejército de Tierra, al Cuerpo General o al de Infantería de Marina, en la Armada y al arma de aviación en el Ejército del Aire, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art 39.4.¹⁷⁶

B) Caracteres

El proceso de clarificación normativa y adecuación constitucional se inició con la L.O. 12/85 y culmina con la L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y con la L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar.¹⁷⁷

XIV. L.O. 2/89 DE 13 DE ABRIL PROCESAL MILITAR

Fue la ley 2/89 la que abrió el camino y la posibilidad al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, mediante la creación de los órganos de la jurisdicción militar por L.O. 4/87, de 15 de julio constituyéndose así en el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar.¹⁷⁸

En el Libro IV, Parte I “Del recurso contencioso disciplinario militar”.

La jurisdicción militar en materia contencioso-disciplinaria militar conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las autoridades y mandos militares sancionadores dictados en aplicación de la L.O. 12/85, de 27 de noviembre.¹⁷⁹

¹⁷⁶L.O. 4/87, art 36.

¹⁷⁷STS, sala V de 8 de mayo de 1989 (RJA 10323), 11 de julio y 14 de octubre de 1991 (RJA 6492 y 7504) y 13 de marzo de 1992 (RJA 1746).

¹⁷⁸Carlos E. POZUELO SOLER, “Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar”. Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2002.

¹⁷⁹L.O. 2/89, de 13 de Abril, Procesal Militar, art 448.

A) Faltas graves-Recursos

El procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar.

El procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el art 61 de la L.O. de Régimen disciplinario.

Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que regula el título V de este libro.¹⁸⁰

B) Faltas leves- Recursos

Contra los actos de la administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el art 453 de esta ley, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario¹⁸¹

Como señala Fernández Segado¹⁸² la L.O. 2/89, en una interpretación sistemática de los art 468 b) y 518 iba a posibilitar la impugnabilidad a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria de las sanciones recaídas por ilícitos tipificados como faltas leves, que tuvieran carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales. No obstante, la L.O. 2/89 mantenía la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, sin duda por estimar¹⁸³

¹⁸⁰L.O. 2/89, art 453.

¹⁸¹L.O. 2/89, art 518.

¹⁸²FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag148.

¹⁸³ATS, sala V, de 1 de octubre de 1990.

que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas legalmente.

Millán Garrido¹⁸⁴ señala que se establece la regla general de la exclusión del control jurisdiccional de los actos administrativos sancionadores por falta leve, viniendo dada la excepción por la posibilidad de impugnar dichos actos, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales a través del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario previsto en el art 518 de la L.O. Procesal Militar.

La posición doctrinal en el tema del control jurisdiccional de las faltas leves es dispar:

Millán Garrido en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar, apunta la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria.¹⁸⁵ Millán Garrido opina que esta posibilidad no vulneraría el art 117.5 de la CE,¹⁸⁶ reconoce que en la vigente legalidad la propuesta es “excesivamente aventurada”¹⁸⁷ y muy difícilmente compatible con los art 453.1 y 468 b) de la ley procesal militar. Pero esto no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye de control determinados actos de la administración (art 106 CE) e impide a los sancionados obtener la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE).¹⁸⁸

Fernández Segado¹⁸⁹ considera que la opción que apunta Millán Garrido es disfuncional, pues propiciaría dos recursos diferenciados para conocer de dos sanciones de la misma naturaleza. Además cuanto atañe al régimen disciplinario cae dentro del ámbito castrense, por lo que debe ser competencia de la jurisdicción militar.

¹⁸⁴MILLAN GARRIDO, “Los recursos”, pag 773 y 774.

¹⁸⁵MILLAN GARRIDO A. “Algunas consideraciones generales sobre la L.O. 2/89 de 13 de abril, pag 133 y “Los recursos” pag 776,777.

¹⁸⁶ASENCIO MELLADO J.M. “LA protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar” pag 107-113.

¹⁸⁷SANCHEZ DEL RIO y SIERRA, “Revista Jurídica de Andalucía, nº 11, 1993, pag 452.

¹⁸⁸DIEZ PICAZO “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva” en Poder Judicial nº 5 (1987), pag 44.

¹⁸⁹FERNANDEZ SEGADO Francisco, “El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”. Revista Española de derecho Militar”. Año 2000. Pag149.

El magistrado Calderón Cerezo¹⁹⁰ considera un verdadero déficit de tutela judicial el que la LPM no autorice un recurso ordinario contra las decisiones recaídas en la corrección de las infracciones leves. Entiende que la falta de un recurso contencioso-ordinario no se justifica por razones de mantenimiento de la disciplina, tampoco es convincente el argumento de la jerarquización militar que nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que se robustece y afianza la autoridad del mando militar cuando se verifica la adecuación a derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Según este magistrado mantiene dudas sobre la constitucionalidad del art 468 b) que la STC 31/2000 de 2 de febrero no resuelve al no haber llegado a plantearse la validez constitucional del recurso preferente y sumario como única posibilidad de demandar la tutela judicial frente a determinadas resoluciones administrativas, con exclusión del procedimiento ordinario.

Según Martínez Micó¹⁹¹ la jurisdicción militar sin perder las características que le son inherentes ha de ser una jurisdicción y como tal una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela. En su opinión, el sistema se vería mejorado si se posibilitase la interposición de un recurso contencioso-disciplinario ordinario contra los actos que resuelvan los recursos por falta leve, recurso que podría sustanciarse por los trámites de un procedimiento abreviado y ante un juez togado unipersonal, con recurso de apelación ante un tribunal militar territorial. Lo mismo haría orgánica y procesalmente con el recurso preferente y sumario. No tiene sentido que por una sanción por falta leve, a veces de escasísima entidad, se conceda recurso de casación ante la sala V. Falta por vía de recurso ordinario lo que tal vez esté de más por vía preferente y sumario.

Jiménez Sánchez (magistrado del TC) señala que no hay que perder de vista que los art 64 y 65 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil tienen el mismo contenido

¹⁹⁰MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.Pag 628 y629

¹⁹¹MARTINEZ MICO. OP. CIT. Pag 630.

limitativo, por lo que la futura declaración del pleno del TC les será de aplicación a los preceptos señalados, si bien no parece probable que el TC extienda su aplicación a dichos preceptos¹⁹² a tenor del art 39.1 de la L.O. que limita extender su pronunciamiento expreso a otros preceptos no impugnados que estén contenidos en la misma ley en la que se ubique el texto respecto del que se ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad.

Fortún Esquifinito considera indispensable asegurar la plenitud material de la tutela judicial, ello conduce a que no sólo las sanciones por falta grave o del expediente gubernativo deban tener acceso pleno al procedimiento sino también las faltas leves.¹⁹³

Francisco de Mendoza Fernández sería aconsejable acometer una reforma de la LPM para asegurar la plenitud de la tutela judicial en materia disciplinaria. Tal como se deduce de la ley 29/98 ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves. La levedad de las infracciones podrá ser tenida en cuenta en la articulación de un procedimiento específico pero no erigirse en obstáculos que impida el control jurisdiccional de su legalidad, máxime cuando en la administración milita se imponen sanciones privativas de libertad.¹⁹⁴

Fernández Segado apunta que la solución sería el establecer un cauce orgánico procesal idóneo que posibilitara el conocimiento del recurso jurisdiccional por un juez

¹⁹²JIMENEZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), “Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar”, Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pag 87.

¹⁹³FORTUN ESQUIFINITO Ricardo “El objeto del recurso contenciosos disciplinario Militar” Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pag 120.

¹⁹⁴DE MENDOZA FERNANDEZ Francisco Javier, “Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 108.

togado militar, pues sería absurdo propiciar la intervención de un órgano jurisdiccional de composición compleja para el conocimiento de asuntos realmente simples.¹⁹⁵

El Consejo General del Poder Judicial¹⁹⁶ ya señaló que sería aconsejable extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por falta leve que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo que probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contenciosos disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, se produciría y evitar la excesiva acumulación de causas menores en Tribunales Superiores.

C) Caracteres

En el preámbulo de la LOPM se señala que en la configuración y articulación del procedimiento ordinario se ha seguido la pauta del contencioso-administrativo de la ley de 27 de diciembre de 1956, pero introduciendo las peculiaridades propias de ámbito objetivo a que se contrae el recurso contencioso-disciplinario, y estableciendo como órganos judiciales competentes para el enjuiciamiento de dicho recurso, el Tribunal Militar Central y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Precisamente por el hecho de que estos órganos judiciales militares tengan competencia en esta materia, se ha instituido un único recurso contra las decisiones adoptadas en primera instancia, recurso que no es el de apelación, como en la ley de 1956, sino el de casación, siguiendo de esta forma el camino iniciado por el art 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁹⁵FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag 150.

¹⁹⁶ CJPJ, informe de mayo de 1997.

El procedimiento preferente y sumario no es sino “Trasunto en el específico ambiente militar sancionador” del proceso de amparo constitucional de la sección 2ª de la ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, y como él se deriva del mandato contenido en el primer inciso del párrafo 2º del art 53 de la CE.¹⁹⁷

XV. L.O. 8/98 DE 2 DE DICIEMBRE DE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS.

Se regula en el Título V “Recursos”

Contra las resoluciones sancionadoras los interesados podrán interponer los recursos previstos en los artículos siguientes sin perjuicio del cumplimiento de la sanción impuesta.

Los recursos se presentarán por escrito, serán siempre motivados y en ningún caso podrán hacerse de forma colectiva.¹⁹⁸

El recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la autoridad o mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico señalado en el art 27 y, en su caso previsto en los art 41y 42. Cuando el recurso se interponga contra sanciones impuestas a los alumnos de los centros de formación, el escalonamiento jerárquico será el señalado en el art 43.

2.Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Auditor presidente del Tribunal Militar Central, el recurso se interpondrá ante la sala de gobierno de este Tribunal.

3.Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso se interpondrá ante esta autoridad.

¹⁹⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio, Comentarios a las leyes procesales militares (Tomoll), Pag 2083.

¹⁹⁸L.O. 8/98, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, art 75.

El recurso podrá interponerse en un plazo de quince días que se iniciará el día siguiente al de notificación de la sanción. Si esta fuera de arresto el plazo finalizará a los quince días de su cumplimiento.¹⁹⁹

A) Faltas leves- Recursos

Contra la resolución por la que se impone sanción por falta leve, podrá interponerse el recurso establecido en el artículo anterior.

La resolución del recurso pondrá fin a la vía disciplinaria excepto cuando la hubiese dictado un mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, Regimiento, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar, en cuyo caso podrá interponerse un segundo recurso ante dicho Jefe o Comandante en el plazo de quince días a partir del día siguiente de la notificación de la resolución que se recurre.

Contra las resoluciones citadas que pongan fin a la vía disciplinaria podrá interponerse, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.²⁰⁰

B) Faltas graves- Recursos

Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso procedente regulado en el art 76. La resolución de dicho recurso pondrá fin a la vía disciplinaria y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso disciplinario militar conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.²⁰¹

C) Sanciones Disciplinarias Extraordinarias- Recursos

Contra la resolución por la que se impone una sanción disciplinaria extraordinaria, podrá interponerse recurso de reposición ante el Ministro de Defensa en el plazo de un

¹⁹⁹L.O. 8/98, art 76.

²⁰⁰L.O. 8/98, art 77.

²⁰¹L.O. 8/98, art 78.

mes. Contra su resolución podrá interponerse recurso contencioso disciplinario a lo dispuesto en la legislación procesal militar.²⁰²

²⁰²L.O. 8/98, art 79.

TITULO II- ESTUDIO DOGMATICO

I. CONCEPTO

A) Concepto

El recurso contencioso disciplinario militar se regula en el Libro IV, Parte I, Títulos I a V, dedicado a los procedimientos judiciales militares no penales de la L.O 2/89, procesal militar, de 13 de abril.

De conformidad con el art 453 el procedimiento se desdobra en dos:²⁰³

El ordinario, aplicable en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa.

El preferente y sumario que puede interponerse contra las sanciones disciplinarias, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la Constitución.

La jurisdicción castrense desempeña una doble función tal y como se ha previsto por el legislador: no obstante, el preferente y sumario, que si bien no figuraba en el proyecto de ley orgánica procesal militar que el gobierno envió al Congreso de los Diputados, estuvo inspirado en la ley 62/78, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales de la persona y se constituyó como el único cauce para la tutela judicial de los actos sancionatorios por falta leve en el ámbito militar.²⁰⁴

De su denominación se observa que es un recurso contencioso, en cuanto supone una contienda entre partes, una la administración militar, y otra, el recurrente sancionado, la administración pierde su situación de preeminencia para colocarse en una situación jurídica de parte, en igualdad con el recurrente, sometiendo, ambas partes, la cuestión

²⁰³L.O. 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar.

²⁰⁴POZUELO SOLER Carlos, "Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar". Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Madrid. Año 2002. Pag 395.

a la decisión de los tribunales de justicia²⁰⁵. Con frecuencia las normas de la Ley Procesal Militar son literales transposiciones de las de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, llegando el paralelismo de una y otra hasta el punto de que el art 457 de la primera declara legislación supletoria, igual que hizo la disposición adicional sexta de la segunda, a la ley de enjuiciamiento civil²⁰⁶. Por otro lado este paralelismo se pone de relieve de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª y adicional 4ª de la L.O. 12/85. En la disposición transitoria 1ª se preveía *“En tanto no se aprobasen las leyes procesales y de organización de tribunales, el recurso contencioso disciplinario se interpondrá ante la sala de lo contencioso administrativo de la audiencia nacional cuando las sanciones hayan sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa o ante la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos”*. En la disposición adicional 4ª se ordenaba *“La ley de Procedimiento Administrativo y la ley de jurisdicción contencioso administrativa serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta ley”*.

Decimos que de su denominación se observa que es un recurso, ya que se ha construido bajo principios similares al contencioso administrativo y como este tiene naturaleza revisora, lo que exige como requisito para su viabilidad la existencia de un previo acto disciplinario sancionador que será su objeto. Pero observamos que la naturaleza revisora del contencioso administrativo ha sido objeto de evolución:

En un principio, la jurisprudencia configuró el carácter revisor en el sentido de que los tribunales habrían de limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado según sus propios precedentes en el expediente, al modo con que un recurso de casación enjuicia una sentencia. La tesis radicó en la doctrina del “Ministro-juez”, que

²⁰⁵ ÁLVAREZ ROLDAN L.B. y FORTUN ESQUIFINITO R, “La ley disciplinaria militar”. Ed. Aranzadi. Pamplona. Año 1986. Pag 381.

²⁰⁶ JIMENEZ VILLAREJO, “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”. Editorial Colex. Madrid. Año 1991. Pag 71.

consideraba a la vía administrativa como una primera instancia jurisdiccional. Al amparo de este carácter revisor se excluía la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones no planteadas en vía administrativa, se excluyó la posibilidad de practicar prueba en el proceso contencioso-administrativo (salvo para revisar la practicada en el expediente administrativo), se anuló cualquier pronunciamiento de la sentencia que no fuese anular el acto impugnado o absolverlo de la impugnación.

La LJCA de 1956 explicó en su preámbulo que no se ha querido concebir la jurisdicción contenciosos-administrativa como una segunda instancia, sino como un proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca el actor frente al acto administrativo. El objeto del recurso tampoco era en dicha ley el acto administrativo, sino las pretensiones en relación al acto. La jurisdicción contenciosa es por tanto revisora en cuanto requiere la existencia previa de una acto administrativo, pero no significa que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni sea inadmisibile aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido expuesto previamente ante la administración. El proceso ante la jurisdicción contenciosa-administrativa no es una casación, sino una primera instancia jurisdiccional.

La ley 29/98, ya no relaciona las pretensiones en relación con los actos de la administración, como lo hacía la LJCA de 1956, sino con la actuación. Es importante tener en cuenta, como derivación de este cambio, los artículos 29 y 30 referentes al control de la inactividad y de las actuaciones materiales o vía de hecho.

Considero que en el ámbito contencioso disciplinario militar, del mismo modo que sucede en el contencioso administrativo, pese a la denominación de recurso estamos ante un autentico proceso entre partes en el que una de ellas es la administración. Por tanto, opino que, el carácter revisor y su denominación como recurso únicamente significa que lo que la ley quiere es la existencia de un acto previo y una vez dictado

se permite al demandante que pueda fundar su pretensión, en cualquier motivo o razón que entienda procedentes hayan sido o no alegadas por las partes en el procedimiento administrativo, siempre que no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones. Así el art 24 de la Constitución configura la tutela judicial como algo real o efectivo, más allá de los límites de lo que pudiera ser una mera declaración de buenos propósitos. A la luz de esta garantía, la naturaleza revisora ha de ponerse en correspondencia con la función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. En este sentido considero que el único presupuesto exigible para el ejercicio de esa potestad de control es que la administración afectada haya tenido la oportunidad de conocer la reclamación del interesado y pronunciarse sobre la misma.

No considero que el recurso contencioso disciplinario sea un autentico recurso por no ser una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados hechos, que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa.

B) Caracteres

Gratuidad

El procedimiento contencioso-disciplinario será gratuito,²⁰⁷ como señala el art 454 L.O. 2/89 y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos. Ello es consecuencia del mandato genérico del art 10 de la ley orgánica 4/87, de 16 de

²⁰⁷MILLAN GARRIDO Antonio. "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil". Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993. Pag 784.

julio de competencia y organización de la jurisdicción militar que señala que “La justicia militar se administrará gratuitamente”.

Es importante, por tanto, dejar constancia de que este principio es consecuencia del mandato genérico del art 10 de la ley de competencia y organización.²⁰⁸

No intervención de coadyuvantes

No se admitirá coadyuvantes,²⁰⁹ art 455 L.O. 2/89, en los recursos contencioso disciplinario militares. Ello significa que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora.²¹⁰

*Paralelamente a esto en la ley 29/1998 ya se ha suprimido la figura del coadyuvante, cuando ninguna diferencia hay ya entre la legitimación por derecho subjetivo y por interés legítimo.*²¹¹

Es por esto que algún autor como Martínez Micó²¹² propone la supresión del mencionado art 455 para adecuarlo a las previsiones de la ley 29/98.

Cuestiones Prejudiciales e Incidentales

La Competencia en materia disciplinaria militar se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales, directamente relacionadas con un recurso contencioso-disciplinario militar, aunque no pertenezcan a aquella materia.

La decisión que se pronuncie sobre cuestiones prejudiciales e incidentales no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y podrá ser revisada en el orden jurisdiccional correspondiente.²¹³ Se omite la salvedad, que si se encuentra en el art 4.1 de la LJCA de 1956 y que es una constante en nuestra

²⁰⁸ JIMENEZ VILLAREJO José. “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”. Pag 74.

²⁰⁹ MILLAN GARRIDO A. OP. CIT. Pag 784

²¹⁰ JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 74

²¹¹ Ley 29/98, Exposición de Motivos.

²¹² MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Año 2001.

²¹³ Art 450, L.O. 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar.

normativa procesal y orgánica, para el caso de que la Cuestión prejudicial sea de carácter penal.²¹⁴

El art 450 de la LPM trae causa del art 4 de la LJCA de 1956, que ha sido retocado por el art 4 de la ley 29/98 al establecer en el segundo párrafo que *“La decisión que se pronuncie sobre cuestiones prejudiciales e incidentales no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”*. Esta reforma es prudente ya que no siempre se plantea la oportunidad o necesidad de que otros órdenes jurisdiccionales revisen lo acordado. A tenor de lo anterior, algunos autores²¹⁵ estiman que sería oportuna la modificación del art 450 a fin de adaptarlo a las previsiones de lo establecido en el art 4 de la ley 29/98.

Interrupción de la prescripción de la sanción

La interposición de un recurso contencioso disciplinario interrumpe el plazo para la prescripción de la sanción y de la falta²¹⁶ o causa señalada en el art 59 de la ley disciplinaria, durante toda la tramitación de aquél, hasta que la sentencia firme sea notificada y comunicada²¹⁷. Según Jiménez Villarejo²¹⁸ este precepto tienen una lógica e indiscutible fundamentación que releva de todo comentario.

La referencia que en la ley procesal se hace al art 59 de la antigua ley disciplinaria 12/85, hace que no permita adivinar si se quiere referir tan sólo a la prescripción de las causas que pueden motivar las sanciones disciplinarias extraordinarias o también a las infracciones por falta leve o grave y la necesidad de contemplar la prescripción de las faltas muy graves del régimen

²¹⁴JIMENEZ VILLAREJO José. OP. CIT. Pag 73.

²¹⁵MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

²¹⁶MILLAN GARRIDO A. OP. CIT. Pag 784

²¹⁷Art 456, L.O. 2/89.

²¹⁸JIMENEZ VILLAREJO J. OP. CIT. Pag 74.

disciplinario de la Guardia Civil. Por ello, algunos autores²¹⁹ apuntan a la posibilidad de que en una futura reforma de la L.O.P.M., el art 456 debiera quedar redactado de la siguiente forma “La interposición de un recurso contencioso disciplinario interrumpe la prescripción de toda clase de infracciones y sanciones disciplinarias durante toda la tramitación de aquél, hasta que la sentencia firme sea notificada y comunicada”.

Competencia para conocer del proceso

Los órganos judiciales que sean competentes para conocer de un recurso contencioso- disciplinario lo serán también para todas sus incidencias y para fiscalizar la ejecución de la sentencia que dicten.

La competencia de estos órganos será improrrogable y se apreciará por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes. Cuando se declare la incompetencia de uno de dichos órganos con anterioridad a la sentencia, se remitirán las actuaciones al que sea competente.²²⁰ Este art ha sido dictado a la luz del art 8 de la LJCA de 1956 que ha sido retocado por el *art 7.1 de la ley 29/98*, por ello algún autor estima que debiera quedar redactado así:

“Los órganos judiciales que sean competentes para conocer de un recurso contencioso- disciplinario lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar la sentencia que dicten.

La competencia de estos órganos será improrrogable y se apreciará por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y de la fiscalía jurídico militar por plazo común de 10 días. La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la Sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera corresponder a la sala de lo militar del

²¹⁹MARTINEZ MICO Juan Gonzalo. OP. CIT. P

²²⁰Art 449 LOPM.

Tribunal Supremo se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva éste”.

Utilización paralela, no sucesiva, de ambos recursos contencioso disciplinarios.

Si bien los recursos contra las sanciones por falta leve sólo tienen acceso al procedimiento contencioso disciplinario preferente y sumario, los que derivan del resto de sanciones pueden interponerse, tanto en dicha vía como en el procedimiento ordinario, se plantea la cuestión ¿cabe utilización simultánea de ambos recursos?.²²¹

“Los interesados en un recurso de amparo pueden optar, previamente, por la vía del recurso contencioso administrativo ordinario o por la configurada en la ley 62/78, de 26 de diciembre, en defensa de los derechos fundamentales, o bien pueden instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y motivos distintos; pero lo que no puede es utilizar sucesivamente ambas vías”.²²² Señala el Tribunal Constitucional que la admisión del recurso preferente y sumario no suspende el cómputo del plazo ni produce una reserva del derecho al ejercicio de la acción por el cauce ordinario. Si se desestima la demanda del proceso especial, han caducado los plazos para seguir la vía del procedimiento ordinario, no hay ausencia de tutela judicial que sea imputable a la sentencia desestimatoria, sino que ello es consecuencia de la libre opción del recurrente.

“El recurso preferente y sumario del art 53.2 es un sistema de protección añadida a los derechos que calificamos de fundamentales; pero no es una protección única pues precisamente por esta naturaleza de protección reforzada no se excluye que tales derechos puedan ser tutelados también a través de procesos ordinarios”.²²³

²²¹HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO, “Manual práctico de la jurisdicción militar”. Editorial Práctica de Derecho S.L. Valencia 1998.Pag144

²²²STC 42/89, de 16 de febrero.

²²³STS Sala V, de 2 de febrero de 1992.

Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, art 457 L.O. 2/89, será legislación supletoria²²⁴ de la parte primera del libro IV.

Así ha reiterado la jurisprudencia del TS que la legislación supletoria de la Primera Parte del Libro IV de la ley procesal militar, -que se refiere al recurso contencioso-disciplinario militar exclusivamente- no es la contenida en los restantes libros de la propia Ley Procesal Militar, sino la Ley de Enjuiciamiento Civil.²²⁵

Si bien hemos señalado que el recurso contencioso disciplinario se desdobra en dos el ordinario aplicable en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa y el preferente y sumario que puede interponerse contra las sanciones disciplinarias, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la Constitución, nuestra tesis se ciñe exclusivamente al ordinario toda vez que, en caso contrario, sería muy extensa. No obstante, se expondrá brevemente la problemática que causa la ausencia de control judicial de las faltas leves cuando entramos en cuestiones que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales sino a cuestiones de legalidad ordinaria y expondremos tanto la opinión de diversos autores como la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional. Pero, como he señalado, fuera de este breve estudio el groso de la tesis doctoral se ciñe al análisis en profundidad del recurso contencioso disciplinario militar ordinario analizando tanto las cuestiones de fondo como los aspectos procesales.

Para centrar el objeto de mi tesis sintetizo que el recurso contencioso disciplinario militar ordinario es la vía a través de la que se ha articulado el derecho a la tutela

²²⁴MILLAN GARRIDO A. "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil", pag 784

²²⁵ STS (Sala de lo Militar) de 18 febrero 2000.

judicial efectiva en relación a los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa. Como he expuesto, este recurso sigue la pauta del contencioso administrativo, en el sentido de ser requisito la existencia de un acto previo dictado por la administración militar en aplicación de la ley disciplinaria y tratarse de un proceso en el que una de las partes es la administración sancionadora y la otra el militar sancionado. Como he señalado, pese a la denominación de recurso estamos ante un autentico proceso entre partes donde lo único que se exige es un acto sancionador previo dictado por la administración militar. A través de este proceso la actuación de la administración sancionadora es controlada por un órgano judicial con lo que se da conformidad tanto al acceso a la tutela judicial efectiva como a la previsión del art 106 de la Constitución de control de la actuación de la administración.

La articulación de esta vía de control judicial no ha sido un proceso fácil y ha estado sujeta a un proceso de evolución lenta teniendo en cuenta el especial ámbito en el que nos movemos. Si echamos la vista atrás, observaremos que venimos de un Código de Justicia Militar donde la ausencia de recursos era más que patente y no sólo en la vía judicial sino en la vía administrativa donde, ni siquiera, cabía la posibilidad de un recurso de alzada. Por tanto, la Ley Orgánica Procesal Militar y la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar suponen un punto de arranque en la modernización y ajuste a las previsiones establecidas en la constitución en lo relativo al control judicial frente al ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito castrense. A lo largo de esta tesis vamos a ir observando como la jurisprudencia de la Sala Quinta ha ido evolucionando en el asentamiento de este recurso y como hoy es una autentica vía de tutela judicial frente a la actuación de la administración sancionadora.

II. FUNDAMENTO

A) Regulación de la Jurisdicción Militar en la Constitución (art 117.5)

Afirmado el carácter no contingente del control judicial de la actuación administrativa militar en materia sancionadora disciplinaria, el legislador puede atribuir la competencia del ejercicio de dicho control a la jurisdicción contenciosa administrativa o por el contrario residenciarla en la jurisdicción militar.

Pero la propia CE reconduce la materia sancionadora militar al “ámbito estrictamente castrense”. Así la Constitución regula en el Título VI “*Del poder Judicial*”, art 117.5 “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución*”.

Este precepto marca las líneas maestras de los tres aspectos fundamentales del tema: naturaleza de la actuación de los tribunales militares, esfera de su competencia y principios que deben presidir el ejercicio de su función.²²⁶

La inclusión de esta norma dentro del título VI de la CE, “Del poder Judicial”, demuestra que la naturaleza o carácter de la actuación de los tribunales militares es concebida como el ejercicio de una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa. Dentro de esa identidad sustancial de toda verdadera jurisdicción se reconoce, la necesidad de un tratamiento diferenciado que deberá regularse por normas con rango de ley.

Se aborda el tema de la competencia de la jurisdicción militar y se ofrece una primera distinción entre situación de normalidad y estado de sitio.

En el caso de estado de sitio esta expresión tiene un contenido legal específico, siendo la propia ley la que regula los mecanismos precisos para determinar su alcance y efectos en cuanto a esta y otras materias.

²²⁶CASADO BURBANO Pablo, “Iniciación al derecho constitucional militar”. Revista de Derecho Privado. Madrid 1986. Pag 84.

Para el caso de normalidad se fijan unos términos genéricos “ámbito estrictamente castrense”. El mandato contenido en este precepto constitucional va dirigido al legislador, quien al fijar este espacio, no debe ir más allá de casos que afecten a intereses de carácter militar.

En cuanto a los principios que deben presidir el ejercicio de la jurisdicción militar, no son otros que los principios de la constitución. Es decir, los mismos principios básicos que han de informar la actuación de los tribunales ordinarios deben informar la actuación de esta jurisdicción especial. Analizamos la constitucionalidad de la jurisdicción militar con los derechos de tutela efectiva de jueces y tribunales y de juez ordinario predeterminado por la ley.

Respecto a la tutela efectiva, la jurisdicción militar colma este principio constitucional proclamado en el art 24.1 de la CE pues como dice la jurisprudencia del TC *“no puede afirmarse en términos generales que el enjuiciamiento de un asunto por una jurisdicción reconocida constitucionalmente, como es la militar, suponga una negación de la tutela judicial efectiva, ya que esta puede ser prestada tanto por aquélla como por la ordinaria”*.²²⁷

También concuerda con el principio constitucional de juez ordinario predeterminado por la ley.²²⁸ En estos supuestos los recurrentes, no militares, acudieron al TC, alegando que ellos no podían encontrarse sometidos a tribunales militares sin que se lesionaran sus derechos constitucionales. En el primero de los citados autos²²⁹ se dice que alegar como y hacía el recurrente de amparo *“como derecho constitucional vulnerado el que proclama el art 24.2 en los términos que hemos dicho, es una alegación inconsistente, pues el Tribunal de la Jurisdicción Militar, que conoce según las reglas de competencia de un hecho atribuido a esta jurisdicción y juzgó a los acusados de delito, no parece que sea un juez ad hoc ó ex post facto, determinado a*

²²⁷ Sentencia TC 75/82, de 13 de diciembre.

²²⁸ Auto 54/81 de 3 de junio ; 24/81 de 18 de febrero.

²²⁹ DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio “Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscalía Togada Memoria”. Pag 123.

posteriori”. Igualmente el Auto 24/81 dice “*en cuanto la pretendida infracción del art 24.2 que regula el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, debe observarse que el art 117.5 establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. Esta remisión a la ley ha sido desarrollada por la L.O. 9/89 de 6 de noviembre, de reforma del CJM, de acuerdo con la cual la jurisdicción militar conocerá de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona por los delitos comprendidos en el código. Resulta así la competencia de la jurisdicción militar, tanto en el Código anterior a la CE, como después de su reforma con posterioridad a la norma fundamental, sin que se muestre razón alguna para dudar en este punto de la constitucionalidad de la ley, ya que el bien jurídico protegido por el Código es, de carácter militar*”. Se vuelve a examinar este principio constitucional en la sentencia nº 11/84, de 28 de noviembre, que interpreta el art 739 del CJM.

B) Análisis del art 117.5

Art 117.5 reza “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución*”.

El principio de Unidad Jurisdiccional como base de organización de los tribunales

Tres significados suelen darse a este principio:

Desde una perspectiva abstracta la unidad jurisdiccional se deriva de la unidad de la soberanía. En tanto función que dimana de la soberanía del Estado, la jurisdicción es única.²³⁰

La unidad jurisdiccional es fruto de la unidad territorial. El estado autonómico diseñado en la CE, atribuye al Estado la competencia sobre la administración de justicia, como taimen sobre la legislación procesal en los art 149.1 nº 5 y 6 respectivamente.

²³⁰FENECH, “Derecho Procesal Penal”, Madrid 1959, tomo I, pag 170.

Señala el TC²³¹ que la constitución ha tomado en consideración la organización territorial del estado al fijar criterios básicos para la organización judicial. Así el art 152.1 CE establece que *“un tribunal superior de justicia culminará la organización judicial en el ámbito de la comunidad autónoma”*. Pero esta organización territorial se lleva a cabo sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS configurado en el art 123 de la CE como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales.

La unidad jurisdiccional encuentra su última ratio en la conexión del inciso primero del art 117.5 con el art 117.3. así el art 117.3 establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. De esta forma el principio de unidad jurisdiccional se conecta con el de independencia.

Gimeno Sendra²³² señala que en el Estado de Derecho la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté desterrada. Asimismo, la manifestación del principio de unidad jurisdiccional es un reflejo del derecho al juez ordinario predeterminado por ley que consagra el art 24.2 de la CE. De ahí que el art 117.6 prohíba los tribunales de excepción y el art 117.5 circunscriba la jurisdicción militar al ámbito castrense.²³³ El TC ha desarrollado en una doctrina muy consolidada, idéntica vinculación entre el principio de unidad

²³¹STC 38/82 de 22 de junio, fund jur 5º.

²³²GIMENO SENDRA José Vicente "Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional", en Manuel del Cobo del Rosal "Comentarios a la legislación penal", tomo I, editorial revista de derecho privado, Madrid 1982, pag 307 y sg, en concreto pag 318.

²³³SERRANO ALBERCA José Manuel, "Comentarios al art 117.5" en Fernando Garrido Falla, "Comentarios a la CE", Editorial Civitas 2ª ed, Madrid 1985. Pag 1666 y sg, en concreto pag 1669.

jurisdiccional y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Así el TC²³⁴ sostiene que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria. Desarrollando esta doctrina el TC²³⁵ entiende que si bien el precepto del art 24.2 garantiza a toda persona un juez ordinario predeterminado por ley, su formulación debe verse desde la conceptualización de la jurisdicción militar como jurisdicción especial que cabalmente, por este carácter, frente a la regla de la jurisdicción ordinaria, no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define por referencia al “ámbito estrictamente castrense”. En resumen, el quebrantamiento del art 117.5 mediante la atribución a la jurisdicción militar de un asunto de la competencia de la jurisdicción ordinaria, supone una lesión del derecho de todos al juez ordinario predeterminado legalmente proclamado en el art 24.2 de la CE.²³⁶

Casado Burbano²³⁷ indica que el principio de unidad jurisdiccional es compatible con el hecho de que dada la inmensa complejidad del ordenamiento jurídico, existan juzgados y tribunales especializados en determinadas ramas o sectores del mismo y en este sentido se hable de jurisdicción civil, penal, contencioso administrativo o laboral. Con lo que no es compatible el principio de unidad jurisdiccional es con que, al amparo de una posible o necesaria especialización, se produzcan discriminaciones o desigualdades con que el justiciable no goce de las debidas garantías.

Reconocida la Jurisdicción Militar, el Tribunal Constitucional define sus principales características en diversos autos y sentencias.²³⁸ Así la ha configurado como jurisdicción especial “La Jurisdicción Militar supone una excepción al principio de

²³⁴STC 75/82, de 13 de diciembre.

²³⁵STC 111/84, de 28 de noviembre.

²³⁶STC 105/85 de 7 de octubre y 66/86 de 23 de mayo.

²³⁷CASADO BURBANO Pablo “Iniciación al derecho constitucional militar”. Pag 78.

²³⁸DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio “Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscalía Togada Memoria”. Pag 124.

unidad jurisdiccional²³⁹, Jurisdicción especial, que cabalmente por este carácter, frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria, no consiente interpretaciones que lleven más allá de lo que se define para los supuestos de normalidad por referencia al ámbito estrictamente castrense²⁴⁰, la misma idea late en otras sentencias,²⁴¹ en las que se confirma su carácter de jurisdicción especial.

Es importante señalar que estamos ante una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria doméstica o corporativa.²⁴²

Para Aparicio Gallego por el mandato constitucional del art 117.5 y por su última disposición imperativa, ha venido a ser generalmente aceptado que la jurisdicción militar en su propio ámbito y con sumisión a los principios constitucionales, es la única jurisdicción especial reconocida por la CE.²⁴³

Para Fernández Segado en todo caso, salvaguardar el principio de unidad del poder judicial, lo que significa la ineludibilidad de lograr esa unidad por lo menos en su vértice, respetando la disposición del artículo 123.1 de nuestra *lex superior*, que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense.

López Ramón²⁴⁴ afirma que el alcance del art 117.5 no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional²⁴⁵ para la jurisdicción militar.

²³⁹Auto TC. nº 121/84 de 29 de febrero.

²⁴⁰S.TC. nº 111/84 de 28 de noviembre.

²⁴¹S.TC. nº 75/82 de 13 de diciembre.

²⁴²CASADO BURBANO. OP. CIT. Pag 85.

²⁴³APARICIO GALLEGO Javier, "La nueva organización de la justicia militar", Revista General de Derecho, nº 512, mayo 1987. Pag 2457 y 2458.

²⁴⁴LOPEZ RAMON Fernando, "Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar", "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", vol IV, Ministerio de Justicia, Madrid 1899. Pag 2605 y sg.

²⁴⁵STC 32/81, de 28 de julio.

La singularidad de la jurisdicción militar se traduce en el hecho de que como ha reconocido el TC²⁴⁶, la jurisdicción castrense no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales respecto de la jurisdicción ordinaria. Estas peculiaridades son la consecuencia de la peculiar configuración que deben revestir las Fuerzas Armadas a fin de cumplir los fines que les asigna el art 8 de la CE. Respecto al alcance de esta jurisdicción hay que señalar que, el constituyente no sólo se hace eco de esta institución sino que la contempla nada más proclamar el principio de unidad jurisdiccional y circunscribiéndola al ámbito estrictamente castrense. El término regulará significa que llegado el momento de la normación, el ámbito competencial que se reconozca a esta jurisdicción sea el estrictamente castrense. Ello impone como ha reconocido el TC²⁴⁷ una consideración restrictiva del alcance de esa jurisdicción, a lo supuestos previstos constitucionalmente.

La inclusión a la jurisdicción castrense en el título VI, del poder judicial, revela que la actuación de los tribunales militares queda alejada de la idea de una actividad administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa.²⁴⁸ Al contrario se integra en el poder judicial del Estado,²⁴⁹ lo que a su vez supone que si bien esta jurisdicción se ejerce en el ámbito estrictamente castrense, no es castrense en el sentido de que deba de modo inexcusable formar parte de las Fuerzas Armadas. Así la CE deja muy claro lo siguiente: que la jurisdicción militar se integra dentro del poder judicial del Estado; que debe circunscribir su ámbito competencial a lo estrictamente castrense; que esa competencia puede verse ampliada en los supuestos de estado de sitio; que la jurisdicción castrense debe actuar de acuerdo con los principios de la CE.

²⁴⁶STC 180/85, de 19 de diciembre.

²⁴⁷STC 93/86, de 7 de julio

²⁴⁸CASADO BURBANO Pablo. OP. CIT. Pag 84 y 85.

²⁴⁹LOPEZ RAMON Fernando, "Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar", "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", vol IV, Ministerio de Justicia, Madrid 1899. Pag 2631 y 2632.

3.- Integración de la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial del Estado

La inclusión del art 117.5 dentro del Título VI de la CE, o “Del Poder Judicial”, demuestra la naturaleza de la actuación de los tribunales militares que es concebida como una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa. Dentro de esa identidad sustancial de toda verdadera jurisdicción se reconoce, la necesidad de un tratamiento diferenciado que deberá regularse por normas con rango de Ley.²⁵⁰

Supone una serie de consecuencias:²⁵¹

Se debe salvaguardar el principio de unidad del poder judicial, lo que significa lograr esa unidad por lo menos en su vértice, respetando el art 123.1 de la CE que considera al TS como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales.

La función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares, a los que se ha de rodear de las garantías necesarias.

En los asuntos de su competencia, el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrenses legalmente determinados, que en su marco competencial habrán de considerarse juez ordinario predeterminado por ley.

A la jurisdicción militar le compete no sólo juzgar sino hacer ejecutar lo juzgado.

Rige el principio de legalidad como sujeción de todos los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley.

²⁵⁰CASADO BURBANO. OP. CIT. Pag 84 y 85.

²⁵¹FERNANDEZ SEGADO Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, en la obra “La Jurisdicción Militar” CGPJ, año 1992. Pag 27 y 28.

4.-Diferenciación de los órganos judiciales militares en situaciones de normalidad y en los supuestos de estado de sitio.

El art 117.5 dice que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. La conjunción copulativa y separa en el artículo dos partes diferenciadas y sólo respecto a la primera se ciñe el ejercicio de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense.

El estado de sitio²⁵² tiende a asegurar y mantener el orden constitucional en supuestos diferentes y mucho más graves que los que se desencadenan en el estado de excepción, supuestos en los que pelagra la estructura político constitucional del estado. Estas circunstancias se conectan con un levantamiento o insurrección armada que ponga en peligro los fundamentos en los que se asienta el Estado, es decir, soberanía, integridad territorial u orden constitucional la protección de esos soportes básicos del Estado, es misión atribuida a las Fuerzas Armadas. De ahí el papel que en el Estado de Sitio asumen aquellas en cuanto ejecutoras de las medidas que procedan, bajo la dirección del gobierno.

Por eso, es acertado el diferente tratamiento en las situaciones de normalidad y en el Estado de Sitio, donde las necesidades de la situación excepcional, aun quedando sujetas a normas jurídicas flexibles, prevalecen sobre otros valores o bienes jurídicos.²⁵³

Esta previsión constitucional se ha completado con el art 35 de la L.O. 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que el art 116.4 de la CE dice que la declaración de tal estado de sitio es competencia del congreso de los diputados por mayoría absoluta y a propuesta exclusiva del gobierno, a cuyo

²⁵²FERNANDEZ SEGADO Francisco, "La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", Revista de Derecho Político, nº 11, 1981, pag 83 y sg, en concreto pag 111.

²⁵³VALENCIANO ALMOYNA, "En torno a un nuevo Código de Justicia Militar" REDEM , nº 35, 1978. Pag 55 y sg, en concreto pag 57.

tenor, la cámara baja podría determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción castrense.

Esta regulación constitucional supone un paso adelante ya que resulta la máxima vigencia del Estado de Derecho aun en supuestos de máxima anormalidad. Así los antiguos bandos militares, han sido instrumentos tradicionales a cuyo través se alteraba el sistema de distribución de competencias jurisdiccionales, en una dirección expansiva del ámbito competencial de la jurisdicción castrense, en unas ocasiones previa habilitación leal y en otras, las más de ellas, por vía de lo puramente fáctico.

Según Casado Burbano,²⁵⁴ la expresión estado de sitio tiene un contenido legal específico, siendo la propia ley la que regula los mecanismos precisos para determinar su alcance y efectos en cuanto a esta y otras materias.

Diferente del estado de sitio son lo que el art 15 de la CE denomina “tiempos de guerra”, situaciones que no se han contemplado en el art 117.5 de la CE y que el art 13 de la L.O. 4/87, de 15 de julio, determina el ámbito al que puede extenderse la competencia de esta jurisdicción en tiempo de guerra, que como es obvio, es más amplio que en tiempos de paz.

5.- Ambito estrictamente castrense

Con anterioridad a la CE de 1978, el CJM ha sido la disposición legal que ha fijado este ámbito, determinando la competencia de los tribunales militares por razón de la materia, por razón del lugar y por razón de la persona, con criterios de gran amplitud.

La posición doctrinal en torno a que debe entenderse por “ámbito estrictamente castrense” se ha diversificado entre los distintos autores. Martínez-Cardos²⁵⁵

²⁵⁴CASADO BURBANO Pablo. OP. CIT. Pag 84 y 85.

²⁵⁵MARTINEZ CARDOS RUIZ J. Leandro, “Comentario a la disposición Derogatoria” en Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez Villasante Y Prieto (coords), “Comentarios al Código Penal Militar”, Cívitas, Madrid, 1988. Pag 2091 y sg.

señala que la determinación de lo estrictamente castrense debe hacerse partiendo de la noción de Fuerzas Armadas, estas tienen unos fines que les asigna el art 8 de la CE. Para sus fines los ejércitos han de desarrollar unas funciones. Estas funciones solo pueden desarrollarse si cuentan con un poder organizado peculiarmente y una base social que les sirva de fundamento. Esos fines, funciones, poder y base social constituyen el ámbito castrense que define la esfera de actuación de la jurisdicción militar.

Casado Burbano²⁵⁶ el mandato contenido en este precepto constitucional va dirigido al legislador, quien, al regular o fijar este espacio, no debe ir más allá de aquellos casos o supuestos que afecten inequívocamente a intereses de carácter militar.

El Código de Justicia Militar determinó la competencia de los Tribunales Militares por razón del lugar, de la persona y de la materia, con criterios de gran amplitud.

La L.O. de 1980 reformó con carácter provisional toda materia referente a la justicia militar, redujo de forma notoria el anterior ámbito de competencia, particularmente en lo referente a delitos comunes cometidos por militares o asimilados de los que sólo conocerían los Tribunales Militares cuando afectasen al buen régimen o servicio de las F.A.S.²⁵⁷ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desarrolla en el siguiente sentido: “El carácter eminentemente restrictivo con que se admite la Jurisdicción Militar, reducida al ámbito estrictamente castrense. Este carácter ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente”²⁵⁸. En algún supuesto tras hacer referencia al ámbito estrictamente castrense se establece la constitucionalidad del enjuiciamiento de un paisano por delito previsto en el

²⁵⁶CASADO BURBANO Pablo. OP. CIT. Pag 84 y 85.

²⁵⁷CASADO BURBANO Pablo. OP. CIT. Pag 85

²⁵⁸S.TC. 75/82, de 13 de diciembre.

Código de Justicia Militar, por cuanto “El bien jurídico protegido por el código es, en este caso, sin duda, de carácter militar”²⁵⁹.

La L.O. 13/85, del Código Penal Militar, dispone en su art 1 “Solo serán castigados como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este código”.

Fernández Segado²⁶⁰ cree que la indeterminación del constituyente para delimitar el dintel de la competencia de la jurisdicción castrense, se traduce en que el legislador por vía de ley orgánica pueda rellenar esa competencia con mayor o menor amplitud, pudiendo operar razones de oportunidad política. Según este autor con el concepto jurídico indeterminado sobre que es lo estrictamente castrense, el constituyente se inclina por un criterio material, abandonando el tríptico competencial característico en tantos momentos de nuestra historia pasada. Podemos discutir que materias caen dentro de ese ámbito, discusión un tanto estéril, pero lo que no admite discusión es que con esa delimitación competencial el constituyente se inclinaba a favor del elemento material.

El carácter restrictivo que el art 117.5 impone a la jurisdicción castrense, reconocido por el TC²⁶¹ supone una limitación de su ámbito competencial que se proyecta en una doble dirección:

De un lado, la presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuya “vis” atractiva debe operar como pauta general, más aún ante una jurisdicción de carácter especial como es la militar. El TC²⁶² ha entresacado una importante consecuencia “No basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen”.

²⁵⁹Auto TC 24/81, de 18 de febrero.

²⁶⁰FERNANDEZ SEGUADO Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, en la obra “La Jurisdicción Militar” CGPJ, año 1992, Pag 30 y 31.

²⁶¹STC 93/86, de 7 de julio.

²⁶²STC 75/82, de 13 de diciembre.

El criterio hermenéutico de la legislación de desarrollo. El TC²⁶³ señala que el carácter restrictivo que señala el art 117.5 “ámbito estrictamente castrense” ha de ser tenido en cuenta para interpretar la legislación correspondiente.²⁶⁴

En definitiva, no se puede sacar la conclusión de que el legislador puede regular a su entero arbitrio la competencia de la jurisdicción militar. Que esta sujeta a unos límites es obvio a la vista del art 117.5 y como ha señalado el TC²⁶⁵ esos límites no son indefinidos. Por tanto, el TC señala que el art 117.5 ha de ser interpretado a la luz de los art 8 y 30 de la CE y que la jurisdicción militar sólo puede ser aplicada a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su conexión con los objetivos, tareas y fines de las Fuerzas Armadas, que no son sino los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para la satisfacción de las exigencias defensivas de la comunidad, consideradas en otro momento²⁶⁶ como un auténtico bien constitucional, como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión. El TC²⁶⁷ ha señalado que la jurisdicción militar conoce únicamente de los delitos castrenses cuestión que ha de ponerse en relación con: la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal que han de ser estrictamente militares, los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y que el sujeto activo del delito sea militar.

El desarrollo legislativo del art 117.5 se decanta por el elemento material como criterio de delimitación competencial de aplicación, es decir, que la jurisdicción militar conozca de los delitos castrenses que son los contemplados en el CPM, si bien con carácter excepcional ha contemplado algún otro supuesto que escapa de aquella calificación por cuanto pese a afectar la conducta al servicio y a los

²⁶³STC 75/82, de 13 de diciembre.

²⁶⁴STC 93/86, de 7 de julio.

²⁶⁵STC 60/91, de 14 de marzo.

²⁶⁶STC160/87, de 27 de octubre.

²⁶⁷STC 60/91, de 14 de marzo

intereses de los ejércitos, no exige que el sujeto activo del ataque a la Institución Armada sea militar pudiendo ser un civil.

6.-La regulación de la jurisdicción militar ha de realizarse de conformidad con los principios de la CE

La jurisdicción militar se ha de someter a los principios de la CE tanto en supuestos de normalidad como en estado de sitio.²⁶⁸

Además de los principios generales contenidos en el título preliminar y en el título I de la CE, se consideran de interés a efectos de regulación de la jurisdicción castrense:

Los principios informadores de la función jurisdiccional:

El principio de unidad jurisdiccional (art 117.5)

Principio de independencia de los órganos jurisdiccionales, íntimamente conectado con el principio de legalidad, que implica la sujeción de aquellos órganos al imperio de la ley (art 117.1 y 2)

Principio de exclusividad respecto de las materias legalmente reconocidas como de su competencia en su doble vertiente positiva y negativa (art 117.3 y 4)

Principio de plenitud (art 117.3)

Principio de imperatividad en el cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales (art 118)

Principio de unidad en el sentido de acomodo de la jurisdicción castrense al reconocimiento del TS como órgano superior en todos los órdenes (art 123.1)

En resumen una vez que la jurisdicción militar se integra en el poder judicial, debe acomodarse a estos principios, exigencia que hubiera tenido que cumplirse en

²⁶⁸ APARICIO GALLEGO Javier, "La nueva organización de la justicia militar", Revista General de Derecho, nº 512, mayo 1987. Pag 2457 y 2458.

defecto de una específica determinación al respecto, como la que acoge el inciso final del art 117.5. como ha quedado señalado estos principios no son otros que los inspiradores de la administración de justicia en general y los que dimana del respeto y la salvaguardia de los derechos fundamentales del justiciable.²⁶⁹

Los principios procesales constitucionales, como son el principio de publicidad (art 120.1), oralidad (art 120.2) y motivación de las sentencias (art 120.3)

Por último las garantías y derechos constitucionales que reconoce la CE y que tienen especial proyección en el ámbito de la jurisdicción penal

Los derechos y garantías de la libertad personal (art 17)

El derecho a la tutela judicial efectiva (art 24.1)

El derecho a la defensa y las garantías procesales y derechos que de él derivan (art 24.2)

El principio de legalidad penal y su proyección en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración

Por tanto, resulta incuestionable señala el TC²⁷⁰ que el enjuiciamiento militar, sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la CE. En definitiva la CE exigía que el diseño de la jurisdicción castrense se acomodase a sus principios, lo que entrañaba, tanto o más que la propia remodelación de su ámbito de competencias, la ineludibilidad de una profunda reforma de aquélla.²⁷¹

C) Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional en su ya abundante doctrina sobre la Jurisdicción Militar, ha confirmado en diversos autos y sentencias la existencia de la misma, exponiendo su razón de ser y características, respetando preceptos y procedimientos singulares de la Justicia Militar, y por el contrario derogando aquello que vulnera los preceptos

²⁶⁹CASADO BURBANO Pablo. OP. CIT. Pag 86.

²⁷⁰STC 97/84, de 19 de octubre.

²⁷¹FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia", en la obra "La Jurisdicción Militar" CGPJ, año 1992. Pag 35.

constitucionales, pero siempre sobre la base de la constitucionalidad de su existencia en el ámbito que le viene atribuido.²⁷²

Es claro que la jurisdicción militar esta reconocida constitucionalmente, “La jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense esta reconocida en el art 117.5 de la C.E., como excepción al principio de unidad jurisdiccional y se haya sometida en su ejercicio a la ley y a los principios de la Constitución”.²⁷³ El motivo de su existencia es claro “Las Fuerzas Armadas necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art 8 n° 1 de la C.E. le asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada”²⁷⁴ del ejercito, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines”.

La jurisdicción militar, así configurada, no lesiona los derechos establecidos en la constitución.²⁷⁵

Así el TC ya desde sus inicios²⁷⁶ entendió que una corrección disciplinaria militar pertenece al ámbito castrense y que “su control jurisdiccional exigido por el art 106.1 de la CE puede mantenerse de acuerdo con el art 117.5 de la misma dentro de la jurisdicción militar y quedar excluido de la jurisdicción contenciosa administrativa”. Mas recientemente se atribuye el control judicial a la jurisdicción castrense al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la atribución de competencia a la jurisdicción militar para conocer el proceso de protección de los

²⁷²DIAZ DE AGUILAR Y ELIZAGA Ignacio “Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscalía Togada Memoria”, pag 123.

²⁷³Auto TC n° 121/84, de 29 de febrero.

²⁷⁴S.TC. 97/85 de 29 de julio.

²⁷⁵DIAZ DE AGUILAR y ELIZAGA Ignacio “Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscalía Togada Memoria”, pag 123.

²⁷⁶STC 22/82 de 12 de mayo.

derechos fundamentales previsto en el art 53 de la CE y regulado en la L.O: 2/89 a través del recurso contenciosos disciplinario preferente y sumario.²⁷⁷

Pero una cosa es que la materia disciplinaria militar pueda entenderse comprendida en el ámbito castrense y otra que el legislador este constitucionalmente obligado a atribuir a la jurisdicción militar toda materia o cuestión que quepa calificar de estrictamente castrense²⁷⁸. Hasta ahora lo único que ha declarado el TC es que lo estrictamente castrense constituye un límite a la competencia residenciable en la jurisdicción militar, en el sentido de que no podrá otorgarse a esta competencia alguna sobre cuestiones que no sean en rigor calificables como propia y característicamente castrenses. Así la jurisprudencia del TC²⁷⁹ afirma que el art 117.5 no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los art 8 y 30 de la CE, de suerte que la competencia de los tribunales militares queda delimitada por el art 117.5 de forma que no son necesarias otras previsiones para excluir su intervención más allá d lo previsto en el citado precepto.

D) Justificación actual

La existencia de la jurisdicción militar, especialmente en tiempo de paz, ha sido y es en la actualidad una cuestión que ha suscitado vivas polémicas en las que se han mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídicos con otros de tipo político,²⁸⁰ se han venido apuntando como razonamientos para el mantenimiento de los tribunales militares, incluso en tiempo de paz:

²⁷⁷STC 113/95, de 6 de julio.

²⁷⁸JIMENEZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), “Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar”, Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003. Pag 74.

²⁷⁹STC 60/91 de 14 de marzo, 113/95 de 6 de julio.

²⁸⁰CASADO BURBANO Pablo, “Iniciación al derecho Constitucional Militar”. Pag 82

Asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar está en mejores condiciones de calibrar el espíritu de las normas militares.

Las muy especiales circunstancias en las que se desarrolla la vida militar, no son reproductibles ante un tribunal ordinario.

Especial importancia de los intereses ofendidos cuya protección requiere una respuesta rápida y ejemplar.

Imperiosa necesidad de mantener la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores.

Necesidad de dotar a las F.A.S. de unos medios de autodefensa.

Impedir que la autoridad judicial ordinaria penetre en la intimidad y en el secreto de muchos de los aspectos de la vida militar.

Disponer en tiempo de paz de un núcleo de organización judicial militar, que en caso de guerra, pueda extenderse a campos más vastos.

Las críticas que más han abundado en torno a los tribunales militares giran en torno a estos argumentos:

Atenta contra el principio de unidad jurisdiccional poniendo en peligro a igualdad de todos ante la ley o de uniformidad en la interpretación y aplicación de esta.

Suponer una justicia doméstica o corporativa que se presta a encubrir privilegios injustificados.

Falta de rigor técnico jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable.

Mayores dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción y vinculación a la jerarquía castrense.

Como han puesto de manifiesto reiteradas experiencias históricas la mayor facilidad de los tribunales militares para convertirse en instrumentos de acción política,

especialmente en manos de regímenes autoritarios, para reprimir cualquier intento de oposición.

Existen incluso posturas maximalistas que abogan por la total integración de la jurisdicción militar en la ordinaria o incluso la supresión de la jurisdicción militar.

Sería conveniente establecer claramente y sin excepciones la intervención del Consejo General del Poder Judicial en el nombramiento de quienes han de ocupar distintos cargos militares²⁸¹ cuya propuesta se materializaría en resoluciones emanadas del Ministerio de defensa, en razón al estatuto jurídico (militar profesional) de los designados.

Supresión de los tribunales militares de tiempo de paz, acompañada de la atribución de sus competencias a las jurisdicciones de derecho común o, de manera residual, a tribunales disciplinarios.

Se deben introducir jueces civiles en la composición de las jurisdicciones militares.

Transferencia del ejercicio de las vías de recurso a las jurisdicciones ordinarias.²⁸²

Incompetencia de las jurisdicciones militares para juzgar a civiles, cuando su existencia está prevista en la legislación (código penal militar), las jurisdicción militar debe, en principio, ser incompetentes para juzgar a civiles, y su competencia debería limitarse a los militares y al personal asimilado.²⁸³

En mi opinión el actual sistema de jurisdicción militar es perfectamente valido no sólo por ser perfectamente acorde con la previsión constitucional reflejada en el art 117.5

²⁸¹ PEREZ ESTEBAN, General Consejero Togado y Magistrdo de la Sala Quinta. Ponencia presentada en las Jornadas celebradas en abril de 1999 en la sede del CJPJ.

²⁸² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55º período de sesiones, Tema 3 del programa provisional, La Administración de Justicia, Informe presentado por el Sr. Emmanuel Decaux de conformidad con la decisión 2002/103 de la Subcomisión.

²⁸³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55º período de sesiones, Tema 3 del programa provisional, La Administración de Justicia, Informe presentado por el Sr. Emmanuel Decaux de conformidad con la decisión 2002/103 de la Subcomisión

sino por haber demostrado el cumplimiento de los objetivos que cabía asignarle y lo más importante ha satisfecho de modo adecuado las garantías exigibles a una administración de justicia que como la prevista en el Título VI de la Constitución responde a los principios del Estado de Derecho. Esto no significa la posibilidad de acometer determinadas reformas que perfeccionen el sistema. El fundamento de la conveniencia de la existencia de la jurisdicción militar lo apoyo en varios razonamientos:

Los principios generales de una buena administración de justicia es donde hay que situar el desarrollo de la "justicia militar". La justicia militar debe formar "parte integrante del sistema judicial general". Se trata, pues, de normas mínimas, de alcance universal, que dejan abierta la posibilidad de definir normas más estrictas en el marco interno. La opción elegida para este estudio sobre la administración de justicia por los tribunales militares implica no elegir ninguna de dos posiciones extremas, que tienden ambas a hacer de la justicia militar una justicia aparte, expediente a la vez que expeditiva, al margen del derecho común, ya se trate de "sacralizarla", situándola por encima de los principios fundamentales del estado de derecho, o de "demonizarla", invocando las experiencias históricas de un pasado demasiado reciente aún en muchos continentes. La alternativa es simple: o bien la justicia militar se ajusta a los principios de la buena administración de justicia y se convierte en una justicia como las demás, o bien se pretende que constituya una "justicia de excepción", un sistema aparte, sin contrapesos ni control, que abre la puerta a todos los abusos y no tiene de justicia más que el nombre. Entre la sacralización y la demonización, el proceso en curso toma la vía de la normalización, de la "civilización" de la justicia militar.

La jurisdicción castrense esta expresamente reconocida en la constitución. La "constitucionalización" de los tribunales militares no debe situarlos fuera del derecho ordinario, por encima de la ley, sino, muy al contrario, incluirlos en los

principios del estado de derecho, empezando por la separación de poderes y la jerarquía normativa. En este sentido, ese primer principio es inseparable del conjunto de los principios que siguen. Es importante insistir en la unidad de la justicia.

La jurisdicción militar está integrada en la unidad del poder judicial. Si bien fue el legislador de 1985 el que precipitada y gratuitamente sentó las bases de la discordia, desde el punto de vista jurídico orgánico no hay nada que impida incluir en una sola y misma unidad órganos estructurados con criterios propios o distintos a los ordinarios si cumplen el fin único de toda la organización. Así la jurisprudencia constitucional tras una primera etapa de adscripción a la tesis excluyente, parece que se va decantando por considerar a la jurisdicción militar, con sus especialidades, dentro del principio de unidad jurisdiccional, así lo afirma la STC 113/95 de 6 de julio, en una línea interpretativa iniciada por la S 60/91, de 14 de marzo.

Concurren los principios esenciales de la función jurisdiccional: independencia, inamovilidad, exclusividad y predeterminación enunciados en el art 117.1 y 3 de la CE. La cuestión central está en verificar si el modelo dado reúne suficientemente los requerimientos de los principios enunciados.

Así la LOJM recoge en idénticos términos a la LOPJ el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales militares (art 6 y 8). Así tal como refleja la STC 204/1994, de 11 de julio refleja que el sistema de provisión de puestos judiciales previsto en la LOJM con la intervención de la sala de gobierno del Tribunal militar central asegura un status temporal suficiente para el ejercicio de la función con independencia, aunque no equiparable a la de los miembros de la jurisdicción ordinaria. No se niega que sería susceptible de perfeccionamiento con la mayor intervención al órgano de gobierno del poder judicial para aumentar la nota de autogobierno aproximándola al régimen de los jueces y tribunales ordinarios. Asimismo, la

independencia no descansa ni tanto en el origen o procedencia de los jueces cuanto en el sentido de la responsabilidad e incluso profesionalidad con que se ejerce el cargo, en este sentido la tecnificación que introdujo la l.o. 4/87 es una garantía adicional aunque los técnicos que constituyen la base de la jurisdicción sigan perteneciendo a un cuerpo administrativo, no judicial. Parecida valoración hay que hacer de la inamovilidad, trasunto del de independencia. En la LOJM tiene protección específica en los art 66 y sg. Respecto a la cuestión de la predeterminación, condición inseparable de la independencia judicial. Esta condición se da con toda evidencia en los órganos judiciales militares, condición preestablecida tanto en relación con los miembros del Cuerpo jurídico destinados en juzgados y tribunales como en cuanto a los militares no jurídicos designados por insaculación para integrar estos últimos, como confirma la importante STC 113/95, de 6 de julio.

La jurisdicción militar es una jurisdicción especial. El que la jurisdicción militar esté configurada como jurisdicción especial no es un imperativo constitucional, sería posible organizarla ex artículo 117.5 como un orden jurisdiccional más, es decir, haciendo de ella una jurisdicción especializada. Existen razones suficientes para mantener la pervivencia del vigente sistema orgánico de la jurisdicción militar en tanto que jurisdicción especial. Estas razones están en lo que se ha llamado “homogeneidad de valores”²⁸⁴, de quienes integran los órganos judiciales militares con los justiciables, esto es, la comunidad de vivencias, sentimientos y conocimiento de la realidad sobre la que se ha de aplicar la norma, valores, vivencias, realidad y pautas de conducta que ofrecen muchas peculiaridades en la vida castrense no solo con el resto de la comunidad social sino con respecto a cualquier otro sector de la administración pública. Por ello entiendo que la simple especialidad o

²⁸⁴ PEREZ ESTEBAN Fernando, “La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar”, Revista del Poder Judicial nº 55, 1999, pag 531.

conocimiento especializado del ordenamiento jurídico militar no es argumento válido para defender una jurisdicción militar especial. Si se trata únicamente de conocer de forma acabada y completa esta parte del ordenamiento, nada justifica que sean llamados a aplicarlo militares. Cualquier jurista puede interpretar y aplicar desde un punto de vista técnico jurídico el derecho penal o disciplinario militar. La clave está en participar de los valores y principios extrajurídicos de la realidad social de los que ese ordenamiento se nutre y para los que está pensado²⁸⁵. La conveniencia de una jurisdicción especial se hace teniendo en cuenta la necesidad de que en los órganos judiciales militares participen también militares no jurídicos, según el sistema de escabinado, por cuanto aportan de manera cualificada y directa el conocimiento de aquella realidad sobre la que se juzga, verdadera y última ratio de nuestra especialidad jurisdiccional.

Frente al criterio mantenido en el anterior Código de Justicia Militar de 1945 donde se disponía el conocimiento de los tribunales militares por razón de persona, lugar y delito, rige actualmente en nuestra legislación el principio general de que la competencia de los tribunales militares es por razón de delito. En consecuencia, la limitación de la competencia de los tribunales militares que se centra en el personal militar e, inversamente, incompetencia de estos tribunales para enjuiciar a civiles. Sólo encontramos en el Código Penal Militar algunos resquicios de tipos penales de los que puede ser autor un paisano (ejem delitos contra la hacienda en el ámbito militar).

La ley procesal militar se caracteriza por la acentuación de las garantías del justiciable entre los que destacan: asistencia letrada, las figuras del acusador particular y el actor civil, el principio de igualdad de partes en el proceso penal, principio de legalidad, el procedimiento se configura como acusatorio y

²⁸⁵ HERRERO PEREZUAGA F. "Jurisdicción militar y unidad de jurisdicción" en Constitución y Jurisdicción militar, libros Pórtico, pag 196.

esencialmente oral, mayor potenciación a la figura del fiscal jurídico militar, el valor que adquiere la prueba, se deja siempre la posibilidad de recurso ante un Tribunal superior, se han recogido las normas que se encontraban dispersas sobre detención de militares, así como la figura del Juez de vigilancia, supletoriedad de la ley de enjuiciamiento criminal, regulación de los procedimientos no penales de que conoce la jurisdicción militar, entre los que destaca el contencioso-disciplinario militar.

III. FIN

A) Tutela Judicial Efectiva

La jurisprudencia de TC ha sentado las bases de lo que se entiende por tutela judicial efectiva:

a) En cuanto al ámbito del Derecho, el Tribunal ha señalado que comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en Derecho y el de obtener la ejecución de la Sentencia (Sentencia 4/1984).

b) El contenido normal del derecho fundamental, como precisa la Sentencia 68/1983, de 26 de julio, es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo cuando exista alguna causa impeditiva prevista por la Ley que no vaya en contra del contenido esencial del derecho, que ha de respetar el legislador.

c) En conexión con lo anterior, en orden a los defectos en la preparación del recurso, el Tribunal ha declarado también que el art. 24.1 contiene un mandato que obliga a interpretar la normativa vigente de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (Sentencias 19/1983, de 14 de marzo, fundamento jurídico 4; 65/1983, de 21 de julio, fundamento jurídico 4, y 59/1984, de 10 de mayo, fundamento jurídico 3). En la misma línea, la Sentencia

57/1984, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3, ha afirmado que la potestad de verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en un criterio de proporcionalidad, que impone un diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

d) Cuando la resolución que se obtiene no es de fondo, el Tribunal, dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia, no revisa con carácter general la legalidad aplicada; pero teniendo en cuenta que tal resolución afecta al contenido normal del derecho fundamental, entiende que puede incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación del amparo, cuando es arbitraria, o irrazonable, o irrazonada, o se basa en una interpretación distinta de la antes expuesta [Sentencias, entre otras, 69/1984, de 11 de junio, fundamento jurídico 2, y de 16 de octubre de 1984, fundamento jurídico 5, a)].

e) Finalmente, debe señalarse que el derecho a la ejecución de las Sentencias y resoluciones firmes, en cuanto está comprendido en el art. 24.1 de la Constitución, no impide que el legislador establezca supuestos de firmeza potencialmente debilitada, como sucede con los recursos de revisión y otros casos que podrían citarse, pero impide que al margen de tales supuestos se dejen sin efecto las resoluciones firmes; así lo exige también el principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal contenidos en los arts. 9.2 y 117.3 de la Constitución [Sentencia 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico 4 E)].

En el ámbito de la jurisdicción castrense el derecho a la tutela judicial efectiva, se otorga a través de una doble vía:

Por un lado, la jurisdicción militar conoce de los delitos militares que son los que aparecen tipificados, como tales, en el código penal militar.

Por otro lado, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el ámbito disciplinario militar está sometido al control de los tribunales.²⁸⁶ Con ello se da pleno cumplimiento a lo establecido en la constitución donde se dispone:

Los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.²⁸⁷ En este sentido la potestad disciplinaria militar es una actuación administrativa y como tal ha de considerarse sometida a control judicial.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.²⁸⁸ No cabe duda de que quienes son objeto de una sanción disciplinaria ostentan un interés legítimo en someter al control judicial la legalidad de esa específica actuación de la administración militar.

Es claro que el fin es el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, adaptada a las específicas condiciones del ámbito castrense.

El TC ha señalado que la tutela judicial efectiva se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales.²⁸⁹ Además el TC²⁹⁰ ha señalado que el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción, ya que mientras el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art 24.1 de la CE, el derecho a la revisión de esta

²⁸⁶ JIMENEZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), “Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar”, Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003. Pag 72.

²⁸⁷ CE, art 106

²⁸⁸ CE, art 24.

²⁸⁹ STC 174/1995, de 23 de noviembre (TC 1995/174)

²⁹⁰ STC de 14 de febrero de 1999.

resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal.²⁹¹

Este control judicial ha de alcanzar un nivel extremo en función de que la administración militar no se ve constreñida por las limitaciones del art 25.3 de la CE el cual prohíbe a la administración civil la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad. Así el Estado Español formuló reserva a los art 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, el control judicial en este sector reviste una especial importancia como ha sostenido el TC desde sus comienzos.²⁹²

B) Hitos fundamentales para la consecución de este fin

Los hitos fundamentales²⁹³ para la consecución de este fin han sido: la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre , de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el día 1 de junio de 1986, simultáneamente con el nuevo Código Penal Militar que se publicó por la Ley Orgánica 13/85; la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que entró en vigor el 1 de mayo de 1988 salvo determinadas disposiciones que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, y la Ley Orgánica 2/89, de 13 abril, Procesal Militar, que entró en vigor, a los veinte días de su promulgación.

La *ley de Régimen Disciplinario 12/85* estableció, por primera vez en la historia de nuestro derecho militar, una separación entre lo penal y lo disciplinario, configuró de modo distinto las sanciones por falta leve y las sanciones por faltas graves y creó expresamente el recurso contencioso disciplinario militar contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en el procedimiento

²⁹¹ESQUIVIAS LOPEZ CUERVO, Federico JOLY PALOMINO y Manuel A. MARTIN VICENTE “Comentarios a la ley disciplinaria militar”. Editor Diario de Cádiz Diario de Sevilla. Cadiz. Año 1999. Pag

²⁹²Auto TC 6/80 de 22 de octubre.

²⁹³JIMENEZ VILLAREJO, “El Recurso Contencioso disciplinario militar”. Revista española de derecho militar. Madrid 1991. Pag 289,290,291.

sancionador por falta grave ²⁹⁴ y contra la resolución del Ministro de Defensa que pongan fin al expediente gubernativo imponiendo al expedientado alguna de las sanciones disciplinarias extraordinarias. ²⁹⁵

Respecto a las faltas leves la Ley Disciplinaria dispuso que no serán susceptibles de recurso, seguramente por estimarse que, no pudiendo ser ya castigadas las faltas leves con sanciones privativas de libertad, una resolución disciplinaria de esta naturaleza y alcance no puede ser equiparada, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la “Acusación en materia penal” que menciona el Convenio de Roma entre los supuestos que hacen nacer el derecho a la tutela judicial.

La ley Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar creó los presupuestos orgánicos para que el control judicial de la potestad disciplinaria fuese posible.

Son de suma importancia:

Art 2 L.O. 4/87 “El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta ley”. Esto significa que quedan privados de dicha potestad los mandos militares que poseen, por el contrario la potestad disciplinaria.

Art 8 L.O. 4/87 “En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Todas estas son garantías de un auténtico control de legalidad sobre las resoluciones adoptadas en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Art 4 L.O. 4/87 “La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas

²⁹⁴L.O. 12/85, art 52.

²⁹⁵L.O. 12/85, art 76

por las leyes así como las que establezcan la declaración de estado de sitio”.

Art 17 L.O. 4/87 “Corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la L.O.R.D., de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar”.

La ley Procesal Militar 2/89 dedica la primera parte de su Libro IV al recurso contencioso disciplinario militar establece:

La jurisdicción militar en materia contenciosos disciplinaria militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las autoridades y mandos militares sancionadores, dictados en aplicación de la ley disciplinaria.²⁹⁶

El procedimiento contenciosos disciplinario militar es el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contenciosos-disciplinario militar ordinario es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias. Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la CE podrá interponerse el recurso contencioso disciplinario preferente y sumario.²⁹⁷

El recurso contencioso disciplinario militar será admisible en relación con los actos definitivos dictados por autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa. Se consideran que

²⁹⁶L.O. 2/89, art 448.

²⁹⁷L.O. 2/89, art 453.

causan estado los actos resolutorios de los recursos de alzada, súplica y reposición.²⁹⁸

Por tanto la ley 2/89 establece dos tipos de procedimientos, el ordinario y el preferente y sumario cuya normativa configura a imagen y semejanza del recurso contenciosos administrativo de la LJCA de 1956 y del recurso introducido en la ley 62/78, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, vigentes en el momento de promulgación de la LPM.²⁹⁹

En resumen la LPM establece, en síntesis lo siguiente:

El procedimiento contencioso-disciplinario militar constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva

Están legitimadas activamente las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la ley disciplinaria

Sólo es admisible en relación a los actos definitivos que causen estado en vía administrativa

Existe un procedimiento ordinario y otro preferente y sumario

No se admite recurso contencioso disciplinario respecto de; los actos resolución de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos: los que resuelvan recurso por falta leve, salvo el contencioso disciplinario preferente y sumario.

La Ley 8/98, de 2 de diciembre establece lo siguiente:

Contra las resoluciones que pongan fin a la vía disciplinaria en las faltas graves puede interponerse recurso contencioso-disciplinario militar conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.³⁰⁰

²⁹⁸L.O: 2/89, art 465.

²⁹⁹JIMENEAZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), "Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar", Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003. Pag 78.

³⁰⁰L.O. 2/98, art 78

Contra las resoluciones citadas que pongan fin a la vía disciplinaria puede interponerse, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.³⁰¹

C) Faltas leves y ausencia de su control jurisdiccional

El art 51 de la L.O. 12/85 excluyó el recurso contencioso-disciplinario de las resoluciones que agoten la vía disciplinaria en el procedimiento seguido para el castigo de faltas leves.

Esta exclusión que parcialmente corregida por el art 468 b) de la L.O. Procesal Militar que establece la exclusión del recurso contencioso disciplinario militar respecto a las faltas leves, salvo lo dispuesto en el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente imponían la existencia de un control jurisdiccional en relación con las sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad, no podía dejar de suscitar desasosiego ante la perspectiva de los art 24.1 y 53.2 de la Constitución.

Para Jiménez Villarejo, las razones que a veces se han aducido en apoyo a la situación creada por el art 51 de la L.O. 12 /85 son escasamente convincentes³⁰². Debe replicarse que lo que deprime la disciplina no es la revocación de un correctivo ilegal o anticonstitucional, sino su imposición incontrolada y que las exigencias de la disciplina no pueden en ningún caso hacer olvidar la primacía de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, olvido en que se incurriría si se sofocase, en nombre de la disciplina y con el débil argumento de la levedad del castigo, toda posible reclamación judicialmente de las sanciones eventualmente

³⁰¹L.O. 2/98, art 77.3

³⁰²JIMENEZ VILLAREJO, "Revista española de derecho militar" 1991. Pag 293.

contradictorias con el núcleo esencial de nuestro ordenamiento jurídico que puedan recaer por actos calificados de faltas leves.

La inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario respecto de los actos que resuelvan recurso por falta leve ha sido reiterado en diversos autos del TS³⁰³ y sentencias³⁰⁴. Respecto a este supuesto, algún sector de la doctrina como Millán Garrido, ha mantenido, en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar, la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria.³⁰⁵ Así, Millán Garrido opina que esta posibilidad no vulneraría el art 117.5 de la CE³⁰⁶, reconoce que en la vigente legalidad la propuesta es “excesivamente aventurada”³⁰⁷ y muy difícilmente compatible con los art 453.1 y 468 b) de la ley procesal militar. Pero esto no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye de control determinados actos de la administración (art 106 CE) e impide a los sancionados obtener la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE).³⁰⁸ Se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad del art 468 b) ante lo que el TS ha manifestado en diversas sentencias³⁰⁹ la improcedencia del planteamiento al considerar que el precepto otorga tutela judicial efectiva en la protección de derechos fundamentales, impidiendo cualquier indefensión con lo que se acomoda a lo dispuesto en el art 24 de la CE y garantiza el control jurisdiccional sobre la actuación de la Administración sancionadora. La justificación de la inexistencia de recurso contencioso disciplinario ordinario respecto de las faltas leves se justifica en que por la

³⁰³Auto TS, Sala V, de 14 de diciembre de 1998 (RJ 199/462)

³⁰⁴STS, Sala V, 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064)

³⁰⁵MILLAN GARRIDO A. “Algunas consideraciones generales sobre la L.O. 2/89 de 13 de abril, pag 133 y “Los recursos”. Pag 776 y 777.

³⁰⁶ASENCIO MELLADO J.M. “La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar”. Pag 107-113.

³⁰⁷SANCHEZ DEL RIO y SIERRA, “Revista Jurídica de Andalucía, nº 11, 1993, pag 452.

³⁰⁸DIEZ PICAZO “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva” en Poder Judicial nº 5 (1987). Pag 44.

³⁰⁹STS, Sala V, de 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269), 9 de octubre de 2000 (2000/10254) y 8 de junio de 2001 (2002/2962).

propia naturaleza de las mismas el legislador ha interpretado que la tutela judicial efectiva se obtiene por vía preferente y sumaria.³¹⁰

Quedaría por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. El TC, en sentencia 39/83 de 17 de mayo (RTC 1983/39), señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la administración pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico. También el TC, en sentencias 97/85 (RTC 1985/97) y 180 /85 (RTC 1985/180), encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art 8 de la CE y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad.³¹¹

Sentado lo anterior hay que señalar que la reciente jurisprudencia de la sala V³¹² ha modificado el criterio hasta ahora mantenido en el sentido de no exclusión del control jurisdiccional ordinario a las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves. La sentencia del TC 202/2002, de 28 de octubre, señala que excepto en lo que se refiere a vulneración de derechos fundamentales el administrado no puede imputar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al ordenamiento jurídico excepto en lo que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas quedando fuera de control jurisdiccional los motivos de legalidad ordinaria.

Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los tribunales la adecuación a derecho de la actuación administrativa choca con el derecho a la tutela

³¹⁰ STS, Sala V, de 13 de septiembre de 2003, (RJ 2002/8557).

³¹¹ STS, sala V de 11 de mayo de 2000 (RJ 200075269).

³¹² STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.

judicial efectiva reconocido en el art 24.1 de la C.E. que “prohíbe al legislador que en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos, prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art 106 de la CE, cuando se trata de control judicial frente a la actuación administrativa”.³¹³

Por tanto además de elevar al pleno la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los art 468 b) y 453.2 de la LPM, en el inciso “por falta leve”, el TC otorga el amparo solicitado por el allí recurrente y le restablece en su derecho, declarando la nulidad de tales resoluciones al momento de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario ordinario.

En mi opinión el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser pleno incluso en el supuesto de faltas leves, así la ley 29/98 preconiza que ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves.

D) Ámbito de la Tutela Judicial Efectiva

El derecho constitucionalmente reconocido de tutela judicial efectiva se asienta sobre los siguientes principios:

1. Se trata de amparo por los organismos jurisdiccionales, que no administrativos.
Señala el TC que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el libre acceso a los órganos judiciales, donde las pretensiones formuladas por las

³¹³STC 149/2000, de 1 de junio; STC 197/1998, de 24 de octubre; 18/1994, de 20 de enero y 31/2000, de 3 de febrero.

partes se resuelven en condiciones de igualdad en un proceso público con todas las garantías legales.³¹⁴

2. No es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente, a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o si preferimos que es un derecho de configuración legal.³¹⁵
3. Comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que podrá ser incluso de inadmisión o desestimatoria, cuando concurra causa legal para ello y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de la norma.³¹⁶ Por tanto, el referido derecho fundamental se satisface no sólo con pronunciamiento de fondo sino también si se obtienen resoluciones de órganos jurisdiccionales que aún sin versar sobre el fondo de la pretensión deducida, procedan a inadmitirla sobre la base de una causa legalmente prevista y fundada en derecho.³¹⁷ En consecuencia, la tutela se garantiza con el acceso a los órganos jurisdiccionales en condiciones de igualdad y la obtención de una resolución fundada, no necesariamente la interesada por la parte.³¹⁸

F) Tutela Judicial Efectiva-vulneración-inexistencia

La jurisprudencia de la sala V ha venido admitiendo la inadmisibilidad de recursos sin que suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art 24 de la CE en los siguientes supuestos:

³¹⁴STC de 31 de marzo de 1981 (RTC 1981/9); STS ,sal V de 4 d noviembre de 1992 (RJ 1992/9296); de 16 de abril de 1994 (RJ 1994/3094).

³¹⁵STC 99/1985 (RTC 1985/99); 206/1987 (RTC 1987/206); 4/1998 (RTC 1998/4); STS, sala V de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7229).

³¹⁶STS, sala V, de 1 de marzo de 1996 (RJ 1996/2839); de 23 de marzo de 1994 (1994/2514); de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6604); de 29 de junio de 1998 (RJ 1998/5431); de 17 de septiembre de 1999 (RJ 1999/9167); de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001/9109); de 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9296).

³¹⁷STC de 12 de mayo de 1982 (RTC 1982/21); de 21 de julio de 1983 (RTC 1983/64); 22 de marzo de 1985 (RTC 1985/44); 30 de septiembre de 1998 (RTC 1998/171) y 5 de octubre de 1989 (RTC 1989/154), STS, sala v de 26 de octubre de 1994 (RJ 33/1994).

³¹⁸Auto TS, sala V de 18 de enero de 1999 (RJ 1999/2080)

1. Presentación del recurso fuera de plazo.³¹⁹ La jurisprudencia constitucional viene sosteniendo que las formas y requisitos procesales, instituidos para la adecuada ordenación del proceso, son de necesaria observancia y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de las partes, si bien ha añadido que los requisitos de forma no son valores autónomos y sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, y el incumplimiento de los mismos no puede generar siempre los mismos efectos, toda vez que cuando se trata de una simple irregularidad formal, de un vicio de escasa importancia, o de un incumplimiento defectuoso por error disculpable, el órgano judicial debe conceder la oportunidad de subsanar tales defectos. La inadmisión del recurso contencioso disciplinario fundada en incumplimiento del plazo es una exigencia demandada por la racional ordenación del proceso y no un inútil formalismo.³²⁰ En los supuestos de incumplimiento de los plazos establecidos para la interposición del recurso.³²¹ Viene señalando la jurisprudencia de la sala V que no se trata de un exceso formalista sino de una observancia de un rigor formal exigido por la norma, establecido en aras de la seguridad jurídica y constituye un presupuesto indispensable para el normal desarrollo del proceso y de sus recursos.³²²
2. Defectos formales³²³ se precisa que además de estar claramente definidos como causa legal sean insubsanables. Lo que debe perseguir el legislador es el enjuiciamiento de fondo y por ello viene obligado a remover obstáculos, salvo que éstos, por su misma naturaleza sean insalvables. Siguiendo la doctrina señalada el art 11.3 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 dispuso que “Los

³¹⁹ STS, sala v de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/6540); de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/1748); de 30 de mayo de 1991 (1991/5174).

³²⁰ STS, sala V, de 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9378).

³²¹ STC 102/1986 (RTC 1986/102) y 123/1986 (RTC 1986/123); de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/1748).

³²² STS, sala V de 14 de abril de 2000 (RJ 2000/6237).

³²³ STS, sala V, de 11 de julio de 1991 (RJ 1991/6492).

juzgados y tribunales de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art 24 de la CE deberá resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen y solo podrá desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

3. En aquellos supuestos en el que el tribunal ha denegado pruebas que en nada afecten a lo esencial de los hechos, resultando inútiles.³²⁴
4. En los supuestos en que la sentencia esté debidamente motivada entendiéndose que esto se produce siempre que el órgano judicial sin perjuicio de la libertad en la interpretación de las normas de una solución al caso consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.³²⁵
5. Otro supuesto de vulneración inexistente es aquél en el que el órgano judicial prohíbe efectuar peticiones o reclamaciones en forma colectiva ya que esto no supone una restricción para defender los derechos de los peticionarios, sino tan sólo un condicionamiento específico de la norma para ejercitarlos.³²⁶
6. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sólo se produce en sede judicial no en vía administrativa, toda vez, que aunque las garantías establecidas para el procedimiento penal son trasladables con ciertos matices al procedimiento sancionador, muy distinto de ello es pretender que la tutela judicial efectiva pueda aplicarse en aquél ya que este derecho³²⁷ se refiere a una potestad del Estado atribuida al Poder Judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales y por ello no resulta afectado tal derecho por las deficiencias o irregularidades cometidas en el curso de un procedimiento administrativo por las administraciones públicas que

³²⁴ STS, sala V de 23 de febrero de 2004 (RJ 2004/1194), de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999/3471).

³²⁵ STS, sala V, de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8055); de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003/2993); de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/771999).

³²⁶ STS, sala V de 17 de septiembre de 1999, (RJ 1999/9167).

³²⁷ STC 174/1995 de 23 de noviembre (RTC 1995/174)

tienen otro cauce y tratamiento, y es que la tutela judicial efectiva reconocida en el art 24.1 de la CE por estar referido a una potestad del Estado, sólo puede estar satisfecho y en su caso vulnerado en sede judicial.³²⁸

7. No se produce vulneración siempre que la resolución sea fundada en derecho que podrá ser de estimación, desestimación o incluso de inadmisión³²⁹.
8. Tampoco existe vulneración en el supuesto de que el lugar de la presentación de escritos no sea correcto. Es doctrina sostenida de manera constante y unánime por la sala V que el recurso ha de presentarse en la sede del Tribunal o Sala competente, a las horas de audiencia, y fuera de ellas, cuando se trate de vencimiento de plazos perentorios, ante el Juzgado de Guardia de la misma ciudad, sin que sea admisible su presentación ante organismo administrativo alguno, pues el recurso contenciosos disciplinario es de índole jurisdiccional y no administrativa.³³⁰ Esta tesis viene amparada por lo dispuesto en los art 268 y 283 de la LOPJ, art 1249 y 250 de la LEC y en los art 457 y 503 de la LPM y ha tenido su plasmación en abundantes resoluciones del TC³³¹. De ello se desprenden que la presentación de un recurso jurisdiccional ante un órgano administrativo para su remisión al juzgado o tribunal competente, implica que

³²⁸ STS, sala v de 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/9061); de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/3716); de 2 de julio de 2001 (RJ 2002/8694).

³²⁹ STS, sala V de 15 de octubre de 1996 (RJ 51/1996); de 28 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7272); de 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2514).

³³⁰ STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995, (RJ 1995/6601); STS 13 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3712); STS 28 de junio de 2001 (2002/8693); sts 30 DE JUNIO DE 2000 (rj 2000/7105); STS 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6266); STS 42/1997 (RJ 1997/4966); STS 28/1996 (RJ 1996/5255); STS 9 de mazo de 1995 (RJ 1995/2637); STS de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992/4059); STS 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9298); STS 15 de julio y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/6540 y RJ 1991/9378); STS 28 de enero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/4059, RJ 1992/1748 y RJ 1992/9298); Autos TS de: 10 de enero de 2000 (2000/2282), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/3505), 2 de julio de 1999 (RJ 1999/6921), 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/9013), 29 de mayo de 1996 (RJ 1996/4671), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1901), 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/3110), 22 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6527), 25 de febrero, 11 de abril, 8 de mayo, 3 de junio 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/1676, RJ 1991/5177, RJ 1991/9379).

³³¹ STC20/1981 (RTC 1981/20), 23/1981 (RTC 1981/23), 14/1982 (RTC 1982/14), 21/1982 (1982/21), 1257/1983 (RTC 1983/125), 287/1984 (RTC 1984/287) y autos 23/1985 (RTC 1985/23), 277/1992 (RTC 1992/277) y 90/1993 (RTC 1993/980).

sólo se puede tener como fecha de presentación, la de entrada y registro del escrito en el órgano judicial de forma que si esta se produce trascurrido el plazo a tal efecto concedido, aunque la entrega al órgano o autoridad administrativa fuese anterior, procederá decretar su inadmisibilidad, por caducidad del plazo para interponerlo, pues se comparece no cuando se remite el escrito, sino cuando este llega a la sede del tribunal al que va dirigido.³³² En diversas resoluciones de la sala V se establece que no puede ser más evidente la confusión al englobar al poder judicial, formado por los juzgados y tribunales, dentro del concepto de la administración, no cabe mayor desconocimiento de la doctrina jurisprudencial de la sala sobre presentación de escritos ante órganos jurisdiccionales antes y después de la referida ley 30/92.³³³

G) Tutela Judicial efectiva- Vulneración

La sala V viene considerando que si ha existido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes supuestos:

1. Existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos en que la inadmisibilidad del recurso se basa en el incumplimiento de los requisitos de forma establecidos para la formalización de la demanda.³³⁴
2. Cuando el órgano judicial no ha efectuado valoración de la prueba absteniéndose de actuar so pretexto de que basta para ello la propia percepción “in situ” de la autoridad sancionadora.³³⁵
3. En los supuestos de inadmisibilidad del recurso ordinario frente a las faltas leves. La reciente jurisprudencia de la sala V³³⁶ ha modificado el criterio hasta ahora mantenido en el sentido de no exclusión del control jurisdiccional

³³² STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6601); 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1584)

³³³ STS, sala V, de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000/4071)

³³⁴ STS, sala V de 17 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10355).

³³⁵ SS, sala v de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3117)

³³⁶ STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.

ordinario a las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves. La sentencia del TC 202/2002, de 28 de octubre, señala que excepto en lo que se refiere a vulneración de derechos fundamentales el administrado no puede imputar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al ordenamiento jurídico excepto en lo que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas quedando fuera de control jurisdiccional los motivos de legalidad ordinaria. Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los tribunales la adecuación a derecho de la actuación administrativa choca con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art 24.1 de la C.E. que “prohíbe al legislador que en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos, prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art 106 de la CE, cuando se trata de control judicial frente a la actuación administrativa”³³⁷.

³³⁷STC 149/2000, de 1 de junio; STC 197/1998, de 24 de octubre; 18/1994, de 20 de

TITULO III- COMPETENCIA

I. ATRIBUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN MATERIA DISCIPLINARIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR.

La atribución de la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria a la jurisdicción militar aparece consagrada en las siguientes normas:

A) Constitución

Establece el artículo 117.5 el principio de unidad jurisdiccional que es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales y que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución.³³⁸

Ante el texto del art 117.5 de la constitución que habla de “unidad jurisdiccional” y de “jurisdicción militar”; la creación de la sala V del Tribunal Supremo (art 22 de la L.O. 4/87) y el mantenimiento del concepto de jurisdicción militar”(art 1 y otros de la L.O. 4/87) cabe preguntarse que es lo que ha querido hacer el legislador, si crear un nuevo “orden jurisdiccional” o mantener independiente, aunque dentro del “Poder Judicial” a la vieja jurisdicción militar tal como estaba concebida anteriormente. La sala V³³⁹ llega a la conclusión de que la administración de justicia se ha constituido en el plano orgánico en dos niveles diferentes:

- 1) En el que entra la Sala V cúspide y vértice de la administración de esta justicia especial o especializada y en donde se verifica la unidad jurisdiccional y que significa el establecimiento de un nuevo orden jurisdiccional análogo a los demás civil, penal, contencioso administrativo y social.
- 2) El de los demás órganos de la administración de justicia militar, que forman lo que propiamente se puede denominar jurisdicción militar.

³³⁸CE art 117

³³⁹Auto del Tribunal Supremo, sala V, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)

B) L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Se establece que la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio.³⁴⁰

Asimismo se establece que, corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar.³⁴¹

C) L.O. 2/89 Procesal Militar

Dedica el Libro IV, parte I, a regular el “Recurso contencioso disciplinario militar”.

Establece expresamente que la jurisdicción militar en materia contenciosa disciplinaria militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las autoridades y mandos militares sancionadores, dictados en aplicación de la L.O, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.³⁴²

Por otro lado, establece que el procedimiento contencioso disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar³⁴³

Es claro que la atribución no se hizo en el texto constitucional y por tanto el legislador pudo conferir tal competencia a la jurisdicción militar o a la ordinaria, ambas opciones

³⁴⁰L.O. 4/87, art 4

³⁴¹L.O. 4/87, art 17

³⁴²L.O. 2/89, art 448

³⁴³L.O. 2/89, art 453

son constitucionalmente legítimas.³⁴⁴ En este punto la ley recoge el sistema diseñado por la jurisprudencia constitucional.³⁴⁵

Hay que señalar que la competencia de la jurisdicción castrense fue ratificada desde el principio, por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos³⁴⁶. En alguno de estos pronunciamientos señala que “el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria”.

La atribución legal a la jurisdicción castrense de la tutela judicial en materia disciplinaria pone de manifiesto las siguientes cuestiones:³⁴⁷

1. De un lado, se anuncia que ha quedado atrás y definitivamente superadas las dudas sobre la inserción de lo disciplinario, a efectos de su control jurisdiccional, en el ámbito estrictamente castrense, del que se reconoce ha estado normativamente indeterminado hasta ese momento y se adopta la solución que finalmente prevaleció en la jurisprudencia constitucional.
2. De otro lado, se reconoce que sigue siendo cuestión disputada la naturaleza, penal o administrativa, de lo disciplinario, por lo que el legislador renuncia sabiamente, de modo explícito a terciar en “la vieja polémica”. Esta indeterminación se manifiesta, a su vez, en dos rasgos de la nueva regulación,
 - a) se atribuye a la jurisdicción una competencia (tutela judicial de la materia disciplinaria) que se diría sustraída a la jurisdicción contenciosa administrativa.
 - b) dicha competencia se pone en manos de unos tribunales orgánica y funcionalmente orientados a la aplicación del Derecho Penal Militar, como lo demuestra el contenido del capítulo I, título I de la ley, titulado “De la competencia de la jurisdicción militar” y dedicado en su integridad a regular la competencia de la misma en materia penal.

³⁴⁴MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley procesal Militar” Ley 4/87, pag 279.

³⁴⁵STC 21 /81, de 15 de junio y 22 /82, de 12 de mayo.

³⁴⁶STS sala 5ª de 6 de diciembre de 1984 (RJA 6077), 23 de septiembre de 1987 y auto 17 de mayo de 1985 (RJA 2370).

³⁴⁷JIMENEZ VILLAREJO “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”, pag 55.

En resumen, podemos señalar que corresponde a la jurisdicción militar la tutela judicial en materia disciplinaria castrense, siendo la competencia de aquélla exclusiva, único cauce, como establece el artículo 453 de la L.O. 2/89, de lo que se infiere que tal como igualmente preceptúa el art 17 de la L.O. de Competencia y Organización de la jurisdicción militar, dicha jurisdicción es la única competente para conocer de la tutela de los derechos de quienes recurran sanciones impuestas en aplicación de la ley de régimen disciplinario.³⁴⁸ Por tanto, es claro que, existe un control exclusivo de los órganos de la jurisdicción militar en materia disciplinaria militar y sólo son competentes las salas de lo contencioso administrativo cuando los actos recurribles no respondan a la aplicación de la ley disciplinaria militar en materia sancionadora.³⁴⁹

D) Ley 29/98, de 13 de julio de Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Establece expresamente en el art 3. b) que no corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo el recurso contencioso-disciplinario militar.

Como ya he expuesto al analizar el fundamento del recurso contencioso disciplinario militar ordinario, en mi opinión la atribución de la tutela judicial en materia disciplinaria a la jurisdicción militar es perfectamente valido no sólo por ser perfectamente acorde con la previsión constitucional reflejada en el art 117.5 sino por haber demostrado el cumplimiento de los objetivos que cabía asignarle y lo más importante ha satisfecho de modo adecuado las garantías exigibles a una administración de justicia que como la prevista en el Título VI de la Constitución responde a los principios del Estado de Derecho. La jurisdicción militar es una jurisdicción especial pero el que la jurisdicción militar esté configurada como jurisdicción especial no es un imperativo constitucional, sería posible organizarla ex artículo 117.5 como un orden jurisdiccional más, es decir, haciendo de ella una jurisdicción especializada. Existen razones suficientes para

³⁴⁸Auto TS, sala V, de 6 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10635)

³⁴⁹Auto TS, sala V, de 22 de febrero de 2001, (RJ 2001/5019)

mantener la pervivencia del vigente sistema orgánico de la jurisdicción militar en tanto que jurisdicción especial. Estas razones están en lo que se ha llamado “homogeneidad de valores”³⁵⁰, de quienes integran los órganos judiciales militares con los justiciables, esto es, la comunidad de vivencias, sentimientos y conocimiento de la realidad sobre la que se ha de aplicar la norma, valores, vivencias, realidad y pautas de conducta que ofrecen muchas peculiaridades en la vida castrense no solo con el resto de la comunidad social sino con respecto a cualquier otro sector de la administración pública. Por ello entiendo que la simple especialidad o conocimiento especializado del ordenamiento jurídico militar no es argumento válido para defender una jurisdicción militar especial. Si se trata únicamente de conocer de forma acabada y completa esta parte del ordenamiento, nada justifica que sean llamados a aplicarlo militares. Cualquier jurista puede interpretar y aplicar desde un punto de vista técnico jurídico el derecho penal o disciplinario militar. La clave está en participar de los valores y principios extrajurídicos de la realidad social de los que ese ordenamiento se nutre y para los que está pensado³⁵¹. La conveniencia de una jurisdicción especial se hace teniendo en cuenta la necesidad de que en los órganos judiciales militares participen también militares no jurídicos, según el sistema de escabinado, por cuanto aportan de manera cualificada y directa el conocimiento de aquella realidad sobre la que se juzga, verdadera y ultima ratio de nuestra especialidad jurisdiccional.

II. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

A la hora de fijar la competencia de los órganos de la jurisdicción militar en el orden contencioso-disciplinario la LPM distingue dos campos: de un lado, la competencia para conocer el recurso en primera o única instancia, y de otro la competencia en fase de recurso. En la distribución de la competencia en primera instancia la LPM utiliza técnicas de “lista” y de “cláusula general”; la primera, para determinar la competencia

³⁵⁰PERERZ ESTEBAN Fernando, “La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar”, Revista del Poder Judicial nº 55, 1999, pag 531.

³⁵¹HERRERO PEREZUAGA F. “Jurisdicción militar y unidad de jurisdicción” en Constitución y Jurisdicción militar, libros Pórtico, pag 196.

de la Sala Quinta de lo Militar del TS y la de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central; la “cláusula general” para definir la competencia de los tribunales militares territoriales. Ninguna competencia ostenta en éste ámbito los juzgados togados militares.³⁵² En fase de recurso, tratándose del de casación la competencia se atribuye con carácter exclusivo a la Sala Quinta del TS y en el de revisión a esta misma Sala, o en su caso, a la Sala Especial del art 61 LOPJ.

A) Competencia objetiva

El elemento determinante lo constituye el acto sancionador, cuyo enjuiciamiento de legalidad se pretende. Lo importante es la autoridad sancionadora de la que dimana el acto impugnado, se busca una correlación entre el nivel del órgano disciplinario y el jurisdiccional³⁵³. El conocimiento del recurso contencioso disciplinario corresponde:

1. Sala V del Tribunal Supremo, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa³⁵⁴, incluso las extraordinarias.³⁵⁵
2. Sala de Justicia de Tribunal Militar Central, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas³⁵⁶ por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.³⁵⁶
3. Tribunales Militares Territoriales, si la sanción se ha impuesto por los demás mandos militares disciplinarios. Pero como la competencia de estos se limita a las faltas leves, dichos tribunales conocen únicamente del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.³⁵⁷

³⁵²SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2085

³⁵³SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2085.

³⁵⁴L.O.4/87 , de competencia y organización de la jurisdicción militar, art 23

³⁵⁵Sal 5ª, auto 8 de noviembre y 18 de diciembre de 1990 (RJA. 1645 y 10457) ; 19 de diciembre de 1989 (RJA 9174 y 9179) ; 16 de enero y febrero de 1992(RJA 4061).

³⁵⁶LOCO 4/87, art 34.7.

³⁵⁷L.O. 2/89 de 13 de abril Procesal Militar, art 453 y 518.

Como señala Jiménez Villarejo, si con la distribución de competencias penales se pretende asegurar que nunca un militar pueda ser juzgado por quienes tengan un empleo inferior, con la distribución en el orden contencioso disciplinario se persigue que, en ningún caso, la sanción impuesta por un mando militar sea sometida a revisión ante un tribunal militar en que al menos el presidente no tenga la misma graduación que aquél.³⁵⁸

1. Tribunal Supremo

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias.³⁵⁹

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo estará integrada por su Presidente y siete Magistrados. Cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar.³⁶⁰

Respecto al nombramiento, el Presidente será nombrado conforme a lo dispuesto en la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) para la designación de los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo. Los Magistrados procedentes de la Carrera Judicial serán nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tribunal Supremo.

Los Magistrados procedentes de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos serán nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, y a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Para cada vacante que se produzca, el Ministro de Defensa presentará al Consejo General del Poder Judicial una terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso.

³⁵⁸ JIMENEZ VILLAREJO J. “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”, pag 64,65.

³⁵⁹ LOCO 4/87, art 23.

³⁶⁰ LOCO 4/87, art 24.

El nombramiento como Magistrados del Tribunal Supremo de los procedentes del Cuerpo Jurídico Militar determinará su ascenso al máximo empleo de su Cuerpo, si ya no lo tuvieren.

La toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico Militar les conferirá de forma permanente la condición y Estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a situación de actividad en las Fuerzas Armadas.

Para la instrucción de los procedimientos cuyo conocimiento corresponda en única instancia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se designará por ésta, por turno y entre sus miembros, un Magistrado Instructor, que no podrá formar Sala en el asunto que haya tramitado.

2. Tribunal Militar Central

Con competencia sobre todo el territorio nacional y sede en Madrid.

El Tribunal Militar Central actuará en Sala de Justicia y Sala de Gobierno.³⁶¹

➤ La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá:

De los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.³⁶²

➤ La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central tendrá las atribuciones de Gobierno del propio Tribunal y de los órganos judiciales militares inferiores, la potestad disciplinaria judicial militar y ejercerá la inspección de los Tribunales Militares Territoriales y de los Juzgados Togados, así como las demás

³⁶¹ LOCO 4/87, art 33

³⁶² LOCO 4/87, art 34

funciones, que esta Ley o [la Procesal Militar](#) le encomienden, todo ello sin perjuicio de las facultades que la LOCO 4/87 atribuye al Consejo General del Poder Judicial.³⁶³

Respecto a la composición de sus miembros son:³⁶⁴

- Un Auditor Presidente, que será Consejero o Ministro Togado.
- Cuatro Vocales Togados, Generales Auditores.
- Los Vocales Militares, Generales de Brigada o Contralmirantes, que se designen y que deberán pertenecer al Cuerpo General de las Armas en el Ejército de Tierra; al Cuerpo General o al de Infantería de Marina, en la Armada y al Cuerpo General en el Ejército del Aire.

Respecto al nombramiento:

- El Auditor Presidente del Tribunal Militar Central será nombrado por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa.
- Los Vocales Togados del Tribunal Militar Central serán nombrados por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa, a propuesta en terna de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central entre Generales Auditores y Coroneles Auditores, éstos con aptitud para el ascenso. El nombramiento de un Coronel Auditor para Vocal Togado determinará su ascenso.³⁶⁵
- La designación de los Vocales Militares se efectuará con arreglo a las normas siguientes: al principio de cada año judicial, se confeccionará una lista por ejército de Generales de Brigada y Contralmirantes, en situación de servicio activo, destinados en los órganos centrales de la Defensa y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos. Las listas, que serán remitidas por cada Cuartel General al Tribunal Militar Central, no se modificarán durante el año judicial, sin perjuicio de comunicar por la misma vía las bajas por ascenso, cambio de situación o destino o cualquier otra causa legal. Con antelación suficiente a la

³⁶³ LOCO 4/87, art 35.

³⁶⁴ LOCO 4/87, art 36.

³⁶⁵ LOCO 4/87, art 37.

fecha de la vista para juicio oral, a presencia del Auditor Presidente, dando fe el Secretario Relator y con citación de las partes que hayan de intervenir en las actuaciones a celebrar, se insacularán los nombres de la lista del ejército correspondiente y se extraerán dos nombres. El primero de los extraídos formará parte del tribunal, como Vocal Militar titular, y el segundo será suplente. Si en el momento de llevarse a cabo la insaculación alguno de los sorteados fuera incompatible, no estuviera ya destinado en los órganos citados, hubiera ascendido, variado de situación militar o no pudiera asistir por causa justificada, se procederá a extraer otro nombre de la misma lista. En el supuesto de que la vista de un procedimiento se prolongue por más de una audiencia, formará parte del tribunal, en todas ellas, el vocal extraído para la primera. La insaculación se efectuará entre los integrantes de la lista del ejército a que pertenezca el inculpado, y, siendo varios y de ejércitos distintos, de la lista del Ejército al que pertenezca el más caracterizado. Si ninguno de los inculpados fuera militar o, siéndolo, no perteneciera a un ejército determinado, el vocal titular y el suplente se extraerán de la lista del ejército que corresponda según el turno que al efecto se establezca, de manera que las designaciones recaigan cada vez en un Vocal Militar de cada ejército. De concurrir la circunstancia prevista en el último inciso del apartado anterior, se procederá a nueva extracción en la misma lista.³⁶⁶

La Sala de justicia, para el conocimiento del recurso contenciosos disciplinario militar se constituirá por su Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar.³⁶⁷ _Esto ha sido objeto de modificación por ley 9/2003, de 15 de julio que sustituye a la L.O. 4/87 que establecía que la sala de justicia se componía de dos

³⁶⁶ LOCO 4/87, art 39.

³⁶⁷ LOCO 4/87, art 41

vocales togados y dos vocales militares. El conocimiento del recurso contencioso disciplinario es una de las competencias fundamentales de la sala de justicia.³⁶⁸

La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central estará integrada por el Auditor Presidente y la totalidad de sus Vocales Togados, sin que quepa la sustitución de estos últimos.

En resumen puedo señalar que del estudio de la competencia objetiva se desprende claramente que en el orden contencioso-disciplinario no es, el empleo de los sancionados disciplinariamente lo que determina la competencia sino la jerarquía o empleo del mando sancionador, de forma que como ya ha quedado apuntado lo que la ley ha pretendido es que en ningún caso el control judicial de los actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria sea llevado a cabo por un tribunal militar en el que al menos el presidente no tenga la misma graduación que el mando sancionador.

No obstante, es muy interesante profundizar en un análisis comparativo entre los órganos competentes de llevar a cabo la tutela judicial efectiva en el ámbito militar y en el ámbito contenciosos administrativo. Así:

- En nuestro ámbito castrense la Sala V del Tribunal Supremo conoce los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias.
- Paralelamente a esto, la ley 29/98 reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa atribuye:
 1. Al Tribunal Supremo competencia para conocer los recursos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno³⁶⁹

³⁶⁸ROJAS CARO J.“Derecho Procesal Penal Militar”. Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991. pag 126.

2. A la sala de lo contencioso-administrativo de la audiencia nacional los recursos en relación con las Disposiciones Generales y actos de Ministros y Secretarios de Estado³⁷⁰

Es anómalo que una sala del Tribunal Supremo conozca en única instancia un recurso interpuesto contra un acto del Ministro,³⁷¹ ya que, como ha quedado reflejado en el orden contencioso-administrativo es la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional la que conoce estos recursos,³⁷² y la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conoce los recursos contra actos y disposiciones emanados del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas.

En este sentido hay que señalar que la jurisprudencia de la Sala de Conflictos de Competencia establece reiteradamente (Autos 16 de noviembre de 1992, 24 de junio de 1993 -RJ 1993/10030- y 27 de diciembre de 1993 -RJ 1993/10031) que los recursos frente a las resoluciones del Ministro de Defensa se atribuyen la competencia a las Salas de lo Contencioso Administrativo sólo cuando los actos recurribles no respondan a la aplicación de la Ley Disciplinaria Militar en materia sancionadora.³⁷³

Por tanto, pese a que la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 66, atribuyen a la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional competencia para conocer en única instancia de los recursos contra disposiciones y actos emanados de los ministros, no lo es menos que la L.O. 4/87 de competencia y organización de la jurisdicción militar, ley orgánica especial y posterior a aquélla, en su art 23 atribuya a la sala V del Tribunal Supremo, el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que proceda contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de

³⁶⁹L.O. 29/98, de 13 de julio, art 12.1.

³⁷⁰L.O. 29/98, de 13 de julio, art 11.1

³⁷¹JIMENEZ VILLAREJO, "Potestad disciplinaria y control jurisdiccional", pag 67

³⁷²Ley Orgánica del Poder Judicial, art 66.

³⁷³Auto TS, Sala V, de 22 de febrero de 2001, (RJ 2001/5019) y auto de 6 de noviembre de 2000, (RJ 2000/10635).

Defensa, incluso las extraordinarias, lo que supone una excepción a la regla general de competencia.³⁷⁴

Alfonso Villagomez³⁷⁵ tacha esta competencia de incoherente con la normativa vigente, toda vez que dicha materia es propia de un recurso contencioso administrativo ordinario cuyo conocimiento corresponde a la audiencia nacional por lo que se pretende consagrar una situación muy especial para el Ministro de Defensa.

Rojas Caro³⁷⁶ señala que quizás el propósito del legislador haya sido concentrar todo lo jurisdiccionalmente castrense (penal y disciplinario) una vez que llega a su última instancia judicial, en una única sala del T.S. en la que concurren magistrados procedentes de los Cuerpos Jurídicos con preparación especializada en derecho con el que están más familiarizados que los magistrados que llevan toda su vida aplicando el derecho común; aparte que estos magistrados gozan de un privilegio que los otros no tienen: haber conocido y en muchas ocasiones vivido en centros y unidades militares, sabiendo por dentro lo que es la milicia, lo que les permite valorar con mucha mayor precisión el principio de la disciplina que ha de presidir inexcusablemente la redacción de cualquier resolución judicial que afecte a las Fuerzas Armadas.

En mi opinión esto se explica porque la L.O. 4/87 reserva a la jurisdicción militar la tutela judicial de las sanciones disciplinarias y por tanto queda excluida la competencia de la Audiencia Nacional. Esta exclusión lleva a buscar un órgano de la jurisdicción militar que asuma dicha competencia y este no existe en la actual organización. Aunque el Tribunal Militar Central sería el llamado a controlar la actuación disciplinaria del Ministro de Defensa mantiene una indiscutible vinculación con el ejecutivo en la medida que de él emanan los nombramientos del Presidente y de los vocales que lo integran, por tanto no queda otra alternativa que poner en manos de la sala V el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Ministro.

³⁷⁴Auto del Tribunal Supremo, sala de lo militar, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)

³⁷⁵VILLAGOMEZ Alfonso, Ob. Cit, pag 2.848.

³⁷⁶ROJAS CARO J. "Derecho Procesal Penal Militar". Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991. pag 124.

B) Competencia Territorial

La competencia de la sala de lo militar del Tribunal Supremo y de la sala de justicia del Tribunal Militar Central se extiende a todo el territorio nacional, la LPM se limita a señalar las reglas concernientes a la determinación de las competencias de los tribunales territoriales en los recursos preferentes y sumarios de que conozcan.³⁷⁷

III. CARACTERES DE LA JURISDICCION MILITAR

Si la antigua indiferenciación entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional fue, en el pasado, uno de los factores que condicionaron decisivamente la inexistencia de un mecanismo de control jurisdiccional en relación con el ejercicio de la función disciplinaria, es evidente que no podía ser atribuido ese control a la jurisdicción militar sin cambiarla tanto intensa como extensamente. Innovar profundamente los criterios y formas originarios que partiendo del siglo XIX han regido hasta hoy en la justicia militar, ha sido el propósito del legislador, declarado expresamente en el preámbulo de la L.O. 4/87.³⁷⁸

No hay que suponer que la reforma se ha hecho pensando únicamente en la necesidad de disponer de una jurisdicción militar capaz de ejercer la nueva función de tutela que se le asigna.

En el preámbulo de la ley se dice “pretender un texto que respondiendo a las corrientes doctrinales del derecho comparado, a las exigencias de la sociedad actual y a los valores tradicionales de la institución militar, asegure largo tiempo una eficaz administración de justicia castrense”. Esta enumeración de causa y fines que refleja el eclecticismo y pragmatismo que han inspirado la reforma, así como el deseo de que ésta no se interprete como una brusca ruptura con el pasado, falta seguramente la mención de la constitución de 1978, cuyos valores y principios demandaban con más

³⁷⁷ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2085.

³⁷⁸ JIMENEZ VILLAREJO “Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional”. Pag 54,55.

fuerza que cualquier razón técnica o sociológica, una mutación profunda de la estructura orgánica de la jurisdicción militar.

Como se ha apuntado el art 117.5 de la constitución establece “la especialidad de la jurisdicción militar y señala que la ley regulará el ejercicio de dicha jurisdicción de acuerdo con los principios de la constitución”.

Como esto último no era sencillamente posible si subsistía la antigua organización de la jurisdicción militar, su desaparición y sustitución por otra de nueva planta era una exigencia constitucional que difícilmente se podía soslayar. Desde este punto de vista puede decirse que la reforma de la jurisdicción militar era condición indispensable para que la misma continuase existiendo.

Los elementos que tienen una especial relevancia para el correcto ejercicio, por los nuevos tribunales militares, de la competencia en materia contencioso-disciplinaria son:³⁷⁹

1. La función jurisdiccional se atribuye de forma exclusiva y excluyente, a los órganos judiciales militares. El art 2 L.O.4/87 establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta ley: Sala de lo Militar del tribunal supremo, tribunal Militar Central, tribunales Militares territoriales y Juzgados Togados Militares”. Por tanto quedan privados del ejercicio de la jurisdicción los órganos de mando que tradicionalmente la ejercían. Es importante recordar que bajo la anterior legalidad, los titulares de la jurisdicción militar eran el Consejo Supremo de Justicia Militar, las Autoridades Judiciales Militares, los Consejos de Guerra y los Jueces Togados Militares de instrucción, pero que la cuota más importante de la potestad jurisdiccional en la instancia correspondía a las autoridades judiciales, es decir, a los mandos militares superiores que señalaba el Consejo de Justicia Militar, asistidos de su respectivo auditor. La situación ha experimentado un giro

³⁷⁹JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 55.

copernicano. Este es un proceso que partió de la L.O. 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar y del Código Penal, culminando en la ley 4/87 y en la Ley Procesal Militar 2/89, pasando por sendas Leyes Orgánicas de 1985, que aprobaron el Código Penal Militar y el régimen disciplinario de las FAS, además de las disposiciones complementarias correspondientes. Mientras la ley disciplinaria establece que la facultad para sancionar se atribuye al Ministro de Defensa, al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de los Estados Mayores del ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y demás autoridades y mandos a quienes por su función o cargo corresponda, el art 2 de la L.O. de Competencia y Organización, reproduciendo la vieja fórmula de nuestra legislación orgánico judicial acogida en el art 117.3 de la constitución dice *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta ley”*. Este claro deslinde entre la potestad disciplinaria y la judicial, así como su asignación a órganos distintos, era el primer presupuesto para que pudiese ejercerse la tutela jurisdiccional en materia disciplinaria.³⁸⁰

Este carácter exclusivo y excluyente del ejercicio de la potestad jurisdiccional en vía disciplinaria y que se prevé en el art 117 de la Constitución, impide que sobre esa materia disciplinaria, que es estrictamente castrense, pueda ejercerla la ordinaria, aunque esa exclusiva atribución de la jurisdicción a la militar en la totalidad de esa materia no es obstáculo para que, legítimamente, pueda regularse, dentro de las exigencias constitucionales y de acuerdo con sus principios, los actos de autoridades disciplinarias militares que pueden, o no, ser recurridos.

De esto se deduce que no hay incoherencia alguna en que interpuesta una demanda ante la jurisdicción ordinaria en materia disciplinaria militar, el órgano

³⁸⁰JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 56.

judicial militar competente requiera de inhibición a aquélla y obtenido el conocimiento del asunto, si el acto que se pretenda recurrir no es de los que puede ser objeto de recurso contencioso disciplinario militar, se dicte la correspondiente resolución inadmisoria que en derecho proceda.

En mi opinión, esto enlaza por la idea que vengo manteniendo en la presente tesis doctoral de considerar a la jurisdicción militar como una jurisdicción especial y que por lo tanto el control judicial de la potestad administrativa sancionador debe atribuirse en exclusiva a los órganos judiciales militares.

2. Independencia de tales órganos. Se establece el derecho de toda persona a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial.³⁸¹ Otras normas que regulan la independencia judicial son: a) art 117.1 de la constitución, b) la ley orgánica del poder judicial en los art 12,13,14 desarrolla el alcance de la independencia y las garantías más elementales de la misma, c) el art 6 de la L.O. 4/87 establece “Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar. Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto”.

No obstante lo anterior no hay constancia expresa de que los jueces militares son también independientes respecto a los órganos de gobierno de su propia jurisdicción. La interpretación sistemática y el principio de unidad del ordenamiento jurídico obligan a considerar vigente el mismo precepto en la esfera castrense. En el art 8 de la L.O. 4/87 se establece el principio de independencia de los órganos judiciales militares y en el art 9 se establece la obligación de los jueces militares que se consideren perturbados en su independencia, de ponerlo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de

³⁸¹Convenio Europeo para la protección de derechos humanos art 6.1, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos art 14.1

Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado.

Esta norma es una trasposición de otra de la ley orgánica del poder judicial, art 14, sin más novedad que exigir que la denuncia de la perturbación se haga a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central. Mediante dicha norma se establece un importante nexo entre la jurisdicción militar y el Consejo General del Poder Judicial y se constituye a éste en el último garante de la independencia de aquélla, lo que es una muestra de que la integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial, que se afirma en el art 1 de la ley, es algo más que la expresión de un deseo o que una proclamación puramente retórica.³⁸²

En mi opinión el principio de independencia judicial que es aglutinador de todos los demás (inamovilidad, exclusividad) es un tema espinoso desde el origen del Estado de Derecho y una lucha frente al Poder Ejecutivo de difícil realización plena, ello obedece a la tensión de otro principio que le da cobertura que es el división o separación de poderes. La LOCO (art 6 y 8) recoge en idénticos términos a la LOPJ el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, esa declaración no se hace luego efectiva en los términos que para la jurisdicción ordinaria para el nombramiento, promoción de carrera o responsabilidad de quienes han de desempeñar los referidos cargos judiciales pero frente a esto no cabe sino argüir la naturaleza especial de la jurisdicción militar. Considero que si está garantizada la independencia de los órganos judiciales militares en términos razonables y aceptables, la preceptiva intervención de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central asegura un estatus temporal razonablemente suficiente para el ejercicio de la función con independencia aunque la situación no pueda equipararse a la de los miembros de la jurisdicción ordinaria. Además es importante recordar que respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha sido radical defendiendo el principio de independencia

³⁸²JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 58, 59.

en la jurisdicción castrense.³⁸³ También es importante traer a colación la STC 204/94 en la que se proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los jueces togados militares de acuerdo con la ley, se sostiene que la Constitución no exige que toda función jurisdiccional sea atribuida, en todo caso, a magistrados y Jueces de carrera integrados en un cuerpo único y se sostiene que el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas, se confirma en resumen la constitucionalidad de diversos aspectos de la organización de la jurisdicción militar.

3. Juez ordinario predeterminado por la ley. Diversas normas lo contemplan: a) Convenio de Roma ³⁸⁴, b) Pacto de Nueva York ³⁸⁵, c) Constitución.³⁸⁶

El desconocimiento de tal derecho bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945 era ciertamente grave. Los Consejos de Guerra se componían con vocales que designaban las autoridades judiciales militares, esto es, los mandos militares superiores que asimismo resolvían sobre las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones de los llamados a intervenir en los asuntos judiciales. Esta situación insostenible en el marco constitucional, ha sido objeto, de una decisiva mutación. No tanto por que en el art 3 L.O. 4/87 señala que *“todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será Juez ordinario predeterminado por la ley”* sino por que en el art 8.2 se prevé que *“el nombramiento de los miembros de los órganos judiciales militares, su designación y cese se hará en la forma prevista en esta ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes”*.

³⁸³ STC 75/82, 97/85, 180/85, 106/86, 60/91, 204/94 y 113/95.

³⁸⁴ Convenio de Roma art 6.1

³⁸⁵ Pacto de Nueva York, art 14.1

³⁸⁶ Constitución art 24.2

Aunque aquí se consagra el principio de inamovilidad hay que reconocer que en este punto el estatuto jurídico de los jueces militares no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

Con independencia de que los nombramientos se realizan por el Ministro de Defensa, de suerte que el gobierno de la jurisdicción militar, se ejerce desde el poder ejecutivo como acontecía en la jurisdicción ordinaria antes de la creación del Consejo General del Poder Judicial, en la ley sólo está previsto que los nombramientos se hagan a propuesta de la sala de gobierno del Tribunal Militar Central, remitiéndose para todo lo demás a los términos que se determinen reglamentariamente en cuanto al nombramiento de los presidentes y vocales togados de los tribunales militares y de los jueces togados militares.

A esto hay que añadir que no constituyendo los miembros del cuerpo jurídico una carrera llamada únicamente al desempeño de funciones judiciales y estando articulada en los mismos grados en los mismos grados en que se dividen las escalas de los demás cuerpos militares, los ascensos pueden llevar consigo el cese forzoso en el cargo judicial que se ocupaba e incluso el cambio de la función jurisdiccional por otra distinta, lo que se prevé en el art 66.2 relativo al cese por ascenso si conforme a la ley no corresponde el nuevo empleo el destino judicial que ocupe.

Esto representa un problema para el que no hay solución a corto o medio plazo, pero ello no es motivo para que no cobremos conciencia de que nos encontramos ante uno de los flancos más débiles de la nueva estructura de la jurisdicción militar, aunque la debilidad no significa el fracaso de todo el esfuerzo renovador.

En mi opinión esta cualidad se da en los órganos judiciales militares, cuya composición está preestablecida legalmente, tanto en relación con los miembros del Cuerpo Jurídico destinados en los Juzgados y Tribunales como en cuanto a los militares no jurídicos designados por insaculación para integrar estos últimos.

4. Tecnificación jurídica de los órganos judiciales militares. Se trata de una finalidad deliberadamente buscada por la ley de competencia y organización que establece que tanto el Tribunal Militar Central como los Tribunales Militares Territoriales se componen, de un presidente y cuatro vocales togados, todos auditores.³⁸⁷ No obstante, también forman parte del Tribunal Militar Central y los Tribunales Territoriales, los vocales militares³⁸⁸ que se designen anualmente, según las reglas detalladas en el art 49 de la L.O. 4/87, pertenecientes a las armas en el Ejército de Tierra, al Cuerpo General o al de Infantería de Marina en la Armada y al arma de aviación en el Ejército del Aire. Si bien en las salas de justicia siempre serán mayoría los técnicos en derecho ya que se constituirán, según los casos, art 41 por el presidente, un vocal togado y un vocal militar; o por el presidente y dos vocales togados.

Concretamente y en lo que respecta al recurso contencioso-disciplinario la sala de justicia del Tribunal Militar Central se constituirá, de su presidente o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar. Esto ha sido objeto de modificación por ley 9/2003, de 15 de julio que sustituye a la L.O. 4/87 que establecía que la sala de justicia se componía de dos vocales togados y dos vocales militares.

Se plantea la cuestión de la razón de la presencia de vocales militares en tribunales castrenses cuando ejercen la tutela judicial en materia disciplinaria.³⁸⁹ El preámbulo de la L.O. 4/87 se señala que la tecnificación de los órganos judiciales militares respeta la tradicional composición mixta de los tribunales castrenses en que siempre colaboran técnicos en derecho y profesionales de las armas. Invoca para justificar la presencia de estos últimos en la nueva organización, el respaldo constitucional de la institución del Jurado, que adoptaría la forma de escabinado en la jurisdicción militar.

³⁸⁷L.O.4/87 de Competencia y Organización art 36 y 46.

³⁸⁸L.O. 4/87,art 36 y 46.

³⁸⁹JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 62.

A esto hay que objetar: a) que el jurado según el art 125 de constitución es un medio de participar los ciudadanos en la administración de justicia y aquí no son los ciudadanos como tales sino los miembros de una institución del estado. Hubiese sido más sencillo sin forzar el concepto de jurado, aludir a la necesidad de complementar, en la administración de justicia, el punto de vista técnico-jurídico con el estrictamente profesional, b) la institución del jurado solo se prevé para los procesos penales. Es cierto que el legislador se ha abstenido de tomar partido en la polémica sobre la naturaleza penal o administrativa del derecho disciplinario, pero no lo es menos que el proceso que se ha establecido para el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar no es un proceso penal, puesto que esta articulado como si fuese un recurso contencioso administrativo. Y es discutible la oportunidad de que un tribunal que debe ejercer un control de legalidad sobre la actuación disciplinaria de los mandos militares, desempeñen una función resolutoria vocales que “proceden del ambiente en que se ha producido el hecho que dio lugar a la sanción disciplinaria como ésta misma, por lo que parece demandado por el requisito de la imparcialidad que el otorgamiento de la tutela jurisdiccional frente al ejercicio de la potestad disciplinaria se encomiende a un órgano integrado tan sólo por técnicos en derecho y ajenos, pese a su pertenencia a un cuerpo militar a la estructura jerárquica en que dicha potestad se ejerce.

En mi opinión la tecnificación que como principio organizativo introdujo la LCO 4/87 añade una garantía adicional, aunque los técnicos que constituyen la base sustancial de la jurisdicción sigan perteneciendo a un cuerpo administrativo no judicial.

5. Inamovilidad la LOCO tiene una protección específica en los art 66 y siguientes pero adaptada a las exigencias estatutarias y funcionales de la carrera militar de los miembros del Cuerpo Jurídico. A este propósito cabe plantearse una mayor o menor flexibilidad en la asignación de los distintos cargos judiciales en función del

empleo militar, pero eso ofrece inconvenientes o límites, derivados de la propia estructura jerarquizada de las FAS y por extensión, del Cuerpo Jurídico Militar.

6. Respecto a la competencia hay que señalar que es improrrogable³⁹⁰, supone el rechazo de toda posibilidad de alterar los criterios legales sobre su delimitación, se extiende a las incidencias y fiscalización de la ejecución de la sentencia³⁹¹, la competencia de los órganos se apreciará por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes³⁹², se trata de una cuestión de orden público procesal, apreciable “ex officio” por el Tribunal, que habrá de resolver mediante auto, remitiendo las actuaciones al competente, a fin de que continúe la tramitación del recurso, con lo que de esta forma no se priva de validez lo realizado ante el órgano competente.

IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Los conflictos de jurisdicción entre los órganos judiciales militares y la Administración, o entre aquéllos y los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, serán resueltos por los órganos y mediante el procedimiento a los que se refiere la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.³⁹³

Señala la ley orgánica de competencia y organización de la jurisdicción militar que *“Todos los órganos judiciales militares podrán promover y sostener conflictos de jurisdicción con las Administraciones públicas y con los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria. El procedimiento para su tramitación será el establecido en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales”*.³⁹⁴

³⁹⁰L.O. 2/89, art 449.

³⁹¹L.O. 2/89 de 13 de abril Procesal Militar, art 449.

³⁹²L.O. 2/89, art 449.

³⁹³Ley 2/89, art 7

³⁹⁴ LOCO, art 19

Los conflictos de jurisdicción entre los juzgados o tribunales de cualquier orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria y los órganos judiciales militares serán resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos magistrados de la Sala de lo Militar, todos ellos designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. El Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.³⁹⁵ Este precepto de la ley orgánica del poder judicial ha sido redactado por la disposición adicional 5ª de la L.O.4/87, de 15 de julio.

Anualmente se renovarán los componentes de los órganos colegiados decisorios previstos en los dos artículos anteriores.³⁹⁶

El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos de jurisdicción se ajustará a lo dispuesto en la ley orgánica del poder judicial.³⁹⁷

En este sentido, es de suma importancia el Auto del TS, Sala V, de 7 de octubre de 1991 donde se matiza la diferencia entre conflictos de jurisdicción y conflictos de competencia en ámbito de la jurisdicción militar:

1. Conflictos de jurisdicción- son los conflictos entre cualesquiera órganos de la jurisdicción militar (excepto la Sala V del TS) y los órganos de la jurisdicción ordinaria.
2. Conflictos de competencia- son los conflictos entre la Sala V y cualquier otro orden jurisdiccional.
3. Cuestiones de competencia- son los conflictos que se producen entre los propios órganos de la jurisdicción militar.

Así este importantísimo auto refleja que ante el texto del artículo 117, 5 de la Constitución que habla de «unidad jurisdiccional» y de «jurisdicción militar» y la

³⁹⁵ L.O. del Poder Judicial, art 39.

³⁹⁶ L.O.P.J art 40.

³⁹⁷ L.O.P.J art 41.

creación de la Sala Quinta en el Tribunal Supremo (artículo 22 de la Ley Orgánica 4/87 y reforma del artículo 55 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial por la Disposición Adicional Sexta de la primera) y el mantenimiento del concepto de «jurisdicción militar» (artículo 1 y otros de la Ley Orgánica 4/87 de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar), cabe preguntarse qué es lo que ha querido hacer el legislador, si crear un nuevo «orden jurisdiccional» o mantener independiente, aunque dentro del «Poder Judicial» a la vieja «jurisdicción militar» tal como estaba concebida anteriormente.

Estudiando estos preceptos, así como los demás concordantes y la doctrina sentada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS [auto de 13-7-1988 (RJ 1988\10316) y otros posteriores], la Sala Quinta llega a la conclusión de que la administración de la justicia militar se ha constituido, por así decirlo, en el plano orgánico, en dos niveles diferentes: 1º) El primero, en el que entra esta Sala Quinta, cúspide y vértice de la administración de esta justicia especial o especializada y donde se verifica la «unidad jurisdiccional» y que significa el establecimiento de un nuevo «orden jurisdiccional» análogo a los demás, civil, penal, contencioso-administrativo y social de este Tribunal; y 2º) El de los demás órganos de la administración de justicia militar, que forman lo que propiamente se puede denominar la «jurisdicción militar».

En consecuencia, los problemas de competencia que puedan plantearse, si lo son entre la Sala Quinta y cualquier otro orden jurisdiccional, habrán de ser calificados como «conflictos de competencia» (artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en tanto que si se producen entre cualesquiera otros órganos de la administración de justicia militar o «jurisdicción militar» y otros órganos de la administración de justicia ordinaria, habrán de ser calificados como «conflictos de jurisdicción» o, si se producen entre los propios órganos de la jurisdicción militar, como «cuestiones de competencia» (artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 20 y 21 de la Ley Orgánica 4/87 de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar). Y esta es la razón por la cual la Ley 0.4/87 de Organización y Competencia de la «Jurisdicción Militar» sólo

se ocupa de los «conflictos de jurisdicción» y de las «cuestiones de competencia» pero no alude a los «conflictos de competencia» que son solamente un problema del «orden jurisdiccional militar», encarnado, como tal orden, solamente en la Sala Quinta del Tribunal Supremo y que, conforme a la nueva redacción del artículo 39, 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Disposición Adicional Quinta de la Ley 4/87), queda fuera de los propios «Conflictos de jurisdicción», rigiéndose en los «Conflictos de Competencia» por los preceptos del Capítulo II del Título III del Libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VI. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno.³⁹⁸

Entre los supuestos más comunes de Conflictos de Competencia son los que se producen entre la Sala V del Tribunal Supremo y la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, debiendo resolverse por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo regulada en el art 42 de la L.O.P.J. y podemos citar los siguientes:

1. Pase a la situación de Suspenseo de Funciones y Cese en el Destino previsto en el art 143 de la L.O. 17/99, de 18 de mayo, a consecuencia de procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por incoación de un expediente gubernativo.

En estos casos la sala V del Tribunal Supremo entiende que la competencia para conocer el recurso corresponde a la Audiencia Nacional, toda vez que la

³⁹⁸L.O. 6/85, art 42

suspensión de funciones y el cese en el destino previsto en la ley 17/99 no es una sanción sino una “situación administrativa”. La competencia de la jurisdicción militar de la que la sala es la cúspide, se encuentra limitada en el orden disciplinario, según el art 17 de la L.O. 4/87 a la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la L.O. de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, de los derechos que conceden las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar. No es posible que la jurisdicción militar asuma una competencia que legalmente no le está conferida para el control de una actuación administrativa no inscrita en el campo de lo disciplinario militar. En consecuencia, el conflicto de competencia debe ser resuelto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo regulada en el art 42 de la L.O. del Poder Judicial.³⁹⁹

2. Recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias.

En estos casos entiende la Sala V que este tipo de recursos son de su exclusiva competencia⁴⁰⁰ pues, si bien es cierto que la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional es la competente para conocer en única instancia de los recursos contra disposiciones y actos emanados de los Ministros, en estos casos la L.O. 4/87 en el art 23 atribuye a la sala V del TS, el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar

³⁹⁹Auto TS, Sala de lo Militar, de 28 de mayo de 1992, (RJ 1992/4072); Auto TS Sala V de 28 de abril de 1992; Auto TS, Sala V, de 2 de abril de 1993, (RJ 1993/2782), Auto TS, Sala V, de 10 de enero de 1995, (RJ 1995/375), auto sala V de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8488), auto sala V de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9306) y 28 de junio y 13 de octubre de 1993 (RJ 1993/4663 y RJ 1993/7621)

⁴⁰⁰Auto TS, sala V, de 28 de mayo de 1996, (RJ 1996/4669)

que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, lo que supone una excepción a la regla general de competencia.⁴⁰¹

En consecuencia, el art 4 de la ley de competencia y organización de la jurisdicción militar extiende ésta a la tutela jurisdiccional en vía disciplinaria, sin reservas ni condicionamientos. De forma que el carácter exclusivo y excluyente del ejercicio de la potestad jurisdiccional que se prevé en el art 117 de la constitución impide que sobre esa materia disciplinaria, que es estrictamente castrense, pueda ejercerla la ordinaria, aunque esa exclusiva atribución de la jurisdicción a la militar en la totalidad de esa materia no es obstáculo para que, legítimamente, puedan regularse, siempre naturalmente dentro de las exigencias constitucionales y de acuerdo con sus principios, los actos de las autoridades disciplinarias militares que pueden, o no ser recurridos, como hacen los preceptos aludidos de la ley procesal militar. De ello se deduce que no se genera incoherencia alguna, ni existe ningún inconveniente en que, interpuesta una demanda ante la jurisdicción ordinaria en materia disciplinaria militar, el órgano judicial militar competente requiera de inhibición al de aquélla y, obtenido el conocimiento del asunto, si el acto que se pretendía recurrir no es de los que pueden ser objeto del recurso contencioso-disciplinario militar, se dicte la correspondiente resolución inadmisoria que en derecho proceda.⁴⁰²

Asimismo y como ya ha declarado la sala V, en todo proceso derivado de una sanción disciplinaria militar incluso si se hubiere seguido a través de los cauces de la ley 62/78, corresponde la competencia a los órganos propios de la de la jurisdicción militar, tal como se dispone en los art 2 y 4 de la L.O. 4/87, de 15 de julio.⁴⁰³

VII. CUESTIONES DE COMPETENCIA

⁴⁰¹Auto Tribunal Supremo, sala V, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)

⁴⁰²STS, sala V, de 18 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9559)

⁴⁰³Auto TS, sala V, de 27 de abril de 1989, (RJ 1989/6293)

Las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.

En la resolución en que se declare la falta de competencia se expresará el órgano que se considere competente⁴⁰⁴

Las cuestiones de competencia se regulan en la L.O. 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar, art 12 a 24 y L.O.4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, art 20 y 21 .

Distinguimos entre:⁴⁰⁵

A) Cuestiones de competencia entre Tribunales Militares Territoriales

Se substancian y resuelven conforme a lo dispuesto en los art 12 a 24 de la ley de procesal militar. La remisión se hace expresamente a la ley de procedimiento administrativo y no, como cabría esperar, a la ley de enjuiciamiento civil (art 84 y sg) en consonancia con el carácter supletorio que se predica de la misma en el art 457 de la ley de procedimiento administrativo.

Las reglas aplicables son las siguientes:

1. Pueden promoverse de oficio, o por escrito motivado del recurrente o del abogado del estado, por inhibitoria, ante el Tribunal que se considere competente, o por declinatoria, ante aquél que esté conociendo y se repute incompetente, con suspensión de la tramitación del procedimiento.⁴⁰⁶
2. Tienen carácter positivo cuando dos o más tribunales reclamen para si el conocimiento del asunto⁴⁰⁷ o negativo, cuando los tribunales implicados declinen la competencia para conocer de dicho asunto.⁴⁰⁸
3. Las resoluciones que se adopten revestirán forma de auto, previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar⁴⁰⁹ y las actuaciones practicadas por el Tribunal declarado

⁴⁰⁴L.O.6/85, art 51

⁴⁰⁵SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2086

⁴⁰⁶L.O. 2/89, art 12,16,17 y 19.

⁴⁰⁷L.O. 2/89, art 20.

⁴⁰⁸L.O. 2/89, art 21.

incompetente serán válidas sin necesidad de proceder a su ratificación, salvo que resulten nulas⁴¹⁰.

4. La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central es el Superior Jerárquico para resolver dichas cuestiones de competencia.⁴¹¹

B) Cuestión de competencia entre Tribunales Militares de diferente nivel jerárquico⁴¹²

Si el Tribunal Militar Central estima que le corresponde conocer del recurso contencioso disciplinario por el que está actuando un Tribunal Militar Territorial o varios de ellos, podrá oyendo previamente al Fiscal Jurídico Militar y a las partes y sin promover cuestiones de competencia, ordenarles que se abstengan de continuar la tramitación y que le remitan sin dilación las actuaciones, para resolver definitivamente por auto, lo que proceda, sin ulterior recurso. El tribunal que reciba la orden podrá exponer en la diligencia de remisión de las actuaciones originales, las razones que tuviera para conocer de los hechos.⁴¹³

A su vez, puede un Tribunal Militar Territorial, sin promover cuestión de competencia, oyendo previamente al Fiscal Jurídico Militar, exponer al Tribunal Militar Central las razones para creer que le corresponde conocer del recurso contencioso disciplinario en que este actuando. El TMC oyendo previamente al Fiscal Jurídico Militar y a las partes, resolverá por auto, en plazo de diez días, sin ulterior recurso. La resolución recaída se comunicará al Tribunal Militar Territorial acompañando testimonio del auto recaído, sin que sobre esa cuestión pueda insistir de nuevo.⁴¹⁴

VIII. CUESTIONES PREJUDICIALES

⁴⁰⁹L.O. 2/89, art 13.

⁴¹⁰L.O. 2/89, art 22

⁴¹¹L.O.2/89, art 15.

⁴¹²SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2086.

⁴¹³L.O.2/89, art 23

⁴¹⁴L.O.2/89, art 24

Los órganos judiciales que sean competentes para conocer de un recurso contencioso disciplinario militar, los serán también para conocer todas sus incidencias⁴¹⁵.

Las cuestiones prejudiciales son aquellas relacionadas con la que se debate en un proceso en curso, y cuya resolución corresponde a otro órgano jurisdiccional si ante él se planteara, toda vez, que por su naturaleza tienen entidad suficiente para constituir el objeto de un proceso autónomo.⁴¹⁶

En cuanto a la eficacia del pronunciamiento prejudicial, la decisión que se pronuncie en el proceso contencioso-disciplinario, no produce efectos fuera del mismo y puede ser cosa juzgada. Finalizado el contencioso disciplinario, la parte a quien afecte la decisión sobre la cuestión prejudicial puede acudir a los órganos de la jurisdicción competente, a fin de lograr una decisión definitiva sobre la materia objeto de tal cuestión.

Lo que no aclara la ley es como influye en la sentencia contenciosa disciplinaria ya firme, en la ulterior revisión que el Tribunal con competencia propia haga del pronunciamiento prejudicial⁴¹⁷. Difícilmente puede admitirse que una cuestión sea tratada de modo contradictorio en dos resoluciones judiciales sucesivas surtiendo efectos opuestos en una y otra, de ahí que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre vulneración del derecho a la igualdad lesionado por aplicación del ordenamiento de modo diferente por el mismo órgano judicial, debe tener reflejo en este problema cuando se trata de órganos diferentes.⁴¹⁸

- Cuestiones prejudiciales penales

Art 450 L.O. 2/89 "La competencia en materia disciplinaria militar se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con un recurso contencioso disciplinario militar, aunque no pertenezcan a aquella materia.

⁴¹⁵LO. 2/89, art 450

⁴¹⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2087.

⁴¹⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2087.

⁴¹⁸CAMPOS SANCHEZ. BORDONA "Las cuestiones prejudiciales en el orden contencioso administrativo"

La decisión que se pronuncie sobre cuestiones prejudiciales e incidentales no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y podrá ser revisada en el orden jurisdiccional correspondiente”.

Paralelamente la ley de jurisdicción contenciosa administrativa establece que la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo se extiende al orden administrativo, directamente relacionadas con un recuso contencioso administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales⁴¹⁹.

El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional”⁴²⁰.

El art 450.1 de la ley procesal militar no se refiere a la exclusión de la prejudicialidad penal, ¿obedece a un involuntario olvido o a una innovación deliberada?⁴²¹, a esto responde el art 8 de la ley procesal militar “ La jurisdicción militar en materia penal, es siempre preferente al orden contencioso disciplinario”⁴²².

En consecuencia, a tenor de lo establecido en el art 4 de la ley de jurisdicción contenciosa administrativa, para que una cuestión prejudicial penal pueda tener la eficacia que se pretende, la ley de enjuiciamiento civil, supletoria de la ley procesal militar y por tanto de su art 450, según lo previsto en el art 457, contiene unas prescripciones en los artículos 362, 514, y 1804, de las que se deduce que sólo producirán la suspensión del proceso las cuestiones penales que hayan de “fundar la sentencia”, tengan “influencia notoria” en el pleito, o sean “determinantes de la procedencia del recurso”⁴²³.

Las manifestaciones más relevantes de la prejudicialidad penal en el orden contencioso disciplinario son:

1. Los actos sancionadores constitutivos de infracción penal

⁴¹⁹L.O. 29/98, art 4

⁴²⁰Ley 6/85, art 44.

⁴²¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2088.

⁴²²JIMENEZ VILLAREJO. OP. CIT. Pag 73.

⁴²³Sentencia TS, Sala V, de 29 de junio de 2000, (RJ 2000/5281).

La impugnación del acto sancionador con base en el art 61.1 d) LRJPAC, no se puede resolver por el Tribunal Militar si antes el juez penal no se pronuncia si el referido acto es o no constitutivo de infracción de esta naturaleza. Aquí debe procederse a la suspensión del recurso hasta que recaiga resolución penal firme.⁴²⁴

2. La condena penal como presupuesto del acto sancionador

Se da en los casos en que la previa condena penal es presupuesto de validez del acto sancionador(art 17 de L.O. 8/98) la causa de la sanción disciplinaria extraordinaria es la existencia de sentencia penal firme.⁴²⁵

- Cuestiones prejudiciales de naturaleza constitucional

Tampoco se extiende la competencia del Tribunal Militar a un pronunciamiento sobre cuestión prejudicial constitucional que tiene lugar cuando el tribunal de oficio o a instancia de parte, considere que una Ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la constitución. En este caso debe suspenderse el curso de las actuaciones en el momento anterior a dictar sentencia, elevando los autos, previos los trámites establecidos en el art 35.2 LOTC, al Tribunal Constitucional y cuando este dicte resolución, podrá fallarse el asunto en cuestión, en consonancia con la misma.⁴²⁶

⁴²⁴STS sala 5^o, sentencia 6 de mayo de 1991 (RJA 5172)

⁴²⁵STS sala 5^a, sentencias 21-12-91 (RJA 9178), 19 de diciembre de 1991(RJA 9378), 23 de junio de 1988 (RJA 10327), 18 de diciembre de 1989 (RJA 6262).

⁴²⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes Procesales Militares, L.O. 4/87 de competencia y organización de la jurisdicción militar", pag 2089.

TITULO IV- OBJETO

I. CARÁCTER REVISOR DEL RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

El recurso contencioso-disciplinario al igual que el contencioso-administrativo tiene carácter revisor al requerir un acto previo de la administración sancionadora.⁴²⁷ En este sentido, el recurso contencioso-disciplinario militar, se ha construido bajo principios similares al contencioso-administrativo⁴²⁸ y como este, tiene carácter revisor, lo que exige, como requisito para su viabilidad, que exista un previo acto sancionador que sea su objeto⁴²⁹.

No obstante este carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido objeto de evolución:

⁴²⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las leyes procesales militares" (tomo II). Ministerio de Defensa. Madrid 1995. Pag 2098

⁴²⁸Exposición de motivos de la L.O. 2/89.

⁴²⁹STS, Sala V, de 30 de marzo de 1992, (RJ 1992/4062)

1. En un principio, la jurisprudencia configuró el carácter revisor en el sentido de que los tribunales habrían de limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado según sus propios precedentes en el expediente, al modo con que un recurso de casación enjuicia una sentencia. La tesis radicó en la doctrina del “Ministro-juez”, que consideraba a la vía administrativa como una primera instancia jurisdiccional. Al amparo de este carácter revisor se excluía la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones no planteadas en vía administrativa, se excluyó la posibilidad de practicar prueba en el proceso contencioso-administrativo (salvo para revisar la practicada en el expediente administrativo), se anuló cualquier pronunciamiento de la sentencia que no fuese anular el acto impugnado o absolverlo de la impugnación.⁴³⁰
2. La LJCA de 1956 explicó en su preámbulo que no se ha querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia, sino como un proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca el actor frente al acto administrativo⁴³¹. El objeto del recurso tampoco era en dicha ley el acto administrativo, sino las pretensiones en relación al acto. La jurisdicción contenciosa es por tanto revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo, pero no significa que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido expuesto previamente ante la administración. El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino una primera instancia jurisdiccional.⁴³²
3. La ley 29/98, ya no relaciona las pretensiones en relación con los actos de la administración, como lo hacía la LJCA de 1956, sino con la actuación, así el art 1 de la *ley 29/98, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativa*

⁴³⁰GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS RAMON FERNANDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, pag 575.

⁴³¹GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS RAMON FERNANDEZ. OP.CIT. Pag 578.

⁴³²RAMON PARADA, “Derecho administrativo”, pag 750.

establece que “Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta a derecho administrativo...”. Es importante señalar que se ha producido una flexibilización del tradicional carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa que supone el cambio de “las pretensiones... en relación con los actos” (que decía el art 1.1 de la LJCA de 1956), por “las pretensiones en relación con la actuación” como dice ahora este artículo. Es importante tener en cuenta, como derivación de este cambio, los artículos 29 y 30 referentes al control de la inactividad y de las actuaciones materiales o vía de hecho:

- En el caso de la inactividad- cuando la administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la administración.⁴³³
- En el caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso- administrativo.⁴³⁴

⁴³³Ley 29/98, de 13 de julio, art 29.

⁴³⁴Ley 29/98, de 13 de julio, art 30.

El carácter revisor se matiza en el sentido de que lo que la ley quiere es la existencia de un acto previo y una vez dictado se permite el demandante que pueda fundar su pretensión, en cualquier motivo o razón que entienda procedentes hayan sido o no alegadas por las partes en el procedimiento administrativo, siempre que no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones.⁴³⁵ Esta idea del alcance revisor se consolida en lo que han contribuido los planteamientos de la constitución sobre el control de la actividad administrativa por los órganos judiciales y sometimiento de la administración a la ley y al derecho.⁴³⁶ Por tanto, si esa sumisión a la ley y al derecho ha de verificarse desde la instancia jurisdiccional, han de quedar superadas las viejas limitaciones surgidas del principio revisor, circunscrito al examen de la legalidad objetiva del actuar administrativo.⁴³⁷ De otra parte el art 24 configura la tutela judicial como algo real o efectivo, más allá de los límites de lo que pudiera ser una mera declaración de buenos propósitos. A la luz de esta garantía, la naturaleza revisora ha de ponerse en correspondencia con la función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.⁴³⁸ En este sentido el único presupuesto exigible para el ejercicio de esa potestad de control es que la administración afectada haya tenido la oportunidad de conocer la reclamación del interesado y pronunciarse sobre la misma.⁴³⁹

En el ámbito militar, la ley procesal militar en el art 448 señala que la jurisdicción militar en materia contencioso-disciplinaria conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las autoridades y mandos militares sancionadores dictados en aplicación de la ley de régimen disciplinario. Este precepto tiene su complemento en el art 465 de la ley procesal militar de conformidad con el cual el

⁴³⁵BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" Madrid 1999. Pag 52.

⁴³⁶C.E. art 106 y 103.

⁴³⁷MUÑOZ MACHADO "Nuevos planteamientos en la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contenciosos-administrativa". REDA N° 26, pag 512.

⁴³⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 682

⁴³⁹STS de 15 de octubre de 1990.

recurso contencioso- disciplinario militar será admisible en relación con los actos definitivos que causen estado en vía disciplinaria.

La jurisprudencia del TS sala V, señala que el proceso contencioso-disciplinario militar no es una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados hechos, que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa.⁴⁴⁰ A tenor de lo anterior, la naturaleza revisora impide dar acogida a las pretensiones del recurrente de anular la resolución recurrida objeto del proceso por hechos producidos con posterioridad a su pronunciamiento y por tanto no recogidos en la demanda ni en la contestación que son delimitadoras de las respectivas pretensiones⁴⁴¹, en consecuencia, es claro que el carácter revisor de este recurso contencioso-disciplinario, impide entrar a analizar cuestiones no planteadas en los escritos de demanda y contestación.⁴⁴²

Asimismo, la jurisdicción militar debe juzgar si el acto sancionador es o no ajustado a derecho, pero no puede ordenar a la administración militar que resuelva en un sentido determinado, ni tampoco que ajuste su actuación, antes o después de llegar al término de un expediente, a ciertas formas que el órgano jurisdiccional estima más legalmente correctos y adecuados.⁴⁴³

Frente a este criterio existe otro más elástico⁴⁴⁴, al considerar que el acto administrativo impugnado, mas que el patrón o modelo constriñente del recurso

⁴⁴⁰ STS, Sala V, de 18 de septiembre de 1996 (RJA 6466)

⁴⁴¹ STS, sala V, de 14 de octubre de 1997, (RJ 1997/7199)

⁴⁴² STS, sala V, de 29 de octubre de 1997, (RJ 1997/7203) y 1 de marzo de 1994 (RJ 1994/2273), 14 de julio de 1993, (RJ 1993/5658).

⁴⁴³ STS, sala V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 1995/4432)

⁴⁴⁴ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las leyes procesales militares", pag 2098.

contencioso-administrativo, es su presupuesto y nada más, como se indica en la exposición de motivos de la LJCA, de modo que “el objeto del proceso contencioso administrativo no está integrado, en sí, por el contenido del acto administrativo previo, sino por las pretensiones que se deduzcan en relación al mismo”⁴⁴⁵. Por tanto haciendo aplicación al proceso contencioso-disciplinario, su objeto no es la resolución sancionadora, sino las pretensiones que se deduzcan en relación con dicha resolución⁴⁴⁶. Son numerosas las sentencias de la sala 3ª del TS en este sentido⁴⁴⁷. Asimismo, la ley procesal militar permite que el recurso contencioso-disciplinario se deduzca indistintamente, contra el acto sancionador originario, contra el que resuelva expresa o presuntamente el recurso interpuesto contra dicho acto, o contra ambos a la vez. Lo que no autoriza la ley es que se interponga separadamente contra uno y otro porque ello contrariaría las más elementales exigencias de la cosa juzgada.⁴⁴⁸

Por todo lo expuesto, considero que en el ámbito contencioso disciplinario militar, del mismo modo que sucede en el contencioso administrativo, pese a la denominación de recurso estamos ante un autentico proceso entre partes en el que una de ellas es la administración y la otra el militar sancionado. Por tanto, opino que, el carácter revisor y su denominación como recurso únicamente significa que lo que la ley quiere es la existencia de un acto previo y una vez dictado se permite al demandante que pueda fundar su pretensión, en cualquier motivo o razón que entienda procedentes hayan sido o no alegadas por las partes en el procedimiento administrativo, siempre que no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones. Así el art 24 de la Constitución configura la tutela judicial como algo real o efectivo, más allá de los límites de lo que pudiera ser una mera declaración de buenos propósitos. A la luz de

⁴⁴⁵STS, 22 de febrero 1991 (RJA 1122) y 4 de febrero 1992 (RJA 1454).

⁴⁴⁶JIMENEZ VUILLAREJO “La sentencia en el recurso contencioso disciplinario militar”. Reuniones de trabajo del ministerio fiscal jurídico militar 1991” pag 15.

⁴⁴⁷STS sala 3ª de 18 de febrero de 1997, de 5 de marzo de 1997.

⁴⁴⁸STS, sala V, de 25 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9181).

esta garantía, la naturaleza revisora ha de ponerse en correspondencia con la función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. En este sentido considero que el único presupuesto exigible para el ejercicio de esa potestad de control es que la administración afectada haya tenido la oportunidad de conocer la reclamación del interesado y pronunciarse sobre la misma.

No considero que el recurso contencioso disciplinario sea un autentico recurso por no ser una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados hechos, que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa.

Asimismo, es importante resaltar la singularidad de lo ilícito disciplinario, si se examinan las faltas disciplinarias hay que reconocer en no pocos casos su naturaleza penal, este reconocimiento es más patente en los supuestos en que dichos artículos delimitan la infracción disciplinaria por exclusión, suponiendo que un hecho está dentro del ámbito disciplinario cuando no constituye delito. La sala 5ª del TS se ha decantado por el criterio cuantitativo de distinción al considerar que “Las faltas disciplinarias graves y aún las leves, deben ser delimitadas con los delitos tipificados en el código penal militar, pues en la mayoría de las ocasiones su redacción parte de los tipos legales que en este último se descubren así infracciones disciplinarias integradas por delitos menores matizados por las circunstancias de la limitada gravedad.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁹STS Sala 5ª, de 17 de abril de 1990 (RJA 4632) y 24 de enero y 18 de octubre de 1991 (RJA 1669 y 7507).

Las diferencias con lo ilícito administrativo tienen matiz cualitativo.⁴⁵⁰ el hecho de que entre las sanciones figure la restricción y aún la privación de libertad, la finalidad propia del sistema, el mantenimiento de la disciplina como exigencia estructural y elemento de eficacia y unidad de los componentes de las Fuerzas Armadas... son características que no tienen parangón con el ilícito administrativo y que cualifican el ilícito disciplinario.

Por tanto, el objeto del recurso contencioso-disciplinario no puede entenderse desde una perspectiva procesal administrativa, sino que habrá de ponderar ciertas consideraciones adjetivas propias del proceso penal, habida cuenta la naturaleza materialmente penal del acto sancionador que le sirve de presupuesto.⁴⁵¹

II. ACTOS IMPUGNABLES

A) Regulación

El procedimiento contencioso-disciplinario militar constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-disciplinario militar que se regula en el Libro IV *“De los procedimientos judiciales militares no penales”*, Parte Primera *“Del recurso contenciosos-disciplinario militar”*, Títulos I al V.

La determinación de cuales son lo actos sancionadores que pueden ser impugnados a través del recurso contencioso-disciplinario se encuentran en la combinación de diversos preceptos⁴⁵² de la LPM:

1. El art 448 de la LOPM señala que *“la jurisdicción militar en materia contencioso-disciplinario militar conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con*

⁴⁵⁰SANCHEZ DEL RIO “Algunas observaciones críticas sobre el procedimiento contencioso disciplinario”. Reuniones de trabajo del ministerio fiscal jurídico militar. Marzo 1991. pag 81.

⁴⁵¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2099

⁴⁵²JIMENEZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), “Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar”, Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pag 78.

los actos recurribles de las autoridades y mandos militares sancionadores, dictados en aplicación de la Ley Disciplinaria”⁴⁵³

2. El art 453 que establece que *“el procedimiento es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias”⁴⁵⁴.*
3. El art 468 que regula que actos están excluidos del contencioso-disciplinario.
4. El art 465 señala que *“el recurso contencioso-disciplinario militar será admisible en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa. A estos efectos se considera que causan estado los actos resolutorios de los recursos de alzada, súplica y reposición. Los actos de trámite no podrán ser recurridos separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario, a excepción del acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se hubiere producido fuera del plazo señalado en dicho párrafo.⁴⁵⁵ En estos casos, acreditada la interposición del recurso contencioso disciplinario, se paralizará el procedimiento sancionador hasta tanto se resuelva aquel, dejándose en suspenso la media que previene el art 55 de la ley disciplinaria, si se hubiera adoptado”.*

De la redacción de la Ley procesal militar que es posterior a la Ley orgánica de competencia y organización de la jurisdicción militar observamos que no se exige para la admisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar que los actos objeto de recurso sean sancionadores, sino que sean definitivos y que hayan sido dictados en

⁴⁵³L.O. 2/89, art 448.

⁴⁵⁴L.O. 2/89, art 453.

⁴⁵⁵L.O. 2/89, art 456.

aplicación de la ley disciplinaria⁴⁵⁶. Por eso señala la jurisprudencia del TS⁴⁵⁷ que la LPM ha operado una ampliación en la esfera de competencia en materia de tutela jurisdiccional de los derechos de quienes recurren frente a actos en que se aplica el régimen disciplinario de la Fuerzas Armadas a los que ha de añadirse los dictados en aplicación de la L.O. de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, de suerte que dicha competencia no se limita a los recursos que procedan frente a sanciones impuestas o reformadas, sino frente a resoluciones en que se deniegue la cancelación de notas desfavorables siempre que las notas cuya cancelación se deniega tengan su origen en actos sancionadores de carácter disciplinario, porque la decisión de cancelar o no aquellas notas es siempre un acto que se dicta en aplicación de un precepto de régimen disciplinario.

En definitiva la denominación de recurso contencioso disciplinario supone una contienda “entre partes” una la administración militar y otra el recurrente sancionado. Acredita su oposición expresa o ficticia a través del silencio negativo, la administración militar pierde su situación de preeminencia para colocarse en la situación jurídica de parte en igualdad con el recurrente, sometiéndose ambos a la decisión del tribunal.⁴⁵⁸

Paralelamente a esto, la Ley de Jurisdicción contencioso administrativa 29/98 establece que el recurso contencioso-administrativo es admisible respecto de las disposiciones de carácter general, los actos expresos y presuntos de la administración que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el

⁴⁵⁶MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98: Propuestas de Reforma”, Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de Defensa. Año 2001.

⁴⁵⁷STS, sala V de 12 de Julio de 1995, (F.J. 6º).

⁴⁵⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 684.

*procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, la inactividad de la administración y la vía de hecho.*⁴⁵⁹

El recurso frente a la inactividad y frente a la vía de hecho son novedades de la ley 29/98, en el caso de la inactividad de la administración, el comportamiento pasivo de esta supone el que se conculque un derecho del ciudadano y en el caso de la vía de hecho, la administración actúa respecto a un ciudadano si sometimiento a norma alguna, legal o administrativa, y por tanto, sin la existencia de expediente administrativo.⁴⁶⁰

B) Actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria

El recurso contencioso disciplinario exige que exista un previo acto disciplinario sancionador,⁴⁶¹ son actos sometidos al régimen disciplinario militar los siguientes⁴⁶²:

1. Los que impongan sanciones por falta grave. Las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son: arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino, baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación.⁴⁶³
2. Los resolutorios de expedientes gubernativos en los que se impongan sanciones extraordinarias. Las sanciones disciplinarias extraordinarias son: la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo, la separación del servicio.⁴⁶⁴
3. El acuerdo de apertura del procedimiento sancionador a que se refiere el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se haya producido fuera del plazo señalado al efecto. En este sentido, se establece que dentro de los quince días a contar

⁴⁵⁹L.O. 29/98, art 25.

⁴⁶⁰BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" Madrid 1999, pag 250.

⁴⁶¹STS sala 5ª sentencias 11 de julio y 14 de octubre de 1991 (RJA 6492 y 7504) y 30 de marzo de 1992 (RJA 4062).

⁴⁶²HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO, "Manual Práctico de la Jurisdicción Militar", pag 122.

⁴⁶³L.O. 8/98, art 9.2

⁴⁶⁴L.O. 8/98, art 18.

desde el siguiente al de la notificación de la resolución por la que se imponga una sanción por falta leve, la autoridad disciplinaria ordenará, si a su juicio los hechos sancionados pudieran ser constitutivos de una falta grave o de una de las causas de expediente gubernativo, la apertura del procedimiento correspondiente, o dará parte a la autoridad competente para ello.⁴⁶⁵

4. Los acuerdos denegatorios de cancelación de notas desfavorables en la documentación militar. Se establece que si no se produce la cancelación debida, podrá recurrirse mediante recurso ordinario y contra su resolución cabrá interponer recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central.⁴⁶⁶ En este sentido, la ley disciplinaria establece que todas las sanciones disciplinarias, excepto la de reprensión, se anotarán en la documentación militar del sancionado. En la nota estampada figurará, además, la expresión clara y concreta de los hechos y su calificación.⁴⁶⁷ Las notas desfavorables serán canceladas, excepto la de separación del servicio, a instancia del interesado, una vez transcurrido el plazo de 1 año, dos años, o cuatro años según se trate de sanciones impuestas por falta leve, grave o sanciones disciplinarias extraordinarias.⁴⁶⁸

También podrán ser canceladas de oficio cuando trascurren los plazos establecidos en el apartado anterior y seis meses más.

Los plazos se cuentan desde el cumplimiento de la sanción o desde la fecha en que esta hubiere finalizado, en caso de inejecución de la misma, siempre que durante ese tiempo no le hubiera sido impuesta ninguna pena o sanción disciplinaria, ni se estuviera instruyendo al mismo un procedimiento penal o disciplinario.

Este artículo ha sido desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 555/89, de 19 de mayo, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables

⁴⁶⁵L.O. 8/98, art 63.

⁴⁶⁶L.O. 8/98, art 73

⁴⁶⁷L.O. 8/98, art 71.

⁴⁶⁸L.O. 8/98, art 72.

en la documentación militar personal. En la referida norma se establece que los acuerdos denegatorios de cancelación de notas desfavorables podrán ser recurridos en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente al de la notificación del acuerdo. Contra la resolución de este recurso podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central.⁴⁶⁹

*Ricardo Fortún Esquifino considera que a la jurisdicción militar no sólo debe corresponder otorgar la tutela respecto de las sanciones, sino también en todos aquellos aspectos que guarden relación con cualesquiera actos de la normativa disciplinaria, como son las resoluciones dictadas en procedimientos de la ley 30/92, cuyo contenido material es o trae causa directa de un acto sancionador⁴⁷⁰. Así enuncia dos supuestos concretos:

Las resoluciones dictadas al decidir un recurso extraordinario de revisión administrativo, que el art 19.3 de la ley 30/92 residencia en el orden contencioso administrativo pero que tratándose de la revisión de actos firmes de contenido disciplinario no hay obstáculo alguno para que la ley las atribuya a la jurisdicción militar, sancionando una práctica que ya se observa en los escasos supuestos que se presentan.

Los casos de responsabilidad patrimonial de la administración cuando la lesión o los perjuicios tengan su causa en la imposición de una sanción posteriormente revocada. Hasta el momento la reparación indemnizatoria se hace valer a través de diferentes vías y ante distintos órganos judiciales:

Bien de modo conjunto con la pretensión de anulación de una sanción en el recurso contencioso-disciplinario

⁴⁶⁹Real Decreto 19 de mayo de 1989, art 6.

⁴⁷⁰FORTUN ESQUIFINITO Ricardo "El objeto del recurso contenciosos disciplinario Militar", Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pag 121 y 122.

De forma autónoma una vez obtenida la anulación de la sanción en la jurisdicción militar, con la instrucción de un expediente administrativo (art 142 de la ley 30/92) cuya resolución por el Ministro de Defensa determina la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de la misma en única instancia. Este tratamiento dual no favorece la seguridad jurídica, ni la unidad de criterio en la materia, sino que sustrae la competencia de la jurisdicción militar de gran parte de las reclamaciones económicas en reparación de daños producidos ante la errónea aplicación de la normativa disciplinaria, acordada por los órganos judiciales de la jurisdicción militar que se ven privados de pronunciarse sobre una de las consecuencias (las indemnizatorias) a que puede conducir la revocación de la sanción. En esta dirección la sala dio un paso adelante⁴⁷¹ arrogándose la competencia para conocer de la resolución del ministro que en vía de recurso a nulo la sanción pero desestima la indemnización de daños solicitada conjuntamente, y la sala entra a conocer de ésta última, aunque la pretensión judicial no se ejercite de modo simultaneo a la de nulidad de la sanción, ya obtenida en vía disciplinaria así la sala otorga tutela judicial efectiva para juzgar si la resolución es ajustada a derecho en el pronunciamiento que inadmitió una pretensión indemnizatoria.

*Francisco Javier de Mendoza Fernández considera que la reforma de la LPM debería ofrecer la oportunidad de dotar al recurso contencioso-disciplinario de satisfacer judicialmente todas las pretensiones que guardan relación directa con la normativa disciplinaria como son también: las medidas cautelares, la cancelación de notas incorporadas a la documentación militar y la reparación económica cuando los daños y perjuicios alegados traigan causa directa de la imposición de una sanción, posteriormente revocada.⁴⁷²

⁴⁷¹ STS sala V de 23 de abril de 2002.

⁴⁷² DE MENDOZA FERNANDEZ Francisco Javier, "Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma". Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003. Pag 108.

No tienen en cambio la consideración de actos sometidos al régimen disciplinario, y por tanto están excluidos del proceso contencioso-disciplinario militar.⁴⁷³

1. La suspensión de funciones, entiende la sala 5ª que “no es una sanción sino una situación administrativa”⁴⁷⁴.

No obstante, el TC⁴⁷⁵ de la que fue ponente -García Mon y González- Regueral, declaró que se debía admitir el recurso contencioso-disciplinario militar contra la resolución por la que se acordó la medida de suspensión de funciones al no tratarse de un mero acto de trámite del art 458 de la LPM, toda vez que la suspensión de funciones presenta una relevancia y trascendencia propias en cuanto tiene una incidencia directa e inmediata en los derechos e intereses legítimos del afectado y puede causar la pérdida irreversible de tales derechos e intereses incluidos en el art 24.1 de la CE, lo que determina que estos actos deban tener, en lo que se refiere a su eventual impugnabilidad, es decir, a los efectos de acceso a la jurisdicción y de su correspondiente control judicial, las mismas garantías que los actos definitivos.⁴⁷⁶

2. El cese en el destino, la sala 5ª estima que “no es una sanción sino una situación administrativa recogida en la ley 17/99 y es impugnable por vía del recurso contencioso administrativo”.⁴⁷⁷
3. El arresto preventivo, la sala 5ª estima “es una medida cautelar correccional que no constituye la manifestación final de la actuación disciplinaria”.⁴⁷⁸ No obstante la

⁴⁷³HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO. OP. CIT. Pag 122 y 123.

⁴⁷⁴TS sala 5ª, auto 30 de noviembre de 1992 (RJA 9306), de 2 de abril de 1993, de 10 de enero de 1995.

⁴⁷⁵STC de 14 de diciembre de 1998.

⁴⁷⁶ESQUIVIAS LOPEZ CUERVO Antonio, “Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar” (L.O: 8/98, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), pag 289.

⁴⁷⁷STS sala 5ª 5 de febrero de 1991 (RJA 1672) y 8 de febrero de 1993 (RJA 1074).

⁴⁷⁸STS sala 5ª, sentencias 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), 2 de marzo de 1994, auto 16 de marzo de 1992.

más reciente jurisprudencia del TS⁴⁷⁹ reconoce la posibilidad de impugnar el arresto preventivo.⁴⁸⁰

4. La baja en la guardia civil, la sala 5ª estima “se trata de un acto administrativo, sólo recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa”.⁴⁸¹
5. La pérdida de la condición de militar de carrera, señala la sala 5ª “es un asunto que incumbe al orden contencioso administrativo”.⁴⁸²
6. El cese en suspensión de empleo y el pase a disponible.⁴⁸³

C) Dictado por las autoridades y mandos militares

La potestad disciplinaria para sancionar se atribuye al Ministro de Defensa, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Subsecretario de Defensa, Jefes de los Estados Mayores del ejército de Tierra, Armada y ejército del Aire y las demás autoridades y mandos a quienes por su función o cargo corresponda según lo regulado en la presente ley.⁴⁸⁴

La L.O. 8/98 enumera “númerus clausus”⁴⁸⁵ las autoridades y mandos que tienen potestad para imponer sanciones.⁴⁸⁶ Tienen potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes:

1. El Ministro de Defensa.
2. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

⁴⁷⁹ STS, sala V, de 8 de marzo de 1999.

⁴⁸⁰ ESQUIVIAS LOPEZ CUERVO. OP. CIT. Pag 289.

⁴⁸¹ STS sala 5ª, 9 de febrero de 1993 (RJA 1075).

⁴⁸² TS sala 5ª, auto de 22 de septiembre de 1995, sentencia de 17 de marzo de 1997.

⁴⁸³ STS, sala 5ª, de 29 de enero de 1998 (RJ 1900).

⁴⁸⁴ L.O. 8/98, art 5.

⁴⁸⁵ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, “Comentarios a las leyes procesales militares” (tomo II). Ministerio de Defensa. Pag 2100.

⁴⁸⁶ L.O. 8/98, art 27.

3. Los Oficiales Generales y Almirantes, de empleo General de División o Vicealmirante y superior, Jefes de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza directamente dependientes de los respectivos Jefes de Estado Mayor y los Comandantes en Jefe de los Mandos Operativos que, con los mismos empleos, estén subordinados directamente al Jefe del Estado Mayor de la Defensa.
4. Los Oficiales Generales y Almirantes no incluidos en el apartado anterior que ejerzan mando o desempeñen Jefatura o Dirección de Unidad, centro u organismo.
5. Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, de Regimiento, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de centros u organismos.
6. Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar.
7. Los Jefes de Compañía o Unidad similar.
8. Los Jefes de Sección o Unidad similar.
9. Los Jefes de Pelotón o Unidad similar.

Los art 28 a 43 regulan las competencias de los mismos.

El art 41 de la L.O 8/98 muestra una especialidad respecto de los miembros de los Cuerpos Jurídico y de Intervención que ejerzan funciones judiciales o interventoras, sólo podrá ejercer potestad disciplinaria el Ministro de Defensa o los jefes de sus cuerpos de los que dependan orgánicamente “sin perjuicio de lo que dispongan a estos efectos las leyes sobre organización de tribunales militares”. Esta previsión es necesaria ya que en referencia a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejerzan funciones judiciales, hay que distinguir entre faltas cometidas en su condición de

militares y faltas relacionadas con el ejercicio de sus cargos, al originar estas segundas una responsabilidad disciplinaria judicial.⁴⁸⁷

En definitiva, tres son los requisitos que ese exigen para que una sanción este debidamente impuesta:⁴⁸⁸

Que la autoridad o mando que la imponga tenga potestad para ello

Que el infractor le esté directamente subordinado, lo cual se producirá cuando aquél está integrado en un organismo cuyo mando natural es el que impone la sanción

Que la autoridad o mando actúen dentro de los límites competenciales que en materia sancionadora fija la ley disciplinaria.

De esto se desprende que la falta de competencia determinará la nulidad de pleno derecho del acto disciplinario, si, como exige el art 62.1.b) de la ley 30/92 aquélla tiene carácter de manifiesta.⁴⁸⁹

D) Acto definitivo que cause estado en vía administrativa

Se caracteriza por dos notas:

Acto definitivo, es decir un acto terminal que ponga fin a todos los efectos al procedimiento sancionador.⁴⁹⁰ Esta característica conecta con que de los actos de trámite no son recurribles.

Que cause estado en vía administrativa, ya que pone fin a la ultima de las instancias administrativas, lo que supone haber agotado el sancionado los recursos administrativos admisibles⁴⁹¹. En consecuencia, es claro, que no son impugnables los

⁴⁸⁷FERRER BARQUERO Ramón, “Manual práctico de la jurisdicción militar”, pag 121.

⁴⁸⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio “El objeto del recurso contenciosos disciplinario militar” en la obra “Derecho Penal y Procesal Militar” CGPJ, año 1993. Pag 688.

⁴⁸⁹STS, sala 5ª de 31 de marzo de 1992.

⁴⁹⁰STS sala 5ª de 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), STS núm. 70/1996 (Sala de lo Militar), de 18 diciembre.

⁴⁹¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2100.

actos que no agotan la vía administrativa⁴⁹². El TS señala que “causan estado los actos que no son susceptibles de recurso ordinario en vía administrativa por haberse agotado los previstos⁴⁹³. La práctica diaria pone de manifiesto que pocas veces la administración estima un recurso, lo cual puede deberse a que se reúne en el órgano decisor la condición de juez y parte⁴⁹⁴. En la medida que esta impugnación previa constituye un privilegio de la administración que impone al sancionado la carga de someter ante ella misma los conflictos disciplinarios antes de residenciarlos en los tribunales militares⁴⁹⁵. Parte de la doctrina estima ineficaces estos recursos administrativos postulando no su desaparición sino su conversión en “facultativos”.

III. ACTOS EXCLUIDOS

A) Actos de trámite- art 465

El art 465 L.O. 8/98 establece la irrecurribilidad de los **actos de trámite** separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario,⁴⁹⁶ esto es una manifestación del principio de concentración procedimental,⁴⁹⁷ para a través de la impugnación de la misma poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.⁴⁹⁸ Ello no quiere decir que tales actos constituyan una parcela de dominio soberano de la administración sancionadora infiscalizable por los recursos, lo que se predica simplemente es que los actos de trámite no son impugnables separadamente.⁴⁹⁹

⁴⁹² STS, sala V, de 7 de noviembre de 1997 (RJ 65/1997).

⁴⁹³ TS auto de 26 de septiembre de 1987, sentencia TS Sala V de 7 de noviembre de 1997 (RJ 65/1997).

⁴⁹⁴ FERRER BARQUERO Ramón. OP. CIT. Pag 124.

⁴⁹⁵ SANCHEZ GUZMAN . OP. CIT. Pag 689.

⁴⁹⁶ STS sala 5º de 15 de junio de 1991 (RJ 1991/5179) ;de 3 de noviembre de 1992, sentencia d 16 de mayo de 1995 (RJ 1995/4432), de 18 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9559), auto TS de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961), auto de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999/428), de 17 de septiembre de 1997, (RJ 55/1997).

⁴⁹⁷ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2101

⁴⁹⁸ GARCIA DE ENTERRIA. OP. CIT. Pag

⁴⁹⁹ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 692.

Hay que señalar que la jurisdicción en el desempeño de su función de tutela de los derechos afectados por la imposición de una sanción disciplinaria, debe juzgar si el acto sancionador es o no ajustado a derecho, pero no puede ordenar a la administración militar que resuelva en un determinado sentido cuando ejercita su potestad disciplinaria, ni tampoco que ajuste su actuación, antes o después de llegar al término de un expediente, a ciertas formas o modelos que el órgano jurisdiccional estima más legalmente correctos y adecuados. Hacerlo supondría, en última instancia, una debida intromisión del Poder Judicial en el ámbito que es propio y exclusivo de la administración. Es por esto por lo que los actos de trámite no son, en principio, recurribles.

No son impugnables, por ser de trámite:

1. Los que ordenan la incoación de un expediente bien sea un expediente disciplinario,⁵⁰⁰ o gubernativo⁵⁰¹, el acto de iniciación o de incoación del procedimiento con carácter general no es recurrible, al constituir un acto de trámite, tal como expone indubitadamente la consolidada jurisprudencia sobre esta cuestión, configurada de manera general en relación a la normativa precedente y a la vigente en este sentido por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ⁵⁰², en la que, tras configurar el carácter de los actos de trámite en sentido estricto confirman su carencia de contenido a estos efectos. Habida cuenta de que el citado acto de incoación no decide directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce, en modo alguno, indefensión.

⁵⁰⁰TS sala 5ª, auto de 16 de marzo de 1992 (RJA 1747), Auto TS 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961).

⁵⁰¹Auto TS, Sala V, de 16 de marzo de 1992, (RJ 1992/1747).

⁵⁰² ST Sala 3ª de 21 de enero de 1966 [RJ 1966, 237], 25 de febrero de 1971 [RJ 1971, 1175], 12 de marzo de 1976 [RJ 1976, 1793], 6 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1014], 15 de julio de 1991 [RJ 1991, 6168], 26 de junio de 1998 [RJ 1998, 5917] y 30 de enero de 2001 [RJ 2001, 4914]

2. Los de ordenación, como la notificación.⁵⁰³
3. El arresto preventivo⁵⁰⁴ (art 55 L.O. 8/98). Sin embargo el TC⁵⁰⁵, con independencia de la calificación que pudiera corresponder a tal arresto preventivo en un plano teórico, y desde una vertiente procesal, el análisis de su contenido en su dimensión constitucional, pone de relieve sin más que se trata de una privación de libertad y, por ello, una interpretación de las normas procesales para su protección, y considera que la calificación del arresto como simple acto de trámite, conduce a un desproporcionado formalismo, manifestación inadecuada de la forma en el Derecho cuya función es la garantía y no puede volverse contra sí misma con un rigorismo hermenéutico que, por otra parte, olvida la existencia de intereses legítimos merecedores de protección. En efecto, pese al carácter instrumental y provisional del arresto preventivo, de su engarce en un expediente principal y de su dimensión temporal, no cabe ignorar que también ofrece una consistencia propia y trasciende tales aspectos por incidir directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo. Tal incidencia directa e inmediata determina precisamente que estos actos, fueren o no de mero trámite, disyuntiva taxonómica constitucionalmente irrelevante, deben recibir el mismo trato que los actos definitivos y las mismas garantías a la hora de su impugnación y, por tanto, de su acceso a la justicia. Una interpretación formalista de la ley procesal, permitiría en definitiva su cumplimiento sin la posibilidad de acudir a la jurisdicción, erosionando el reducto de un derecho fundamental del agraviado, ya que ha implicado la pérdida de su libertad, no restituible in integrum, pero además, se ha abierto una brecha en el principio de control pleno de la actuación administrativa sin

⁵⁰³ STS sala 5ª de 15 de junio de 1991 (RJA 5179).

⁵⁰⁴ STS sala 5ª, sentencias 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), 2 de marzo de 1994, auto 16 de marzo de 1992.

⁵⁰⁵ STC 24/99, de 8 de marzo.

inmunidad alguna de poder. En tal aspecto, la presencia de principios o valores militares como la disciplina o la jerarquía no enervan la sobredicha conclusión. Así lo ha dicho ya el Tribunal (STC 21/1981, ad exemplum). La extensión de los derechos fundamentales a todos como inherentes a la personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» propia de ciertos grupos de ciudadanos sólo sean admisibles cuando resulten estrictamente indispensables y sólo hasta ese límite, para el cumplimiento de la función que impone aquella situación especial. El cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento a posteriori.

En mi opinión concuerdo absolutamente con la reciente jurisprudencia del TC al considerar la absoluta procedencia de que el arresto preventivo pueda ser objeto de tutela en vía judicial. Pese al ámbito concreto en el que nos movemos y el hecho de que los militares nos hallamos ante una relación de sujeción especial frente a la administración no podemos olvidar que tal arresto supone no una restricción de libertad sino una privación de libertad en un establecimiento disciplinario militar. Este arresto opera tal y como se refleja en la ley disciplinaria cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exigen una acción inmediata para mantener la disciplina y que no se puede permanecer en esta situación más de un mes. Por tanto, pese a ser una medida excepcional en beneficio de la disciplina en los casos de hechos que revistan cierta relevancia y trascendencia, no podemos olvidar que se trata de una privación de libertad y que como tal no puede estar exenta de todas las garantías procesales. En caso contrario, se podrían producir situaciones de arbitrariedad lo que supondría un quebrantamiento de los más elementales derechos fundamentales. Es por esto, por lo que manifiesto mi

absoluto acuerdo con el criterio mantenido por el TC de que pese a ser un acto de trámite sea susceptible de tutela judicial efectiva.

Excepción- art 465

El art 465 establece una **excepción** el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se haya producido fuera del plazo señalado.

El art 63 dispone que “ Dentro de los 15 días a contar desde el siguiente al de notificación de la resolución por la que se imponga una sanción por falta leve, la autoridad disciplinaria ordenará, si a su juicio los hechos sancionados pudieran ser constitutivos de una falta grave o de expediente gubernativo, la apertura del procedimiento correspondiente, o dará parte a la autoridad competente para ello. Si el sancionado ha interpuesto recurso contra la sanción por falta leve, este se acumulará al nuevo procedimiento. Este procedimiento debe concluir, bien confirmando la sanción impuesta, bien dejándola sin efecto, bien apreciando la existencia de una falta grave o sanción disciplinaria extraordinaria, en cuyo caso se acordará la nulidad de la sanción anterior, imponiéndose la sanción disciplinaria que corresponda, y abonándose, si ello fuera posible, la sanción ya cumplida”.

La razón de ser de esta norma es la de proveer una acción inmediata para mantener la disciplina,⁵⁰⁶ pero esta facultad revisora de la calificación inicial queda sometida a un plazo inicial de caducidad de quince días por exigencia de la seguridad jurídica, transcurrido el plazo de quince días el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador será recurrible en vía contencioso- disciplinaria. Además, en aras de esa seguridad jurídica que garantiza el art 9.3 de la constitución, el art 465 dispone que acreditada la interposición del recurso contencioso disciplinario se paraliza el

⁵⁰⁶STS sala 5ª de 2 de julio de 1991 (RJA 6486) de 21 de enero y 16 de noviembre de 1992 (RJA 425 y 9300) y 25 de marzo de 1993 (RJA 2192).

procedimiento sancionador hasta que se resuelva aquel, dejándose en suspenso la medida del art 55, arresto preventivo, si se hubiera adoptado.

Es importante resaltar que el art 63 de la L.O. 8/98 en cuanto pueda suponer infracción al principio de “non bis in idem” o una “reformatio in peius” ha sido interpretado restrictivamente por la jurisprudencia.

En la sentencia de 10 de octubre de 1995, se establecen los criterios, con arreglo a los cuales ha de ser interpretado el artículo 63, que son los siguientes:

1. Tanto en el supuesto de que la autoridad disciplinaria sea competente, como en el que no lo sea y haya de darse parte a esta, el acuerdo de apertura del expediente para sancionar por falta grave ha de realizarse dentro del plazo de caducidad de quince días, contados desde la imposición de la falta leve.
2. La dación de parte a la autoridad competente para ello a que se refiere la última parte de los artículos citados ha de haberse realizado con anterioridad a la expiación de dicho plazo, pudiendo realizarse per saltum.

Las razones de esta postura vienen reflejadas en la doctrina de esta sala, que se ratifica en la presente, de la siguiente forma:

-De no ser así, no hay otra manera de entender el art 465.2 de la ley procesal militar, cuando se refiere al acuerdo de apertura del procedimiento sancionador previsto en el art 63, en el que se ve que el acuerdo de apertura es el único acto de trámite susceptible de ser recurrido separadamente.

-La excepción legal marcada en el art 63, al principio de que la administración no puede ir contra sus propios actos exige, forzosamente una interpretación estricta.

-Mal podría armonizarse la exigencia de dar cuenta por conducto reglamentario, por un lado, más la resolución de iniciación de la apertura del procedimiento, por otro, con el plazo limitado de caducidad de quince días exigibles a la segunda de las dos actividades expuestas y contenida en los preceptos señalados.

-Ha de rechazarse la situación de inseguridad en la que se colocaría al presunto sancionado por falta grave de aplicarse la interpretación contraria, al permitirse la incoación del expediente fuera de dicho plazo.

Paralelamente, la ley 29/98 de jurisdicción contencioso administrativa establece que los actos de trámite son recurribles en tres casos:

Los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto. Se trata de actos que comportan los mismos efectos que los definitivos, puesto que por cauce impropio, la mera andadura procedimental llegan a pronunciamientos que ponen fin al fondo del asunto

Los que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento. Se trata de actos de trámite que vedan que pueda llegarse a un pronunciamiento de fondo

Los que determinan indefensión

No obstante lo anterior, estas excepciones no se dan en el ámbito del recurso contencioso- disciplinario militar ordinario, toda vez que el art 465 señala un único supuesto en que cabe recurrir un acto de trámite.⁵⁰⁷

B) Actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma- Art 468 a)

El art 468 de la L.O. 2/89 establece “No se admitirá el recurso contencioso disciplinario respecto de:⁵⁰⁸

“Los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.”⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ STS, sala V, de 15 de junio de 1991, (RJ 1991/5179).

⁵⁰⁸ HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO. OP. CIT. Pag 126.

⁵⁰⁹ STS, sala V de 5 de mayo de 1992; de 24 de enero de 1995; de 4 de mayo de 1993.

La jurisprudencia ha reiterado la inadmisión del recurso contencioso disciplinario en estos supuestos, al derivar su inimpugnabilidad de la carencia de contenido propio del acto, pues sólo aclara, interpreta o dispone la ejecución de otro anterior que “reproduce” o “confirma”, sin hacer nuevas declaraciones de derecho o ampliar, de modo sustancial, aquellas que ganaron firmeza. Se dan dos supuestos diferentes:

1.- Los actos reproducción de otros definitivos y firmes⁵¹⁰ ya que en estos supuestos surge la excepción de cosa juzgada. De conformidad con lo establecido en el art 1252 del Código Civil el efecto de cosa juzgada se produce cuando concurren la identidad de sujetos, el objeto del proceso es el mismo y es la misma la razón de pedir. Supuestos de cosa juzgada:

La jurisprudencia del TS viene señalando que dada la naturaleza revisora del recurso contencioso-disciplinario, el recurso puede deducirse indistintamente contra el acto sancionador originario, contra el que resuelva expresa o presuntamente el recurso interpuesto contra dicho acto o contra ambos a la vez, no autorizando por el contrario la ley que se interponga separadamente contra uno y otro, porque ello contrariaría las más elementales exigencias de la cosa juzgada, ya que si se desestima el recurso de reposición, se está reproduciendo la resolución sancionadora originaria.⁵¹¹

La coexistencia del proceso contencioso-disciplinario y preferente y sumario es admitido jurisprudencialmente siempre que ambos hayan sido interpuestos en tiempo y motivados, cada uno de ellos en causas compatibles con sus respectivas finalidades. El ordinario limitándolo a los aspectos de legalidad ordinaria y el preferente y sumario con referencia a la legalidad constitucional. También es admisible que en un solo proceso ordinario se concentren cuestiones de legalidad ordinaria como de legalidad constitucional. Lo que no cabe es que ambos procesos se interpongan sucesivamente, salvo que al interponer el ordinario no hubiese transcurrido el plazo de dos meses y se

⁵¹⁰ STS, sal V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 23/1995), de 30 de mayo de 1994, (RJ 1994/4460); de 21 de junio de 2002 (RJ 2002/8207); 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5427).

⁵¹¹ STS, sala V, de 25 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9181).

limitase a cuestiones de legalidad ordinaria no abordadas por el preferente y sumario.⁵¹²

2.- Los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Respecto a esta cuestión la sala V del Tribunal Supremo señala en la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/452) que es válida la notificación defectuosa por omisión de los recursos procedentes contra la resolución notificada, cuando aquélla se ha practicado personalmente al interesado y contenga el texto íntegro del acto, y no se haya hecho protesta formal en el plazo de seis meses.⁵¹³

No obstante lo anterior, cuando la resolución sancionadora señala claramente los recursos procedentes y el promovente deja pasar los preclusivos plazos la resolución deviene firme y definitiva.⁵¹⁴

C) Actos que resuelvan recursos por falta leve- Art 468 b)

La inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario respecto de los actos que resuelvan recurso por falta leve ha sido reiterado en diversos autos del TS⁵¹⁵ y sentencias⁵¹⁶.

Se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad del art 468 b) ante lo que el TS ha manifestado en diversas sentencias⁵¹⁷ la improcedencia del planteamiento al considerar que el precepto otorga tutela judicial efectiva en la protección de derechos fundamentales, impidiendo cualquier indefensión con lo que se acomoda a lo dispuesto en el art 24 de la CE y garantiza el control jurisdiccional sobre la actuación de la Administración sancionadora. La justificación de la inexistencia de recurso

⁵¹²STS, sala v de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992/4062); de 1 de octubre de 1998 (RJ 1998/8426)

⁵¹³STS, sala V, de 24 de enero de 1995, (RJ 3/1995).

⁵¹⁴STS sala V de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2841)

⁵¹⁵Auto TS,Sala V, de 14 de diciembre de 1998 (RJ 199/462)

⁵¹⁶STS,Sala V, 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064)

⁵¹⁷STS, Sala V, de 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269), 9 de octubre de 2000 (2000/10254) y 8 de junio de 2001 (2002/2962).

contencioso-disciplinario ordinario respecto de las faltas leves se justifica en que por la propia naturaleza de las mismas el legislador ha interpretado que la tutela judicial efectiva se obtiene por vía preferente y sumaria.⁵¹⁸

Quedaría por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. El TC, en sentencia 39/83 de 17 de mayo (RTC 1983/39), señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la administración pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico. También el TC, en sentencias 97/85 (RTC 1985/97) y 180 /85 (RTC 1985/180), encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art 8 de la CE y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad.⁵¹⁹

La posición doctrinal es dispar:

Millán Garrido en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar, apunta la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria.⁵²⁰ Millán Garrido opina que esta posibilidad no vulneraría el art 117.5 de la CE,⁵²¹ reconoce que en la vigente legalidad la propuesta es

⁵¹⁸ STS, Sala V, de 13 de septiembre de 2003, (RJ 2002/8557).

⁵¹⁹ STS, sala V de 11 de mayo de 2000 (RJ 200075269).

⁵²⁰ MILLAN GARRIDO A. "Algunas consideraciones generales sobre la L.O. 2/89 de 13 de abril, pag 133 y "Los recursos" pag 776,777.

⁵²¹ ASECIO MELLADO J.M. "LA protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar" pag 107-113.

“excesivamente aventurada”⁵²² y muy difícilmente compatible con los art 453.1 y 468 b) de la ley procesal militar. Pero esto no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye de control determinados actos de la administración (art 106 CE) e impide a los sancionados obtener la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE).⁵²³ López Ramón⁵²⁴ señala que el intento de excluir la garantía judicial respecto a las sanciones por falta leve es inconstitucional y puede ser debido a una incorrecta interpretación de la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el denominado Caso Engel y otros. En la sentencia de 8 de junio de 1976, el tribunal europeo de derechos humanos consideró que los arrestos leves y agravados siguiendo la terminología disciplinaria militar holandesa, es decir, aquellos que restringen la libertad del militar, pero sin suponer el encierro permanente en una celda ni la exclusión del cumplimiento de sus deberes normales, esos arrestos no se consideran una privación de libertad. En consecuencia pueden ser impuestos sin mediación de sentencia judicial requerida por el Convenio europeo de Derechos Humanos para la privación de libertad. La doctrina del caso Engel exige sólo que se den unos procedimientos y unas garantías judiciales para privar de libertad a cualquier ciudadano, pero en modo alguno permite excluir el control judicial a las sanciones que no implique privación de libertad, como pueden ser las sanciones por falta leve, tal consecuencia no está afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y aunque lo estuviera sería claramente contraria al art 24 de la CE que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial.

⁵²²SANCHEZ DEL RIO Y SIERRA, “Revista Jurídica de Andalucía, nº 11, 1993, pag 452.

⁵²³DIEZ PICAZO “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva” en Poder Judicial nº 5 (1987), pag 44.

⁵²⁴LOPEZ RAMON F., “Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 54. Abril-junio de 1987. Pag 184 y 185.

Balado Ruiz-Gallegos⁵²⁵ pone de manifiesto la dudosa constitucionalidad del antiguo art 51 de la ley 23/85 (hoy art 77.3 de la ley disciplinaria). Señala que el art 51 fue objeto de una cuestión previa de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia territorial de Burgos (B.O.E. de 17 de noviembre de 1989), cuestión que el pleno del Tribunal Constitucional declaró extinguida en octubre de 1989.

Higuera Guimerá⁵²⁶ sostiene que se tendría que haber dado la posibilidad de la interposición de un recurso judicial en las faltas leves, que sería resuelto por los jueces togados y el procedimiento debería ser rápido y sencillo. Sin embargo por razones de oportunidad, conveniencia y escasa relevancia como represión o privación de salida de la unidad hasta ocho días no debería establecerse un recurso jurisdiccional..

Fernández Segado⁵²⁷ considera que la opción que apunta Millán Garrido es disfuncional, pues propiciaría dos recursos diferenciados para conocer de dos sanciones de la misma naturaleza. Además cuanto atañe al régimen disciplinario cae dentro del ámbito castrense, por lo que debe ser competencia de la jurisdicción militar.

El magistrado Calderón Cerezo⁵²⁸ considera un verdadero déficit de tutela judicial el que la LPM no autorice un recurso ordinario contra las decisiones recaídas en la corrección de las infracciones leves. Entiende que la falta de un recurso contencioso-ordinario no se justifica por razones de mantenimiento de la disciplina, tampoco es convincente el argumento de la jerarquización militar que nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que se robustece y afianza la autoridad del mando militar cuando se verifica la adecuación a derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Según este magistrado mantiene dudas sobre la constitucionalidad del art

⁵²⁵BALAZO RUIZ GALLEGOS, "El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la L.O. 12/85". Revista de Derecho Público, nº 106. Año 1987. Pag 73 y 74.

⁵²⁶HIGUERA GUIMERA J.Felipe, "Derecho Penal Militar Español- Parte General". Bosch casa editorial 0. Barcelona 1990. Pag 66.

⁵²⁷FERNANDEZ SEGADO Francisco, "El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas". Revista Española de derecho Militar". Año 2000. Pag149.

⁵²⁸MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.Pag 628 y629

468 b) que la STC 31/2000 de 2 de febrero no resuelve al no haber llegado a plantearse la validez constitucional del recurso preferente y sumario como única posibilidad de demandar la tutela judicial frente a determinadas resoluciones administrativas, con exclusión del procedimiento ordinario.

Martínez Micó⁵²⁹ señala que la jurisdicción militar sin perder las características que le son inherentes ha de ser una jurisdicción y como tal una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela. En su opinión, el sistema se vería mejorado si se posibilitase la interposición de un recurso contenciosos disciplinario ordinario contra los actos que resuelvan los recursos por falta leve, recurso que podría sustanciarse por los trámites de un procedimiento abreviado y ante un juez togado unipersonal, con recurso de apelación ante un tribunal militar territorial. Lo mismo haría orgánica y procesalmente con el recurso preferente y sumario. No tiene sentido que por una sanción por falta leve, a veces de escasísima entidad, se conceda recurso de casación ante la sala V. Falta por vía de recurso ordinario lo que tal vez esté de más por vía preferente y sumario.

Jiménez Sánchez (magistrado del TC) señala que no hay que perder de vista que los art 64 y 65 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil tienen el mismo contenido limitativo, por lo que la futura declaración del pleno del TC les será de aplicación a los preceptos señalados , si bien no parece probable que el TC extienda su aplicación a dichos preceptos⁵³⁰ a tenor del art 39.1

de la L.O. que limita extender su pronunciamiento expreso a otros preceptos no impugnados que estén contenidos en la misma ley en la que se ubique el texto respecto del que se ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad.

⁵²⁹ Martínez Mico Juan Gonzalo. OP. CIT. Pag 630.

⁵³⁰ JIMENEZ SANCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), "Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contenciosos disciplinario militar", Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año 2003, pag 87.

Fortún Esquifinito considera indispensable asegurar la plenitud material de la tutela judicial, ello conduce a que no sólo las sanciones por falta grave o el expediente gubernativo deban tener acceso pleno al procedimiento sino también las faltas leves.⁵³¹

Francisco de Mendoza Fernández considera que sería aconsejable acometer una reforma de la LPM para asegurar la plenitud de la tutela judicial en materia disciplinaria. Tal como se deduce de la ley 29/98 ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves La levedad de las infracciones podrá ser tenida en cuenta en la articulación de un procedimiento específico pero no erigirse en obstáculos que impida el control jurisdiccional de su legalidad, máxime cuando en la administración militar se imponen sanciones privativas de libertad.⁵³²

Fernández Segado apunta que la solución sería el establecer un cauce orgánico procesal idóneo que posibilitara el conocimiento del recurso jurisdiccional por un juez togado militar, pues sería absurdo propiciar la intervención de un órgano jurisdiccional de composición compleja para el conocimiento de asuntos realmente simples.⁵³³

EL Consejo General del Poder Judicial⁵³⁴ ya señaló que sería aconsejable extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por falta

⁵³¹FORTUN ESQUIFINITO Ricardo “El objeto del recurso contenciosos disciplinario Militar” Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pag 120.

⁵³²DE MENDOZA FERNANDEZ Francisco Javier, “Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 108.

⁵³³FERNANDEZ SEGADO Francisco, “El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”. Revista Española de derecho Militar”. Año 2000. Pag 150.

⁵³⁴CJPJ, informe de mayo de 1997

leve, que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo que probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, se producirían y evitar la excesiva acumulación de causas menores en tribunales superiores.

La reciente jurisprudencia del TS⁵³⁵ ha modificado el criterio hasta ahora mantenido en el sentido de no exclusión del control jurisdiccional ordinario a las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves.

La reciente jurisprudencia del TC es importantísima la sentencia nº 202/2002, de 28 de octubre, el planteamiento del demandante de amparo es ciertamente sencillo, al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 LOPM), no es posible impugnar tales actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto.

El TC señala que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE "prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa"⁵³⁶ Pues bien, la LOPM configura el marco de impugnación de las sanciones impuestas por faltas leves en los arts. 468, apartado b), y 453. El primero de ellos dispone que: "no se admitirá recurso contencioso-

⁵³⁵ STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.

⁵³⁶ STC 149/2000, de 1 de junio, que cita las SSTC 197/1988, de 24 de octubre, 18/1994, de 20 de enero, y 31/2000, de 3 de febrero.

disciplinario militar respecto de: b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario". Por su parte el segundo establece que "el procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el art. 61 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 CE, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V".

La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario. Ahora bien, si en éste no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, por más que a veces sea difícil su deslinde, no cabe sino concluir que el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No se trata, por tanto, de una restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario (ad exemplum STS de 16 de diciembre de 1999). Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa. Asimismo, el TC mantiene tesis contraria a la sostenida por el TS para justificar la compatibilidad del régimen legal descrito con el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, la disciplina militar, consustancial a la organización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones al derecho fundamental invocado, pero el TC apunta que ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE. Tampoco puede verse en algunas de las afirmaciones de la STC 31/2000, de 3 de febrero, que declaró inconstitucional el párrafo c) del artículo ahora cuestionado, pues las afirmaciones que allí se realizaron tenían la finalidad de ilustrar la conclusión afirmada: que la salvedad de que contra las infracciones leves cabía deducir el recurso especial y sumario reforzaba la interpretación de la legalidad ordinaria de que en los supuestos que entonces eran objeto de impugnación [los del párrafo c)], en los que no se efectuaba salvedad alguna, estaban excluidos de todo control, ya fuera a través del contencioso-disciplinario militar ordinario, ya del especial y sumario. Es más, las razones que avalaron en su día la declaración de inconstitucionalidad del párrafo c) del art. 468 LOPM son igualmente predicables del supuesto que ahora se estudia, pues, si bien se mira, hay aquí también una exclusión total del control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves, si bien en el aspecto más reducido de la legalidad ordinaria.

Asimismo carece de fuerza convincente el apoyo que la Sentencia del Tribunal Supremo busca en diversas resoluciones de este Tribunal. Resta por añadir que, según ha quedado expuesto, las decisiones adoptadas en el caso venían determinadas por el tenor literal de los preceptos legales de aplicación, por lo cual la vulneración del derecho fundamental en las resoluciones judiciales impugnadas

encuentra su origen en la no adecuación de aquéllos al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE) y a la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (art. 117.5 CE). Por ello resulta procedente, en aplicación de lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 468, apartado b) y del art. 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso "por falta grave". Por ello, el TC otorga el amparo solicitado por el allí recurrente y le restablece en su derecho, declarando la nulidad de tales resoluciones al momento de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario ordinario. Además, la sala en aplicación a lo establecido en el art 55.2 de su L.O. elevó al pleno la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los art 468 b) y 453.2 de la LPM, en el inciso "por falta leve" al apreciar que estos textos están en contradicción con el art 24.1, 106 y 117.5 de la CE.

En mi opinión el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser pleno incluso en el supuesto de faltas leves, así la ley 29/98 preconiza que ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves. Además el art 106.1 de la constitución dispone que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, en mi opinión se trata de una cláusula general que excluye cualquier inmunidad administrativa del control jurisdiccional. Por tanto, si las sanciones disciplinarias militares son una sanción de la administración militar, deben someterse al control general establecido en el art 106.1.

Ante esta situación, considero que sería muy afortunado introducir una reforma en la ley procesal militar que haga posible la tutela jurisdiccional en todas las sanciones por falta leve.

D) Declaración de inconstitucional del art 468 c)

El art 468 establecía un tercer supuesto "La separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria". Respecto a este supuesto el Tribunal Constitucional ha señalado que este precepto constituye, así, una excepción a lo dispuesto en el art. 453 de la misma Ley Procesal, que erige al contencioso-disciplinario militar en "el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar" y que lo declara aplicable "a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar de las Fuerzas Armadas". Es, asimismo, una excepción a la previsión contenida en el propio art. 453 en relación con la posibilidad de que pueda interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario regulado en el art. 518 de la misma Ley "contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución". La exclusión de este recurso preferente y sumario es evidente a la luz de la propia dicción del art. 468 y de la circunstancia de que, a diferencia de lo que sucede en el apartado b) del art. 468 --que expresamente permite la interposición del recurso preferente y sumario contra "los actos que resuelvan recursos por falta leve"--, no se haga en este apartado c) salvedad alguna. Más allá de un simple defecto de técnica legislativa, la omisión de esa salvedad en el art. 468 c) es expresión de la voluntad del legislador de impedir toda revisión jurisdiccional, y por cualquier concepto, de los actos de la Administración militar que ahí se relacionan.

En consecuencia, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y, por conexión, del principio de control judicial de la actividad administrativa, es manifiesta. Pues bien, la denegación del acceso a la vía judicial contra los actos relacionados en el apartado c) supone excluir radicalmente del control jurisdiccional una serie de sanciones que, como las ahí contempladas, no son una simple consecuencia automática ni obligada de la condena penal, sino que resultan de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Capítulos II y III del Título III de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), cuyo art. 17 permite imponer la sanción de separación del servicio como consecuencia de determinadas condenas y para el caso de que la propia condena penal no implique de manera automática la pérdida de la condición de militar. Se hace así posible, en definitiva, con aquella exclusión, que sanciones autónomas y distintas de las impuestas en una resolución judicial resulten inmunes a todo control por parte de Jueces y Tribunales, pues por más que hayan sido objeto de fiscalización las sentencias condenatorias de las que aquellas sanciones traen causa, éstas --dado su carácter no automático ni obligado-- se impondrían tras la incoación de un expediente administrativo cuya resolución podría ser objeto de recursos en vía gubernativa, pero nunca en la judicial.

Esta exclusión del control judicial, por cualquier vía, contra actos administrativos a cuyo través se impone una sanción añadida a la impuesta en una resolución judicial firme es claramente contraria al art. 24.1 de la Constitución.⁵³⁷

Asimismo, el TC en sentencia 18/1994, ha señalado que la Jurisprudencia constitucional es en este punto clara y terminante; las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que "para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa"

⁵³⁷ STC 31/2000, de 3 de febrero de 2000

⁵³⁸. Ciertamente, y como alega el Abogado del Estado, es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, "la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución.⁵³⁹ Afirmada la vulneración del art. 24.1 CE por el art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, y abstracción hecha de las especialidades de la relación de sujeción especial que vincula a los militares con la Administración militar, y que, por lo dicho, no pueden extenderse al extremo de privarles del derecho a la tutela judicial efectiva que, en tanto que ciudadanos, también la Constitución les reconoce, también se produce una vulneración del art. 106.1 de la Constitución. A tal efecto, la jurisprudencia del TC viene señalando, en el sentido de que han de considerarse derogadas por la Constitución e incompatibles con ella todas las normas previas que impidan la revisión judicial de los actos administrativos y cuantas con posterioridad a su entrada en vigor hagan imposible la defensa en juicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la Administración pública y reduzcan a la inoperancia o, cuando menos, limiten de algún modo o por relación a determinados sectores de la Administración el mandato establecido en el art. 106.1 de la Constitución, que remite a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria, en todos los ámbitos, y de la

⁵³⁸ STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15.

⁵³⁹ STC 21/1981, FJ 15.

legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican ⁵⁴⁰. El precepto cuestionado hace imposible, en efecto, que los Jueces y Tribunales ordinarios puedan controlar la legalidad de una sanción administrativa tan grave como la separación del servicio, impuesta, ciertamente y según se ha dicho, como consecuencia de determinadas condenas judiciales, pero como sanción añadida a las propias de la condena penal y, por tanto, irreconducible de manera directa a la propia actuación judicial. Esa sanción administrativa añadida a la condena penal se encuentra, desde luego, prevista en la ley, pero el debido ajuste, en cada caso, de la actuación administrativa a las previsiones de la legalidad resulta imposible de verificar, toda vez que el precepto aquí examinado ciega por completo y de raíz el acceso del sancionado a la vía judicial.

Asimismo, y al margen de lo anterior, se produce la vulneración objetiva de un principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial. Principio de fiscalización plena --sin inmunidad de poder-- de la actuación administrativa⁵⁴¹ que, para el caso de la Administración Pública, ha encontrado formulación expresa y específica en el art. 106.1 de la Constitución. Así el TC ha señalado⁵⁴² que "la STC 197/1988 concluía que la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso, prohibición esta última que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 CE cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas".

Asimismo, en íntima conexión con la ya examinada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el precepto cuestionado supone también una clara contravención de lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución. El precepto aquí cuestionado, al hacer

⁵⁴⁰ SSTC 22/1982, de 12 de mayo, 80/1983, de 10 de octubre).

⁵⁴¹ STC 66/1984, de 6 de junio, 238/1992, de 17 de diciembre, 148/1993, de 29 de abril, 78/1996, de 20 de mayo, y 235/1998, de 14 de diciembre

⁵⁴² STC 18/1994 (FJ 5).

imposible el acceso a la jurisdicción ordinaria convierte al recurso de amparo constitucional en la única vía de control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración militar, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución, esa vía de control extraordinario en sede constitucional no puede suplir la inexistencia de una vía de protección común y general, de carácter plenario, ante los Jueces y Tribunales ordinarios.

En mi opinión coincido plenamente con lo señalado por el TC toda vez que, el derecho a la tutela judicial efectiva es una garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares y que la separación del servicio es una sanción que se impone por la comisión de una sanción disciplinaria extraordinaria entre las que la ley disciplinaria tipifica el haber sido condenado penalmente y que por tanto no puede quedar fuera del control judicial.

Paralelamente la ley de jurisdicción contencioso-administrativa 29/98 establece que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.⁵⁴³

IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO

Respecto al **silencio administrativo**, el art 467 establece "Cuando se haya interpuesto algún recurso disciplinario ante autoridades o mandos disciplinarios competentes y éstos no notificaran su decisión en el plazo de dos meses podrá considerarse desestimado al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso contencioso- disciplinario militar o esperar la resolución expresa de la petición. Caducará la acción a los seis meses de interponer el recurso, en vía disciplinaria militar.

⁵⁴³Ley 29/98, art 28.

En todo caso, la denegación presunta no excluye el deber de la autoridad o mando disciplinario de dictar una resolución expresa, debidamente fundada”.

La finalidad es que el sancionado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la administración disciplinaria militar⁵⁴⁴. El silencio negativo, o lo que el art 467 llama “denegación presunta”, surge de la inactividad de la autoridad militar sancionadora, de un “No acto”, que como tal no puede generar consecuencia jurídica alguna.⁵⁴⁵

Asimismo cabe señalar que la mención que hace el párrafo 2º del art 467 es superflua pues las Reales Ordenanzas ya establecen esta obligación.⁵⁴⁶

V. PRETENSIONES

A) Concepto

La pretensión constituye el núcleo del derecho procesal puesto que los tres postulados esenciales del proceso: todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión, demuestran hasta la saciedad que el concepto de pretensión es insustituible para la elaboración de la noción procesal y que ningún otro podría aspirar con justicia a llenar un papel semejante al suyo.⁵⁴⁷ La pretensión procesal es el elemento objetivo básico del proceso.⁵⁴⁸ La pretensión acota el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que ha de moverse el juzgador.⁵⁴⁹

El objeto lo constituye la pretensión procesal, que es aquella declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional tutela frente a una persona determinada

⁵⁴⁴SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2101 y 2102

⁵⁴⁵VILLAR PALASI “El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Actualidad administrativa nº 3, pag 55 y sgts.

⁵⁴⁶ROFAS art 204.

⁵⁴⁷GUASP Jaime, “La pretensión procesal”, Madrid 1952, pag 25 y sg.

⁵⁴⁸BAENA DEL ALCAZAR Mariano. OP. CIT Pag 253.

⁵⁴⁹GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS RAMOM FERNANDEZ. OP. CIT Pag 612.

y distinta del autor de la declaración.⁵⁵⁰ El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art 24 de la constitución comprende el derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Y que podrá ser de inadmisibilidad cuando concorra causa y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada.⁵⁵¹

Es claro que el objeto del contencioso-disciplinario no es la resolución sancionadora de la autoridad militar sino las pretensiones formuladas por las partes en relación con dicha resolución.⁵⁵² Si se tratase de la revisión del acto debería ser éste y no las pretensiones de las partes lo que determinara los límites en que ha de moverse el tribunal en materia contenciosa disciplinaria.⁵⁵³

*En el ámbito contencioso administrativo, si bien la LJCA de 1956 configuró las pretensiones en relación con el acto la nueva ley 29/98 se refiere a la actuación, por lo tanto esta puede ser no constitutiva de acto.*⁵⁵⁴

La pretensión se delimita a través de tres elementos: los sujetos, la causa de pedir “causa petendi” y lo que se pide “petitum”.

1. Los sujetos

La pretensión supone la existencia de tres sujetos: el sancionado (que formula la pretensión), la administración sancionadora (frente a la que se formula la pretensión y el destinatario (órgano judicial).⁵⁵⁵

2. La causa de pedir

⁵⁵⁰SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. DIT. Pag 2103

⁵⁵¹STS sala 5ª, de 11 de julio de 1991 (RJA 6492) y 22 de octubre de 1990.

⁵⁵²JIMENEZ VILLAREJO, “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”, pag 83.

⁵⁵³JIMENEZ VILLAREJO “La sentencia en el recurso contenciosos disciplinario”. Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar. Marzo 1991.

⁵⁵⁴BAENA DEL ALCAZAR Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” Madrid 1999, pag 253.

⁵⁵⁵GUASP “La pretensión procesal “ CIVITAS, pag 70.

Es el fundamento o razón en que el recurrente apoya su pretensión.⁵⁵⁶ La pretensión ha de referirse al ordenamiento vigente en el momento de producirse el acto sancionador que el control jurisdiccional ha de llevarse a cabo atendiendo a la norma aplicable al tiempo de producirse el acto administrativo.⁵⁵⁷ La causa de pedir consiste en la infracción de una norma jurídica que otorga al recurrente un derecho subjetivo. Así la prescripción de una falta es causa suficiente para pedir la anulación de la sanción impuesta.⁵⁵⁸ Como señala Guasp, la causa petendi no constituye el fundamento de la petición, no sirve como cimiento de la pretensión, sino que funciona como muro que encierra, dentro de los límites que define, el objeto del proceso.⁵⁵⁹

3. El petitum

Es siempre una solicitud al tribunal de que haga algo jurídico, que operen situaciones estrictamente de derecho.⁵⁶⁰ Lo que se pide constituye el suplico de la demanda y su posible contenido conduce al examen de las clases de pretensión.⁵⁶¹ El elemento definidor de la petición administrativa consiste en la solicitud de anulación de un acto o disposición. Por tanto dicha solicitud forma parte esencial de la pretensión administrativa.⁵⁶²

B) Clases

Tradicionalmente, las pretensiones procesales se han clasificado en pretensiones de anulación y pretensiones de plena jurisdicción,⁵⁶³ esta clasificación tiene su origen en

⁵⁵⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2103

⁵⁵⁷STS 30 de enero de 1990 (RJA 360).

⁵⁵⁸STS sala 5ª de 5 de mayo, 11 de junio y 21 de septiembre de 1995.

⁵⁵⁹GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José y GONZALEZ- CUELLAR SERRANO Nicolás, "Derecho Procesal Administrativo", pag 271.

⁵⁶⁰GUASP "La pretensión procesal" Cívitas, pag 76.

⁵⁶¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2103

⁵⁶²GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José y GONZALEZ- CUELLAR SERRANO Nicolás. OP. CIT. Pag 271

⁵⁶³BAENA DEL ALCAZAR Mariano. OP. CIT. Pag 254.

el trasvase de las construcciones conceptuales francesas a nuestro derecho administrativo.⁵⁶⁴

1. La pretensión de anulación como su nombre indica tiene por objeto la anulación del acto con fundamento en la disconformidad a derecho.
2. Pretensión de plena jurisdicción tiene por objeto, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda. La estimación del recurso de plena jurisdicción comprende una sucesión de pronunciamientos escalonados que comienzan con la anulación el acto; sigue el reconocimiento de la situación jurídica individualizada; el mandato de su restablecimiento, con las medidas adecuadas para ello, y, cuando estas no fueran posibles, el remedio sustitutorio de la indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía se determinará si existen elementos suficientes o en otro caso, quedará relegada para el trámite de ejecución de sentencia.

La ley procesal militar señala que el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación de la sanción según el capítulo precedente. Además podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.⁵⁶⁵ De este artículo se deduce que la ley procesal militar contempla dos tipos de pretensiones.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José y GONZALEZ- CUELLAR SERRANO Nicolás, "Derecho Procesal Administrativo", pag 275

⁵⁶⁵L.O. 2/89, art 469.

⁵⁶⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2104.

1. La anulación de la sanción. En la que el sancionado se limita a solicitar del tribunal la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de la sanción que impugna.
2. El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para su restablecimiento, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda.

Para que el tribunal reconozca la situación jurídica individualizada es necesario que previamente prive de efecto al acto.⁵⁶⁷

El TC en diversas sentencias⁵⁶⁸ considera que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la ejecución de sentencias dictadas contra la administración.

La sala V ha considerado en algunos casos que el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, incluye la indemnización de daños y perjuicios como la reciente STS⁵⁶⁹ en la que el suboficial recurrente había sufrido una sanción de dos meses de arresto y tras la demanda el TMC estimó parcialmente la pretensión, pero anuló la sanción por ser contraria a derecho pero desestimó la petición de indemnización. Recurrida dicha resolución en casación, estimó daños morales, lo que abre la vía a la indemnización por la administración.

Paralelamente la ley 29/98 establece los siguientes tipos de pretensiones en el ámbito del recurso contencioso- administrativo:

1. *La declaración de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de actos y disposiciones.*
2. *El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda.*⁵⁷⁰

⁵⁶⁷GONZALEZ PEREZ “Manual de derecho procesal administrativo”, Cívitas, pag 185.

⁵⁶⁸STC 7 de junio de 1984y 22 de septiembre de 1989.

⁵⁶⁹STS sala 5ª de 3 de febrero de 1998.

⁵⁷⁰Ley 29/98, art 31.

3. *Frente a la inactividad de la administración se podrá pedir que se la condene al cumplimiento de sus obligaciones en los términos en que estén establecidas*
4. *Frente a la vía de hecho, el demandante puede pedir que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten las demás medidas establecidas en los puntos 1 y 2.*⁵⁷¹

C) Indemnización de daños y perjuicios.

El art 106 de la CE establece que *“Los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, y siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Este derecho también se recoge en el art 469 de la Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989, al establecerse que entre las posibles pretensiones de las partes se encuentra *“el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno reconocimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”*.

Esto se desarrolla en el art 495 b) de la referida ley , por cuanto, entre las declaraciones de una sentencia estimatoria se establece la relativa al resarcimiento de los daños y perjuicios, en cuyo caso, *“La sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará deferida al periodo de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos”*, salvo en el párrafo 3º del art 490, en el que se alude a un pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios cuando los mismos ya constaren probados en autos”.

De esto se deducen las siguientes consecuencias:⁵⁷²

⁵⁷¹Ley 29/98, art 32.

⁵⁷²STS, sala 5ª, de 3 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9962).

1. El derecho a la indemnización que derivada de la anulación de una resolución no se origina automáticamente por la estimación del recurso formulado. Aunque esto no se establezca de modo terminante en ningún precepto de la legislación militar aplicable, si se dispone en el art 142.4 de la ley 30/92, de 26 de noviembre, aplicable como supletoria de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA y en el que expresamente se declara que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone derecho a la indemnización.
2. La petición de daños y perjuicios es consecuencia de la existencia de un derecho reconocido, la pretensión fundamental es éste y aquélla una medida complementaria, más o menos importante, pero que nunca existe por sí misma.⁵⁷³
3. La indemnización de daños y perjuicios hay que solicitarla en el escrito de demanda con pruebas y que se concrete en el acto de la vista o conclusiones quedando su determinación para el periodo de ejecución de sentencia. Esto es consecuencia del carácter contradictorio del procedimiento en que dicha pretensión ha de formularse, porque, fijado el ámbito del debate procesal en la demanda para la viabilidad de esa pretensión ha de haberse introducido en el debate, sino la cuantía, a menos la realidad y naturaleza de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, a fin de que la contraparte pueda, con los necesarios elementos de juicio, impugnar o aquietarse a dicha pretensión, ya que de otra forma la garantía esencial de contradicción que ha de imperar en el procedimiento y que consagra el art 24 de la CE se vería esencialmente conculcado. Así el art 490 señala expresamente que “En el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no

⁵⁷³STS , sala 5ª, 6 de octubre de 111992, (RJ 1992/8498).

suscitadas en los escritos de demanda y contestación”, esto ha sido reiterada doctrina de la Sala V.⁵⁷⁴

4. Los daños y perjuicios hay que probarlos,⁵⁷⁵ incumbe a la parte que reclama la indemnización de daños y perjuicios la prueba de que aquellos han sido causados.⁵⁷⁶ No obstante lo anterior, puede deferirse al periodo de ejecución de sentencia la concreta determinación de la cuantía. Por otra parte, respecto a la exigencia de prueba, la antigua jurisprudencia de la Sala V exigía de modo terminante este requisito, pero en la sentencia de 2 de febrero de 1993 se establece textualmente que en el supuesto de daños morales, cuando la existencia de esos daños se derive inequívocamente, la declaración indemnizatoria que, en principio, ha de ser consecuencia de una valoración de la prueba practicada a petición de parte, puede también ser el resultado del sólo raciocinio judicial cuando esta declaración resulte inherente a la reparación exigida en justicia por un mal indebidamente producido”.
5. La indemnización por daños y perjuicios no solamente es aplicable en los supuestos de faltas graves sancionadas con privaciones de libertad sino que también puede ser referido a los supuestos en que se trate de una anulación de una sanción por falta leve que lleva aparejado un arresto restrictivo de libertad.⁵⁷⁷ Este pronunciamiento no es nuevo en la jurisprudencia de la sala 5ª, implícitamente se ha admitido en anteriores sentencias de la misma.⁵⁷⁸

D) Pretensiones, cuestiones y motivos

⁵⁷⁴ STS, sala 5ª, 14 de julio de 1993 (RJ 1993/5658), 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/2277), 28 de febrero y 8 y 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/1640 y RJ 1995/4435).

⁵⁷⁵ STS 20 abril y 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/4065 y 1992/8498), 27 de abril 1993 (RJ 1993/1073), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8096), 2 de febrero de 1992 (RJ 1993/1073), 8 de mayo de 1995, 9 de mayo de 1998 (RJ 1998/4950), 23 de abril de 1998 (RJ 1998/4366), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1902) y 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001/3817).

⁵⁷⁶ STS 27 de abril de 1993 (RJ 1993/2784).

⁵⁷⁷ STS, sala 5ª, de 9 de mayo de 1997, (RJ 1998/4950).

⁵⁷⁸ STS, sala 5ª, de 20 de abril y 6 de octubre de 1992, (RJ 1992/4065 y 1992/8498).

Las pretensiones constituyen el objeto del proceso y no pueden ser variadas a lo largo del procedimiento y han de corresponderse con la que se ejercitó en vía administrativa.

Los motivos, razones o alegaciones son elementos en que se basa la pretensión pueden ser variados por las partes a lo largo del procedimiento, pero una vez definitivamente establecidos vincula al tribunal que ha de juzgar con arreglo a ellos. No obstante el tribunal puede juzgar al amparo de motivos distintos en el supuesto de la “tesis”.

Las cuestiones se refiere a nuevos hechos o cambios sustanciales de los ya expuestos, capaces de modular nuevas pretensiones o de modular las previamente esgrimidas.⁵⁷⁹

En resumen, lo único admitido, sin ruptura del equilibrio procesal de las partes o de la congruencia de la resolución impugnada, es aducir nuevos motivos, razones o meras alegaciones deducidas en el recurso de reposición y/o en la demanda y contestación iniciales.⁵⁸⁰

E) Efectos

La jurisdicción militar, en materia contenciosa-disciplinaria juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición.

No obstante, si el Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días

⁵⁷⁹BAENA DEL ALCAZAR Mariano. OP. CIT. Pag 259.

⁵⁸⁰STS, Sala 3ª, de 12 de Julio de 1996.

para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para dictar el fallo.⁵⁸¹

De esto se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los pronunciamientos se deben adoptar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición.⁵⁸² Por tanto la sentencia ha de ser congruente con las pretensiones de las partes, debiendo resolver sobre lo pedido por las partes, todo lo pedido y nada más que lo pedido, es decir “todas las cuestiones controvertidas en el proceso”.
2. Esta vinculación se ve mitigada por la facultad que tiene el tribunal de plantear la “tesis” sometiendo a la consideración de las partes nuevos motivos en que fundar su pretensión.⁵⁸³ Con la actuación del Tribunal se asegura el acceso a la justicia material y su coincidencia con la justicia formal que de otro modo pueden quedar alejadas una de la otra por impericia de las partes, sin sustituir el dispositivo al cual se ordena el proceso y respetando las exigencias del principio de contradicción,⁵⁸⁴ para garantizar el correcto planteamiento del debate, pero sin que al amparo de ello pueda alterar la concreta extensión de lo efectivamente pedido.⁵⁸⁵ Por último hay que señalar que la sentencia que “apoyándose en la aplicación del principio iura novit curia, utiliza para estimar parcialmente el recurso una serie de argumentos que no aparecen en los escritos de las partes, recurrentes y recurridas, sino que como debió hacerlo, se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el art 470.2 quebranta las formas esenciales del procedimiento produciendo indefensión de las partes.⁵⁸⁶ En este sentido se han pronunciado las sentencias de 26 de junio y 8 de julio de 1991 y con más precisión lo hace la

⁵⁸¹L.O. 2/89, art 470.

⁵⁸²STS sala 5ª, de 15 de diciembre de 1992 (RJA 4007).

⁵⁸³SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2104

⁵⁸⁴GARCIA DE ENTERRIA “Curso de derecho administrativo” II Cívitas, pag 598.

⁵⁸⁵STS sala 5ª de 15 de diciembre de 1992, (RJA 10312).

⁵⁸⁶STS, sala 5ª de 8 de julio de 1991

sentencia de 15 de diciembre de 1992, a cuyo tenor, “los principios de igualdad de parte, de contradicción y de no indefensión son consustanciales al proceso e integrados en el principio de protección judicial de los derechos, contenido en el art 24 de la constitución, que en el sentido que ahora interesa implica que cuando el Tribunal entienda que puedan existir otros motivos no alegados por las partes, susceptibles de fundar el recurso y la oposición, no puede sin más aplicarlos sino que debe previamente cumplir con el principio de audiencia de las partes, pues en caso contrario el tribunal quebrantaría una norma esencial del procedimiento al impedir a las partes pronunciarse sobre aquel concreto motivo que estima aplicable, originando indefensión y vulneración del principio de contradicción.”⁵⁸⁷

En resumen podemos señalar que el art 470.1 de la LOPM establece un principio de justicia

rogada, donde son las partes quienes, mediante sus pretensiones, establecen los términos de la controversia y determinan los límites de la congruencia. La ley no ha querido cercenar las posibilidades de que el Tribunal pueda de oficio entender que existen otros motivos susceptibles de fundamentar el recurso o la oposición, concediendo al órgano judicial una facultad expresa al respecto.⁵⁸⁸

Paralelamente la ley 29/98 establece que los órganos de orden jurisdiccional contencioso- administrativo juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición.

No obstante, si el Tribunal o juez, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo los expondrá y concederá a los interesados un plazo común

⁵⁸⁷ STS, sala 5ª, de 13 de mayo de 1993 (RJ 1993/4007)

⁵⁸⁸ STS, sala 5ª, de 18 de abril de 1994 (RJ 1994/3095).

*de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para dictar el fallo.*⁵⁸⁹

Otros preceptos semejantes los encontramos también en la antigua ley de jurisdicción contenciosa administrativa de 1956 donde se establecía en el art 43.2, siendo una posibilidad de muy es casa utilización. No sucede lo mismo en el proceso constitucional, sobre todo en los primeros años del TC, donde existe un precepto semejante en el art 84 de la LOTC que si ha sido utilizado por el TC.

VI. ACUMULACIÓN

Son acumulables en un proceso las pretensiones que no sean incompatibles entre sí y se deduzcan en relación con un mismo acto.

Lo serán también las que se refieran a varios actos cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.⁵⁹⁰

Las condiciones para que se produzca la acumulación:⁵⁹¹

Que se trate de pretensiones que no sean “incompatibles”, se entienden por tales conforme al art 153 d) LEC “las que se excluyen entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra”. Es claro que si las pretensiones han de deducirse en un solo proceso y por una sola sentencia, la congruencia de esta con las pretensiones impide la acumulación en los supuestos de incompatibilidad.⁵⁹²

Que “se deduzca en relación con un mismo acto”, el acto sancionador es presupuesto de la pretensión, en razón de la cual ésta se formula, la conexión de las pretensiones ha de darse en función de un acto disciplinario.

⁵⁸⁹L.O. 29/98, art 33.

⁵⁹⁰Ley 2/89, art 471.

⁵⁹¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2105

⁵⁹²GONZALEZ PEREZ “Manual de derecho procesal administrativo”, pag 220.

También se admite la acumulación que “se refieran a varios actos cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos una conexión directa”.

En cuanto a sus modalidades cabe distinguir:⁵⁹³

Antes de formalizarse la demanda se dicta algún acto que guarda relación con otro que sea objeto de un recurso contencioso disciplinario militar en tramitación, el demandante podrá solicitar la ampliación del recurso a aquel acto administrativo, dentro del plazo que señala ley 2/89 en el art 475. Formulada la solicitud de ampliación por el demandante, el Tribunal, resuelve mediante auto sobre tal procedimiento.

Interpuestos varios recursos contencioso-disciplinarios militares con ocasión de actos en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el art 471, el Tribunal podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes, decretar la acumulación bien de oficio o a instancia de alguna de ellas. En este supuesto solo puede decretarse a instancia de parte legítima y por tanto a diferencia del supuesto anterior, puede solicitarse no sólo por el demandante, sino también por la administración sancionadora demandada, a través del Abogado del Estado.⁵⁹⁴

En cuanto al momento procesal aunque el art 472 dispone que “en cualquier momento procesal”, no obstante de acuerdo con el art 163 LEC, la acumulación no puede pedirse desde la citación para sentencia definitiva. Por último en cuanto a los efectos señalar que: desde que se pide la acumulación queda en suspenso la sustanciación de los recursos a que se refiere (art 184 LEC); decretada la acumulación se suspende el curso del que estuviese más próximo a la terminación hasta que los otros se hallen en el mismo estado (art 187 LEC) y cuando los procedimientos se encuentren en el

⁵⁹³SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT Pag 2106

⁵⁹⁴Ley 2/89, art 472.

mismo estado, las pretensiones se examinarán en un mismo proceso y serán resueltas en una misma sentencia (art 186 LEC).

*Paralelamente la ley 29/98 establece que son acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación. Lo serán también las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.*⁵⁹⁵

En el anteproyecto de reforma de la LPM se regula esta figura conforma a la LJ 29/98.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵Ley 2/89, art 471.

⁵⁹⁶DE LAS HERAS DURAN Durán José Manuel, “El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 149.

TITULO V- SUJETO

I. CAPACIDAD PROCESAL

Hay que distinguir entre “capacidad para ser parte” y “capacidad procesal”. La capacidad para ser parte equivale a la capacidad jurídica del derecho civil y representa la simple aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; la capacidad procesal implica el ejercicio de tales derechos y obligaciones, correspondiéndose con la capacidad de obrar (Fairen, Prieto-Castro, Guasp) del derecho sustantivo.⁵⁹⁷

Por tanto, la capacidad procesal es la aptitud para realizar con eficacia actos procesales (bien por uno mismo, bien a través de un representante)⁵⁹⁸, y la detentan las personas físicas, una vez alcanzada la mayoría de edad, según dispone el art 12 CE y 315 y 322 del Código Civil, regla esta, a vez asumida por el art 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria al procedimiento contencioso-disciplinario.

En el ámbito del recurso contencioso-disciplinario, tiene capacidad procesal las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y los menores de edad sin han sido los sancionados en vía disciplinaria militar.⁵⁹⁹ (supuesto lógicamente aplicable al militar no profesional⁶⁰⁰). Este supuesto tiene precedentes en el art 9 de la Ley de Procedimiento Laboral,⁶⁰¹ supuesto que no resulta factible dentro del ámbito de la Guardia Civil.

La capacidad es un presupuesto procesal, su falta puede ser apreciada de oficio por el Tribunal en tres momentos distintos.⁶⁰²

⁵⁹⁷BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa”, Madrid 1999, pag 173.

⁵⁹⁸GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO Nicolás, “Derecho Procesal Administrativo”, Valencia 1991, pag 165.

⁵⁹⁹L.O. 2/89, art 458.

⁶⁰⁰SANCHEZ GUZMAN Eugenio “Comentarios a las leyes procesales militares” (tomo II) Ministerio de Defensa Ley 2/89, Madrid 1995, pag 2093.

⁶⁰¹MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil” Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993, pag 785

⁶⁰²SANCHEZ GUZMAN Eugenio “Comentarios a las leyes procesales militares”L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2093.

1. En el trámite del art 474 de la L.O. 2/89, tras verificar el cumplimiento de las normas sobre aportación de documentos que han de acompañar al escrito de interposición del recurso.
2. En el trámite de admisión de recurso regulado en el art 478 de la L.O. 2/89 una vez recibido el expediente y examinado por el Tribunal declarará la admisión o inadmisión del recurso.
3. Al dictar sentencia, al amparo del art 493 b) se señala que la sentencia declarará la inadmisibilidad cuando el recurso se hubiere interpuesto por persona incapaz, no legitimada o no debidamente representada.

Paralelamente la ley de jurisdicción contencioso-administrativa establece que tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.⁶⁰³

Tradicionalmente la jurisdicción contenciosa-administrativa ha reconocido capacidad procesal a los menores. Esta posibilidad que tradicionalmente se ha reconocido a los menores se muestra lógica, ya que elimina la contradicción que supondría que administrativamente fuera reconocida plena capacidad a un menor para ejercitar derechos y no lo fuera en el momento de actuar ante los órganos jurisdiccionales manteniendo idéntica petición⁶⁰⁴. Así, ya lo preveía el art 27 de la ley de 1956 que, en el contexto de la época era muy avanzada porque atribuía también capacidad procesal a la mujer casada sin la asistencia del marido, algo que hoy puede resultar sorprendente pero que en aquél momento resultaba una excepción al régimen general,

⁶⁰³Ley 29/98, de 13 de julio, de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, art 18.

⁶⁰⁴GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO Nicolás, "Derecho Procesal Administrativo", pag 170.

que no cambió hasta después de la constitución. En esa misma época y hasta 1966 la mujer, casada o soltera, no podía tampoco ser juez.

La capacidad procesal ha ocupado a la jurisprudencia de modo sumamente desigual. Son muy escasos los fallos relativos a la capacidad procesal de las personas físicas que por lo general la jurisprudencia ha tratado con generosidad.⁶⁰⁵

II. LEGITIMACION

La legitimación hace referencia a la especial situación en que se encuentran las partes respecto de la relación jurídico-material que ha sido deducida en el proceso.

A) Legitimación Activa

Están legitimadas para demandar la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos en materia disciplinaria militar, así como para pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria.⁶⁰⁶

Si el sancionado en vía disciplinaria militar fallece durante los plazos de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar o estuviere ya interpuesto, están legitimados para interponerlo o continuarlo su cónyuge supérstite o persona ligada a aquél por una relación estable de convivencia efectiva, o sus herederos.⁶⁰⁷

Es regla indiscutible del ordenamiento procesal, que sólo la parte a quien la resolución resulte desfavorable, puede utilizar los medios de impugnación que la ley concede, entre ellos el recurso de casación.⁶⁰⁸ La legitimación activa aparece determinada con un criterio objetivo.⁶⁰⁹

Solo puede recurrir el sancionado, ello supone una serie de excepciones:

⁶⁰⁵SANTAMARIA PASTOR Juan Alfonso, PAREJO ALFONSO Luciano, "Derecho Administrativo", Madrid 1989, pag 830,831.

⁶⁰⁶L.O. 2/89 Procesal Militar, art 459.

⁶⁰⁷L.O. 2/89, art 460.

⁶⁰⁸Auto TS, sala V, de 14 de mayo de 1993, (RJ 1993/7065).

⁶⁰⁹SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las leyes procesales militares" (Tomo II), Ministerio de Defensa Ley 2/89, Madrid 1995, pag 2093.

No puede recurrir el encartado que luego haya sido absuelto,⁶¹⁰ por ejemplo el supuesto del militar al que se le instruye expediente por falta grave que luego se califica de leve, terminándose sin responsabilidad por prescripción de esta última.

No cabe la invocación del derecho al honor por quien no ha sido sancionado. En este sentido la sala V se ha pronunciado en otros supuestos como en el que desestimó el recurso de casación interpuesto por un sargento de la Armada contra una sentencia del Tribunal Militar Central que había declarado la inadmisión del recurso contencioso disciplinario militar nº 39/93 ante la inexistencia de una sanción disciplinaria.⁶¹¹ El recurrente insistía en no carecer de legitimación puesto que, aún apreciándose en las resoluciones recurridas la prescripción de la falta grave de cobardía, y le quedaba la afrenta de tan injusta imputación de cobardía, solicitando al tribunal su total declaración de inocencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación alegando la “rotundidad” de la ley procesal militar al establecer la exclusiva legitimación al sancionado.⁶¹² En este mismo sentido se ha pronunciado en otras sentencias en las que se invocaba el derecho al honor.⁶¹³

No está legitimado el autor del parte militar.⁶¹⁴ Como señala la jurisprudencia de la sala V sólo esta legitimado el sancionado. La referida jurisprudencia apunta que con respecto a la intervención del dador del parte en el expediente disciplinario nada se recoge en la Ley

⁶¹⁰SANCHEZ GUZMAN Eugenio, “Comentarios a las leyes procesales militares” (Tomo II), Ministerio de Defensa Ley 2/89, pag 2093.

⁶¹¹STS, sala V, de 19 de septiembre de 1995

⁶¹²HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO, “Manual práctico de la jurisdicción militar”, Editorial Práctica de Derecho S.L. Valencia 1998, pag 128.

⁶¹³STS, sala V, de 26 de Octubre de 1994 y 9 de abril de 1992.

⁶¹⁴STS (Sala de lo Militar) de 5 octubre 2005, RJ 2005\8311; STS (Sala de lo Militar) de 15 julio 2005, RJ 2005\9055, STS (Sala de lo Militar) de 20 febrero 2006, RJ 2006\1558.

de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas al regular los procedimientos por faltas leves y graves o en el del Expediente Gubernativo respecto a la intervención del dador del parte, salvo lo establecido en las disposiciones generales para los procedimiento sancionadores (artículos 45, 46 y 47) o la exigencia de incorporación del parte a las actuaciones (artículo 54.1), pero, sin duda, el Instructor del Expediente (al que la Ley le exige que «ordenará la práctica de cuantas diligencias sean precisas para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción»), contará con el dador del parte, desde su ratificación de lo expuesto en dicho parte hasta la exigencia de su participación en las diligencias que dicho Instructor considere precisas en el desarrollo de la misión que tiene encomendada. Fuera de ello no se reconoce otro tipo de intervención al promotor del parte dentro de los expedientes y ello, sin duda, porque el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas está dirigido únicamente a la exigencia de responsabilidades por la comisión de faltas de tal naturaleza, pues como establece la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, «resulta ser una constante histórica la preocupación por la protección de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y, en caso de quebrantamiento, la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares.

Partiendo de tan indudable finalidad del indicado Régimen Disciplinario resulta cierto que existen ilícitos disciplinarios en los que pueden resultar afectados bienes jurídicos individuales, pero el cauce para su - en su caso- restablecimiento o reparación no es el previsto en la Ley Disciplinaria, ya que la potestad otorgada a los mandos militares en esta

materia no puede alcanzar otros fines que el mantenimiento y protección de la disciplina militar y ello sin perjuicio, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 2005, del derecho a denunciar la vulneración de derechos fundamentales fuera o al margen del ámbito sancionador.

La Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas establece en el artículo 47 que «la autoridad o mando que tenga competencia para sancionar comunicará por escrito la resolución que haya adoptado al interesado, a quién dio parte y, en su caso, a quién deba ordenar la anotación en la documentación del infractor», y este derecho a la notificación ha de ser respetado por el mando sancionador como exigencia establecida en la Ley y dentro del propio régimen disciplinario, como también se reconoció por la citada sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 2005. Fuera de este reconocimiento no existe en la Ley Disciplinaria precepto que autorice la intervención del autor del parte militar en el expediente disciplinario.⁶¹⁵

También se admite la legitimación “honoris causa” o sustitución procesal⁶¹⁶ en el supuesto del art 460. Esta capacidad deberá acreditarse documentalmente en la presentación del escrito de interposición del recurso.

Si bien el concepto de la legitimación “honoris causa” no ha sido suficientemente desarrollado por los diversos autores que han profundizado en el estudio del recurso contencioso disciplinario, considero que este tipo de legitimación activa es plenamente acorde con los postulados de la ley 29/98. Así la ley 29/98 establece que está legitimadas las personas físicas o jurídicas

⁶¹⁵ STS, sala V de 6 de marzo de 2006, RJ 2006/1577.

⁶¹⁶ MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil”, pag 785.

que ostenten un derecho o interés legítimo.⁶¹⁷ Por tanto, considero que la legitimación "honoris causa" que prevé la ley procesal militar entraría dentro del concepto de interés legítimo de prevé la ley de jurisdicción contencioso administrativa.

Si bien en la LJCA de 1956 estableció el más restringido concepto de "interés directo" del artículo 28.a) LJ de 1956 debe ser sustituido por el más amplio de "interés legítimo", aunque sigue siendo una exigencia indeclinable la existencia de un "interés" como base de la legitimación. Así el Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión "interés legítimo", utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (STC 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (STS de 1 de octubre de 1990) y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983).

Si examinamos el concepto de "Honoris causa" observamos que es una locución latina cuyo significado es *por causa de honor*, una cualidad que

⁶¹⁷ Ley 29/98, art 19.1.

conduce a uno al cumplimiento de sus deberes, respeto a sus semejantes y a sí mismo, es la buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones de servicio, las cuales trascienden a las familias, personas, instituciones y las acciones mismas que se reconocen a personas de testimonio social, reconocido e intachable.

En base a lo expuesto, considero que ante la imposición de una sanción disciplinaria, si el sancionado fallece bien durante el plazo de interposición o durante la tramitación del recurso están plenamente legitimados para interponerlo o continuarlo sus familiares. Esto es así, toda vez que, los familiares del sancionado fallecido son plenamente titulares de un interés legítimo que no es otro que el del mantenimiento del honor y la reputación del causante ante una hipotética sanción disciplinaria contraria a derecho. Pero no podemos olvidar que la ley procesal militar no solo prevé la pretensión de anulación de la sanción sino también el reconocimiento de una situación individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento entre ellas la indemnización por daños y perjuicios. Por tanto, por causa de honor, los familiares del sancionado no solo podrán instar la anulación de la sanción sino las pretensiones que prevé la ley procesal militar.

Por ultimo apuntar que este concepto de interés legítimo que concurre en los parientes del sancionado fallecido no puede ser asimilado al interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación por interés legítimo a la legitimación popular. Es necesario traer aquí a colación el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea concreto, es decir, que cualquiera que sea su naturaleza -material o moral-, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado.

La doctrina⁶¹⁸ apunta que se debería incluir en la legitimación a aquellos a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la L.O. 11/91 de la Guardia Civil y en este sentido modificar el art 459 de la LPM. El anteproyecto de reforma de la LPM establece en el art 461 que están legitimadas las personas que resulten afectadas directamente por actos dictados en aplicación de las LO de régimen disciplinario y de la Guardia Civil.

Se trata de acomodar al nuevo concepto de acto o resolución impugnabile en el recurso C-A.⁶¹⁹

Como ya hemos apuntado al tratar el tema de la legitimación honoris causa, paralelamente a esto la ley 29/98 establece que está legitimadas las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.⁶²⁰ Si bien en la LJCA de 1956 estableció la legitimación bien del titular de un “derecho subjetivo”, bien al que tuviera un “interés directo”. La formula constitucional del art 24 al establecer “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” llevó a la eliminación jurisprudencial del carácter “directo” y vino a ampliar el concepto de legitimación activa.⁶²¹ Por ello la ley 29/98, utiliza la formula general de ostentar “un derecho o interés legítimo” que procede de dicho artículo 24 de la constitución. Respecto a la legitimación por interés hay que entender que es aquel que de prosperar el recurso, produciría algún beneficio de cualquier tipo a favor del accionante.⁶²² Por tanto la formula “intereses legítimos” que emplea el art

⁶¹⁸MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁶¹⁹DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003, pag 149.

⁶²⁰ Ley 29/98, art 19.1.

⁶²¹BAENA DEL ALCAZAR Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa”, Madrid 1999, pag 180.

⁶²²GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS RAMON FERNANDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid 1999, pag 606.

24 de la constitución es más amplia que la de “interés directo” ya que comprende los intereses indirectos, de modo que todo interés individual y social tutelado por el Derecho indirectamente con motivo de la protección del interés general puede calificarse como interés legítimo. Como señala la jurisprudencia del TS no es un mero interés a la legalidad, ni un interés frente a agravios potenciales o futuros, ni consistente en simples expectativas,⁶²³ sino que es un interés tal que si prosperase su pretensión el actor obtendría siempre una utilidad, bien para recibir un beneficio, bien para dejar de sufrir un perjuicio, de carácter material o jurídico efectivo, como derivado inmediatamente del acto, interés que no sólo puede ser económico sino también personal, académico, profesional, competitivo e incluso moral.⁶²⁴

B) Legitimación Pasiva

Se considera parte demandada la administración sancionadora en la vía disciplinaria militar.⁶²⁵

Art 473 “Podrá deducirse en recurso contra el acto sancionador originario, el que resolviere, expresa o presuntamente el recurso interpuesto contra dicho acto, o contra ambos a la vez”.

*No se prevé, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento contencioso-administrativo, que la administración esté legitimada, para impugnar en vía jurisdiccional los actos sancionatorios no revocables de las autoridades y mandos militares.*⁶²⁶

⁶²³SANTAMARIA PASTOR Juan Alfonso, PAREJO ALFONSO Luciano, “Derecho Administrativo”, Madrid 1989, pag 828.

⁶²⁴BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pag 181.

⁶²⁵L.O. 2/89, art 461.

⁶²⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio, “Comentarios a las leyes procesales militares” (Tomo II), Ministerio de Defensa Ley 2/89, pag 2093.

Asimismo, no se admitirá coadyuvantes,⁶²⁷ art 455 L.O. 2/89, en los recursos contencioso disciplinario militares. Ello significa que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora.⁶²⁸

Paralelamente a esto en la ley 29/1998 ya se ha suprimido la figura del coadyuvante (que si se recogía en la LJCA de 1956), cuando ninguna diferencia hay ya entre la legitimación por derecho subjetivo y por interés legítimo.⁶²⁹ Desde el momento que la nueva ley otorga legitimación, tanto activa como pasiva, a quienes ostenten un derecho o interés legítimo, sólo cabe hablar de parte demandada.⁶³⁰

Es por esto la doctrina⁶³¹ propone la supresión del mencionado art 455 para adecuarlo a las previsiones de la ley 29/98.

C) Recurso de casación y revisión

Para interponer los recursos de casación y revisión estarán legitimadas las mismas personas a que se refieren los art 459 y 460 y por parte de la administración sancionadora, el Ministro de Defensa, o Autoridad o Mando militar en quien delegue.⁶³²

La ley orgánica de competencia y organización en su redacción anterior establecía que en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar, los Mandos Militares Superiores que se designen por Real Decreto estarán legitimados para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se

⁶²⁷MILLAN GARRIDO Antonio "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil", pag 784

⁶²⁸JIMENEZ VILLAREJO, "Potestad disciplinaria y control jurisdiccional".Pag 74

⁶²⁹Ley 29/98, Exposición de Motivos.

⁶³⁰BAENA DEL ALCAZAR Mariano, op,cit, pag 191.

⁶³¹MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁶³²LOPM, art 462.

ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo Ejército.⁶³³

Pero esta legitimación de los Mandos Militares Superiores ha sido objeto de modificación ya que, si bien, la L.O.C.O. 4/87 establecía en los art 111 a 114 la legitimación para interponer el recurso de casación de los Mandos Militares Superiores, no obstante, el art 3.2 de la L.O. 9/2003 por la que se modifica la L.O. 4/87 establece que quedan sin contenido los art 111 a 114 de la L.O. 4/87.

III. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS PARTES

A) Representación y defensa del demandante

El demandante podrá conferir su representación a un procurador, valerse tan sólo de abogado con poder al efecto, o comparecer por si mismo asistido o no de abogado.

No obstante para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por letrado.⁶³⁴

La ley procesal militar concede las siguientes posibilidades:⁶³⁵

1. Hacerse representar por procurador, debiendo entonces ser asistido por abogado
2. Valerse sólo de abogado quien asume la representación
3. Comparecer por si mismo, asistido o no de letrado.

1. En el primer supuesto, debe acreditarse la representación con la correspondiente escritura de poder que debe acompañarse original al escrito inicial de interposición del recurso.⁶³⁶ Es importante resaltar que la sala del TS ha declarado

⁶³³ LOCO, art 111, redacción anterior a la reforma actual.

⁶³⁴ L.O. 2/89, art 463

⁶³⁵ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "comentarios a las leyes procesales militares", pag 2094.

⁶³⁶ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "comentarios a las leyes procesales militares", pag 2094.

procesalmente admisible el cambio operado en el apoderamiento de un recurrente a favor de procurador que ostenta la representación de aquél en sustitución de procurador designado de oficio.⁶³⁷

Asimismo, la jurisprudencia de la sala V, ha admitido la posibilidad de que la representación procesal sea otorgada por mandatario,⁶³⁸ en este sentido se ha seguido la línea marcada por la sala primera del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de febrero de 1971 cuando señala que “conforme tiene declarado la jurisprudencia, el poder otorgado a procuradores por el mandatario, no implica una nueva sustitución o trasmisión de facultades, sino el cumplimiento de un requisito para comparecer en juicio, única manera hábil para que el mandante actúe ante los tribunales de justicia”.

2. En el segundo supuesto, el caso de abogado que asuma la representación del interesado ha sido recogido por la sala V en diversos autos, en estos casos la facultad para representar al recurrente practicada en la persona del letrado que ejerce tal representación es suficiente para la eficacia de los actos objeto de representación.⁶³⁹

3. En el tercer supuesto, el art 463 a los sancionados “para comparecer por si mismos y sin asistencia de letrado... no puede alcanzar conclusiones perjudiciales para una parte en beneficio de otra, ni conducir a la exigencia de que el tribunal supla, con su actividad, la inactividad de la parte, si la ley no le da instrumento adecuado para ello”.⁶⁴⁰

Paralelamente a esto la ley 29/98 en lugar de seguir como la LJ de 1956 (art 33) concediendo al recurrente la facultad de conferir su representación a procurador o de valerse tan sólo de abogado con poder al efecto, establece:⁶⁴¹

⁶³⁷Auto TS, sala V, de 21 de noviembre de 2000, (RJ 2000/10636).

⁶³⁸Sentencia TS, sala V, de 19 de junio de 2001, (RJ 2002/6682).

⁶³⁹Auto TS, sala V, de 9 de mayo de 1997, (RJ 1997/4213).

⁶⁴⁰STS, sala V, de 14 de octubre de 1991.

⁶⁴¹Ley 29/98, art 23.

1. Que ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un procurador y serán asistidas, en todo caso, por abogado. Cuando las partes confieran su representación a abogado, será a este a quien se notifique las actuaciones.
2. Que en las actuaciones ante órganos colegiados, el recurrente debe conferir su representación a procurador y ser asistido de abogado, es decir impone a los recurrentes la obligación de en todo caso conferir la representación a un procurador.
3. Podrán comparecer, por si mismos, los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se trate de cuestiones de personal que no implique separación de empleados públicos inamovibles.

En función de la normativa actual considero que sería idóneo adaptar el art 463 de la LPM a las prescripciones de lo establecido en el art 23.2 de la ley 29/98 e imponer la obligatoriedad de representación mediante procurador, teniendo en cuenta que la actuación en el ámbito contencioso disciplinario militar es siempre ante un órgano colegiado, bien sea el Tribunal Militar Central o la sala V del Tribunal Supremo.

No obstante, la ley 29/98 sigue manteniendo la postulación de los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios entre los que se comprende el régimen disciplinario, por lo que cabe seguir manteniendo la posibilidad de que el militar sancionado comparezca por si mismo sin asistencia de letrado.

B) Representación y defensa para interponer los recursos de casación y revisión

El párrafo segundo del art 463 de la L.O. 2/89 “interposición de los recursos de casación y revisión”, quedó derogado por la disposición final cuarta de la ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, en razón a que, de conformidad con el mismo, en el ámbito contencioso disciplinario, ante la jurisdicción militar se tendrán por exigibles los mismos motivos y trámites que los señalados en los art 93 a

102 de la entonces vigente ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa de 27 de diciembre de 1956 y, muy en particular, por exigencia del art 97.1 de la citada ley.

Sobre este tema se ha pronunciado la sala V en diversos autos,⁶⁴² recogiendo en todos ellos la doctrina de considerar preceptiva la personación ante la misma para la sustanciación de un recurso de casación por medio de procurador.⁶⁴³

La promulgación de la ley 29/98, de 13 de julio, en los art que han sustituido al bloque 93 a 103 del anterior no contempla referencia expresa a la exigencia de comparecencia preceptiva mediante procurador en los recursos de casación. Sin embargo, contiene un capítulo específico dedicado a la representación y defensa de las partes en la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del cual su art 23 viene a verificar dicha exigencia de manera clara según la sala V del TS, en el auto de 19 de abril de 2001.⁶⁴⁴ En efecto, tras señalar en su número 2 que las partes deberán conferir su representación a un procurador en sus actuaciones ante órganos colegiados, en el nº 3 precisa que no obstante, “podrán comparecer por si mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles”.

La sala V se ha planteado si el recurso de casación en vía contencioso-disciplinaria militar podría quedar afectado por la excepción contemplada en el art 23.3, llegando a la conclusión de la exigencia y necesidad de procurador en base a los siguientes razonamientos jurídicos:

El art 503 de la ley procesal militar hace en su párrafo 1º una remisión completa del recurso de casación en materia contencioso-disciplinaria militar a la regulación de dicho recurso en vía contencioso-administrativa general, por lo que ha de

⁶⁴²Auto TS, sala V, de 31 de junio y 23 de octubre de 1992, 14 de septiembre de 1994, 22 de febrero de 1997 y 29 de enero (RJ 1998/2077)y 30 de abril de 1998 (RJ 1998/4370).

⁶⁴³HERNANDEZ MUNTIEL-FERRER BARQUERO, op, cit.,pag 128.

⁶⁴⁴Auto TS, sala V, de 19 de abril de 2001, (RJ 2002/8122).

permanecer la tesis mantenida por la sala de la ineficacia o derogación tácita de la norma específica contenida en el art 463 de la ley procesal militar, que no puede recobrar su vigencia a tenor de lo dispuesto en el art 2.2 del Código Civil.

Efectuada la remisión a tal regulación general es evidente que el art 23.2 de la ley 29/98 exige expresamente que para que las partes puedan actuar ante órganos colegiados de la jurisdicción contenciosa administrativa deben “conferir su representación a un procurador y ser asistidas por abogado” por lo que la referencia expresa de tal exigencia que se contenía en el antiguo art 97 ha de entenderse comprendida en el art 23.2 de la nueva ley, y por tanto, también aplicable al recurso de casación en materia contencioso-disciplinaria militar.

Quedaría por resolver la cuestión del art 23.3 de la ley 29/98, según la cual los recurrentes podrán comparecer por si mismos, si se trata de funcionarios en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refiera a cuestiones de personal que no impliquen separación de funcionarios públicos inamovibles, ya que las materias disciplinarias han de entenderse cuestiones de personal y podría entenderse que pueden comparecer en recurso de casación ante la sala V el interesado que siendo militar recurre en casación contra una sentencia que ha confirmado una sanción disciplinaria que haya sido impuesta.

Este criterio no puede prosperar dado que el art 23.3 no puede referirse al recurso de casación en vía contenciosa y en materia de personal (salvo que se trate de separación del servicio) pues el art 86 de la ley 29/98 señala que no cabe interponer recurso de casación contra “las sentencias que se refieren a cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera”.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, considero que la comparecencia por si mismos de los funcionarios en cuestiones de personal sólo puede entenderse referida a la

instancia y a tal fin, único y exclusivo, está dirigida la previsión contenida en el art 23.3 y esta interpretación viene reforzada por el hecho de que cuando existe posibilidad de recurso de casación en cuestión de personal, por tratarse de separación del servicio, se exige por el propio art 23.3 la comparecencia con procurador y la asistencia técnica de abogado. Este criterio está mantenido de modo reiterado por la sala tercera (auto26 de junio de 2000, RJ 2000/5636) que viene significando y sosteniendo la inaplicación del art 23 de la ley 29/98.

En este sentido considero que es preceptiva la comparecencia por medio de procurador en el recurso de casación en vía contencioso-disciplinario militar, que ha de seguir el mismo régimen establecido, por la ley de la jurisdicción, y ello como consecuencia de la previsión contenida en el art 503 de la ley procesal militar.

En el mismo sentido expuesto, en el anteproyecto de reforma de la LPM se exige al demandante conferir su representación a un procurador y ser asistido de abogado para interponer los recursos de casación y revisión.⁶⁴⁵

C) Representación y defensa de la administración

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art 447 de la L.O. 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial y normas concordantes, el Director General del Servicio Jurídico del Estado podrá, a propuesta del Ministerio de Defensa, encomendar las funciones de representación y defensa a que se refiere dicho artículo a un miembro del Cuerpo Jurídico de los destinados en las asesorías jurídicas de los mandos militares superiores.⁶⁴⁶

Quien ostente esta representación y defensa no podrá allanarse a la demanda sin estar autorizado para ello por el Ministerio de Defensa. Si estimare que el acto recurrido no se ajusta a derecho, lo hará presente en comunicación razonada al

⁶⁴⁵DE LAS HERAS DURAN José Manuel, "El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario". Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003, pag 149.

⁶⁴⁶HERNANDEZ MUNTIEL-FERRER BARQUERO, op, cit., pag 129

Ministro de Defensa, para que acuerde lo que estime procedente, en cuyo caso podrá solicitar la suspensión del proceso por plazo de treinta días. En estos casos, el Ministro si lo considera conveniente, podrá solicitar informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Asesor Jurídico General de la Defensa, o de ambos.⁶⁴⁷

De acuerdo con el art 447.1 de la LOPJ se confiere la representación y defensa a la abogacía del estado.⁶⁴⁸

Paralelamente la ley 29/98, establece que la representación y defensa del Estado corresponde al abogado del Estado.⁶⁴⁹ Se unifica así las dos funciones de representación y postulación, actuando bajo la dependencia de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, dentro del Ministerio de Justicia.⁶⁵⁰

El anteproyecto de ley de reforma de la LPM prevé en el art 465 la posibilidad de que su ejercicio pueda ser encomendado a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en servicio activo que no ocupen destino en la jurisdicción militar o en la Fiscalía Jurídico Militar.⁶⁵¹

➤ Fiscalía Jurídico Militar en el Procedimiento Contencioso Disciplinario

En el recurso contencioso disciplinario ordinario aparecen, como en el contencioso-administrativo del que sigue la pauta, dos únicas partes: el sancionado, que formula la pretensión y la administración sancionadora frente a la cual se formula la misma, representada y defendida por la Abogacía del Estado. No aparece en la regulación del contencioso disciplinario militar ordinario la figura del Fiscal Jurídico Militar, ni por tanto se le atribuye la condición de parte ni intervención alguna a lo largo de la tramitación del procedimiento.

⁶⁴⁷L.O. 2/89, art 464.

⁶⁴⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "comentarios a las leyes procesales militares", pag 2094.

⁶⁴⁹Ley 29/98, art 24.

⁶⁵⁰GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1999, pag 604.

⁶⁵¹DE LAS HERAS DURAN José Manuel, "El procedimiento Contencioso disciplinario militar ordinario". Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003, pag 149.

Por el contrario en el preferente y sumario, a las dos partes ordinarias existentes en el procedimiento ordinario, sancionador y sancionado, surge y se añade la Fiscalía Jurídico Militar, al disponer expresa y lacónicamente la LPM en el art 518 letra a) que “será parte en el procedimiento de la Fiscalía jurídico Militar”, consecuencia de las funciones y misiones que el art 124 de la CE y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuyen.⁶⁵²

La razón de ser de su intervención reside en el valor que en nuestro ordenamiento constitucional se confiere a los derechos fundamentales, de manera que, su presunta violación trasciende el ámbito social del que es valedor el ministerio público.⁶⁵³

Comentario a parte merece la ausencia de la fiscalía jurídico militar en el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario,⁶⁵⁴ cuestión que ha sido objeto de estudio por diversos autores⁶⁵⁵, entre los que debe destacarse las magistrales aportaciones de Jiménez Villarejo

Desde mi punto de vista, y analizando la situación de la ausencia del fiscal en el procedimiento contencioso disciplinario militar ordinario, me suscitan las siguientes cuestiones:

1. Por una parte, no se comprende fácilmente que se haya apartado de este procedimiento a la fiscalía jurídico militar, teniendo en cuenta la naturaleza “cuasi” penal del derecho disciplinario militar, por más que nuestro legislador no haya querido tomar parte en la “Vieja polémica” el carácter de interés público tutelado por la ley que indiscutiblemente tiene la disciplina y la

⁶⁵²POZUELO SOLER Carlos, “Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar”. Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2002. Pag 396.

⁶⁵³POZUELO SOLER Carlos, op, cit.,. Pag 396.

⁶⁵⁴JIMENEZ VILLAREJO “Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional”. Ed Colex 1991. pag 76,77.

⁶⁵⁵SANCHEZ DEL RIO, “Alunas observaciones críticas sobre el procedimiento contencioso- disciplinario”. Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar. Marzo 1991, pag 77 y sgts.

importancia en perspectiva constitucional de los derechos e intereses que pueden resultar afectados por las sanciones disciplinarias. No podemos olvidar que en el régimen disciplinario militar se puede no solo restringir la libertad del sancionado (faltas leves) sino privarle de libertad (faltas graves).

Por ello creo que lo más acertado hubiese sido dar entrada a la fiscalía en el procedimiento sancionador, al menos en el procedimiento por faltas graves y en el expediente gubernativo que sirve para la imposición de sanciones extraordinarias pero, ya que no se estimó oportuna su intervención antes de adoptarse el acuerdo sancionatorio, debió disponerse que al Fiscal Jurídico Militar le fuese comunicada la resolución que ponga término a dichas actuaciones y no solamente, como se ordena en el art 4 de la ley disciplinaria, la que ordene su incoación.

De esta manera, se hubiese dejado expedito el camino para que la fiscalía cumpliera en el procedimiento contencioso-disciplinario con todas las garantías. No puede pensarse que esta ausencia esté condicionada por el hecho de que la fiscalía jurídico militar, en el ejercicio de sus funciones, deba sujetarse a los principios de la legalidad e imparcialidad del art 89 de la LOCO, pues es claro que la administración Pública, que actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho, art 103 de la constitución, no puede ver con desconfianza la participación de un órgano determinado por aquellos principios en un proceso en que se revisa jurisdiccionalmente un sector de su actividad.

2. Pero por otra parte, no es ocioso recordar, para alejar toda sombra de disfuncionalidad en relación con la debida protección de la disciplina, ocasionada por una hipotética intervención de la fiscalía en el procedimiento contencioso-disciplinario, que la fiscalía está asimismo obligada a la observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Asimismo, el Ministro de Defensa puede impartir órdenes e instrucciones al

Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, así como en defensa del interés público en el ámbito militar.⁶⁵⁶ Por tanto, el Fiscal Togado, a su vez, transmitirá las referidas órdenes al resto de la fiscalía jurídico militar, por lo que en última instancia, entre la misma y la administración existe un innegable vínculo de dependencia jerárquica aunque atemperado por la figura intermedia del Fiscal General del Estado y la preeminencia de los principios de legalidad e imparcialidad.

⁶⁵⁶ Ley 4/87, art 92.

TITULO VI- PROCEDIMIENTO

I. DILIGENCIAS PRELIMINARES

La regulación legal es compleja así:

1. La Ley disciplinaria establece:
 - Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso del art 76. La resolución de dicho recurso pondrá fin a la vía disciplinaria y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar conforme a la legislación procesal militar.⁶⁵⁷
 - El art 76.1 regula el recurso ante el superior jerárquico y el art 76.3 establece que cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, **el recurso se interpondrá ante esta autoridad.**
 - El art 79 señala que contra la resolución por la que se impone una sanción disciplinaria extraordinaria, podrá interponerse recurso de reposición ante el Ministro de defensa en el plazo de un mes. Contra su resolución podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar, conforme a lo dispuesto en la LPM.
2. La LPM establece que contra los **actos** de imposición de sanción que hayan causado estado en vía disciplinaria militar, **no procederá la interposición del recurso de reposición** como previo al contencioso-disciplinario. El recurso contencioso-disciplinario militar se decidirá indistintamente, contra el acto sancionador originario, el que resolviere, expresa o presuntamente el recurso interpuesto contra dicho acto, o contra ambos a la vez.⁶⁵⁸ No obstante, si el acto que decidiere el recurso reformare el impugnado, el recurso contencioso-disciplinario se deducirá contra aquél.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ L.O. 8/98, art 78

⁶⁵⁸ MILLAN GARRIDO "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil".
Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993, pag 787

⁶⁵⁹ L.O. 2/89, art 473

3. La ley 30/92, de 26 de noviembre, modificada por ley 4/99 de 14 de enero establece lo siguiente:

- la disposición derogatoria 2ª c) establece que el recurso de reposición desaparece como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, (ello en consonancia con lo dispuesto en el art 473 de la LPM).
- la Disposición Adicional 8ª de la ley 30/92 señala que la misma no es de aplicación “a los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las administraciones públicas respecto del personal a su servicio, que se regirán por su normativa específica”.
- El art 116 de la ley 4/99 establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos **potestativamente en reposición** o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El panorama que se presenta es confuso, por ello, es diversa la consideración del tema entre los diversos autores.

ROJAS CARO⁶⁶⁰ dice que el recurso contencioso disciplinario no irá precedido del recurso de reposición.

ESQUIVIAS LOPEZ CUERVO, el recurso de reposición a que hace referencia la ley disciplinaria es requisito sine qua non para acceder a la jurisdicción contencioso disciplinaria militar a diferencia del carácter potestativo del recurso de reposición que plantea la ley 4/99. Teniendo en cuenta que la Disposición Final Primera de la ley disciplinaria establece que la ley 30/92 y la ley 2/89, serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y recurso no previstas en esta ley, cabría plantearse si dado el carácter subsidiario de la ley 30/92 sería admisible interponer un

⁶⁶⁰ ROJAS CARO J. “Derecho disciplinario militar”. Ed. Tecnos. Madrid 1986, pag 215.

recurso de reposición potestativo, previo al contencioso-disciplinario contra las resoluciones sancionadoras que pongan fin a la vía administrativa.⁶⁶¹

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA entiende que la naturaleza del recurso de reposición es, en verdad, potestativa y su no ejercicio debería producir el efecto de la inadmisión. Nada habría impedido al legislador instaurar expresamente tal carácter mediante formulas como “podrá interponerse recurso de reposición con carácter potestativo” pero no la indeterminación ambigua no resuelta. La administración no parece asumir “la preceptividad” del recurso de reposición induciéndose a error a los interesados en los actos de notificación que, en el mejor de los casos, reproducen normas poco claras en su alcance o sentido. Queda todo finalmente deferido a la eficacia que el ordenamiento atribuye a la doctrina jurisprudencial. Señala que la le 8/98 no ha satisfecho las expectativas que ella misma suscitara.⁶⁶²

EUGENIO SANCHEZ GUZMAN⁶⁶³ señala que nos encontramos ante un recurso administrativo que tiene autonomía propia, que constituye un fin en si mismo, a través del cual el sancionado puede conseguir, en vía disciplinaria, la satisfacción de su pretensión, pero sin que al utilizarlo tenga que justificar ni prometer que luego hará uso de la vía disciplinaria judicial, ni siquiera en el supuesto de que su resolución fuese desfavorable.

JIMENEZ VILLAREJO señala que en correlación con el art 473 de la LPM, el art 478 al enumerar las causas que dan lugar a la inadmisión del recurso, una vez que el Tribunal ha recibido el expediente administrativo, no menciona la de no haberse

⁶⁶¹ ESQUIVIAS LOPEZ CUERVO, Federico Joly Palomino y Manuel A. Martín Vicente “Comentarios a la ley disciplinaria militar”, pag 295.

⁶⁶² CALVO CORBELLA Juan Carlos, “Reflexiones sobre la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre”. Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa”. Año 2000.

⁶⁶³ SANCHEZ GUZMAN Eugenio “Comentarios a las leyes procesales militares”L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.pag 2112

interpuesto recurso previo de reposición sino la de “no haberse interpuesto los recursos en vía disciplinaria que fueran preceptivos”.⁶⁶⁴

Considero que, pese al ámbito de sujeción especial en el que nos encontramos, el régimen de recursos en vía administrativa debe interpretarse de forma homogénea y acorde con las previsiones establecidas en la el art 116 de la ley 4/99. En este sentido, entiendo que frente a las sanciones disciplinarias (ordinarias o extraordinarias) que ponen fin a la vía administrativa (que no son otras que las dictadas por el Ministro de Defensa) cabe recurso potestativo de reposición o ser impugnadas directamente ante el orden jurisdiccional contenciosos administrativo y sin que se pueda interponer recurso contencioso administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

⁶⁶⁴ JIMENEZ VILLAREJO “Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional”, pag 84

II. INTERPOSICION DEL RECURSO

A) Escrito de Interposición

Entre las diligencias preliminares se incluye la propia interposición del recurso contencioso-disciplinario militar. Pueden considerarse diligencias preliminares: la interposición del recurso contencioso-disciplinario, la reclamación del expediente y el eventual pronunciamiento sobre la inadmisión del recurso.

El recurso contencioso-disciplinario militar se iniciará por un escrito reducido a expresar los datos personales del recurrente, citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso.⁶⁶⁵ Este es el modo tradicional de iniciar todo procedimiento, y así se configuró desde la vieja Ley de Santamaría de Paredes.⁶⁶⁶

A este escrito se acompaña.⁶⁶⁷

1. El documento que acredite la representación del compareciente, cuando no sea el mismo interesado, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación del mismo y su unión a los autos. Lo normal es que la representación se otorgue a un procurador mediante poder notarial. No obstante también es posible valerse sólo de abogado y en estos casos el abogado llevará la dirección letrada y con poder al efecto, actuará también como representante del recurrente.
2. El documento o documentos que acrediten la legitimación con que el actor se presente en juicio cuando se trate del supuesto del art 460. Como hemos señalado al analizar el capítulo dedicado a Sujeto, la ley procesal militar admite la llamada "legitimación honoris causa". Es decir, si el sancionado en vía disciplinaria militar fallece durante los plazos de interposición del recurso contencioso-

⁶⁶⁵SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2112.

⁶⁶⁶GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", pag 620.

⁶⁶⁷ROJAS CARO J. "Derecho disciplinario militar". Ed. Tecnos. Madrid 1986, pag 215

disciplinario militar o estuviere ya interpuesto, están legitimados para interponerlo o continuarlo su cónyuge supérstite o persona ligada a aquél por una relación estable de convivencia efectiva, o sus herederos.⁶⁶⁸

3. La copia o traslado del acto o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído. Parece que debe entenderse incluida también aquí la certificación de actos presuntos. En este punto, la ley no es totalmente coherente, pues hacer una indicación no es lo mismo que presentar un documento. Por otra parte, la copia o indicación del acto ha de referirse no sólo al acto administrativo originario, sino también a los dictados en vía administrativa al resolver recursos.⁶⁶⁹

Si con el escrito de interposición no se acompañaran los documentos expresados o los presentados son incompletos y en general, siempre que el Tribunal estime que no concurren los requisitos exigidos por esta ley para la validez de la comparecencia, señalará un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto,⁶⁷⁰ y si no lo hace ordenará el archivo de las actuaciones.⁶⁷¹ La no presentación de los documentos que exige el art 474 de la LOPM determina la inadmisibilidad del recurso.⁶⁷² En caso de que se ordene el archivo es de entender que la subsanación puede producirse si se recurre en súplica la providencia ordenando el archivo y al recurrir se acompaña el documento correspondiente y se justifica su no presentación anterior.⁶⁷³

⁶⁶⁸L.O. 2/89, art 460.

⁶⁶⁹BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativo", pag 354.

⁶⁷⁰MILLAN GARRIDO "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil". Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993, pag 787.

⁶⁷¹L.O. 2/89, art 474.

⁶⁷²LORCA NAVARRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁶⁷³BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo", pag 355.

Paralelamente a esto, la ley 29/98 LJCA, señala que en el escrito de interposición se citara la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne⁶⁷⁴.

La ley 29/98 establece también un plazo de diez días para subsanar aquellos defectos que tuviere la demanda.⁶⁷⁵

Respecto a los requisitos del escrito de interposición señalamos los siguientes⁶⁷⁶:

1. Subjetivos

- Se dirige al órgano judicial competente, que como hemos apuntado será el Tribunal Militar Central o el Tribunal Supremo. El elemento determinante lo constituye el acto sancionador, cuyo enjuiciamiento de legalidad se pretende. Lo importante es la autoridad sancionadora de la que dimana el acto impugnado, se busca una correlación entre el nivel del órgano disciplinario y el jurisdiccional⁶⁷⁷. Así en función de esto la Sala V del Tribunal Supremo, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa⁶⁷⁸, incluso las extraordinarias⁶⁷⁹ y la Sala de Justicia de Tribunal Militar Central, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.⁶⁸⁰

⁶⁷⁴Ley 29/98, art 45.

⁶⁷⁵Ley 29/98, art 45.3

⁶⁷⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2112 y 2113

⁶⁷⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes Procesales Militares, L.O. 4/87 de competencia y organización de la jurisdicción militar", pag 2085.

⁶⁷⁸L.O.4/87, de competencia y organización de la jurisdicción militar, art 23

⁶⁷⁹Sal 5ª, auto 8 de noviembre y 18 de diciembre de 1990 (RJA. 1645 y 10457) ; 19 de diciembre de 1989 (RJA 9174 y 9179) ; 16 de enero y febrero de 1992(RJA 4061).

⁶⁸⁰LOCO 4/87, art 34.7.

- Debe formularse por quien tenga capacidad procesal. En el ámbito del recurso contencioso-disciplinario, tiene capacidad procesal las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y los menores de edad sin han sido los sancionados en vía disciplinaria militar.⁶⁸¹

2. Objetivos

El objeto del recurso tiene por finalidad señalar con precisión cual es la resolución contra la que se recurre, su naturaleza y alcance para dejar así concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión o cuestiones a decidir.⁶⁸²

Esto no significa que dicho escrito haya de ser objeto de un entendimiento rigurosamente literal, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la C.E. de forma que resulte desproporcionada su inadmisión cuando del contenido del escrito pueda deducirse el tema concreto que se somete a fiscalización.⁶⁸³

Es importante señalar que la interposición del recurso pone en marcha el procedimiento, fijando los términos concretos del proceso, cuyo objeto ya no podrá alterarse ulteriormente sino sólo precisarse en el correspondiente escrito de demanda. Además, a partir de ese momento surge una situación de litispendencia, que determina la imposibilidad de que se inicie otro proceso distinto sobre el mismo objeto.⁶⁸⁴ En definitiva, la interposición del recurso es el acto de postulación realizado por el sujeto mediante el cual solicita del órgano judicial administrativo la iniciación del proceso y su consideración en él como parte.⁶⁸⁵

⁶⁸¹L.O. 2/89, art 458.

⁶⁸²SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pag 2112 y 2113

⁶⁸³STS, sala V de 14 de octubre de 1991 (RJ 7505).

⁶⁸⁴GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", pag 623.

⁶⁸⁵GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José y GONZALEZ- CUELLAR SERRANO Nicolás, "Derecho Procesal Administrativo", pag 321.

La ley 29/98 introduce una novedad que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse directamente mediante demanda⁶⁸⁶. Por el contrario, observamos que en el ámbito contencioso disciplinario el procedimiento se inicia siempre mediante el escrito de interposición pese a que, como he apuntado a lo largo de esta tesis, en este procedimiento no se admiten coadyuvantes, art 455 L.O. 2/89, al considerar que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora. Por tanto, considero que sería interesante adecuar el procedimiento contencioso disciplinario a las previsiones establecidas en la ley 29/98, en el sentido de que este procedimiento se pudiese iniciar directamente mediante demanda.

B) Lugar de presentación

Es doctrina sostenida de manera constante y unánime por la sala V que el recurso ha de presentarse en la sede del Tribunal o Sala competente, a las horas de audiencia, y fuera de ellas, cuando se trate de vencimiento de plazos perentorios, ante el Juzgado de Guardia de la misma ciudad, sin que sea admisible su presentación ante organismo administrativo alguno⁶⁸⁷, ni en centros o dependencias administrativas militares⁶⁸⁸ pues el recurso contencioso-disciplinario es de índole jurisdiccional y no administrativa.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶Ley 29/98, art 45.5.

⁶⁸⁷MILLAN GARRIDO "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil". Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993. Pag 787.

⁶⁸⁸LORCA NAVARRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁶⁸⁹STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995, (RJ 1995/6601); SRS 13 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3712); STS 28 de junio de 2001 (2002/8693); sts 30 DE JUNIO DE 2000 (rj 2000/7105); STS 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6266); STS 42/1997 (RJ 1997/4966); STS 28/1996 (RJ 1996/5255); STS 9 de marzo de 1995 (RJ 1995/2637); STS de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992/4059); STS 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9298); STS 15 de julio y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/6540 y RJ 1991/9378); STS 28 de enero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/4059, RJ 1992/1748 y RJ 1992/9298); Autos TS de: 10 de enero de 2000 (2000/2282), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/3505), 2 de julio de 1999 (RJ 1999/6921), 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/9013), 29 de mayo de 1996 (RJ 1996/4671), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1901), 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/3110), 22 de septiembre de 1993 (RJ 1993/76527), 25 de febrero, 11 de

Esta tesis viene amparada por lo dispuesto en los art 268 y 283 de la LOPJ; art 1,1249 y 250 de la LEC; en los art 457 y 503 de la LPM y ha tenido su plasmación en abundantes resoluciones del TC.⁶⁹⁰

De ello se desprenden las siguientes consecuencias:

1. La presentación de un recurso jurisdiccional ante un órgano administrativo para su remisión al juzgado o tribunal competente, implica que sólo se puede tener como fecha de presentación, la de entrada y registro del escrito en el órgano judicial de forma que si esta se produce trascurrido el plazo a tal efecto concedido, aunque la entrega al órgano o autoridad administrativa fuese anterior, procederá decretar su inadmisibilidad, por caducidad del plazo para interponerlo, pues se comparece no cuando se remite el escrito, sino cuando este llega a la sede del tribunal al que va dirigido⁶⁹¹. En diversas resoluciones de la sala V se establece que no puede ser más evidente la confusión al englobar al poder judicial, formado por los juzgados y tribunales, dentro del concepto de la administración, no cabe mayor desconocimiento de la doctrina jurisprudencial de la sala sobre presentación de escritos ante órganos jurisdiccionales antes y después de la referida ley 30/92.⁶⁹²
2. No procede el conducto reglamentario militar.⁶⁹³ En este sentido la jurisprudencia de la sala V del TS ha señalado que el demandar la actuación de la jurisdicción militar no puede quedar sometido al cumplimiento de trámites reglamentarios al presentar toda clase de escritos, que es correctamente concebido para actuar como profesional militar pero no como justiciable, condición que el militar

abril, 8 de mayo, 3 de junio 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/1676,RJ 1991/5177, RJ 1991/9379).

⁶⁹⁰STC20/1981 (RTC 1981/20), 23/1981 (RTC 1981/23), 14/1982 (RTC 1982/14), 21/1982 (1982721),12571983 (RTC 1983/125), 287/1984 (RTC 1984/287) y autos 23/1985 (RTC 1985/23), 277/1992 (RTC 1992/277) y 90/1993 (RTC 1993/980)

⁶⁹¹STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6601); 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1584)

⁶⁹²STS, sala V, de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000/4071)

⁶⁹³SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares "L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.Pag 2112.Pag 2113

adquiere tan pronto como solicita la tutela judicial de cualesquiera órdenes de la jurisdicción ordinaria y no menos de la jurisdicción militar.⁶⁹⁴

3. Únicamente la Sala v ha venido reconociendo la viabilidad del conducto reglamentario así como la posibilidad de que el recurso se presente fuera de la sede del órgano jurisdiccional cuando concurren circunstancias excepcionales. Así, en la sentencia de 23 diciembre 1991 se dispone que en el proceso contencioso-disciplinario militar pueden sobrevenir, por cierto, situaciones en que el obligado respeto al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción determine o imponga tener por presentado el recurso, con la consiguiente interrupción del plazo de caducidad, siempre que conste su presentación en tiempo hábil en otra oficina judicial, e incluso ante el Jefe de la Unidad a que pertenezca el recurrente, aunque su recepción en el Tribunal competente se haya producido una vez vencido el mencionado plazo. Pero puntualizaba la misma sentencia que no son de recibo, sin embargo, la pretensión de que aquella posibilidad se convierta en regla general, ni la pretensión de que la pauta establecida para el procedimiento administrativo se traslade, sin más, al proceso contencioso-disciplinario. Dicho de otro modo, cabe reconocer validez, en el ámbito jurisdiccional militar, a la presentación de un escrito ante un órgano judicial distinto del competente a que se dirija -siempre que no sea caprichosamente elegido- e incluso ante el Jefe de la Unidad a que pertenezca el recurrente, pero bajo la condición de que concurren excepcionales circunstancias -derivadas, por ejemplo, de las limitaciones a la libre circulación por causa del servicio, a que se refería la Sentencia de 28 enero 1992 ([RJ 1992\4059](#))- que impedirían o dificultarían gravemente la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de no ofrecerse alguna alternativa a la observancia de la regla general.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ STS, sala V, de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/1748), de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6604).

⁶⁹⁵ STS, sala V, 39/95 de 20 de septiembre, RJ 1995/6604

Podemos observar que conforme a una reiterada Doctrina de la Sala V expresamente contenida, entre otras, en las Sentencias de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6604) y de 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9378) que, en materia de entrada de escritos de carácter judicial, los mismos han de presentarse ante el propio Órgano Jurisdiccional. Considero que el criterio mantenido por la sala V es plenamente acertado pese a que, si bien es cierto, que el Tribunal Constitucional tiene dicho que los requisitos y presupuestos procesales para interponer los recursos que correspondan han de ser interpretados flexiblemente en aras a permitir el derecho a los recursos y, con él, el derecho a la tutela judicial efectiva que se vería conculcado si tales presupuestos se interpretaran rígidamente, en el ámbito castrense, resulta más acertado que dicha entrada sea en la sede del Tribunal competente (Supremo o Tribunal Militar Central). Así, como he apuntado, esto marca un matiz importantísimo al ser patente el hecho de que estamos ante un órgano judicial y no administrativo y, por tanto, resalto la acertada la jurisprudencia de la sala V al reiterar que no cabe el conducto reglamentario. Como bien sabemos, en el ámbito castrense, los recursos administrativos se presentan siguiendo el conducto reglamentario, es decir, los recursos tienen que presentarse ante el jefe de la Unidad quien, por conducto reglamentario, los elevará ante el órgano competente para resolver. Pero en vía judicial no es así y como he reiterado esto supone un avance importantísimo en aras a una mayor seguridad jurídica y de plena garantía en el acceso a una tutela judicial efectiva.

C) Notificación de la resolución sancionadora

Las notificaciones de los actos sancionadores dictados en aplicación de la ley disciplinaria deberán reunir los requisitos ordenados en la misma y en las demás leyes y reglamentos sobre procedimiento administrativo.⁶⁹⁶

⁶⁹⁶L.O. 2/89, art 476

La ley de Régimen Disciplinario establece que la resolución adoptada se notificará al recurrente con indicación del recurso que proceda contra la misma, plazo hábil para recurrir y autoridad u órgano judicial ante quien debe interponerse.⁶⁹⁷

Asimismo la LRJPAC establece que para que la notificación produzca el efecto legal de que, a partir de ella, empiece a contar el plazo para la interposición del recurso, es necesario que contenga los extremos del art 58.2 que son.⁶⁹⁸

1. El texto íntegro de la resolución

El texto notificado ha de comprender tanto la parte expositiva, como la dispositiva y la motivación. Esta puede formalizarse por remisión a lo dictaminado por el Asesor Jurídico, bien mediante su inclusión expresa, siquiera fuera sucinta, en el propio texto de la autoridad sancionadora, bien por referencia al informe que sirvió de base al acuerdo, en cuyo caso tal informe debe formar parte integrante de la resolución.⁶⁹⁹ Por tanto, si en la resolución se omite la motivación contenida en el informe del Asesor Jurídico, se impide al sancionado el conocimiento de los hechos y razonamientos que sirvieron a la autoridad sancionadora para adoptar el acuerdo notificado, incumplándose de esta manera el mandato legal de la notificación de la resolución.⁷⁰⁰ La doctrina del TC, doctrina que ya puso de relieve la sentencia de 17 de julio de 1981 (RTC 1981/26) ha señalado que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la CE, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifiquen deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó. De modo que la

⁶⁹⁷L.O. 8/98, art 80.3

⁶⁹⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares "L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.Pag 2112.Pag 2114

⁶⁹⁹STS, sala V, de 2 de marzo de 1992 (RJA 17459 y 27 de enero de 1994 (RJA 452).

⁷⁰⁰STS, sala V, de 12 de Julio de 1993 (RJA 5657).

motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos.⁷⁰¹

2. Indicación de si el acto es o no definitivo en vía disciplinaria. Este requisito ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia de la sala V.⁷⁰²
3. Expresión de los recursos que procedan,⁷⁰³ órgano ante el que hubieran de presentarse⁷⁰⁴ y plazo para interponerlos. Respecto a la indicación de los recursos que procedan tiene declarado la jurisprudencia de la sala V⁷⁰⁵ que cuando el art 476 LPM se remite a las leyes y reglamentos del procedimiento administrativo y a la propia Ley de Régimen Disciplinario, al aludir a los requisitos de las notificaciones de los actos sancionadores, se está refiriendo a los recursos ordinarios que procedan contra tales actos, pero no cabe entender, con arreglo a una consolidada doctrina del TC y de este TS, que en esa obligación se extienda a aquellos otros de carácter extraordinario que también puede excepcionalmente ejercer el interesado. Entre estos esta el recurso preferente y sumario que se regula en el ámbito sancionador militar que, sólo cuando sea el único recurso ejercitable como en el caso de las faltas leves, y por tanto el exclusivo cauce para acceder al control jurisdiccional de los tribunales, deberá consignarse en la notificación del acto sancionador.

Pero si la administración ha inducido a error al particular notificándole un recurso que no es el procedente, si el particular sigue esta indicación y entabla tal recurso no

⁷⁰¹ STS, sala V de 20 de mayo de 1994, (RJ 1994/4458)

⁷⁰² STS, sala V de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002/4661); de 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3962); 4 de octubre de 1999 (RJ 1999/9170), 27 de octubre de 1998 (RJ 1999/9166)

⁷⁰³ STS sala V de 27 de octubre de 1998, (RJ 1999/9166); 4 de octubre de 1999, (RJ 1999/9170), de 16 de enero de 1996 (RJ 1996/580).

⁷⁰⁴ STS sala V de 24 de noviembre de 2001, (RJ 2002/4263)

⁷⁰⁵ STS, sala v de 28 de junio de 2001, (RJ 2002/8693); 17 de mayo de 2000, (RJ 2000/4071); STC 5/92 de 28 de enero (RTC 1992/5); STS , sala v de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3096); 20 de abril de 1994; 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7873); 23/91 de 30 de mayo (RJ 1991/5174); 8 de junio de 2001 (RJ 2002/2962).

puede quedar perjudicado por un error provocado por el órgano con potestad sancionadora, debe entenderse que ha dado lugar a una modalidad de indefensión.⁷⁰⁶

La notificación se hará personalmente al interesado. Respecto a los medios de notificación hay que estar a lo previsto en el art 59 de la LRJPAC. Tiene declarado la sala V que la exigencia de notificación puede tenerse por cumplida en tiempo cuando conste el intento de notificación en forma, siempre que ésta no se haya podido llevar a efecto bien por la resistencia del interesado a la recepción de la comunicación, bien por otras circunstancias, siempre que conste la diligente actuación de la administración, doctrina elaborada bajo la aplicación hermética de los principios establecidos en la ley 4/99.⁷⁰⁷

Hay que señalar que la jurisprudencia de la sala V⁷⁰⁸ ha declarado que la notificación del acto sancionador hace posible que surtan los efectos derivados del mismo. De manera que aun siendo válidos su eficacia se demora y queda supeditada a que el destinatario tenga conocimiento de su contenido o pueda haberlo tenido dentro de un comportamiento diligente por parte de la administración.⁷⁰⁹

D) Plazo

El problema de los plazos, si bien es simple en apariencia, tiene una importancia capital, porque transcurrido el plazo el acto deviene firme e inatacable y el recurso resulta inadmisibile.⁷¹⁰ Se trata de un tema de escasa enjundia doctrinal pero de gran relevancia práctica.⁷¹¹

⁷⁰⁶ STS, sala V de 8 de junio de 2001, (RJ 2002/2962).

⁷⁰⁷ STS, sala V de 28 de junio de 2002, (RJ 2002/5884).

⁷⁰⁸ STS, sala V de 5 de mayo de 1999, (RJ 1999/5575)

⁷⁰⁹ STS, sala V de 14 de febrero de 2001, (RJ 2001/9305).

⁷¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", pag 622.

⁷¹¹ BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativo", pag 356.

El plazo para interponer el recurso es de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acto recurrible.⁷¹² No obstante, cuando dicho acto se haya notificado fuera del suelo español de las aguas jurisdiccionales españolas, se prorrogará dicho plazo, finalizándose una vez transcurridos dos meses desde que el sancionado hubiese regresado a suelo español.⁷¹³

El cómputo del plazo de dos meses se efectuará de fecha a fecha, no se excluirán del mismo los domingos y festivos oficiales y sólo se descontará el mes de agosto, durante el cual no correrán los plazos, conforme al art 512.2 LPM. Además para el cómputo de dicho plazo se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el art 5.1 del Código Civil y en el art 185 de la LOPJ.⁷¹⁴ Hay que tener en cuenta que no existe norma específica en la ley procesal militar y que la modificación del Código Civil (cuyo anterior art 7º establecía para este supuesto el cómputo de los meses como de treinta días) vino a unificar el sistema haciéndolo equivalente al de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo art 305 disponía que los términos señalados por meses se contarán por meses naturales, por cuanto ese mismo resultado se obtiene computándolos de fecha a fecha, cómputo que con esta misma locución, de fecha a fecha, se recoge en la actualidad en el art 133 de la ley 1/2000, de 7 de enero.⁷¹⁵ Respecto del plazo hay que señalar que cuando el recurso se interponga ante un órgano judicial incompetente y este se declara incompetente por sentencia, el plazo de dos meses comienza a contar desde esta última resolución.⁷¹⁶

El plazo para recurrir es de caducidad⁷¹⁷ y no puede ser objeto de prórroga artificial ni alargado o rehabilitado, a través de la subsanación prevista en el art 512 LPM, ni con

⁷¹²MILLAN GARRIDO “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993. Pag 787.

⁷¹³L.O. 2/89, art 475

⁷¹⁴STS, Sala V, de 30 de septiembre de 1991, (RJA 6545)

⁷¹⁵STS, sala V, de 13 de noviembre de 2001, (RJ 2002/3712)

⁷¹⁶LORCA NAVARRETE “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁷¹⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio “Comentarios a las leyes procesales militares” L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.Pag 2112.Pag 2116

la utilización de recursos inexistentes en la ley, ni tampoco acudiendo a la interposición de recursos manifiestamente improcedentes.⁷¹⁸

Hay que señalar que al ser los órganos jurisdiccionales militares los únicos ante los que puede presentarse el escrito de interposición del recurso, es la fecha de entrada de ese escrito ante esos órganos la única que puede ser tenida en cuenta y por ello en el empleo de otros modos de interposición, como puede ser el correo, ha de computarse siempre con fecha de interposición la de entrada en el propio órgano jurisdiccional militar.⁷¹⁹

La ley 29/98 incluye en su redacción el plazo para recurrir contra el acto presunto. Así establece en el art 46 que si el acto no fuere expreso el plazo será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto.

En vista de lo anterior considero al igual que algún sector de la doctrina⁷²⁰ que resultaría necesario adecuar la LPM a las prescripciones de la nueva LJCA modificando en tal sentido el art 475 de la referida norma. Así en el anteproyecto de ley de reforma del la LPM se prevé el supuesto del silencio administrativo estableciéndose en este caso un plazo de seis meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto.⁷²¹

E) Suspensión de la sanción

Naturaleza

El acto administrativo despliega sus efectos “ab initio” con independencia de que el afectado acuda al recurso oportuno, administrativo o jurisdiccional, y ello por regir en

⁷¹⁸STS, sala V, de 30 de mayo de 1991, (RJA 5174)

⁷¹⁹LORCA NAVARRETE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁷²⁰MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁷²¹DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 150.

nuestro derecho la regla general de ejecutividad del acto administrativo⁷²² siendo la suspensión una situación excepcional regulada en la LRJPA.⁷²³

Así la ejecutividad es una característica esencial de los actos administrativos dimanante de la prerrogativa de autotutela de que goza la administración para servir con eficacia a los intereses generales.⁷²⁴

La ley procesal militar regula la suspensión de la sanción como una situación excepcional.⁷²⁵ No obstante, la ejecución de la sanción tiene lugar en un momento anterior, cual es el ejercicio de lo que se ha venido a denominar “control administrativo exógeno”.⁷²⁶ A este respecto la Ley disciplinaria militar prevé que el sancionado pueda pedir la suspensión de las sanciones por falta grave y extraordinaria durante el tiempo de tramitación del recurso, que se denegará si con ello se causa perjuicio a la disciplina.⁷²⁷ La cuestión estriba en evitar que el tiempo necesario para que el Tribunal decida si se tienen o no derecho es el precio que hay que pagar por la calidad de las sentencias y no termine por hacer vano o inútil el ejercicio del mismo, a cuya finalidad responde la suspensión.⁷²⁸

Planteada la cuestión el TC⁷²⁹ ha declarado que el art 24 no impide la ejecutividad de los actos sancionadores impuestos dentro de las relaciones especiales de sujeción. La razón de tal postura estriba en que la ejecución es controlable judicialmente, por la vía del incidente de suspensión planteado en cualquier momento dentro del recurso contencioso contra el acto administrativo.

La jurisprudencia del TS ha precisado los términos conceptuales de la suspensión, como una medida cautelar y preventiva, de carácter instrumental, precaria y

⁷²²HERNANDEZ MUNTIEL Arturo y FERRER BARQUERO Ramón “Manual Práctico de la Jurisdicción Militar”. Editorial Práctica de Derecho S.L. Valencia 1998. pag 131.

⁷²³Ley 4/99, art 111.

⁷²⁴STC 22/84, de 17 de febrero.

⁷²⁵LPM art 513.

⁷²⁶GARBERI LLOBREGAT, “Potestad sancionadora de la administración”. Editorial “Trivium”, pag 369.

⁷²⁷L.O. 2/98, art 81.

⁷²⁸CHILLIDA MARIN, “La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa”. CIVITAS, pag 172,173.

⁷²⁹STC 66/84, de 6 de junio.

provisional, que como tal no es definitiva ni irreformable, debiendo tomarse con urgencia si se desea su eficacia.⁷³⁰

Considero que debe partirse del principio de ejecutividad inmediata de los actos administrativos y de la presunción de legalidad de dichos actos (artículos 56 y 57 de la ley 30/92, de 26 de noviembre). No obstante, pese a que el artículo 513 de la ley procesal militar prevé la posibilidad de que, a instancia del actor, el Tribunal acuerde la suspensión, que habrá de fundarse en alguna de las cuatro causas que establece dicho precepto, esta debe ser una medida excepcional. No podemos olvidar el ámbito de sujeción especial en el que nos movemos y la finalidad de la disciplina en el ámbito de las Fuerzas Armadas, que no es otra, que la de la ejemplaridad.

Motivos de la suspensión

Conforme el art 513 LPM solo puede acordarse la suspensión de las sanciones por falta grave y de las extraordinarias. La razón de excluir las faltas leves se encuentra en la menor trascendencia de estas sanciones y en la propia disciplina.⁷³¹

Las causas son:

- a) Cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del art 62 LRJPA) y así lo aprecie el tribunal.
- b) Cuando durante la tramitación del recurso en vía disciplinaria, se acordó ya la suspensión del acto recurrido.
- c) Cuando la sanción recurrida sea la de pérdida de destino y lleve consigo el traslado forzoso del sancionado fuera de la localidad donde hasta entonces residía.
- d) Cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

⁷³⁰Auto TS 4 de mayo de 1982 (RJA 3111).

⁷³¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares" L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995. Pag 2208.

a) La primera causa no se aplica de forma automática, ya que el tribunal debe entender justificada la suspensión sólo cuando la nulidad aparezca “de forma fácilmente apreciable, como algo ostensible y evidente”.⁷³² Son nulos de pleno derecho:

1.- los actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional 2.- los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio

3.- los actos cuyo contenido sea imposible

4.- los actos que sean constitutivos de delito

5.- los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados

6.- los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición

7.- cualquier otro que se establezca en una disposición de rango legal.

b) El motivo es más objetivos, siendo de aplicación directa. A tal efecto el artículo 81 de la ley disciplinaria señala que el sancionado podrá solicitar la suspensión de las sanciones por falta grave y extraordinaria durante el tiempo de tramitación del recurso. La autoridad competente para el conocimiento del recurso deberá resolver dicha petición en el plazo de cinco días, debiendo denegarse si con ella se causa perjuicio a la disciplina militar.

Transcurrido dicho plazo se entenderá desestimada la solicitud sin perjuicio de la obligación de resolver expresamente.

c) Es también un motivo objetivo

⁷³²Auto TS de 8 de julio de 1992.

d) Este motivo debe valorarse, en cada caso, en relación directa con el interés público presente en la actuación administrativa.⁷³³ A esto hay que añadir las peculiaridades del régimen sancionador militar: en general, las sanciones de índole próxima a lo administrativo producen perjuicios que suelen ser evaluables económicamente y son, por tanto, reparables aunque sea con dificultad. Por el contrario, las sanciones que se aproximen a las penales son en ocasiones, de imposible reparación (el tiempo no se devuelve).⁷³⁴ La jurisprudencia de la sala V ha señalado algunos ejemplos en los que la ejecución no ocasiona daños de imposible o difícil reparación, entre otros cabe señalar los siguientes:

1. Sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta en Expediente Gubernativo, aún dentro de su máxima entidad, en coherencia con su carácter de sanción por falta muy grave, no es en sí misma causante de perjuicios que no admitan reparación, si llegara a prosperar la pretensión jurisdiccional y dicha sanción fuera anulada, puesto que la estimación del recurso llevaría consigo para el recurrente la reposición en la situación jurídica afectada por el seguimiento del Expediente y la anulación de la sanción ejecutada, con pleno restablecimiento de sus derechos profesionales y económicos y con la garantía de la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios irrogados. No cabe duda de que la ejecución de la sanción ha de producir perjuicios económicos al sancionado, que pueden repercutir en su vida familiar, pero ha de precisarse que estos se derivan propiamente de la sanción impuesta y no de su ejecución, que se limita al cumplimiento de lo acordado, y que tales perjuicios económicos, perfectamente evaluables, podrán ser completamente indemnizados en el caso de que de que la impugnación planteada tuviese una

⁷³³Auto de la sala 3ª del Ts de 21 de marzo de 1988.

⁷³⁴SANCHEZ DEL RIO "Algunas observaciones" Op. Cit. Pag 92.

favorable acogida total o parcial. También los posibles perjuicios de orden moral, si fueran acreditados, serían susceptibles de reintegración⁷³⁵ ,.

2. En el caso de la sanción extraordinaria de separación por embriaguez habitual.

En este caso la sala V desestimó la petición de suspensión de la sanción por el peligro social que puede representar la reintegración al servicio, y el correspondiente uso de armas, de quien ha sido hallado, en vía gubernativa, responsable de dicha infracción. En este caso la ponderada valoración de ambos intereses, la Sala -sensible también al mayor o menor «fumus boni iuris» que se desprende, a la vista del Expediente, de la impugnación interpuesta- estima preponderante, aquí, el de carácter general que postula la ejecución de la sanción y, en consecuencia, niega la suspensión pedida.⁷³⁶

Procedimiento

La suspensión sólo se podrá pedir por medio de otrosí, en el escrito de interposición del recurso, aunque no esté ejecutándose la sanción en el momento de la interposición, advirtiéndose en este caso por el actor, que se solicita para el caso de que con posterioridad comenzara la ejecución.⁷³⁷

El Tribunal al tiempo que reclama el expediente, interesa a la Autoridad sancionadora que informe sobre la petición de suspensión en el término de 10 días.⁷³⁸ Este informe no tiene carácter vinculante y su función estriba en hacer una serie de alegaciones sobre las consecuencias que a juicio de la autoridad se derivarían de dicha suspensión

⁷³⁵ Autos de 9 de mayo [JUR 2005, 260773], 1 de septiembre [JUR 2005, 228020], 13 de diciembre de 2005 [JUR 2006, 146729] y 25 de julio de 2006 [JUR 2006, 245212], de 23 de febrero de 2004 JUR 2006/14965.

⁷³⁶ ATS (Sala de lo Militar) de 16 noviembre 2000, RJ 2000/10633

⁷³⁷ L.O. 2/89, art 514

⁷³⁸ L.O.2/89, art 514.

para la ejemplaridad y mantenimiento de la disciplina, que es la razón de ser de la sanción impuesta.⁷³⁹

Emitido el informe o trascurrido 15 días sin haberlo recibido, el tribunal acordará lo procedente, mediante auto.⁷⁴⁰

El auto que estime la suspensión produce efectos jurídicos sobre la administración sancionadora y sobre el recurrente. Para aquella surge la obligación de suspender la sanción y para el peticionario el derecho subjetivo a obtener la suspensión solicitada.⁷⁴¹

La suspensión despliega sus efectos hasta que el proceso termine, pues con el fallo ya no cabe precaución y reserva sobre la ejecutividad: si la sentencia es estimatoria de la pretensión, la situación provisoria mantenida por la suspensión devendrá en definitiva y si fuese desestimatoria, quedará levantada la suspensión.⁷⁴²

F) Reclamación del Expediente

El tribunal el mismo día de la presentación o en el día siguiente hábil, acordará reclamar el expediente. Dicha reclamación se hará por vía telegráfica o similar y con carácter urgente a la autoridad o mando sancionadores para que en el plazo de cinco días,⁷⁴³ a contar desde la recepción del requerimiento, remita el expediente.⁷⁴⁴

La ley 29/98 señala que el órgano jurisdiccional requerirá a la administración que le remita el expediente administrativo. La reclamación se hará al órgano autor de la disposición o acto impugnado o aquel a quien se le impute la inactividad o vía de hecho.⁷⁴⁵

⁷³⁹SANCHEZ GUZMAN Eugenio "Comentarios a las leyes procesales militares "L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.Pag 2210

⁷⁴⁰L.O. 2/89, art 514.

⁷⁴¹SANCHEZ GUZAMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2211

⁷⁴²SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP.CIT. Pag 2211

⁷⁴³ROJAS CARO J."Derecho disciplinario militar". Ed. Tecnos. Madrid 1986. Pag 215

⁷⁴⁴L.O. 2/89, art 477.

⁷⁴⁵Ley 29/98, art 48.

El expediente disciplinario es la plasmación documental del procedimiento que ha servido de antecedente al acto sancionador, objeto de la pretensión del recurrente. Considero que su significación en el proceso contencioso-disciplinario se proyecta en un triple sentido:

1. Para el recurrente es una garantía derivada del principio de igualdad procesal de las partes al exhibirle los antecedentes del acto que obran en poder de la administración.
2. Para la administración es la forma de justificar su actuación en vía disciplinaria, en la medida en que la presunción de legalidad de que la misma goza, se articula sobre la existencia, exhibición y constancia del expediente⁷⁴⁶.
3. Para el tribunal, por cuanto que la función revisora que en dicho proceso se realiza alcanza no sólo al acto que es objeto de impugnación sino a las actuaciones que lo determinaron y que habrán de ser tomadas en consideración para llegar a la resolución del litigio.⁷⁴⁷ De esta forma la incorporación del expediente es un elemento esencial cuyo contenido queda convertido en el ámbito de la cognitio judicial, independientemente de que las partes puedan formular nuevas alegaciones y de que con toda normalidad pueda desarrollarse un periodo probatorio.⁷⁴⁸ Es una garantía procesal al incorporar al procedimiento todo lo tenido en cuenta en vía disciplinaria.⁷⁴⁹

Respecto a los requisitos hay que señalar los siguientes:⁷⁵⁰

1. Se ha venido manteniendo que la administración requerida debe remitir el expediente original, sin que puedan enviarse en su lugar copias, fotocopias o certificaciones,⁷⁵¹ pero recientemente el Tribunal Supremo ha sostenido que la remisión en fotocopia y no en original es válida si las partes no lo impugnan o no

⁷⁴⁶SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2118

⁷⁴⁷STS, sala V, de 19 de octubre de 1987 (RJA 8667)

⁷⁴⁸STS, sala V, de 9 de octubre de 1990 (RJA 7845)

⁷⁴⁹LORCA NAVARRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁷⁵⁰SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT Pag 2118

⁷⁵¹STS, sala V, de 23 de marzo de 1966 (RJA 1520) y 23 de mayo de 1967 (RJA 3652)

produce indefensión.⁷⁵² En cualquier caso queda abierta la posibilidad de autenticación de las copias extendiendo la oportuna nota de cotejo y conformidad con el original. *La ley 29/98 señala que el expediente se enviará original o mediante copia autenticada, además añade que debe ir completo, y foliado acompañado de un índice, asimismo autenticado.*⁷⁵³

2. El expediente debe ser remitido al Tribunal en el plazo de cinco días desde la recepción del requerimiento. Sin embargo la realidad muestra que en tan exiguo tiempo resulta prácticamente imposible de llevar a cabo el envío del expediente.⁷⁵⁴ De ahí que en la práctica los tribunales no hagan uso de las referidas medidas correctivas previstas en el art 477 párrafos 2º y 3º de la L.O. 2/89 ⁷⁵⁵. El anteproyecto de reforma de la LPM establece en el art 481 que el plazo para la remisión del expediente es de diez días contemplándose la imposición de multa de 150 a 600 euros a la persona responsable en caso de incumplimiento de una segunda reclamación del expediente.⁷⁵⁶ La ley 29/98 señala que el expediente debe remitirse en plazo improrrogable de veinte días, a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general del órgano requerido.⁷⁵⁷

Por otra parte, entiendo que la reclamación del expediente disciplinario produce los siguientes efectos:

1. Con dicha reclamación se entiende emplazada la administración sancionadora.⁷⁵⁸ El emplazamiento de la administración sancionadora se

⁷⁵² STS, sala V, de 30 de octubre de 1978 (RJA 3991) y 23 de diciembre de 1985

⁷⁵³ Ley 29/98, art 48.4.

⁷⁵⁴ SANCHEZ DEL RIO "Algunas observaciones críticas sobre el proceso contencioso disciplinario". Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar. Marzo 1991. pag 8.

⁷⁵⁵ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2119

⁷⁵⁶ DE LAS HERAS DURAN José Manuel, "El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario". Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003. Pag 150.

⁷⁵⁷ Ley 29/98, art 48.3

⁷⁵⁸ ROJAS CARO J. "Derecho disciplinario militar". Ed. Tecnos. Madrid 1986. Pag 215

entenderá efectuado por la reclamación del expediente, la cual se pondrá en conocimiento del representante de aquella. Mediante dicha comunicación se entenderá personada y parte.⁷⁵⁹ Es innecesario el emplazamiento de otros demandados y coadyuvantes dada la naturaleza de las cosas en el procedimiento disciplinario militar.⁷⁶⁰

La ley 29/98 prevé también que el emplazamiento de la administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente.⁷⁶¹

2. Recibido el expediente y examinado por el Tribunal, declarará no haber lugar a la admisión cuando le consten de modo inequívoco y manifiesto alguna de las circunstancias que se relacionan en el art 478 de la LPM.
3. La demanda y contestación se deducirán poniendo de manifiesto el expediente a las partes, considerando el TC un supuesto típico de “crisis procesal” la ausencia del mismo.⁷⁶²

G) El incidente de inadmisión

Del estudio pormenorizado del recurso contencioso disciplinario militar ordinario deduzco que el incidente de inadmisión puede realizarse en tres momentos procesales:

1. Al final del proceso, al dictar sentencia, como uno de los posibles contenidos del fallo.
2. En el trámite inicial del proceso, si con escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el art 474 y no se subsana defecto en plazo de diez días.
3. En el incidente del art 478.

⁷⁵⁹L.O. 2/89, art 479.

⁷⁶⁰LORCA NAVARRETE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 470.

⁷⁶¹Ley 29/98, art 50.

⁷⁶²STC 24/81 de 14 de julio.

En cuanto a los motivos de inadmisión,⁷⁶³ que señala el art 478, hay que señalar los siguientes:⁷⁶⁴

1. Falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal.⁷⁶⁵

La falta de jurisdicción o competencia impide entrar a abordar y resolver otros problemas materiales y formales.⁷⁶⁶

- Por lo que se refiere a la carencia de jurisdicción, según el art 9.6 de la LOPJ, la misma puede dictarse a lo largo del procedimiento siguiendo los trámites establecidos en dicho precepto, y en lo que se refiere a la falta de competencia, cabe igual posibilidad, según se desprende del contenido del art 449.2 LPM en relación con el art 74 LEC, aplicable con carácter supletorio.

En el caso de Falta de Jurisdicción, debe indicarse cual es la jurisdicción que se estima competente a la que podrá acudir el actor para que decida sobre su pretensión y plantear, si también ella declara su falta de jurisdicción, previo el recurso del art 50 LOPJ, el correspondiente conflicto negativo sobre la materia.⁷⁶⁷

- La Falta de Competencia, la LPM prevé expresamente⁷⁶⁸ que el órgano incompetente debe remitir las actuaciones al que sea competente para que siga ante él el curso de los autos, con lo que no se priva de validez a lo actuado ante el órgano incompetente⁷⁶⁹.

⁷⁶³MILLAN GARRIDO “Comentarios a la ley disciplinaria Millán Garrido “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993, pag 788.

⁷⁶⁴SANCHEZ GUZMAN Eugenio, Comentarios a las leyes procesales militares (tomoll). Ministerio de Defensa, pag 2120

⁷⁶⁵STS, sala V de 24 de noviembre de 1992, (RJA 9305).

⁷⁶⁶STS, sala V de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6545); de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8499).

⁷⁶⁷STS nº 49/83, de 1 de junio; nº 43/84 de 26 de mayo y 112/86 de 30 de septiembre.

⁷⁶⁸L.O. 2/89, art 449.3

⁷⁶⁹Auto TS de 22 de febrero de 1985 (RJA 1225) y STS de 6 de abril 1990 (RJA 2858).

Volvemos a insistir en el hecho de que tiene competencia para conocer este recurso o bien la sala v del Tribunal Supremo, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa⁷⁷⁰, incluso las extraordinarias⁷⁷¹, o bien la Sala de Justicia de Tribunal Militar Central, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.⁷⁷²

2. Deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el art 468

El art 468 contempla dos supuestos:

- a) Actos que reproducen otros anteriores ya firmes o son confirmatorios de acuerdos consentidos, cuyo acceso a la vía judicial ha sido ya posible respecto de tales actos anteriores.
- b) Los que resuelvan recurso por falta leve, porque expresamente se remite la posibilidad de su impugnación a la vía del contencioso disciplinario preferente y sumario.

3. No haberse interpuesto los recursos en vía disciplinaria que fuesen preceptivos.

4. Haber caducado el plazo de interposición del recurso. El plazo para la interposición es de dos meses.

La ley 29/98 regula el incidente de inadmisión por la mismas causas señaladas⁷⁷³ introduce una modificación ya que permite declarar la inadmisibilidad por razones de fondo⁷⁷⁴, así establece que se puede declarar la inadmisibilidad cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme.

⁷⁷⁰L.O.4/87 , de competencia y organización de la jurisdicción militar, art 23

⁷⁷¹Sal 5ª, auto 8 de noviembre y 18 de diciembre de 1990 (RJA. 1645 y 10457) ; 19 de diciembre de 1989 (RJA 9174 y 9179) ; 16 de enero y febrero de 1992(RJA 4061).

⁷⁷²LOCO 4/87, art 34.7.

⁷⁷³Ley 29/98, art 51.

⁷⁷⁴GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", pag 631.

No se trata de que el tribunal aprecie que existe cosa juzgada, pues no se exige que haya identidad de supuestos, en definitiva se remite a la subjetividad del juez apreciar que sean en efecto sustancialmente iguales esos otros recursos.⁷⁷⁵

Considero que seria muy conveniente adecuar, en una futura reforma de la ley procesal militar, la regulación actual a las previsiones de la ley 29/98 y admitir la posibilidad de inadmisión por cuestiones de fondo en supuestos análogos.

Respecto a la tramitación hay que señalar lo siguiente:

Corresponde al Tribunal y únicamente a él promover de oficio el incidente de inadmisión.⁷⁷⁶ El Abogado del Estado podrá invocar las causas de inadmisión al contestar a la demanda junto con los demás motivos de oposición a la pretensión, pero no en este trámite previo de inadmisión. No obstante lo anterior, considero que nada impide presentar escrito dirigido al Tribunal denunciando la evidencia de algún motivo de inadmisibilidad de los enunciados en el art 478, a fin de que pueda ejercitar la potestad que el mismo prevé; pero si el Tribunal hace caso omiso de dicho escrito, no se producirá infracción alguna, ya que se trata de una facultad que la ley reconoce para que la ejerza de oficio. La inadmisión no supone un “principio de prueba” sino “prueba plena” inequívoca y manifiesta de la existencia de la causa de inadmisión.⁷⁷⁷

“Recibido el expediente y examinado por el Tribunal, si lo considera necesario... declarará...”. De esto deduzco que la reclamación del expediente puede resultar superflua si con el simple escrito de interposición se desprende que se dan alguno de los supuestos de inadmisibilidad previstos en le art 478, y por tanto resulta superflua la solicitud del expediente.

⁷⁷⁵ BAENA DEL ALCAZAR Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativo”, pag 360.

⁷⁷⁶ SANCHEZ GUZMAN Eugenio, Comentarios a las leyes Procesales Militares, tomo II, pag 2122.

⁷⁷⁷ LORCA NAVARRTE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

Antes de declarar la inadmisibilidad el Tribunal lo hará saber a las partes para que en el plazo de diez días aleguen lo que estimen pertinente y acompañen los documentos a que hubiere lugar.

La ley 29/98 señala que el juzgado o la sala antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo para que el plazo de 10 días, aleguen lo procedente.⁷⁷⁸

Respecto a los efectos hay que señalar lo siguiente:⁷⁷⁹

1. Promovido el incidente queda en suspenso el procedimiento hasta la resolución de aquél. No rige aquí la regla del art 515 LPM que dispone la sustanciación de los incidentes en pieza separada, sin suspensión del curso de los autos.
2. El tribunal mediante auto puede acordar la inadmisión del recurso como resolver lo contrario, vistas las alegaciones y demás documentos aportados.
3. Contra el auto de inadmisión cabe interponer el recurso de suplica y contra el desestimatorio de este el de casación.⁷⁸⁰

En los casos de inadmisión una vez firme el auto, bien por no haberse interpuesto los recursos en plazo o bien por haberse agotado los mismos, el proceso queda terminado, archivándose las actuaciones. En el caso de admisión, firme el auto seguirá la tramitación del proceso, pero una vez decidida la no procedencia del motivo no puede volver a replantearse la misma causa, al tratarse de cosa juzgada definitivamente.⁷⁸¹

⁷⁷⁸Ley 29/98, art 51.4.

⁷⁷⁹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT. Pag 2122, 2123.

⁷⁸⁰PERA VERGADER "Comentarios a la LJCA". Bosch 1992. pag 445.

⁷⁸¹STS, sala V, de 17 de junio de 1991, (RJA 4903).

III. DEMANDA

A) Naturaleza

En el recurso contencioso-disciplinario hay que distinguir dos momentos procesales: uno el de interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto sancionador contra el que se formula y otro el de demanda, en el que con relación a aquel se deducirán las pretensiones que interesan.

Lo que la LPM denomina demanda no es una demanda en sentido técnico procesal sino el escrito en el que se formula la pretensión.⁷⁸²

La relación entre demanda y pretensión ha sido resumida por algún autor como Guasp en los siguientes términos: concedida a los particulares la facultad de acudir a los tribunales, pueden iniciando el correspondiente proceso (demanda) reclamar ante ellos (pretensión) ya sea al mismo tiempo, ya después de la iniciación.⁷⁸³ La demanda es, por tanto, el acto escrito de postulación de la parte actora mediante el cual introduce su pretensión, referida al acto administrativo o disposición que ha sido mencionado en el escrito de interposición del recurso.⁷⁸⁴

Podemos observar como el recurso contencioso disciplinario es uno de los supuestos legales en que aparecen claramente diferenciados los momentos de iniciación del proceso sin actuación, en dicho trámite, de la pretensión, y de formalización posterior de la misma. No obstante, como ya apuntaba al hablar de la interposición del recurso, la ley 29/98 introduce una novedad que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse directamente mediante demanda⁷⁸⁵. Por el contrario, observamos que en el ámbito contencioso disciplinario el procedimiento se inicia siempre mediante el escrito de interposición pese a que, como he apuntado a lo largo de esta tesis, en este procedimiento no se admiten coadyuvantes, art 455 L.O. 2/89, al considerar que sólo

⁷⁸² SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OP. CIT., Pag 2127.

⁷⁸³ GUASP "La pretensión procesal" CIVITAS pag 57.

⁷⁸⁴ RAMON PARADA, "Derecho Administrativo", pag 769.

⁷⁸⁵ Ley 29/98, art 45.5.

se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora. Por tanto, considero que sería interesante adecuar el procedimiento contencioso disciplinario a las previsiones establecidas en la ley 29/98, en el sentido de que este procedimiento se pudiese iniciar directamente mediante demanda.

B) Plazo

El plazo de deducir la demanda es de quince días.⁷⁸⁶ El plazo empieza a correr al **día** siguiente de la notificación de la providencia que acuerde la puesta de manifiesto del expediente en la Secretaría del Tribunal. A la vista de la doctrina del TC,⁷⁸⁷ el plazo se inicia a partir del momento en que la entrega del expediente se lleve a efecto, bien al interesado bien a su abogado.

Al señalarse el plazo por días⁷⁸⁸ quedan excluidos del cómputo los inhábiles y entre ellos los del mes de agosto.⁷⁸⁹

Si la demanda no se presenta en plazo se declara de oficio caducado el recurso.⁷⁹⁰ La declaración de caducidad se limita a constatar una situación puramente fáctica, cuando aquélla opera por ministerio de la ley.⁷⁹¹ No obstante, aun cuando la innegable importancia de la demanda impulsó, al legislador a prever un supuesto específico de caducidad en el caso de que no fuese formulada en tiempo, ninguna razón definitiva hay para obviar el principio de tutela judicial del art 24 CE y el mandato del art 11.3 LOPJ, para que no pueda aplicarse el criterio antiformalista del art 512, por lo que la presentación del escrito fuera del plazo de 15 días, no justifica la declaración de caducidad del recurso si el escrito se presenta antes de dictarse la oportuna providencia o en el mismo día en que esta se notifique. Por tanto, esta rigidez queda salvaguardada por lo establecido en la LPM al establecer la posibilidad de presentar el escrito que

⁷⁸⁶L.O. 2/89, art 480.

⁷⁸⁷STC, nº 11/1993, de 18 de enero.

⁷⁸⁸STS, sala V, de 30 de septiembre de 1991, (RJA 6546).

⁷⁸⁹LPM, art 512.2

⁷⁹⁰L.O. 2/89, art 480.

⁷⁹¹LORCA NAVARRRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 470.

proceda dentro del mismo día en que se notifique la providencia que declare concluso el plazo en que debió llevarse a cabo la actuación procesal, se ofrece así una oportunidad extrema a las partes de remediar su inactividad en el mismo momento de la notificación de las inevitables consecuencias de la misma.⁷⁹²

La jurisprudencia del TC ha declarado que la oportunidad de actuación procesal deviene absolutamente necesaria con carácter previo a la declaración de caducidad y ello porque constituye una garantía para el justiciable.⁷⁹³ No obstante la doctrina apunta que de esta forma se está primando al litigante moroso, y que así pueden facilitarse algunas corruptelas procesales.⁷⁹⁴

Por último señalar que tratando de plazos por días, al no computarse los inhábiles, es evidente que el último día del plazo nunca puede ser inhábil, si fuese domingo u otro día inhábil se entiende prorrogado al día siguiente hábil. En cualquier caso, el último día de plazo debe contarse entero y podrá realizarse el acto procesal hasta las doce de la noche.

La ley 29/98 establece novedades en los art 52 y 53 como son:

1. El plazo para formalizar la demanda es de 20 días
2. Si la demanda no se formaliza en plazo se declara de oficio, por auto, la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda y produce efectos legales si se presenta dentro del día en que se notifique el auto de caducidad del recurso.

Como he referido anteriormente, esta posibilidad de presentación de demanda fuera del plazo de los 15 días, ya se contemplaba aunque de pasada en el art 512 de la LPM. Por ello, considero que sería interesante que en el supuesto de reforma de la ley procesal se apuntase de forma expresa, al igual que se contiene en la ley 29/98, la posibilidad de la reiteración en positivo de la subsanación de la demanda, a pesar del

⁷⁹²SANCHEZ GUZMAN Eugenio. op. cit., pag 2128.

⁷⁹³STC 18/83 de 14 de marzo.

⁷⁹⁴BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", pag 362.

mecanismo de rehabilitación de trámites previsto con carácter genérico en el actual art 512. Constituye esta previsión una consecuencia de la doctrina jurisprudencial administrativa a fin de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva.⁷⁹⁵

Respecto a la exigencia de personación del demandante en la Secretaría del Tribunal, el TC⁷⁹⁶ ha considerado que resulta más factible poner el expediente original o una fotocopia al interesado en su lugar de residencia. En el sustrato de la solución podría encontrarse el “principio de comodidad” utilizado en materia tributaria pero extensible al ámbito del proceso, especialmente en las relaciones entre el litigante y la Secretaría Relatoría.

C) Lugar de presentación

Es la sede del tribunal, rigen las mismas reglas que las expuestas al tratar del escrito de interposición. Es decir, la demanda se debe presentar en la sede del Tribunal o Sala competente, a las horas de audiencia, y fuera de ellas, cuando se trate de vencimiento de plazos perentorios, ante el Juzgado de Guardia de la misma ciudad, sin que sea admisible su presentación ante organismo administrativo alguno⁷⁹⁷, ni en centros o dependencias administrativas militares⁷⁹⁸ pues el recurso contencioso-disciplinario es de índole jurisdiccional y no administrativa.⁷⁹⁹ Esta tesis viene amparada por lo dispuesto

⁷⁹⁵DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 146.

⁷⁹⁶STC, nº 117/1993, de 18 de enero.

⁷⁹⁷MILLAN GARRIDO “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993. Pag 787.

⁷⁹⁸LORCA NAVARRETE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 467

⁷⁹⁹STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995, (RJ 1995/6601); SRS 13 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3712); STS 28 de junio de 2001 (2002/8693); sts 30 DE JUNIO DE 2000 (rj 2000/7105); STS 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6266); STS 42/1997 (RJ 1997/4966); STS 28/1996 (RJ 1996/5255); STS 9 de marzo de 1995 (RJ 1995/2637); STS de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992/4059); STS 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9298); STS 15 de julio y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/6540 y RJ 1991/9378); STS 28 de enero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/4059, RJ 1992/1748 y RJ 1992/9298); Autos TS de: 10 de enero de 2000 (2000/2282), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/3505), 2 de julio de 1999 (RJ 1999/6921), 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/9013), 29 de mayo de 1996 (RJ 1996/4671), 3 de febrero de 1998 (RJ

en los art 268 y 283 de la LOPJ; art 1,1249 y 250 de la LEC; en los art 457 y 503 de la LPM y ha tenido su plasmación en abundantes resoluciones del TC.⁸⁰⁰

Respecto a la acumulación hay que señalar que la LPM establece que si antes de formalizarse la demanda se dictare algún acto que guarde relación con otro que sea objeto de un recurso contencioso-disciplinario militar en tramitación, el demandante podrá solicitar la ampliación del recurso a aquél acto administrativo, esto ha sido reconocido por la jurisprudencia del TS, sala V.⁸⁰¹

D) Formalización de la demanda sin remisión del expediente

Es una novedad de la ley 29/98, que no se contempla en la ley procesal militar:

1. Trascurrido el término para la remisión del expediente sin que hubiere sido enviado, el recurrente puede pedir, por si o por iniciativa del tribunal que se le conceda plazo para formalizar la demanda. Este apartado constituye una novedad de la LJ 29/98 que se configura como un derecho de la parte recurrente que puede optar también por la espera.
2. Si después de que el recurrente haya usado del derecho establecido en el punto anterior se recibiera el expediente, este se pondrá de manifiesto al demandante por plazo de 10 días para que pueda efectuar las alegaciones complementarias que estime oportunas. La apertura de este trámite de alegaciones complementarias una vez recibido el expediente constituye una previsión lógica de cara a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente.⁸⁰²

1998/1901), 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/3110), 22 de septiembre de 1993 (RJ 1993/76527), 25 de febrero, 11 de abril, 8 de mayo, 3 de junio 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/1676,RJ 1991/5177, RJ 1991/9379).

⁸⁰⁰STC20/1981 (RTC 1981/20), 23/1981 (RTC 1981/23), 14/1982 (RTC 1982/14), 21/1982 (1982/21),1257/1983 (RTC 1983/125), 287/1984 (RTC 1984/287) y autos 23/1985 (RTC 1985/23), 277/1992 (RTC 1992/277) y 90/1993 (RTC 1993/980)

⁸⁰¹Auto TS, sala V de 10 de marzo de 1999, (RJ 1999/3465).

⁸⁰²Ley 29/98, art 53

Esta posibilidad se configura como un derecho de la “parte recurrente” que puede optar por la espera, y no como una medida que pueda ser acordada de oficio por el órgano jurisdiccional, al cual sólo se le atribuye una facultad de sugerencia. Por tratarse de un derecho es claro que la solicitud no puede ser denegada por falta de presupuesto legalmente establecido (que no hubiera transcurrido el plazo para la remisión del expediente). Esta innovación es tomada del procedimiento de protección de derechos fundamentales.⁸⁰³ No obstante, parte de la doctrina estima que el resultado práctico puede no ser muy favorable, pero hay que salvaguardar esta posibilidad esgrimiendo que el presentar la demanda en estas condiciones es algo que resulta potestativo.⁸⁰⁴ No obstante si el demandante opta por formalizar la demanda sin remisión del expediente, a la administración demandada se le condiciona la posibilidad de contestar a la necesidad de acompañar dicho expediente administrativo.⁸⁰⁵

También se prevé la posibilidad de que se reciba después de formulada la demanda en este caso se pondrá de manifiesto (no su entrega) a las partes por un plazo común de 10 días para que efectúen las alegaciones complementarias que estimen oportunas. La apertura de este trámite de alegaciones complementarias constituye una previsión lógica de cara a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente⁸⁰⁶.

Considero que se debería acomodar la redacción del art 481 de la LPM a las previsiones del art 54 de la ley 29/98 y respecto a la cuestión de si es posible la formalización de la demanda si reclamar el expediente disciplinario, en el ámbito disciplinario militar, esta posibilidad es reconocida expresamente en el recurso

⁸⁰³BAENA DEL ALCAZAR Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, pag 362.

⁸⁰⁴BAENA DEL ALCAZAR Mariano, op. cit., pag 362.

⁸⁰⁵GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, pag 632.

⁸⁰⁶MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.Pag 635.

contencioso disciplinario preferente y sumario y se armoniza perfectamente con el principio constitucional de igualdad procesal.⁸⁰⁷

E) Expediente incompleto

Al analizar el expediente el demandante puede estimar que no se encuentra completo, en cuyo caso solicitará del Tribunal, dentro de los cinco primeros días de los quince que le han concedido para formalizar la demanda, que se reclamen los antecedentes adecuados para completarlo suspendiéndose el curso para la formalización de la demanda.

El Tribunal dictará providencia en el plazo de tres días y contra la denegación puede interponer recurso de súplica. Al estar en un supuesto de suspensión del proceso en sentido estricto, la reanudación se producirá a partir del día siguiente a aquél en que se notificó la providencia no accediendo a la petición de completar el expediente y supondrá la conclusión del plazo que quedó pendiente o sin consumir, cuando se produjo la crisis procesal.⁸⁰⁸

La ley 29/98 establece que si el expediente no está completo las partes dentro del plazo para contestar a la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo.⁸⁰⁹ La novedad fundamental es que desaparece el límite de los 5 días del plazo de demanda o contestación quedando habilitado todo el plazo legal de 20 días para hacer la solicitud.⁸¹⁰ El plazo por tanto es más abierto y no se limita a lo que señalaba la ley de 1956 se establecía un plazo de 10 días.⁸¹¹

Por ello, considero que se debería adaptar el art 483 a lo establecido en la ley 29/98 y habilitar todo el plazo legal de 15 días para formular la demanda.

⁸⁰⁷ STS, sala V, de 6 de junio de 1991 (RJA 4990).

⁸⁰⁸ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., pag 2128.

⁸⁰⁹ L.O. 29/98, art 55.

⁸¹⁰ MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001. Pag 638.

⁸¹¹ BAENA DEL ALCAZAR Mariano. Op,cit., pag 363.

Así en el anteproyecto de ley de reforma de la LPM se prevé que las partes soliciten la remisión de los antecedentes que consideren necesarios para completar el expediente remitido en cualquier momento dentro del plazo concedido para formular demanda o para contestarla, omitiendo e requisito de que la solicitud se haga en los 5 primeros días del plazo.⁸¹²

F) Contenido

Respecto a la forma, la estructura de la demanda y de la contestación es la misma que la de los procesos civiles⁸¹³. La LPM establece, al igual que la LEC de aplicación supletoria, que en la demanda se consignarán los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones que se deduzcan⁸¹⁴ y⁸¹⁵ en justificación de las cuales podrá alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria.⁸¹⁶

El demandante puede justificar su pretensión con argumentos que mejoren o completen los esgrimidos en la vía disciplinaria previa. El carácter revisor de este recurso exige un acto sancionador previo, pero no impide que la demanda se apoye en “cuantos motivos procedan”, aunque no se hubiesen expuesto en los recursos disciplinarios o con anterioridad a ellos.⁸¹⁷ Lo que no puede hacerse en la demanda es traer al debate “cuestiones nuevas” entendiéndose por tales las que no han sido sometidas al previo enjuiciamiento en vía disciplinaria, de forma que pedimentos extraños a lo debatido ante la administración sancionadora quedan fuera del marco de la litis por desviación procesal. Hay que distinguir por tanto entre cuestiones nuevas que no pueden plantearse en la demanda y motivos que pueden realizarse en cualquier momento del

⁸¹²DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contencioso disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 146.

⁸¹³RAMON PARADA, “Derecho Administrativo”, pag 769.

⁸¹⁴SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., pag 2128.

⁸¹⁵ROJAS CARO J.“Derecho Procesal Penal Militar”. Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991.Pag 216

⁸¹⁶MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”, pag 788

⁸¹⁷MILLAN GARRIDO Antonio. Op.cit., pag 788.

proceso.⁸¹⁸ Así la jurisprudencia de la sala V⁸¹⁹ distingue entre cuestiones nuevas y motivos que se alegan como soporte de lo pretendido, la variación o ampliación puede realizarse en cualquier momento.⁸²⁰

En el ámbito procesal militar se minimiza el rigor del incumplimiento de esta carga y en tal sentido el escrito de demanda, rector del proceso, cumple con la función encomendada si de su contexto se infiere con claridad los hechos y los preceptos legales que permitan llegar a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.⁸²¹ Ello porque el derecho a obtener la tutela efectiva, no puede ser obstaculizado acudiendo a aplicaciones de reglas que disciplinan los requisitos y formas de las secuencias procesales que son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta y no ajustados a una reconsideración de tales reglas interpretadas a la luz del art 24.1 CE.⁸²²

Asimismo, la jurisprudencia de la sala V, ha reconocido que el error en la denominación de la demanda como tal, al denominarla como recurso de casación,⁸²³ cuando en el escrito de interposición del recurso ha sido calificado como recurso contencioso-disciplinario, no debe impedir el acceso a la tutela judicial efectiva si la formalización en base a un relato fáctico y a unos fundamentos jurídicos debe entenderse como propias de un escrito de demanda.

Dado el carácter gratuito del proceso no se exige la formalización de la demanda en papel de oficio, pero a la misma habrán de acompañarse las oportunas copias.⁸²⁴

A la demanda se acompañan los documentos en que se funde el derecho⁸²⁵ y si no obran en poder del demandante, se designa el archivo, oficina, persona en cuyo poder se encuentre.⁸²⁶

⁸¹⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., pag 2130.

⁸¹⁹STS, sala V de 11 de diciembre de 1984

⁸²⁰LORCA NAVARRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990.Pag 472.

⁸²¹STS, sala V, de 27 de diciembre de 1989 (RJA 9229), 21 de julio de 1992 (RJA 6121).

⁸²²STC nº 57/84, de 8 de mayo.

⁸²³STS, sala V, de 20 de octubre de 1998, (RJ 1998/9012).

⁸²⁴LEC, art 516.

Del tenor de la LPM se desprende que las condiciones que deben reunir los documentos aportados son:

1. Que acrediten un hecho básico de la pretensión.
2. Que sean fundamentales, esto es que tengan una trascendencia decisiva.

La incorporación de documentos puede obedecer a la necesidad de acreditar los hechos alegados corroborando o desvirtuando los que figuran en el expediente disciplinario⁸²⁷

Después de la demanda el actor sólo podrá aportar los documentos que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:⁸²⁸

1. Ser de fecha posterior a dicho escrito⁸²⁹
2. Los anteriores respecto de los cuales jure no haber tenido conocimiento de su existencia⁸³⁰
3. Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no le sean imputables, siempre que haya hecho la designación de la oficina, archivo, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren⁸³¹
4. Los que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones del demandado. Al deducir la demanda el actor aporta los documentos en que funda su derecho, pero no puede prever todos los argumentos, que en su momento esgrimirá en su oposición la Abogacía del Estado.

Conforma a la LEC, de aplicación supletoria, la presentación de documentos queda sometida al siguiente régimen:

1. Sólo es posible la presentación antes de la citación para sentencia.⁸³²

⁸²⁵RAMON PARADA, "Derecho Administrativo", pag 769.

⁸²⁶L.O. 2/89, art 482.2.

⁸²⁷GONZALEZ PÉREZ, "Comentarios LJCA" CIVITAS, pag 907

⁸²⁸SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., pag 2130.

⁸²⁹LEC, art 506.1

⁸³⁰LEC, art 506.2

⁸³¹LEC, art 506.3

⁸³²LEC, art 507

2. Si se efectúa después del periodo de prueba se seguirán los trámites establecidos en los art 508 a 514 LEC.

La demanda contendrá los “otrosí” referidos a la solicitud de recibimiento del proceso a prueba⁸³³, con especificación de los puntos que habrá de versar⁸³⁴ y celebración de vista.⁸³⁵

La nueva redacción del art 56 y 57 de la ley 29/89 introduce una serie de novedades:

1. “El tribunal examinará de oficio la demanda y requerirá al demandante para que subsane las faltas de que adolezca en plazo no superior a 10 días. Si la subsanación no se efectúa en tiempo se ordenará el archivo de las actuaciones”. Considero que este precepto constituye sin duda una novedad singular ya que ninguna previsión similar se hallaba en el art 69 de la derogada ley de 1956 ni en el art 482 de la LPM. Se trata de evitar la tramitación de procesos que estén destinados al fracaso a consecuencia de incumplimiento de los requisitos de forma. Así el Anteproyecto de ley de reforma de la LPM en el art 487.2 prevé esta novedad.⁸³⁶ Si el demandante no subsana las faltas de que adolece la demanda, se ordenará el archivo de las actuaciones, pareciendo razonable que tal declaración tenga lugar por auto.⁸³⁷ Este mandato si bien es elogiable en sí, crea un nuevo trámite procesal que no hará sino dilatar la resolución de los pleitos.⁸³⁸
2. “La ley 29/98 introduce el art 57 por el que establece que el actor podrá pedir por OTROSI en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de la vista y conclusiones”.

⁸³³ROJAS CARO J.“Derecho Procesal Penal Militar”. Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991.Pag 216

⁸³⁴GARCIA ENTERRIA y TOMAS-RAMON FERNANDEZ. Op.cit., pag 632.

⁸³⁵LPM, art 482.4

⁸³⁶DE LAS HERAS DURAN José Manuel. Op.cit., Pag 146, 147.

⁸³⁷Martínez Mico Juan Gonzalo, “El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.Pag 636.

⁸³⁸BAENA DEL ALCAZAR Mariano. Op.cit., pag 364.

Este supuesto legal se dirige a los actores que pretendan tener una sentencia rápida. La elección de esta opción por el actor implica la aceptación del riesgo que supone no permitirle conocer cuales son las argumentaciones de la administración en la contestación y no poder aportar nuevos documentos que desvirtúen estas argumentaciones. Así, el art 487.5 del anteproyecto de reforma de la LPM contempla la posibilidad de que a instancia del demandante y sin oposición de la administración demandada, el proceso pueda decidirse una vez terminada la fase de alegaciones que se concreta en la demanda y contestación a la demanda.

Considero que con esta previsión se pretende que aquellos recursos cuyo contenido puedan quedar totalmente agotados mediante la formulación de los indicados trámites procesales no se dilaten con la carga de otros trámites perfectamente prescindibles. En la medida en que contribuye a abreviar el proceso, opino que este precepto ha de considerarse digno de elogio.

G) Subsanación de los defectos de la demanda

Los motivos que darían lugar a la inadmisibilidad de la demanda pueden invocarse en la contestación, pero no surten efecto como alegaciones previas, en todo caso el demandante puede subsanarlos en plazo de 10 días, contados a partir del siguiente a aquel en que se de traslado del escrito de contestación a la demanda en que se alegaron aquellos motivos.⁸³⁹

La ley 29/98 si regula las alegaciones previas al señalar que los demandados pueden alegar dentro de los 5 primeros días del plazo para contestar a la demanda, los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso con arreglo a lo dispuesto en el art 69 sin perjuicio de que tales motivos, salvo la incompetencia del órgano jurisdiccional puedan ser alegados en la

⁸³⁹Art 484 LPM

contestación, incluso si hubiesen sido desestimados como alegación previa.⁸⁴⁰ Del escrito formulando alegaciones previas se da traslado por 5 días al demandante para que subsane el defecto, si procede en 10 días. Evacuado el traslado se sigue la tramitación prevista para los incidentes. El auto desestimatorio de las alegaciones previas no será susceptible de recurso y dispondrá que se conteste la demanda en el plazo que reste. Si fuera firme el auto estimatorio de las alegaciones previas, se declarará la inadmisibilidad del recurso y se ordena la devolución del expediente a la oficina que procediere.⁸⁴¹

Asimismo, los art 71 y 72 de la ley de 1956 si regularon las alegaciones previas. Por ello, la doctrina⁸⁴² estima que el recurso contencioso-disciplinario se planteó con algunos fallos detectables desde su comienzo, como son las cusas que dan lugar a que la sentencia declare su inadmisibilidad (art 493) que deben poder finalizarse anticipadamente por medio de un auto de inadmisión dictado dentro de un incidente de alegaciones previas, sin necesidad de que se tramite el recurso en su totalidad hasta su resolución por sentencia. Estamos ante un nuevo caso de subsanación de defectos procesales, pues el legislador parece obsesionado en que no se fallen los pleitos amparándose en defectos de forma.⁸⁴³

En el anteproyecto de reforma de la LPM se abandona el criterio de exclusión de las alegaciones previas sobre los motivos de inadmisibilidad de la demanda, al no ser ya válido respecto de la falta de competencia del órgano jurisdiccional, conforme a la doctrina del TC, en virtud de la cual esta cuestión no debe esperar a ser resuelta a la finalización del proceso en la sentencia.⁸⁴⁴ Así el art 488.1 del Anteproyecto establece

⁸⁴⁰Ley 29/98, art 58.

⁸⁴¹Ley 29/98, art 59.

⁸⁴²Martínez Mico Juan Gonzalo, "El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁸⁴³BAENA DEL ALCAZAR Mariano.op.cit., pag 365.

⁸⁴⁴DE LAS HERAS DURAN Manuel, "El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario". Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 147.

que la administración demandada, dentro de los 5 primeros días del plazo para contestar la demanda, podrá alegar los motivos que pudieren dar lugar a la falta de competencia del Tribunal. En este caso, se dará traslado al demandante para alegaciones y resolverá el tribunal mediante auto. El art 457.3 del anteproyecto establece que en el supuesto de que el tribunal aprecie su falta de competencia y la inadmisibilidad del recurso, deberá remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional que considere competente para que ante el mismo se siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera corresponder a un Tribunal Superior, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que éste resuelva.

IV. CONTESTACION

A) Plazo

Presentada la demanda, se da traslado de la misma, con entrega del expediente, al representante de la administración para que la conteste en el plazo de quince días.⁸⁴⁵

Respecto al plazo hay que señalar que es de 15 días,⁸⁴⁶ si el abogado del Estado no contesta a la demanda en el plazo concedido al efecto, se tiene por decaído el derecho a contestar.⁸⁴⁷

Pero este precepto ha de ponerse en relación con la disposición general del art 512.1 LPM sobre subsanación de la extemporaneidad de los actos procesales. Por tanto, si notificada la oportuna providencia al demandado, presenta dentro del mismo día el escrito de contestación se tendrá por formulado el mismo, en otro caso se producirá el decaimiento en su derecho a contestar. Este es el criterio que se ha mantenido por la jurisprudencia del TS.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵L.O. 2/89, art 481.

⁸⁴⁶L.O. 2/89, art 481.

⁸⁴⁷L.O.2/89, art 481.

⁸⁴⁸STS, sala V, de 10 de abril de 2000, (RJ 2000/6236).

El escrito de contestación es el que formula la administración sancionadora, a través de su representante legal, el Abogado del Estado, o en su caso el miembro del Cuerpo Jurídico a que alude el art 464.1 LPM.

Paralelamente a lo señalado en el art 481 de la LPM la nueva redacción de la ley 29/98 en el art 54 introduce como novedad que a la administración demandada no se le admite el escrito de contestación si no se acompaña de la remisión del expediente. Esto constituye una salvedad con respecto a lo establecido en el art 53 que establece la posibilidad de formalizar la demanda sin que se haya remitido el expediente.⁸⁴⁹

A tenor de lo anterior se propone la acomodación del art 481 a las previsiones del art 54 de la nueva LJ.⁸⁵⁰

B) Contenido

El régimen de la contestación es el mismo que el expuesto al tratar de la demanda no obstante es importante hacer las siguientes consideraciones, lo normal es que la administración sancionadora al contestar a la demanda se oponga a la misma:

1. Bien, negando los hechos en que fundamenta su pretensión el recurrente
2. Aduciendo nuevos argumentos que desvirtúan tal pretensión
3. Cuestionando la concurrencia de los presupuestos procesales que se exigen para llegar a la decisión judicial sobre el fondo.

En este sentido la LPM señala que los motivos que darían lugar a la inadmisibilidad de la demanda⁸⁵¹ pueden invocarse en la contestación, pero no surtirán efectos como alegaciones previas,⁸⁵² en todo caso el demandante puede subsanarlos en el plazo de 10 días contados a partir del siguiente a aquél en que se de traslado al escrito de contestación a la demanda en que se alegaron aquellos motivos. Por tanto, como

⁸⁴⁹BAENA DEL ALCAZAR Mariano, "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", pag 362.

⁸⁵⁰MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁸⁵¹ROJAS CARO J."Derecho Procesal Penal Militar". Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991.Pag 216

⁸⁵²L.O.2/89, art 484

hemos señalado anteriormente, no existe en el contencioso-disciplinario el trámite prevenido en la LJCA que autoriza al demandado a formular, en la contestación a la demanda, y de forma similar a las denominadas “excepciones dilatorias” de la LEC, todos los motivos idóneos para fundar una sentencia de inadmisión.

En contraposición la ley 29/98 regula en los art 58 y 59 las alegaciones previas, esta previsión ya se establecía en los art 71 a 73 de la ley de 1956 estableciendo el plazo de los cinco primeros días del plazo para contestar la demanda

La no contestación a la demanda implica tan sólo el decaimiento en el derecho de contestar y por tanto, el no asumir la carga de contestar sin que esta circunstancia provenga de una declaración de rebeldía, habida cuenta de que la administración se halla personada en los autos. De ahí que la no asunción de la carga de contestar no impide que la administración demandada pueda proseguir en la tramitación del proceso.⁸⁵³

C) Expediente incompleto

Si las partes estiman que el expediente no está completo pueden solicitar dentro de los cinco primeros días del plazo para formular la demanda y contestación que se reclamen los antecedentes adecuados para completarlo.

Esta solicitud suspende el plazo correspondiente.

El tribunal proveerá lo pertinente en plazo de tres días.

La administración deberá , en su caso, completar el expediente en el plazo y forma previsto en la LPM.⁸⁵⁴

La ley 29/98 en el art 55 establece que si las partes estiman que el expediente no está completo, pueden solicitar, dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes adecuados para completarlo.

⁸⁵³LORCA NAVARRETE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990.Pag 471.

⁸⁵⁴L.O. 2/89, art 483.

La principal novedad es que desaparece la limitación temporal de los 5 días del plazo de demanda o contestación, quedando habilitado todo el plazo de 20 días para hacer la solicitud.

V. LA PRUEBA

A) Significación

El carácter que se predica del recurso contencioso-administrativo, del que es trasunto el contencioso-disciplinario va a desplegar también sus efectos en lo concerniente a la prueba.

En un primer momento, el proceso contencioso-administrativo era una continuación, en otra órbita, de lo actuado en vía administrativa, por tanto no era posible, en función de la estricta función revisora que se atribuía a los tribunales, realizar prueba alguna en el curso del mismo, debiendo estar y pasar los recurrentes por lo plasmado en el expediente administrativo.⁸⁵⁵

Contra esta situación reaccionó la LJCA que declara que tal proceso no constituye una segunda instancia jurisdiccional ni una casación, sino un auténtico juicio entre partes y que el carácter revisor de sus tribunales implica únicamente la existencia previa de un acto de la administración que se somete a control jurisdiccional, pero no hace impertinente la prueba.⁸⁵⁶ Pero la LJCA se muestra aún más recelosa en aras a un velado reconocimiento de la resultancia fáctica del expediente, y restringe la solicitud del recibimiento a prueba, a los supuestos en que los hechos discutidos fueran de indudable trascendencia, a juicio del tribunal, para la resolución del pleito.⁸⁵⁷

La LDM⁸⁵⁸ silencia el condicionamiento probatorio de la “indudable trascendencia” de los hechos, se ha interpretado como una reafirmación del carácter plenamente cognitivo del proceso contencioso-disciplinario y de la necesidad de que prevalezca en

⁸⁵⁵ SANCHEZ GUZMAN EUGENIO. Op. Cit., pag 2135

⁸⁵⁶ SANCHEZ GUZMAN Eugenio . op. cit., Pag 2135.

⁸⁵⁷ LJCA, Exposición de Motivos

⁸⁵⁸ LPM art 485.

el mismo, en el momento del recibimiento a prueba, un criterio amplio y generoso, acorde con la naturaleza sancionadora del derecho disciplinario y con la importancia de los derechos personales a que su aplicación afecta.⁸⁵⁹

Como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en esta tesis al desarrollar la naturaleza del recurso contencioso disciplinario, este proceso no es una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados hechos, que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa. Por tanto, en consonancia con la Jurisprudencia de la sala V, cabe en vía jurisdiccional la practica de toda clase de pruebas siempre que estas sean pertinentes.

B) La carga de la prueba

Gráficamente ha declarado el TS que el administrado no puede hallarse en posición peor a la del delincuente, por tanto, si para condenar a este es necesaria la aportación de una prueba demostrativa de la realidad del ilícito penal del que es acusado, para sancionar a aquél es también necesario acreditar la constatación plena del fundamento fáctico de la sanción.⁸⁶⁰ En el proceso contencioso-disciplinario, es la administración militar sancionadora quien debe acreditar, al igual que lo hizo antes en el expediente disciplinario, que el recurrente es el autor de los hechos que motivaron la sanción, sin que sea para nada relevante en el tema de la carga probatoria la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

⁸⁵⁹ JIMENEZ VILLAREJO, "Potestad disciplinaria y control jurisdiccional", pag 85

⁸⁶⁰ STS, de 17 de febrero de 1981, (RJA 629) y 30 de marzo de 1983 (RJA 1587).

En esta materia el ordenamiento jurídico ha operado con un cierto sentido compensatorio y si ha conferido a la administración indudables prerrogativas, entre ellas la presunción de legalidad y la de ejecutoriedad de sus actos, le exige, que pruebe los hechos en que basa sus resoluciones.⁸⁶¹

La presunción de legalidad permite que el acto, aún cuando haya sido impugnado ante la jurisdicción sea ejecutado por la administración en base al privilegio de autotutela, pero no supone que se reconozca valor probatorio a las afirmaciones fácticas de aquélla en el expediente, ya que constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado por el art 24 CE.

Además de lo anterior se reconoce el derecho a la presunción de inocencia del art 24.2 de la CE., de aplicación, según la doctrina constitucional, al derecho sancionador,⁸⁶² en el derecho disciplinario militar y en el procedimiento contencioso-disciplinario quien acusa ha de probar la acusación. Es claro que corre a cargo de quien imputa la realización del hecho sancionable probar la acusación.

En consecuencia, considero que resulta lógico que dado el privilegio de que goza la administración militar al poder imponer sanciones no solo restrictivas de libertad (como ocurre en las faltas leves) sino privativas de libertad (faltas graves), sea la administración sancionadora la que pruebe los hechos que imputa al sancionado y juegue a favor de este el derecho constitucional de presunción de inocencia. Por tanto, es coherente que el desplazamiento de la carga de prueba corra a cargo de la administración acusadora, que habrá de probar los hechos constitutivos de la sanción, aportando al proceso los elementos probatorios suficientes para demostrar la culpabilidad del recurrente.

C) Petición- momento procesal

⁸⁶¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. op. cit., Pag 2135,2136.

⁸⁶²STC, nº 18/81, de 8 de junio y nº 36/85, de 8 de marzo, entre otras.

Se tiene que formalizar en los escritos de demanda y contestación por medio de “otrosí” expresando los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba.⁸⁶³ Por tanto, sólo se podrá pedir el recibimiento a prueba si se pidió por “otrosí” en los escritos de demanda y contestación.⁸⁶⁴

La ley 29/98 señala que se pedirá por medio de otrosí en los escritos de demanda y contestación⁸⁶⁵, como ya se mantenía en la ley de 1956, además acordar la prueba es en principio facultativo para el Tribunal, que la otorga si hay disconformidad entre las partes y los hechos fueran trascendentes para la solución del pleito.⁸⁶⁶

La ley 29/98 introduce en el art 60 novedades en cuanto al momento procesal de pedir el recibimiento a prueba:

1. La petición del recibimiento a prueba también se puede hacer en los escritos de alegaciones complementarias, haciéndose constar en tal momento los puntos de hecho sobre los cuales ha de versar la misma.
2. Se le concede al actor el poder pedirlo dentro de los tres días siguientes a recibir la contestación a su demanda si de esta resulten nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito y ello sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos nuevos en los casos previstos en la LEC o documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en la contestación a la demanda que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos.

Considero que sería interesante la modificación del art 485 de la LPM para acomodarlo al nuevo art 60 L.J. 29/98. Así en el Anteproyecto de ley de reforma de la LPM se regula en nuevo art 489 adaptado a las previsiones del art 60 de la LJ.⁸⁶⁷

⁸⁶³SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2136.

⁸⁶⁴ROJAS CARO José, “Derecho Disciplinario Militar”, pag 216.

⁸⁶⁵Ley 29/98, art 60.1.

⁸⁶⁶BAENA DEL ALCAZAR Mariano, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, pag 366.

⁸⁶⁷DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contencioso disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.Pag 147.

D) Recibimiento del proceso a prueba

Se acuerda por el tribunal por medio de auto, adoptado a instancia de parte o de oficio. Por tanto, el tribunal no es un mero destinatario de la actividad probatoria⁸⁶⁸ sino que debiendo en el ejercicio de su función revisora fallar el recurso que ante él se substancie, cuando estime necesario, puede tomar en cuenta pruebas no aportadas por las partes, haciendo uso de la facultad que le brinda la LPM.⁸⁶⁹

Para que tenga lugar el recibimiento del proceso a prueba son necesarios los siguientes requisitos:

1. Que la petición de prueba tenga lugar en el momento procesal oportuno que es en la demanda por medio de otrosí sin obligación del tribunal de practicarla de oficio, salvo las facultades de aquél para poder practicarla de oficio, siempre que lo estime pertinente para una mejor y más acertada decisión del asunto.⁸⁷⁰ El recibimiento del pleito a prueba acordado de oficio es una facultad discrecional del tribunal y no algo perentorio u obligatoriamente ejercitable en función de las conveniencias de una parte que por su torpeza, negligencia u olvido no ejercitó adecuadamente en la demanda su derecho, sin que pueda pretender ahora que el tribunal supla esa omisión padecida, en detrimento además de los intereses y posiciones procesales de las demás partes en el proceso.⁸⁷¹
2. Que se concreten los hechos objeto de la prueba⁸⁷² en el escrito de demanda. En consecuencia, la solicitud no será admisible si no se expresa los puntos de hecho sobre los cuales haya de versar la prueba. Por tanto, es claro que, es el promovente de la pretensión probatoria a quien la ley le impone la obligación de hacer la correspondiente especificación de los hechos concretos que se pretendan probar. En este sentido es abundante la jurisprudencia de la sala V

⁸⁶⁸ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2137.

⁸⁶⁹ LPM, art 486.

⁸⁷⁰ STS, sala V, de 19 de junio de 1997, (RJ 42/1997).

⁸⁷¹ Sentencia TS, sala V, de 14 de julio de 1993, (RJ 1993/5658).

⁸⁷² Auto TS, sala V, de 2 de julio de 1998, (RJ 1998/7245); de 15 de julio de 1999, (RJ 1999/6927).

que inadmite la prueba siempre que no se concreten los hechos sobre los cuales ha de versar.⁸⁷³

La jurisprudencia de la sala V ha venido señalando que la concreción debe ser fáctica y por tanto la alusión a que la prueba versará sobre las actuaciones del expediente administrativo, no es prueba fáctica porque el expediente administrativo no constituye un “hecho” a estos efectos. Además si lo que se pretende es que dichas actuaciones constituyan material probatorio es innecesaria la pretensión, pues el expediente ha sido aportado al proceso y será objeto de examen por la sala para la resolución que en su día proceda.⁸⁷⁴ Es regla general, que se inadmita el recibimiento del juicio a prueba cuando no se expresen los puntos sobre los que ha de versar la prueba ya que a la sala le asiste la facultad de saber que pedimentos fácticos se impugnan o están en contradicción a fin de rechazar o admitir la que considere impertinente o inútil tal como autoriza la LEC.⁸⁷⁵

IMP: Pero también es admisible que en la demanda se haga una relación de hechos distinta a la resolución sancionadora, aunque no se concreten los puntos sobre los que haya de versar la prueba y se pida de forma genérica el recibimiento del pleito a prueba. En estos casos la negativa a la admisión del juicio a prueba equivaldría a dar primacía a la forma en la función de juzgar, con detrimento del derecho fundamental del art 24.1 de la CE. En definitiva, no hay que olvidar que el proceso disciplinario militar, por su naturaleza sancionadora, es una manifestación del poder punitivo del Estado por lo que no sólo ha de velarse en toda su plenitud para que resplandezca el principio de la presunción de inocencia, sino que como dice el TC en sentencia de 20 de diciembre de 1990, sala nº 212 “En cuanto al derecho a utilizar los medios de prueba

⁸⁷³ STS, sala V, de 22 de abril de 1991, (RJ 1991/3409); de 8 de abril de 1991 (RJ 1991/3407).

⁸⁷⁴ Auto TS, sala V, de 14 de diciembre de 1998, (RJ 1999/461).

⁸⁷⁵ LEC art 566.

pertinentes para la defensa, es jurisprudencia constitucional reiterada que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación en el derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado y en lo que a medios de prueba se refiere, se ha reconocido a los procedimientos administrativos sancionadores, el derecho del expedientado a utilizar pruebas que en su defensa tiene relevancia constitucional, máxime cuando en la actualidad el proceso contencioso-administrativo no se le atribuye una naturaleza revisora, sino de pleno conocimiento, como derivada del carácter de auténtico proceso cognitivo, que indudablemente tiene.⁸⁷⁶

3. Que no haya conformidad acerca de los hechos entre las partes.⁸⁷⁷

La ley 29/98 señala que el recibimiento a prueba es obligado cuando haya disconformidad en los hechos. Es importante señalar que la principal diferencia estriba en que el art 60.3 de la LJCA señala que se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito y el art 485 de la LPM no hace referencia a la expresión “trascendencia” de los hechos sobre los que pretenda plantearse la actividad probatoria. Ello viene a sugerir el carácter plenamente cognitivo del contencioso-disciplinario y de la necesidad de que prevalezca en el mismo, en el momento del recibimiento a prueba, un criterio amplio y generoso, acorde con la naturaleza sancionadora del Derecho Disciplinario y con la importancia de los derechos personales a que su aplicación afecta.⁸⁷⁸ No obstante la ley 28/98 señala que si el objeto del recurso es una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.

⁸⁷⁶STS, sala V de 8 de abril de 1991, (RJ 1991/3407); de 22 de abril de 1991, (RJ 1991/3409); de 8 de octubre de 1991 (RJ 1991/7503).

⁸⁷⁷Ley 2/89, Procesal Militar, art 485.

⁸⁷⁸VILLAREJO JIMENEZ, “Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional”, pag 85.

4. Que la prueba sea declarada pertinente y sea factible su práctica.⁸⁷⁹ El derecho a la prueba no tiene carácter absoluto ilimitado e incondicionado, en el sentido de que deba practicarse toda la que interese a las partes ni desapodera al tribunal de la posibilidad de controlar la que deba realizarse en función de criterios de pertinencia y relevancia en términos de defensa y en relación con el objeto debatido, aparte de haberse debido proponer en tiempo y forma y sea posible su práctica.⁸⁸⁰ En esta misma línea el TC ha establecido que el derecho a prueba no desapodera a jueces y Tribunales del control sobre la legalidad y pertinencia de su práctica.⁸⁸¹ Por otra parte la jurisprudencia de la sala V ha inadmitido la prueba que se considere superflua e innecesaria.⁸⁸²

F) Proposición y práctica

La LPM se remite en este trámite al proceso civil ordinario regulado en la LEC,⁸⁸³ tanto en lo referente a los medios de prueba admisibles, cuanto al procedimiento para la práctica de todos y cada uno de ellos. Del mismo modo en el ámbito contencioso administrativo las pruebas se practican conforme a las reglas de la LEC.⁸⁸⁴

Se establece un plazo común de 20 días prorrogables a 30 si el Tribunal lo estima necesario, para proponer y practicar toda clase de pruebas. Esto supone que dicho plazo al ser preclusivo impide el impulso procesal de cualquier otra actuación, aunque el tribunal estime que en menos tiempo podría sustanciarse este trámite probatorio y de otro que siendo común para la proposición y práctica de la prueba, podrán

⁸⁷⁹ LEC art 565,566.

⁸⁸⁰ STS 25 de enero de 1999 (RJ 199972082); de 20 de enero de 2000 (RJ 2001/4424), 17 de junio fe 2000; 14 de marzo de 2001; 13 de septiembre de 2002; 28 de marzo de 2003 ; 20 de mayo de 2003; 15 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9289).

⁸⁸¹ STC 14/99 de 22 de febrero (RTC 1999/14); 96/2000, de 10 de abril (RTC 2000/96); 97/2003 de 2 de junio (RTC 2003/97).

⁸⁸² STS, sala V, de 3 de mayo de 1995, (RJ 1995/4427).

⁸⁸³ LEC, art 555 a 559, 562 y 566 a 666.

⁸⁸⁴ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS-RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", pag 632.

proponerse en el último momento pruebas que por su singular tramitación o complejidad se puedan realizar en el plazo establecido.⁸⁸⁵

1. Respecto a la proposición, el tribunal proveerá sobre los escritos de propuesta conforme se vayan presentando y adoptando las prevenciones necesarias para las que hayan de ejecutarse fuera de su sede.⁸⁸⁶
2. En cuanto a la práctica de las pruebas se llevarán a efecto ante el Tribunal con presencia o intervención en su caso de las partes y en audiencia pública,⁸⁸⁷ a cuyo efecto se citará a las partes con 24 horas de antelación.⁸⁸⁸

La LPM⁸⁸⁹ faculta al tribunal para delegar en uno de sus magistrados o vocales togados o en juez togado militar la práctica de todas o algunas diligencias probatorias. Considero que la delegación en un magistrado (sala V TS) o en un vocal togado (TMC) y en concreto si es vocal ponente, resulta una decisión razonable en la distribución del trabajo. Lo que ya no lo es tanto, es que pueda recaer incluso en un juzgado con sede en la misma capital del tribunal, hipótesis no excluida en los términos literales del precepto e ilustrativa del despego con que en tal supuesto se contempla la actividad probatoria, con ruptura de la inmediación.

Dicho precepto admite además de la intervención de los miembros de las asesorías jurídicas de los mandos militares en las diligencias probatorias, aún cuando aquí su redacción resulta un tanto problemática, de un lado parece que dicha intervención se circunscribe a los casos en que sea el juzgado togado y no un magistrado o un vocal togado, el que practique la prueba y de otro, supone que el Asesor interviene en representación de la administración, con lo que parece excluirse a la Abogacía del Estado. Como señala Sánchez del Río “todo el último párrafo del art 485 exige otra lectura más apropiada: el reconocimiento a favor del mando, de un derecho general a intervenir en la práctica de la prueba”.

⁸⁸⁵SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2137.

⁸⁸⁶LEC, art 550.

⁸⁸⁷LOPJ, art 229.2

⁸⁸⁸LEC, art 570

⁸⁸⁹LPM, art 458.4

La Ley 29/98 introduce como novedad⁸⁹⁰ la existencia de dos plazos: uno para proponer y otro para practicar la prueba, el plazo es de 15 días para proponer y 30 para practicar prorrogables hasta treinta si el tribunal lo estima necesario, se pueden aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

G) El objeto de la prueba

Lo constituyen los hechos que alegados por las partes para fundamentar sus respectivas pretensiones, aparecen controvertidos y precisan una necesaria clarificación o probanza para lograr la convicción del tribunal a la hora de dictar sentencia.⁸⁹¹ Sobre los hechos en que hubiere conformidad entre las partes la LPM, impide expresamente su prueba.⁸⁹²

Respecto a la utilización del derecho a la prueba y sus límites podemos señalar que, la prueba no tiene un carácter absoluto e ilimitado.⁸⁹³ Así como la LJCA señala que se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. La LPM no concreta nada al respecto, no obstante, la jurisprudencia de la sala V ha venido estableciendo que el derecho a la prueba no supone una facultad ilimitada en la actividad probatoria,⁸⁹⁴ no hay un derecho absoluto al ejercicio de la defensa utilizando los medios de prueba pertinentes, siendo necesario que el ejercicio del derecho sea legítimo,⁸⁹⁵ en consecuencia es claro que la prueba debe ser necesaria y pertinente.⁸⁹⁶ En consecuencia, al no tratarse de un derecho absoluto e ilimitado no desapodera a

⁸⁹⁰Ley 29/98, art 60.4.

⁸⁹¹SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2136.

⁸⁹²LPM, art 485.2.

⁸⁹³STS, sala V, de 28 de marzo de 2003, 20 de mayo de 2003, 9 de octubre de 2003(RJ 200377233) y 15 de diciembre de 2003.

⁸⁹⁴STS, sala V, de 14 de febrero de 1996, (RJ 1996/1670).

⁸⁹⁵STS, sala V, de 24 de febrero de 1997, (RJ 1997/1480).

⁸⁹⁶Auto TS, sala V de 18 de enero de 1999, (RJ 1999/2080).

los jueces de las facultades para valorar la pertinencia de las que se solicitan,⁸⁹⁷ de manera que pueden estos razonadamente inadmitir la que no resulte procedente en función de los hechos que constituyan el objeto del debate, en cuanto resulten inútiles o carezcan de relevancia para la resolución del fondo del asunto.

Asimismo, la jurisprudencia del TC establece el carácter no absoluto ni ilimitado del derecho al prueba y la necesidad de que sea relevante para la decisión del litigio⁸⁹⁸ o decisiva en términos de defensa.⁸⁹⁹ Debemos rechazar ciertas expresiones de la parte cuando achaca la denegación de pruebas al deseo del instructor de evitar exceso de trabajo, que no fundamenta en base objetiva alguna y que ni siquiera en el ejercicio del derecho de defensa puede ser admitida.

En consecuencia de todo lo señalado, la negativa del órgano jurisdiccional a admitir prueba impertinente, siéndolo efectivamente, no da lugar a la indefensión que la constitución proscribe (art 24), la cual sólo se produce en los casos de infundada denegación de la prueba que guardando relación con los hechos debatidos, su práctica habría sido determinante para la formación del fallo en el sentido de resultar relevante en cuanto al fondo.

H) Medios de Prueba

Como señala la LEC⁹⁰⁰ es legislación supletoria respecto de la LPM.

A tenor de lo anterior la LEC contempla los siguientes medios de prueba:⁹⁰¹

1. Interrogatorio de las partes
2. Documentos públicos
3. Documentos privados
4. Dictamen de peritos

⁸⁹⁷ STS, sala V, de 18 de mayo, 20 de junio y 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/6239, RJ 2000/5278, RJ 2000/8426).

⁸⁹⁸ STC 307/1986 (RTC 1986/30), 149/1987 (RTC 1987/149), 218/1997 (RTC 1997/218).

⁸⁹⁹ STC 1/1996 (RTC 1996/1).

⁹⁰⁰ Art 457 LEC.

⁹⁰¹ Art 299 LEC.

5. Reconocimiento Judicial

6. Interrogatorio de testigos

También se admiten los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos cifras y operaciones matemáticas.

Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba.

Respecto al orden de práctica de las pruebas salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, es el siguiente:⁹⁰²

1. Interrogatorio de las partes
2. Interrogatorio de testigos
3. Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento
4. Reconocimiento judicial, cuando haya de llevarse a cabo fuera de la sede del Tribunal
5. Reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes

Aunque los medios de prueba son los relacionados en la LEC, en el orden contencioso-administrativo la prueba documental y la pericial son las más frecuentemente utilizadas.

En el ámbito del recurso contencioso-disciplinario militar podemos señalar las siguientes particularidades:

-Prueba testifical-

1. El parte militar cursado por un superior que presencia los hechos es prueba suficiente que impide que se considere conculcado el principio de presunción de inocencia, al tratarse de una declaración testifical incorporada a un

⁹⁰²Art 300 LEC

documento que puede servir a la autoridad disciplinaria para valorar y graduar las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor,⁹⁰³ además el parte militar es susceptible de ser valorado positivamente en un razonamiento inspirado en las reglas de la lógica y la experiencia.⁹⁰⁴

2. La ponderación del aporte probatorio incumbe al órgano jurisdiccional de instancia⁹⁰⁵ sin perjuicio del control por el órgano de casación de la razonabilidad del proceso lógico deductivo seguido para realizar el juicio axiológico, de manera que si este se ajusta a las máximas de experiencia, a las reglas de la lógica y los conocimientos científicos no puede el órgano de casación subrogarse en aquél cometido de ponderación que corresponde al Tribunal de los hechos.⁹⁰⁶
3. Respecto a la apreciación del estado de embriaguez ha declarado la sala V que siendo válidas cualesquiera de las pruebas admisibles en derecho sobresale la prueba testifical.⁹⁰⁷
4. La sala V ha admitido la pertinencia de la prueba testifical aunque el testigo citado sea la autoridad sancionadora pero que conoció de los hechos por directa apreciación, si bien debe excluirse de la prueba cualquier pregunta que se refiera a su función juzgadora de los hechos.⁹⁰⁸
5. La declaración del recurrente en juicio, no es una prueba testifical sino de confesión en juicio, a diferencia de ello la prueba testifical consiste en la declaración sobre los hechos de quienes, no siendo parte en el proceso,

⁹⁰³ STS, sala V, de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/450); 2 de junio de 1995 (RJ 1995/5140) y 27 de junio de 1996 (JR 1996/5259)

⁹⁰⁴ STS, sala V de 11 de junio de 2001, (RJ 2002/2963)

⁹⁰⁵ STS, sala v de 3 de marzo de 2002, de 15 de octubre de 2003 y 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8010)

⁹⁰⁶ STS, sala V de 21 de mayo de 2004, (RJ 2004/3787), de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9784).

⁹⁰⁷ STS, sala V de 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10148); de 30 de noviembre de 1998 (RJ 1999/205); 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/3467); de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999/3464); 30 de abril de 1999 (RJ 1999/5574) y 21 de marzo de 2000 (RJ 2000/3510).

⁹⁰⁸ STS, sala V de 18 de febrero de 2000, (RJ 2000/3508).

tengan de ellos conocimiento y sean propuestos para ser examinados a presencia judicial por los interrogatorios correspondientes.⁹⁰⁹

6. Los testimonios de referencia pueden ser validos como prueba⁹¹⁰ en situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener prueba de hecho por medios directos y así se desprende de la doctrina del TC.⁹¹¹

-Prueba pericial-

La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, aunque el legislador no las define. Estas reglas son: crítica racional, sana filosofía, buen sentido aplicado con recto criterio, prudente apreciación, sana lógica y libre convicción.⁹¹²

I) Pruebas Indirectas

La sala V ha declarado⁹¹³ que a falta de prueba directa, los hechos imputados a una persona podrán ser probados a través de la llamada prueba por indicios. La jurisprudencia de la sala V ha venido admitiendo la existencia de pruebas indirectas siempre que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas de criterio humano⁹¹⁴ o las reglas de la experiencia común, en suma, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.⁹¹⁵

En el caso de las pruebas indirectas se exige la fundamentación de éstas en unos hechos (que son los indicios) plenamente probados, pues no cabe constituir certezas sobre la base de simples posibilidades, a lo que debe seguirse un razonamiento lógico y acorde con las reglas del criterio humano para de estos indicios inferir con certeza

⁹⁰⁹ STS, sala V, de 11 de febrero de 1999, (RJ 1999/2577).

⁹¹⁰ STS, sala V de 25 de marzo de 1999, RJ 1999/3471)

⁹¹¹ STC 79/1994 (RTC 1994/79) y 7/1999 (RTC 1999/7)

⁹¹² STS, sala V de 22 de abril de 2002

⁹¹³ STS, sala V de 9 de febrero de 2004.

⁹¹⁴ STS, sala v, de 6 de octubre de 1992, (RJ 1992/8498).

⁹¹⁵ STC 220/98 de 16 de noviembre.

los hechos que son constitutivos de la falta⁹¹⁶. Lo que no es válido es deducir los hechos no de pruebas indiciarias sino de meras conjeturas e hipótesis deducidas a su vez de otras hipótesis más o menos racionales.⁹¹⁷

Esta doctrina es irrefutable y acorde con lo estatuido en el art 1253 del C. civil al decir “Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” es decir, ha de existir un nexo o relación de inferencia entre el hecho base y el hecho consecuencia, hasta el extremo que la consecuencia ha de resultar de modo lógico, natural y razonable.

J) Pruebas de oficio

Conforme al art 486 puede el tribunal:

1. Hallándose en fase probatoria.⁹¹⁸ Puede el tribunal acordar del recibimiento a prueba, tanto en el caso de que no se haya solicitado por las partes, supuesto en el que debe acordarse de oficio,⁹¹⁹ señalando las pertinentes que deben practicarse, como en el caso en que habiéndose solicitado, estime el tribunal que debe llevarse a efecto alguna prueba no instada por aquéllas, en este caso se limitará a decretar la práctica de la pertinente de que se trate.⁹²⁰
2. Concluía la fase probatoria antes o después de la vista o señalamiento para el fallo⁹²¹ como “diligencia para mejor proveer”⁹²², ante el silencio de la LPM ha de realizarse, según el art 341 LEC, dentro de un plazo no superior a los 20 días señalados, como queda dicho, para la práctica de la prueba.

⁹¹⁶ STS, sala V, de 17 de diciembre de 1985; de 27 de mayo de 1989 (RJ 1989/6301).

⁹¹⁷ STS, sala V de 17 de febrero de 2004.

⁹¹⁸ L.O. 2/89, art 486.1

⁹¹⁹ ROJAS CARO José. Op. Cit., pag 216.

⁹²⁰ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2138.

⁹²¹ ROJAS CARO José,. Op.Cit., pag 216

⁹²² STS, sala V, de 6 de junio de 1991, (RJA 4423)

En todos los casos previstos en el art 486 LPM, las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen por iniciativa del Tribunal, lo que implica que la providencia que al efecto se dicte debe notificarse a las partes, con citación para la práctica de las que acuerde el tribunal, pudiendo estas intervenir en tal práctica.⁹²³

Cuando la prueba tiene lugar “después de celebrarse la vista o señalamiento para el fallo”, se prevé un trámite especial para que las partes puedan hacer alegaciones sobre la práctica de oficio⁹²⁴. Si esta es la finalidad del precepto, no debe circunscribirse al momento “después de la vista” sino también al de “después del escrito de conclusiones”, pues si la prueba se realizó antes de estos trámites, las partes siempre podrán alegar lo procedente en la vista o en el escrito de conclusiones, si se practicó después, al no tener oportunidad, es cuando debe concederse el referido trámite del art 486.3.⁹²⁵

Según el TS⁹²⁶ “Cuando en la demanda del recurso contencioso-disciplinario militar se hace una relación de hechos sustancialmente diferentes de los que fundamentan la resolución sancionadora recurrida, que de ser ciertos podrían repercutir en la resolución del recurso formulado, la interpretación del ... art 485.2 más acorde con los principios fundamentales de la tutela judicial efectiva y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, proclamados en el art 24.1 y 2 de la CE, ha de llevar a entender que basta referirse, a solicitar el recibimiento a prueba, a contenido de los hechos que fundamentan la demanda, sin perjuicio, de la facultad que luego tendrá el Tribunal de inadmitir los medios concretos de prueba propuestos que fueran impertinentes o inútiles... No es admisible dar como razón para no recibir a prueba un procedimiento, que en lo actuado existe constancia suficiente de hechos y

⁹²³ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op. Cit., Pag 2138.

⁹²⁴ L.O. 2/89, art 486.3

⁹²⁵ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., Pag 2138.

⁹²⁶ MILLAN GARRIDO Antonio “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993. pag 789

circunstancias que permitan en su día pronunciarse sobre las pretensiones del recurrente, pues aun cuando tal afirmación vaya precedida del prudente “sin prejuzgar la cuestión de fondo”, lo cierto es que se está prejuzgando la cuestión debatida, ya que por mucho que en principio parezca que estén acreditados unos determinados hechos, no se le puede negar al recurrente la posibilidad de que a través de pruebas admisibles en derecho, trate de desvirtuarlos y demostrar que son ciertos los hechos por él alegados y no los que sirvieron de soporte fáctico a la resolución sancionadora”. La LJ 29/98 regula las pruebas de oficio⁹²⁷ que son las que se regulan a instancia del Tribunal bien durante el periodo de prueba o bien al finalizar el mismo y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, por tanto, esta facultad es ejercitable incluso después del periodo de prueba, hasta que se cite para sentencia.⁹²⁸ Se establecen la siguiente novedad:

- a) Se suprime la posibilidad de practicar prueba después del señalamiento para el fallo.

Se trata de dos facultades diferentes predicables del juzgador: la de acordar el recibimiento del proceso a prueba, si las partes no lo hubieran solicitado en el momento oportuno; y la de disponer la práctica de nuevas pruebas no instadas por las partes durante la fase probatoria.⁹²⁹

⁹²⁷Ley 29/98, art 61.

⁹²⁸GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS-RAMON FERNANDEZ. Op. Cit., pag 632.

⁹²⁹MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

VI. VISTA Y CONCLUSIONES

A) Significación

En este trámite del proceso, las partes formulan ante el Tribunal unas conclusiones sobre las alegaciones que hicieron y las pruebas practicadas, en las que resumen su pretensión y oposición respectivamente.⁹³⁰

Este trámite puede ser oral (vista) o escrito (conclusiones), la LJCA consagra la regla general del segundo. En el ámbito contencioso disciplinario la vista está excluida en el preferente y sumario⁹³¹ y en el ordinario constituye la excepción su celebración.

Las partes podrán pedir que se celebre la vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites para sentencia.

B) La vista

Hay lugar a la celebración de la vista cuando lo pidan las dos partes o el Tribunal⁹³² lo estime necesario.⁹³³

La solicitud se formulará por medio de otrosí en los escritos de demanda y contestación o en el plazo de tres días desde que se notifique la providencia que declare concluso el periodo de prueba,⁹³⁴ o el tribunal lo estime necesario.⁹³⁵

*La ley 29/98 señala que la solicitud se hará por medio de otrosí en los escritos de demanda y contestación o por escrito presentado en plazo de tres días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el periodo de prueba.*⁹³⁶

⁹³⁰ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., pag 2141

⁹³¹ Art 518 h) LPM

⁹³² MILLAN GARRIDO Antonio "Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil". Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993.Pag 789.

⁹³³ Art 487.1 LPM

⁹³⁴ Art 487.2 LPM.

⁹³⁵ ROJAS CARO J."Derecho disciplinario militar". Ed. Tecnos. Madrid 1986. pag 216

⁹³⁶ Ley 29/98, art 62.2

Si no se formuló en el otrosí y no ha habido recibimiento a prueba, entendemos que la solicitud de vista puede deducirse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia en que se tenga por contestada la demanda.⁹³⁷

Si el tribunal acuerda la celebración de la vista, señalará fecha de la audiencia.⁹³⁸

La ley 29/98 señala que el juzgado proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. En otro caso, sólo acordará la celebración de la vista o la formulación del escrito de conclusiones cuando lo solicite el demandante o cuando habiéndose practicado la prueba, lo solicite cualquiera de las partes.⁹³⁹ Si las partes no han formado solicitud alguna, el juez o tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.⁹⁴⁰

El tribunal puede acordar que la secretaría redacte una nota suficiente del asunto, y que se distribuyan ejemplares de ella a los miembros del tribunal con la antelación necesaria.⁹⁴¹ En lo demás habrá de estar a lo dispuesto en los artículos 186 a 195 (de la audiencia pública) y 249 y siguientes (de la vista, votación y fallo) de la LOPJ, y supletoriamente, a las disposiciones previstas en los artículos 322 a 334 LEC.

C) Escrito de conclusiones

Si el tribunal no acuerda la celebración de la vista dispondrá en su lugar que las partes presenten unas conclusiones⁹⁴² sucintas acerca de los hechos alegados, la prueba practicada en su caso y los fundamentos jurídicos en que, respectivamente apoyen sus pretensiones ⁹⁴³de las que acompañarán tantas copias como miembros del tribunal.⁹⁴⁴

⁹³⁷SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., Pag 2141

⁹³⁸Art 488.1 LPM.

⁹³⁹Ley 29/98, art 62.4.

⁹⁴⁰Ley 29/98, art 62.4.

⁹⁴¹Art 488.2 LPM

⁹⁴²MILLAN GARRIDO Antonio. Op. Cit., Pag 789.

⁹⁴³ROJAS CARO J. Op. Cit., pag 216

⁹⁴⁴Art 489.1 LPM

El plazo para formular el escrito será de diez días comunes para las partes⁹⁴⁵. Tal como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del TS⁹⁴⁶ el plazo de diez días para presentar los escritos de conclusiones de las partes es común a las partes personadas en el procedimiento y no sucesivo.

En la práctica se desvirtúa este precepto, sobre todo cuando al no haber existido actividad probatoria no se produce novedad jurídica que reconsiderar, limitándose las partes a reiterar lo ya expuesto en sus primeras alegaciones, lo que ha llevado a considerar la posibilidad de prescindir de este trámite por dilatorio e innecesario.⁹⁴⁷

Presentadas las conclusiones, se distribuirán las copias a los miembros del Tribunal, y este señalará día para la votación y fallo.⁹⁴⁸

La LJ lo regula en el art 64

Contenido

Tanto la fase de vista como la de conclusiones no pueden tener otra finalidad que la de presentar al Tribunal un resumen de las respectivas posiciones acerca de los hechos alegados la prueba practicada y los fundamentos jurídicos, circunscribiéndose a lo ya discutido sin poder adicionar cuestiones nuevas.⁹⁴⁹

En el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación,⁹⁵⁰ excepto el pronunciamiento de daños o perjuicios si constaren probados en autos.⁹⁵¹ De ahí la vinculación de las partes a lo conformado en sus escritos de demanda y contestación.⁹⁵²

Pero esta consideración debe ser matizada en los siguientes términos:⁹⁵³

⁹⁴⁵ Art 489.2 LPM.

⁹⁴⁶ STS, sala V, de 11 de julio de 1995, (RJ 1995/6017).

⁹⁴⁷ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.Cit., pag 2141.

⁹⁴⁸ Art 489. 3 LPM.

⁹⁴⁹ STS, sala V de 15 de enero de 1994, (RJA 1323)

⁹⁵⁰ MILLAN GARRIDO Antonio. Op. Cit., Pag 789.

⁹⁵¹ Rojas Caro J. Op. Cit., pag 216

⁹⁵² Art 490 LPM.

⁹⁵³ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. OOp.Cit., Pag 2142

1. La prohibición no puede afectar a los motivos determinantes de la inadmisibilidad, pues siendo el procedimiento de orden público, cuya observancia deben cuidar los tribunales, de oficio o a instancia de parte, puede tratarse de ellos en este trámite.⁹⁵⁴
2. La prohibiciones refiere a plantear cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, fase que veda la introducción de nuevos hechos o cambios sustanciales en los expuestos previamente de los que pueden hacer derivar a las partes nuevas pretensiones⁹⁵⁵ pero no a la invocación de nuevos motivos o razones.

Hay que diferenciar entre cuestiones y motivos nuevos:

- Cuestiones- responden a hechos que sirven de base a una pretensión distinta de la formulada en la demanda
 - Motivos- son simples argumentos, los mismos o diferentes, cuya novedad consiste en acomodar la pretensión original a un potencial cambio de enfoque o fundamento impugnatorio. En realidad, los dos componentes referidos pueden enmarcarse, uno en el ámbito propio de los hechos y otro en el de la dialéctica y el derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en el planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho), sobre todo en los escritos de conclusiones, y la elasticidad permitida en el campo segundo (fundamentos o razonamientos jurídicos).⁹⁵⁶
3. Tesis- Cuando el tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos

⁹⁵⁴STS, sala V de 25 de junio de 1985 (RJA 3285) y 2 de diciembre de 1991 (RJA 9276).

⁹⁵⁵STS, sala V de 14 de julio de 1993.

⁹⁵⁶STS, sala V, de 18 de julio de 1993 (RJA 5842).

de demanda y contestación, lo pondrá en conocimiento de estas dictando providencia al efecto, que debe ser notificada con tres días de antelación.⁹⁵⁷

La tesis supone una invitación del tribunal a la reflexión de las partes sobre cuestiones no apreciadas por ellas, pero nunca puede constituir una sustitución formal de sus pretensiones.

Al objeto de que las partes puedan hacer alegaciones sobre tales cuestiones, será dictará providencia al efecto que será notificada con tres días de antelación. Se entiende que dicha antelación será al día señalado para la vista, pues tratándose del escrito de conclusiones basta que se indique así en la providencia dando traslado a cada parte para evacuar el mismo.⁹⁵⁸

Notificada la providencia, las partes deben tratar las cuestiones propuestas pero si no efectúan alegación alguna se producirán los perjuicios derivados del no ejercicio de un derecho. Así aunque ninguna de las partes se encuentre conforme con ellas, el tribunal podrá dictar sentencia con fundamento en las mismas.

4. En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constaren ya probados en autos.⁹⁵⁹

Esta pretensión indemnizatoria tendrá que ser deducida en la demanda pues son los escritos de demanda y contestación los que tienen la función de fijar el objeto del proceso sin que el art 490 de la LOPM autorice en modo alguno que se introduzca en ese momento una pretensión que altere, mediante una operación adicional, el objeto del proceso.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Art 490 LOPM.

⁹⁵⁸ SANCHEZ GUZMAN Eugenio. Op.cit., pag 2143.

⁹⁵⁹ Art 490.3 LOPM.

⁹⁶⁰ STS, sala V de 1 de marzo de 1994 (RJA2273).

En definitiva el art 490.3 faculta al demandante que ha deducido su pretensión indemnizatoria en el momento procesal adecuado, a solicitar en la vista o en las conclusiones, que se anticipe en la sentencia un pronunciamiento concreto sobre la cuantía de los daños, evitando su liquidación en el periodo de ejecución.

VII. SENTENCIA

A) Pronunciamientos

La sentencia pronunciará alguno de los fallos siguientes:

1. Inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar
2. Estimación o desestimación total o parcial del recurso contencioso-disciplinario militar

Dichos pronunciamientos responden a un orden lógico procesal que se verifica en momentos perfectamente definidos:

En el que el tribunal comprueba si la pretensión puede entablarse según lo hace el acto, lo que supone el examen de aquellos requisitos que la normativa procesal los exige al respecto, y con ello la apreciación de las causas de inadmisibilidad del recurso.

Aquel en que examina si la pretensión debe ser o no estimada, según su conformidad o no con las normas de derecho material aplicables al caso, lo que se conoce como cuestión de fondo.

Lógicamente la solución de las primeras debe preceder a las segundas pues sólo cabe decidir sobre el fondo dentro del marco de un proceso admisible y admitido.⁹⁶¹

La ley 29/98 lo regula con la salvedad de que aquí la sentencia contendrá además el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas.⁹⁶²

B) Plazo

⁹⁶¹ STS, sala V de 10 de junio de 1981 (RJA 29419) y 25 de junio de 1985 (RJA 3285).

⁹⁶² Ley 29/98, art 68.

La sentencia se dicta en el plazo de 5 días desde la celebración de la vista o del señalamiento para la votación y fallo, según los casos y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso.⁹⁶³

Por su parte la LJ 29/98 lo regula estableciendo las siguientes novedades:⁹⁶⁴

1. El plazo se amplía de cinco días a 10.
2. Cuando el tribunal aprecie que la sentencia no puede dictarse dentro del plazo indicado, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes.

El plazo de 5 días puede resultar en ocasiones corto por la complejidad del asunto,⁹⁶⁵ por otro lado, este segundo párrafo del art 67 constituye una auténtica novedad.

C) Inadmisibilidad

Los casos en que según la LPM se debe declarar la inadmisibilidad del recurso han de interpretarse restrictivamente, de forma que los preceptos que integran aquellos, se configuren como requisitos formales constituidos para asegurar el acierto de la decisión judicial y su conformidad con la justicia y no como obstáculos que haya de superar el justiciable para alcanzar la realización de la misma⁹⁶⁶ y ⁹⁶⁷.

El orden procesal a seguir en el tratamiento de los diversos factores concurrentes impositivos “óbices de procedibilidad”, de un fallo sobre el fondo, ha sido abordado por la jurisprudencia reiteradamente, creándose al efecto un cuerpo de doctrina en el que se establece la siguiente prioridad:

Inadmisibilidad por falta de jurisdicción o competencia, caducidad de la acción, impugnación de actos carentes de la condición precisa para ello y falta de capacidad y legitimación procesal.

⁹⁶³ L.O. 2/89, art 491

⁹⁶⁴ L.O. 2/89, art 67.

⁹⁶⁵ MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

⁹⁶⁶ STC nº 12/92 de 27 de enero.

⁹⁶⁷ STS, sala V de 14 de octubre y 23 de diciembre de 1991 (RJA 7504 y 9378) y 18 de marzo de 1992 (RJA 1748).

Invalidez absoluta

Defectos no subsanados, justificantes de anulabilidad

Restantes motivos previos al enjuiciamiento de la cuestión de fondo.⁹⁶⁸

La LPM establece las siguientes causas de inadmisibilidad:⁹⁶⁹

1. Falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal, por corresponder el asunto a otra jurisdicción o a otro órgano de la jurisdicción militar, respectivamente.
2. Falta de legitimación, o representación o por persona incapaz
3. Actos no susceptibles de impugnación a tenor del art 468
4. Cosa juzgada
5. Falta de interposición de los recursos preceptivos en vía disciplinaria militar
6. Presentación del escrito de interposición fuera de plazo

La LPM distingue entre causas de inadmisibilidad subsanables, que son:

- Falta de legitimación y de representación procesal
- Ausencia de interposición de los recursos en vía disciplinaria militar

En todos estos casos la puesta en marcha por el tribunal de los mecanismos de subsanación establecidos en los art 11.3, 243 LOPJ y 517 LPM o de cualesquiera otras medidas tendentes al mismo fin (art 470,478 y 490 LPM) evitarán que se llegue a la sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso.

Causas de inadmisibilidad insubsanables:

Son las previstas en los apartados a), c), d) del art 493

Falta de jurisdicción

La ausencia de jurisdicción puede decidirla el tribunal:

En cualquier momento del proceso, a través de un conflicto de jurisdicción a tenor de lo establecido en el art 9.6 de la LOPJ, resolviendo con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, e indicando la concreta jurisdicción que se considere competente.

⁹⁶⁸ STS, sala V de 25 junio de 1985 (RJA 3285) y 30 de septiembre de 1991 (RJA 6545)

⁹⁶⁹ Art 493 LPM

En el trámite especialmente establecido al efecto por la LPM, en auto, si consta de forma manifiesta e inequívoca (art 478) o en la sentencia (art 493. a) debiendo señalarse, en aquél o en esta, una vez que sean firmes, la jurisdicción competente.

La falta de jurisdicción no produce la inadmisibilidad del recurso por cuanto que el actor puede acudir a otro órgano jurisdiccional que decida sobre su derecho, a salvo de plantear, en su caso, el conflicto negativo sobre la misma.⁹⁷⁰

Falta de competencia

La LPM ofrece al tribunal en este tema las siguientes posibles soluciones:

Declarar la incompetencia, en el trámite general previsto en el art 449.3

Inadmitir el recurso, en el trámite específico señalado en el art 478 o en la sentencia, según el art 493. a)

Surge la duda de si inadvertida por el tribunal la falta de competencia en el trámite de admisión del recurso, no cabe ya sino esperar a dictar sentencia que declare la inadmisibilidad del mismo, o por el contrario, superada aquélla fase procesal, la sala debe abstenerse de dictar sentencia y mediante auto declarar su incompetencia.

La cuestión es importante toda vez que, a tenor del art 449.3 LPM la declaración de incompetencia, previa al momento de dictar sentencia, produce como efecto la remisión de las actuaciones al tribunal competente, efecto que no se produce cuando aquélla se manifiesta en la sentencia. Por tanto, en virtud del distinto tratamiento que recibe la incompetencia, más riguroso para el actor en el segundo caso, el TC⁹⁷¹ ha declarado, reiteradamente que si en cualquier momento fuera de la sentencia, cabe declarar la falta de competencia y remitir las actuaciones al órgano competente, la decisión de dictar sentencia de inadmisión impide obrar así, de modo que las vías del art 49.3 y 493 a) de la LPM no aparecen como vías complementarias, sino alternativas, en cuanto que el uso de la segunda impide u obstaculiza gravemente la

⁹⁷⁰ STS, sala V de 13 de marzo de 1992 (RJA 1746) y autos de 2 de abril, 17 d junio y 13 de octubre de 1993, (RJA 2782, 4655 y 7621).

⁹⁷¹ STC nº 22/85, de 15 de febrero, nº 39/85 de 11 de marzo y nº 109/85 de 8 de octubre.

tutela judicial efectiva y la efectividad conlleva, la necesidad de que se resuelva la cuestión de fondo, siempre que sea procesalmente posible su existencia, y la de la alternativa misma, no es compatible con la Constitución. La doctrina⁹⁷² también ha venido insistiendo en la necesidad de que el tribunal declare su falta de competencia con anterioridad a la sentencia cuando le conste de modo claro e inequívoco.

La declaración de incompetencia ha de decidirse mediante auto, de forma que, utilizando el mecanismo del art 449.3 LPM se facilite y acelere el conocimiento del asunto por el órgano competente.

Actos no susceptibles de impugnación

Remisión a lo señalado en el trámite de admisión del recuso art 478 b. sobre este concreto motivo.

Cosa juzgada

Hay que remitirse al art 1252 Cc que exige la concurrencia de identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fuesen, para que la sentencia dictada en un determinado proceso produzca los efectos de cosa juzgada⁹⁷³ en el resuelto posteriormente, bien sea impidiendo un nuevo pronunciamiento sobre el mismo (efecto formal) bien vinculando lo ya resuelto al nuevo pronunciamiento, como presunción “ juris et de jure”, efecto material.⁹⁷⁴ En conclusión, la cosa juzgada requiere la concurrencia de tres identidades: sujetos, objeto y petitum o razón de pedir.⁹⁷⁵ Cuando estas identidades se dan, la cosa juzgada tiene una eficacia vinculante que no puede soslayarse y que hace precluir todo ulterior proceso sobre el mismo objeto. ⁹⁷⁶

⁹⁷² LORCA NAVARRETE Antonio M^a “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 478.

⁹⁷³ LORCA NAVARRETE Antonio M^a. OP. CIT. PAG 478.

⁹⁷⁴ STS, sala V de 1 y 11 de julio de 1991 (RJA 6485 y 6491).

⁹⁷⁵ MILLAN GARRIDO Antonio, “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”.

⁹⁷⁶ STS, sala V, de 11 de julio de 1991.

La cosa juzgada se contrae, en suma, a que en sentencia precedente sobre el mismo asunto, un tribunal ha valorado los mismos argumentos del recurrente y los ha resuelto mediante sentencia firme y ejecutoria.⁹⁷⁷

Es preciso que sobre la pretensión originaria haya recaído sentencia firme y con un pronunciamiento sobre el fondo, declarando su conformidad o no con el ordenamiento jurídico, de forma que si el tribunal declara la inadmisibilidad en la sentencia, esta no determina por si misma la inadmisibilidad de la pretensión en el nuevo proceso, a salvo la concurrencia de otros motivos diferentes.

La LJ lo regula ⁹⁷⁸ y establece una serie de novedades:

1. Se puede declarar la inadmisibilidad de alguna de las pretensiones que constituyen el objeto del recurso.
2. Se omite la referencia a la falta de competencia del tribunal y se mantiene la falta de jurisdicción. Esto surge a tenor de la jurisprudencia constitucional que había declarado contraria al art 24 la declaración de tal defecto en la propia sentencia, supuesto que puede y debe ser depurado con anterioridad a aquel en el propio proceso.⁹⁷⁹
3. La expresa inclusión de litispendencia entre las causas de inadmisión.

Por ello la doctrina viene señalando la modificación de la LPM en su totalidad y en concreto en lo que afecta al señalado art 493.⁹⁸⁰

D) Desestimación

La sentencia desestimará el recurso contencioso-disciplinario cuando se ajuste a derecho el acto a que se refiere.⁹⁸¹ La LJ señala en el art 70.1 que, asimismo la

⁹⁷⁷ STS, sala V de 1 de julio de 1991, nº 38/91

⁹⁷⁸ Ley 29/98, art 69.

⁹⁷⁹ STC de 15 de febrero y 11 de marzo de 1985 y 9 de mayo de 1986.

⁹⁸⁰ MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, "El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma". Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001. pag 642,643.

⁹⁸¹ Art 494.1 LPM

sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a derecho la disposición, acto o actuación impugnados.

E) Estimación

La sentencia estimará el recurso contencioso disciplinario cuando el acto incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.⁹⁸²

La ley 29/98 lo regula en el art 71.

1. La desviación de poder

La desviación de poder constituye el ejercicio de la potestad sancionadora para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.⁹⁸³ Los art 103.1 y 106.1 de la CE señalan que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación de la administración y legalidad no es solo conformidad con los requisitos formales y materiales, fijados en las normas, sino adecuación al fin que justifica cada acción administrativa, que esta explícita o implícitamente señalado por el ordenamiento jurídico. Las potestades administrativas tienen un carácter funcional, en cuanto se confieren por el ordenamiento jurídico en vista de un fin específico, de forma que el apartarse del mismo los actos que derivan de su ejercicio que dan afectados de ilicitud.

La jurisprudencia viene aludiendo a este elemento teleológico cuando se refiere a la desviación de poder desde sus primeras sentencias “supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de otras, orientándola hacia la consecución de objetos no previstos concretamente por la motivación legal,⁹⁸⁴ a las recientes supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a imperativos de moralidad.⁹⁸⁵

⁹⁸² Art 494.2 LPM

⁹⁸³ Art 494.3 LPM

⁹⁸⁴ STS de 14 de mayo de 1959 (RJA 2320).

⁹⁸⁵ STS de 31 de octubre de 1991 (RJA 9546)

La finalidad de la potestad sancionadora se establece en el art 1 de la ley disciplinaria “La observancia de las RROO y demás normas que rigen la institución militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico”.⁹⁸⁶ Este interés debe primar tanto las relaciones de quien por razón de su función debe de obedecer y de quien imparte sus mandatos, como en la actuación de los órganos de la administración dotados de potestades sancionadoras y deja de contemplarse este interés cuando se trasladan al campo del derecho sancionador consideraciones ajenas, como son las relaciones de amistad o enemistad, originada por circunstancias distintas de la relación de servicio, porque las potestades se confieren a la administración para sancionar lo que vaya contra el interés general, la disciplina y al emplearse para otra finalidad o para sancionar conductas distintas vician la actuación administrativa de desviación de poder o la convierten en abuso de este y por tanto contraria al ordenamiento jurídico, porque la potestad sancionadora de la administración no es ilimitada ni arbitraria y debe ser ejercida dentro de los límites que la CE establece.

Desde mi punto de vista, es interesante abordar el problema de la naturaleza de la desviación de poder, la discusión se centra en decidir si ésta es estrictamente jurídica o por el contrario se pueden incluir también criterios de moral y ética de la administración militar sancionadora, ya que la técnica de la desviación de poder supone un juicio de las intenciones de la Administración sancionadora, para saber si existió o no esa voluntad desviada o torcida que la caracteriza. En cualquier caso, en mi opinión, hay que tener en cuenta que ambos conceptos están íntimamente relacionados, lo uno presupone lo otro, es decir, para que un acto sea considerado ilegal o contrario a derecho, es porque primero ha supuesto un acto contrario a la moral pública. De todas formas, jurídicamente, no se debería atender a criterios de moralidad, en cuanto que se trata de un acto ya regulado por una norma. El vicio de la

⁹⁸⁶ STS, sala V de 15 de septiembre de 1989, (RJA 6830 16 de diciembre de 1991 (RJA 9376)

desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del Mando sancionador.

Por otra parte considero que la actitud de los Tribunales respecto a su aplicación no ha gozado de demasiado éxito. Este fracaso se puede explicar por varias razones: por una lado, la concepción de la desviación de poder como una técnica de aplicación subsidiaria, sólo aplicable cuando faltan otros vicios en el acto administrativo sancionador. Así el propio Tribunal Supremo ha adoptado criterios de incompatibilidad de la desviación de poder con cualquier otro motivo de invalidez de los actos administrativos, así como de carácter simplemente preferente de las demás causas a la hora de realizar el enjuiciamiento. En segundo lugar, por el abuso que se ha hecho de la desviación de poder al invocarla sistemáticamente, con fundamento o sin él. En tercer lugar, por el rigor con el que durante mucho tiempo se ha exigido por nuestra jurisprudencia la prueba de la desviación de poder.

Este enlaza con el problema de la prueba en la desviación de poder. En este sentido la jurisprudencia de la Sala V ha asentado los siguientes criterios:⁹⁸⁷

- Para la apreciación de la desviación de poder hay que probar los hechos determinantes de incumplimiento del fin del acto administrativo.⁹⁸⁸
- No cabe exigir una prueba plena para acreditar la desviación de poder, habida cuenta de la naturaleza de este vicio de los actos administrativos, asentado en un elemento intelectual, psicológico, intención o sentimiento

⁹⁸⁷ STS de 2 de abril de 1993 (RJA 2755)

⁹⁸⁸ LORCA NAVARRETE Antonio M^a "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990. Pag 478.

Una exigencia rigurosa de prueba absoluta haría inviable este tipo de pretensiones en la mayor parte de los casos y abocaría a resultados de indefensión conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva

- Que la desviación de poder basta para evidenciarla con la convicción moral de su existencia, a través de presunciones obtenidas con rigor lógico de acreditados datos, antecedentes o circunstancias concurrentes de las que pueda deducirse, según las reglas del criterio humano (art 1249 y 1253Cc) la desviación de poder.
- Que por contra, no es suficiente oponer a la presunción de legalidad de la actuación administrativa meras conjeturas, sospechas, suspicacias o recelos específicos ni errores en el actuar del órgano administrativo.⁹⁸⁹

La LJ 29/98 lo regula igual⁹⁹⁰ al señalar que la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. La desviación de poder constituye el ejercicio de la potestad sancionadora para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

El art 70.2, párrafo segundo de la ley 29/98 procede del art 83.3 de la LJCA de 1956. Se introduce primero en la LJCA de 1956 y luego en la ley de procedimiento administrativo de 1958, la desviación de poder no como un vicio de moralidad sino de legalidad y era conocido en Francia desde finales del siglo XIX. Así la ley 30/92, de 26 de noviembre, lo configuró como un supuesto de anulabilidad.

2. Análisis del Art 495

Establece que cuando la sentencia estime el recurso:

- A) Declarara no ser conforme a derecho, anulará total o parcialmente el acto recurrido y, en su caso, reconocerá la situación jurídica

⁹⁸⁹ STS de 30 de abril de 1985 (RJA 2184) y 29 de noviembre de 1986 (RJA 6641).

⁹⁹⁰ Ley 29/98, art 70.2

individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

- B) Si se ha pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará diferida al periodo de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos, salvo lo previsto en el art 490.3 de la LPM.

En definitiva el pronunciamiento estimatorio depende de la clase de pretensión actuada:

- 1) Pretensión de anulación,⁹⁹¹ la sentencia se limita a declarar en el fallo la anulación total o parcial del acto recurrido.
- 2) Pretensión de plena jurisdicción,⁹⁹² para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada es necesario antes privar de efecto al acto. En estos casos la sentencia contendrá los siguientes pronunciamientos:

- Anulación total o parcial del acto recurrido.

La cuestión es abordar si tras estimar el recurso y anular la sanción impuesta ¿ha de reenviarse el asunto a la autoridad militar para que la misma sustituya el acto anulado? O por el contrario ¿ha de seguirse la sustitución del mismo efectuada directamente por el propio tribunal? Una cosa es declarar nula la resolución sancionadora y otra distinta sustituir su contenido ¿esto es posible?⁹⁹³. El carácter revisor imposibilita la adopción de una decisión sobre el fondo de la resolución sancionadora impugnada. Esta argumentación tendría validez si fuese aplicada sistemáticamente en todos los casos, pero no es así.⁹⁹⁴ Si hay casos en que el tribunal ha sustituido en vía jurisdiccional la resolución administrativa sancionadora. Además el problema viene resuelto a

⁹⁹¹ Art 469.1 LPM

⁹⁹² Art 469 in fine LPM

⁹⁹³ RAMON FERNANDEZ T. "Arbitrariedad y discrecionalidad" CIVITAS, pag 137 y sg.

⁹⁹⁴ STS, sala V de 17 d abril de 1990 (RJA 4632) y 27 de abril de 1993 (RJA 2784).

nivel constitucional ya que la CE ha optado por atribuir al juzgador la decisión última entre la administración y los ciudadanos y de decidirlo en toda su integridad. Entre el criterio de la administración y el de los jueces, la CE ha optado por este último.⁹⁹⁵ Por tanto, la anulación del acto sancionador sustituyendo en el fallo su concreto contenido por otro más ajustado a derecho, no puede concebirse como una excepción a un principio general prohibitivo, extraído del carácter revisor de la jurisdicción, sino como una exigencia inherente a la efectividad de la tutela judicial.

El problema se traslada entonces al Tribunal que podrá llevar a efecto la sustitución siempre que cuente con elementos de juicio suficientes para efectuar una crítica seria, fundada, de la resolución impugnada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consciente.

- Declaración de derechos que se deriven de aquélla nulidad a favor del recurrente y la condena a la administración militar para que adopte las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.
- Resarcimiento de daños y perjuicios cuando se hubiesen pedido.

En el tema de daños la jurisprudencia de la sala V ha sentado las siguientes bases:

1. La carga de probar los daños y perjuicios incumbe a quien los alega y solicita ser indemnizado en caso contrario no podrá acreditarse el derecho a indemnización⁹⁹⁶. Según reiterada jurisprudencia de la sala V⁹⁹⁷ para que se pueda declarar el derecho de la parte a ser indemnizado han de encontrarse probados los daños y perjuicios que se aleguen, aunque se difiera al periodo

⁹⁹⁵ RAMON FERNANDEZ Tomás, OP, CIT, PAG 137 .

⁹⁹⁶ STS sala V de 20 de abril y 6 de octubre de 1992 (RJA 4065 y 8492)

⁹⁹⁷ STS, sala V de 20 de abril de 1992 (RJ 1992/4065), de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/8498), de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993/1073), 8 de mayo de 1995, 9 de mayo de 1998 (RJ 1998/4950), 23 de abril de 1998 (RJ 1998/4366), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1902) y 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001/3817).

de ejecución de la sentencia la determinación de su cuantía.⁹⁹⁸ Porque la indemnización, ciñéndonos a la esfera contencioso-administrativa en que está planteado el recurso, no puede derivarse automáticamente de la estimación de la demanda, sino que es consecuencia de que efectivamente se hayan causado esos daños y perjuicios, como expresamente señala el apartado b) del art. 495 de la Ley Procesal Militar (RCL 1989, 856), lo que viene también corroborado por el carácter contradictorio del procedimiento en que dicha pretensión ha de formularse, porque, fijado el ámbito del debate procesal en la demanda, para la viabilidad de esa pretensión ha de haberse introducido en el debate, sino la cuantía, al menos la realidad y naturaleza de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, a fin de que la contraparte pueda, con los necesarios elementos de juicio, impugnar o aquietarse a dicha pretensión, combatiéndola, en el primer caso, desde las propias alegaciones fácticas del demandante, porque de otra forma la garantía esencial de la contradicción que ha de imperar en el procedimiento y que consagra el art. 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) se vería esencialmente conculcada. Cuanto queda dicho es predicable, incluso, de los daños morales, pues aunque, en casos excepcionales, esos daños puedan no precisar de prueba, como hemos señalado repetidamente, sí es necesaria su concreta alegación por la parte en aras de ese mismo principio de contradicción

2. En cuanto a los daños morales, acogiendo el criterio de el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sus Sentencias de 3 junio 1991, 5 marzo 1992, las de esta Sala, de 2 febrero 1993 y 1 marzo 1994, establecieron la posibilidad de que, en determinadas condiciones, el Tribunal pueda apreciar la existencia de daños morales por el hecho de haber sufrido el recurrente una ilegítima privación de

⁹⁹⁸ STS, sala V de 019 de febrero de 2002 (RJ 2002/4631).

libertad como consecuencia de un arresto por falta grave.⁹⁹⁹, condiciones que, en el parecer de la Sala, habrían de deducirse de la ponderación de todas las circunstancias, sin perder de vista la disciplina, lo que permitiría eliminar la necesidad de la prueba -que será la norma general-, en aquellos casos en que el solo raciocinio judicial permita llegar a apreciar, como resultado, la existencia de tales daños morales, cuando tal declaración resulte inherente a la necesaria respuesta de reparación exigida en justicia por un mal indebidamente producido; de ello se deducía que el Tribunal «habrá de ponderar cuidadosamente, caso por caso, si concurren las condiciones y circunstancias que deben llevarle, en un proceso lógico razonable, a la conclusión de que, efectivamente, existen daños morales que deben ser indemnizados, aunque sobre su existencia y cuantía no se haya practicado prueba en el proceso» (Sentencia de esta Sala de 1 marzo 1994).

3. El grado de concreción de la sentencia en este tema dependerá de la prueba: si constan ya probados en autos los daños y perjuicios pero no su cuantía, la sentencia se limitará a declarar el derecho al resarcimiento y quedará diferida al periodo de ejecución la determinación de su cuantía; pero si lo que consta ya probado en autos es, además de la existencia, dicha cuantía, la sentencia debe señalar en pormenor de los daños.

Respecto a la cuantía de la indemnización en el caso de daños morales la sala V ha establecido criterios orientadores para su determinación por el tribunal de la instancia en ejecución de sentencia, según las normas del código penal para el impago de multas.¹⁰⁰⁰

F) Requisitos

1. Estructura de la sentencia

⁹⁹⁹ STS, sala V de 2 de febrero de 1993, (RJA 1073) y 1 de marzo de 1994 (Boletín judicial militar nº 10)

¹⁰⁰⁰ STS, sala V de 3 de febrero de 1998, (RJ 1998/1902)

La LOPJ¹⁰⁰¹ dispone que tras un encabezamiento la sentencia se formulará expresando: antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, fundamentos de derecho y fallo.

La dicción del art “en su caso” es reveladora de que la declaración de hechos probados sólo es preceptiva en los ordenes jurisdiccionales en que las leyes procesales exijan imperativamente esta declaración, lo que no ocurre en el contencioso administrativo que es trasunto del contencioso disciplinario, como resulta de la LEC aplicable supletoriamente a este último.¹⁰⁰²

La sala V del TS ha postulado la conveniencia de que en la sentencia figure una declaración de “hechos probados”,¹⁰⁰³ todo ello en base a que en el proceso contencioso- disciplinario es preciso tener en cuenta la naturaleza del acto que se somete a revisión jurisdiccional, el acto sancionador del ilícito disciplinario, cuyas diferencias con el ilícito penal en el orden punitivo son simplemente cuantitativas. Asimismo, esto supone una más depurada y precisa constancia de las conclusiones a que ha podido llegar el Tribunal en el ejercicio exclusivo de valoración de la prueba que le compete.¹⁰⁰⁴

Así, el art 495 del anteproyecto de reforma de la LPM exige que la sentencia contenga un relato de hechos probados.

2. La Congruencia

El art 470 de la LPM establece un principio de justicia rogada donde son las partes las que mediante sus pretensiones establecen los términos de la controversia y determinan los límites de la congruencia. La ley no ha cercenado las posibilidades de

¹⁰⁰¹ Art 248.3 LOPJ

¹⁰⁰² STS de 2 de julio de 1990 (RJA 5956), 6 de septiembre de 1991 (RJA 8533) y 27 de abril de 1992 (RJA 4198).

¹⁰⁰³ STS, sala V de 24 de enero y 29 de mayo de 1991 (RJA 1669 y 5173)

¹⁰⁰⁴ DE LAS HERAS DURAN José Manuel, “El procedimiento Contenciosos disciplinario militar ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003. Pag 148.

que el tribunal pueda de oficio entender que existen otros motivos para fundamentar el recurso o la oposición.¹⁰⁰⁵

La incongruencia consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones¹⁰⁰⁶, concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido. El TC ha reconocido que el deber de congruencia no es una obligación procesal, sino que deriva del art 24.1 de la CE que abarca no sólo el derecho a obtener una resolución definitiva, sino a que esta sea congruente con las pretensiones deducidas.¹⁰⁰⁷

La congruencia es una cualidad sentencial que ha de ser predicada del fallo en relación con las pretensiones deducidas, no de los fundamentos jurídicos en relación con las alegaciones expuestas por las partes, la motivación no precisa el explícito y pormenorizado análisis de todas y cada una de las pruebas practicadas.¹⁰⁰⁸ Esta doctrina ha sido reiteradamente confirmada por el TC que ha señalado que no existe a priori una extensión o cierto modo de razonar, la motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva a cada caso concreto en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee.¹⁰⁰⁹

Por último hay que señalar que la congruencia no supone una correlación entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia, sino suficiente que exista una correspondencia entre los problemas debatidos y los pronunciamientos de la sentencia.

El examen de la congruencia exige una confrontación entre la sentencia y la pretensión, con el siguiente alcance:

¹⁰⁰⁵ STS, sala V de 13 de mayo de 1993, (RJ 1993/4007).

¹⁰⁰⁶ LORCA NAVARRETE Antonio. OP. CIT. PAG 477.

¹⁰⁰⁷ STC 4/83 de 3 de febrero

¹⁰⁰⁸ STS, sala V de 4 de marzo de 2002, (RJ 2002/5305), 11 mayo de 2000 (RJ 000/5269), STS, sala V de 12 de mayo de 2000 (RJ 2000/4070), 14 de marzo de 2000, (RJ 2000/2305), 8 de noviembre de 1999, (RJ 1999/10098).

¹⁰⁰⁹ STC 95/90 (RTC 1990/95); 128/1992 (RTC 1992/128); 143/1995 (RTC 1995/143) y 58/96 (1996/58).

Respecto a la pretensión- puede parecer que al venir perfilada en la suplica puede parecer que basta confrontarla con el fallo para deducir así la incongruencia. Este mecanismo de adecuación es predicable en el proceso civil donde la congruencia viene referida a las pretensiones deducidas por las partes para fundamentar el recurso . Pero en el orden contencioso disciplinario el principio de congruencia tiene carácter riguroso ya que los tribunales tienen que juzgar no sólo dentro del límite de las pretensiones sino de las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar el recurso y la oposición. Esto sin perjuicio de que el tribunal acuda a argumentaciones propias o preceptos jurídicos distintos de los invocados por las partes “jura novit curia” siempre que conduzcan a corroborar o a rechazar alegaciones deducidas por aquellos para fundamentar sus respectivos pedimentos.¹⁰¹⁰

De la sentencia solo tiene relevancia la parte dispositiva o fallo, sin embargo, hay casos en que tratándose de incongruencia extra petitum la apreciación del vicio sólo puede hacerse sobre el examen de la sentencia completa.

3. La incongruencia

La incongruencia puede producirse por las siguientes causas:

- Que el fallo contenga más de lo pedido por las partes- este caso quebrantaría el principio de demanda que es garantía del principio de imparcialidad judicial y del derecho constitucional de defensa.¹⁰¹¹ No obstante, si el tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art 470 LPM no incurriría en “incongruencia por exceso”.
- Que el fallo contenga menos de lo pedido por las partes- es la denominada incongruencia omisiva o fallo corto, pero no existe incongruencia si el tribunal resuelve genéricamente las pretensiones aunque no se haya pronunciado sobre las alegaciones concretas, ya que sólo la omisión o falta total de

¹⁰¹⁰ STS, sala v de 27 de marzo y 23 de diciembre de 1992 (RJA 1587 y 10264) y 9 de julio de 1993 (RJA 5768).

¹⁰¹¹ STS, sala V de 2 de febrero de 1993, (RJA 1073).

respuesta y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada entraña vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así la sala V ha estimado que la congruencia sólo obliga a resolver sobre las pretensiones planteadas por las partes en el proceso pero no a dar respuesta a todas y cada una de las alegaciones que aquellos hayan hecho en defensa de sus pretensiones.¹⁰¹²

- Que el fallo contenga cosa distinta de lo pedido- el Tribunal no puede conducir a la reformatio in peius cuya interdicción está consagrada en la doctrina jurisprudencial. El carácter revisor de la jurisdicción parece imposibilitar la adopción de una medida sustitutoria de otra tomada por la administración, pero entiende García de Enterría¹⁰¹³ que entre el criterio de la administración y de los jueces la CE ha optado por este último y que la anulación del acto sancionador sustituyendo en el fallo su concreto contenido por otro más ajustado a derecho no se concibe como una excepción al carácter general prohibitivo del carácter revisorio como una exigencia inherente a la tutela judicial efectiva.¹⁰¹⁴

En la práctica sucede en sentencias en las que se han anulado diversas sanciones impuestas por faltas graves y declaran que los hechos por los que sancionó constituyeron faltas leves, considerándose dichas infracciones prescritas.¹⁰¹⁵

G) Motivación

La CE impone el deber de motivar las resoluciones judiciales¹⁰¹⁶. Este hecho se prevé tanto en la ley procesal militar,¹⁰¹⁷ como por la jurisprudencia de la sala V.¹⁰¹⁸

¹⁰¹² STS, sala V de 13 de febrero de 1997.

¹⁰¹³ GARCIA DE ENTERRIA E y RAMON FERNANDEZ T. OP. CIT. PAG 625.

¹⁰¹⁴ HERNANDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO, "Manuel práctico de la jurisdicción militar".

¹⁰¹⁵ STS, sala V de 17 de abril de 1990 y 27 de abril de 1993.

¹⁰¹⁶ Art 120.3 CE

¹⁰¹⁷ Art 85 LPM.

¹⁰¹⁸ STS, sala V de 11 de diciembre de 2000 (RJ 2001/5009).

La jurisprudencia de la sala V ha sentado las siguientes bases con respecto a la motivación:

1. El deber de motivar las sentencias establecido en el art. 120.3 CE es el reverso de una de las dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva, que consiste en el derecho a obtener una resolución «fundada en Derecho». Como recuerda la STC 24/1990, de 15 febrero (RTC 1999/24), reiterando una constante doctrina, «en el Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple tanto con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial; como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento». Ahora bien, siendo la suficiente motivación una garantía esencial del justiciable, no vienen impuestas por los arts. 24.1 y 120.3 CE una especial estructura ni una determinada extensión en el desarrollo de los razonamientos, por lo que -enseña una igualmente reiterada doctrina constitucional- «una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación».¹⁰¹⁹
2. La doctrina jurisprudencial de la Sala, constante y pacífica, que ha venido aconsejando a los Tribunales Militares, a través de sus Sentencias, la confección de un relato probatorio, indicando en la más recientes¹⁰²⁰ la necesidad de que conste, de alguna forma, cuáles sean los hechos que el Tribunal entiende probados; sino porque, tratándose, tanto del procedimiento disciplinario como el procedimiento penal de dos manifestaciones del derecho sancionador que incumbe al Estado, en el que, únicamente, las actuaciones que infrinjan el bien jurídico protegido por los Derechos Penal y Disciplinario

¹⁰¹⁹ STS 9/97, de 13 de febrero (RJ 1997/1475)

¹⁰²⁰ 16 mayo 1997 [RJ 1997\4217] y 24 febrero 1998 [RJ 1998\1907])

pueden ser castigadas con penas y sanciones preestablecidas legalmente, la base indispensable para esa punición es la constancia indudable de unos hechos, sobre los cuales ha de recaer la prueba a practicar, tanto en el procedimiento disciplinario como en el contencioso disciplinario posterior, y tener en cuenta para decidir si existe o no la vulneración de derechos fundamentales. La Sala insiste en la necesidad de que conste en las sentencias la declaración de los hechos que considere probados el Tribunal, sin que ello obligue al Tribunal de instancia a efectuar un relato nuevo, siendo suficiente con recoger la imputación expresa que contenga la resolución sancionadora, con su propia descripción, si la entiende acertada y probada el Tribunal, o dándola por reproducida, pues de esa premisa ha de partirse para analizar después, en el procedimiento preferente y sumario, si existe una tipificación disciplinaria del hecho, si hay prueba de cargo, etc., es decir, si se han vulnerado derechos fundamentales con la aceptación y prueba de aquellos hechos, y ello con independencia de otras posibles vulneraciones por infracciones procedimentales.

3. Ha señalado reiteradamente¹⁰²¹ que el tribunal de la instancia sólo tiene que explicitar el análisis que haya realizado de la prueba en la medida que lo considere relevante para la exposición de la convicción a la que ha llegado con los hechos que sirven de base a su pronunciamiento y la motivación no precisa el explícito y pormenorizado análisis de todas las pruebas practicadas.¹⁰²²
4. Por tanto, la sentencia ha de recoger expresamente los hechos que se consideren probados, esta exigencia que es aplicable al proceso penal, es extensible por analogía al disciplinario.¹⁰²³ En repetidas ocasiones ha señalado

¹⁰²¹ STS, sala V de 2 de octubre de 1995 (RJ 1995/7832), 17 de marzo de 1997 y 7 de enero y 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269).

¹⁰²² STS, sala v de 4 de marzo de 2002, (RJ 2002/5305), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269)

¹⁰²³ STS, sala V de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/2573), 9 de febrero de 1999 (RJ 1999/2575)

la sala V¹⁰²⁴ que es por tanto grave defecto incluso en las sentencias del orden contencioso disciplinario que no se haga en ellas expresa declaración de los hechos que se consideran probados, para una más depurada y precisa constancia de las conclusiones a que ha podido llegar el tribunal en el ejercicio de la valoración de la prueba que le compete, respecto a la certeza o no de los hechos.

5. Las sentencias por disposición de la LPM¹⁰²⁵ deben ser claras y precisas, (en ningún supuesto dubitativas e inconcretas), haciendo las declaraciones que las pretensiones deducidas exijan -y las declaraciones son manifestaciones de intención-, redactándose en párrafos separados en que se consignarán tanto las pretensiones de las partes como los hechos en que las funden haciendo las declaraciones que las pretensiones deducidas exijan siendo dichas declaraciones manifestaciones de intención, consignándose con claridad en párrafos separados.¹⁰²⁶

En mi opinión la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales se vincula con el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, y ello impone al juzgador la exigencia de exponer los hechos que se declaran probados, con constancia de las razones en que se fundamente tal parecer, y, además, una valoración suficientemente razonada articulada sobre ellos. Considero que los Tribunales deben reflejar los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores constitucionalmente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción de los hechos declarados probados en la norma aplicada.

¹⁰²⁴ STS, sala V de 24 de enero de 10(RJ 1991/1669), 28 de junio de 1996 (RJ 1996/5260), 21 de abril y 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/2942 y 1997/4212).

¹⁰²⁵ art 457 LPM.

¹⁰²⁶ STS, sala v de 16 de mayo de 1997, (RJ 1997/4217); 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/4212); 21 de abril de 1997 (RJ 1997/2942); 33/96, de 28 de junio (RJ 1996/5260).

H) Eficacia subjetiva de la sentencia

1. Sentencia de inadmisibilidad

El fallo al apreciar la inexistencia de algún requisito procesal que impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto hace que el acto impugnado permanezca en idéntica situación al momento anterior al de iniciación del proceso.

No es que la sentencia produzca efectos sólo entre las partes es que no produce efecto alguno, no añade a la realidad jurídica nada que no exista antes.¹⁰²⁷

2. Sentencia desestimatoria- aquí el tribunal admite y examina la pretensión y la declaración sólo producirá efectos entre las partes.¹⁰²⁸

3. Sentencia anulatoria- producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos.¹⁰²⁹ Hay que distinguir dos supuestos:

Si se ha dictado al resolver una pretensión de anulación desaparecen las consecuencias jurídicas derivadas del acto cualquiera que sea la persona afectada haya sido o no parte en el proceso. Ejem si el acto era una orden que imponía el cumplimiento de unos deberes, dictada la sentencia, nadie haya recurrido o no está obligado a realizarlos.

Si se ha dictado al resolver una pretensión jurisdiccional, es decir, que el acto sancionador infrinja el ordenamiento jurídico por desconocer una determinada situación jurídica individualizada de la que se considera acreedor el recurrente, la anulación del acto no supone el reconocimiento de una situación individualizada para los que no dedujeron la pretensión procesal, aunque concurra en ellos las mismas circunstancias objetivas que en el recurrente.

I) Notificación de la sentencia

¹⁰²⁷ GONZALEZ PEREZ "Comentarios a la LJCA", CIVITAS, pag 1047.

¹⁰²⁸ Art 496.1 LPM.

¹⁰²⁹ Art 496.2 LPM.

La sentencia y los votos particulares deben notificarse a las partes en el plazo de tres días después de firmada y a su vez en el mismo plazo, comunicándoles una y otros al Ministerio de Defensa.¹⁰³⁰

VIII. OTROS MODOS DE TERMINAR EL PROCEDIMIENTO

La LPM regula tres supuestos, desistimiento del demandante, allanamiento del demandado y reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante:

1. Desistimiento- se produce cuando el demandante renuncia a la pretensión deducida en el recurso interpuesto. El demandante podrá desistir del recurso en cualquier momento del procedimiento¹⁰³¹ antes de dictar sentencia.¹⁰³² Será necesario la ratificación del demandante¹⁰³³ o la presentación de poder especial para pleitos en que figure expresamente la facultad de desistir.¹⁰³⁴ Es más, si el desistimiento no se ha ratificado ni se ha presentado con poder especial, el actor puede mantener la demanda y postular la revocación del desistimiento con posterioridad a ese escrito.¹⁰³⁵

Los efectos del desistimiento se ciñen al procedimiento instado y subjetivamente a las partes que lo efectuaron de suerte que no afecta a los demás demandantes que no decidieron suscribirlo, con respecto a los cuales ha de seguir el procedimiento.¹⁰³⁶

El tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento¹⁰³⁷ y ordenará el archivo del procedimiento y la devolución del expediente a la oficina de que procediera.¹⁰³⁸

¹⁰³⁰ Art 497 LPM.

¹⁰³¹ LORCA NAVARRETE Antonio M^a. OP. CIT. Pag 480.

¹⁰³² Art 498.1 LPM.

¹⁰³³ LORCA NAVARRETE Antonio M^a. OP. CIT. Pag 480.

¹⁰³⁴ Art 498.2 LPM.

¹⁰³⁵ LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 480.

¹⁰³⁶ Art 498.4 LPM.

¹⁰³⁷ LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 480.

La LJ regula el desistimiento del demandante.¹⁰³⁹

2. Caducidad- Si presentada la demanda el procedimiento contencioso disciplinario se detiene durante un año por culpa del demandante se producen los mismos efectos señalados para el desistimiento.¹⁰⁴⁰
3. Allanamiento del demandado- el demandado puede allanarse al recurso contencioso-disciplinario. Allanado el demandado el tribunal dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo que ello supusiere una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso dictará la sentencia que estime justa.¹⁰⁴¹

La LPM¹⁰⁴² dispone que la representación de la administración militar sancionadora no puede allanarse sin estar autorizado para ello por el Ministerio de Defensa. En la práctica resulta que el Abogado del Estado se ve obligado a sostener infundadas defensas que conducen a un incremento de las dilaciones indebidas.¹⁰⁴³

En principio parece que el tribunal ante la falta de oposición del demandado debiera fallar otorgando todo lo solicitado por el actor. Sin embargo, esto no es así ya que el tribunal ha de dictar la sentencia que estime justa, ya que el allanamiento no vincula al órgano jurisdiccional.¹⁰⁴⁴ Cabría preguntarse si es posible, sin más, dictar una sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, pero toda vez que la tutela judicial efectiva conlleva el que las sentencias sean congruentes, la que así se dictaría lo sería sin más prueba que lo resistido del demandado.¹⁰⁴⁵ La ley 29/98 lo regula en el art 75.

4. Satisfacción extraprocesal de la pretensión

¹⁰³⁸ Art 498.3 LPM.

¹⁰³⁹ Ley 29/98, art 74.

¹⁰⁴⁰ Art 498.5 LPM.

¹⁰⁴¹ Art 499 LPM.

¹⁰⁴² Art 464.2 LPM

¹⁰⁴³ Eugenio SANCHEZ GUZMAN Eugenio, "Comentarios a las leyes procesales militares", pag 2162.

¹⁰⁴⁴ LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 480.

¹⁰⁴⁵ GIMENO SENDRA, "Curso de derecho procesal administrativo", pag 257.

Si interpuesto el recurso contencioso-disciplinario militar, la administración demandada reconoce en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes puede ponerlo en conocimiento del tribunal si la administración no lo hace.¹⁰⁴⁶ El tribunal previa comprobación de lo alegado dictará auto de terminación del procedimiento y contendrá íntegramente el acto administrativo mediante el que se da satisfacción al demandante.¹⁰⁴⁷

La satisfacción ha de ser total,¹⁰⁴⁸ no basta que la administración decida sobre las pretensiones del actor, sino que es preciso que las estime totalmente. Se produce esta figura cuando la administración toma una decisión que coincida totalmente con la petición del administrado.¹⁰⁴⁹

La satisfacción extraprocésal puede producirse desde la interposición de la demanda hasta el momento de la citación para sentencia¹⁰⁵⁰, cuando se compruebe que las pretensiones del demandante han sido satisfechas totalmente por la administración.¹⁰⁵¹ La ratificación extraprocésal provocará la terminación del proceso mediante auto.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁶ Art 500.1 LPM

¹⁰⁴⁷ Art 500.2 LPM.

¹⁰⁴⁸ LORCA NAVARRETE. OP. CIT PAg 481.

¹⁰⁴⁹ STS, sala V de 17 de junio de 1998 (RJA 4394).

¹⁰⁵⁰ LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 481.

¹⁰⁵¹ LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 480, 481.

¹⁰⁵² LORCA NAVARRETE. OP. CIT. Pag 481.

IX. RECURSOS

A) RECURSO DE CASACIÓN

1. Concepto

Cuando fue redactada la ley procesal militar en el año 1989, el recurso de casación se regulaba en el art 503 de la citada ley con el siguiente texto *“Contra las sentencias y los autos a que se refiere el artículo 478, dictados por la Sala de justicia del Tribunal Militar Central o por un Tribunal militar territorial cabra recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.*

Podrán interponer el recurso de casación la parte demandante y la administración sancionadora y se sustanciara por los mismos motivos y trámites que se señalan en los artículos 1.691 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, con las salvedades siguientes:

A) el plazo de preparación del recurso comenzara a contarse para la administración sancionadora, al día siguiente de recibirse la comunicación a que alude el artículo 497.

B) no será necesario constituir depósito.

C) los plazos se reducirán a la mitad, excepto los de tener por preparado el recurso, citaciones para la vista y el de dictar sentencia, de los artículos 1.696 Párrafo primero , 1.711 Párrafo segundo y 1.714, Que serán de cinco, ocho y ocho días, respectivamente”. En consecuencia, la LPM se remitía en cuanto a sustanciación motivos y trámites a las normas de la LEC, con las salvedades de aquél precepto.

La casación constituía una novedad, ya que el ordenamiento militar se adelantaba a las previsiones de la LOPJ sobre el establecimiento de la casación en lo contencioso administrativo, cuya eficacia había quedado demorada por la disposición transitoria 34, mientras no se aprobara la ley de demarcación y planta judicial, a la vez que la disposición adicional 1ª abría un plazo de un año para que el gobierno remitiese a las

cortes el proyecto de ley sobre reforma de la legislación del proceso contencioso administrativo.

La ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, dio cumplimiento parcial a las previsiones de la LOPJ, al regular por primera vez el recurso de casación en el contencioso administrativo y da una nueva redacción al art 503 LPM según el cual *“Contra las sentencias y autos a que se refiere el art 478 dictados por la sala de justicia del TMC o un tribunal territorial cabe recurso de casación regulado en la LJCA que se interpondrá ante la sala de lo militar del Tribunal Supremo.*

El recurso se sustanciará por los mismos motivos y trámites que se señalan en los artículos 93 a 102 de la mencionada Ley, con la salvedad que no se impondrán costas”.

En consecuencia, la jurisprudencia de Tribunal Supremo vino a señalar que la remisión en materia de casación en el contencioso disciplinario, debía efectuarse a la LJCA¹⁰⁵³ por los mismos motivos y trámites que en la misma se señalan para el citado recurso de casación, siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente supletoria para lo previsto en la indicada Ley Jurisdiccional.¹⁰⁵⁴

Con la entrada en vigor de la ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la regulación a de referirse a los arts. 86 a 95 de la referida ley.

2. Naturaleza

Tal como se refleja en la exposición de motivos de la ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal, el recurso de casación responde a la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho.¹⁰⁵⁵

En atención a lo apuntado, la jurisprudencia de la sala V ha ido definiendo la naturaleza

¹⁰⁵³ STS, sala V de 20 de octubre de 1992 (RJA 8500), 26 de enero de 1993 (RJA 395) y 2 de marzo de 1994.

¹⁰⁵⁴ STS, sala V de 16 de octubre de 2000, RJ 2000/10629.

¹⁰⁵⁵ Exposición de motivos de la ley 10/1992.

del recurso de casación en el seno del procedimiento contencioso disciplinario militar asentado lo siguiente:

1. Es un recurso extraordinario en el que el Tribunal Supremo no puede conocer los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud que lo hizo el tribunal de la instancia, sino que encuentra limitada su actuación a temas coincidentes con las circunstancias que actúan como motivos sustantivos o procesales de casación.

Por tanto, ha de fundarse en los **motivos tasados** legalmente previstos, sin que resulte admisible la reproducción del debate planteado y resuelto en la instancia, como si se tratara de una apelación en régimen de formulación abierta de alegaciones.¹⁰⁵⁶

2. La casación **no es una segunda instancia**, el recurrente no puede pretender un nuevo examen de la totalidad del litigio que fue fallado en la instancia, aduciendo nuevos hechos o no respetando los que sirvieron de base a la sentencia recurrida.¹⁰⁵⁷ En efecto, la Sala en reiteradas ocasiones ha venido señalando que el citado recurso no es un remedio mediante el cual pueda obtenerse un nuevo conocimiento de la totalidad de la litis que fue fallada en instancia, sino un recurso extraordinario y tasado orientado a la censura puntual y precisa de determinadas infracciones de ley o vicios procesales en que pueda haberse incurrido en la sentencia o resolución judicial impugnada y que el recurrente le achaca, por lo que viene así a constituirse tal censura en único objeto de la impugnación y debate.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁶ STS, sala V de 20-1-1992; 13-10-1994 [RJ 1994, 8319]; 3-2-1995 [RJ 1995, 1636] y 11-5-2000 [RJ 2000, 5269]);

¹⁰⁵⁷ STS, sala V, de 28 de febrero (RJA 1068); 3 de marzo (RJA 1746), 20 octubre (RJA 8500) y 24 de noviembre (RJA 9304) 1992; 27 abril (RJA 2785), 21 junio (RJA 4656) y 13 octubre (RJA 7620) 1993 y 7 de marzo de 1994 (RJA 2276).

¹⁰⁵⁸ STS, sala v de 21 de junio [RJ 1993, 4656] y 13 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7620]; 7 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2276]; 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 9857]).

3. La impugnación casacional **se dirige frente a la Sentencia de instancia** y no respecto de las actuaciones administrativas, practicadas en el previo Expediente o Procedimiento sancionador.¹⁰⁵⁹ El combatir directamente la resolución sancionadora y no impugnar propiamente la sentencia, desnaturaliza el objeto del recurso de casación para tratar de convertirlo en una apelación que permitiría hacer un nuevo examen de los supuestos de hechos y de derecho.¹⁰⁶⁰ El único objeto del recurso de casación es la sentencia del Tribunal de Instancia, correspondiendo al Tribunal de casación únicamente el control de la acomodación al ordenamiento jurídico de la actuación jurisdiccional del Tribunal «a quo». ¹⁰⁶¹
4. Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que **las cuestiones nuevas no son admisibles en casación**. Lo «ex novo» resulta quedar fuera del ámbito correspondiente a este especial recurso, en el que únicamente puede ser debatido el resultado del juicio de instancia en relación con las alegaciones de las partes. ¹⁰⁶²
5. La **valoración de la prueba** corresponde a los Jueces y Tribunales de instancia, tanto en el expediente disciplinario como en el recurso contencioso. Una constante doctrina de la Sala V, establece que la Sala no puede partir sino del relato de hechos probados de la sentencia, que ha de permanecer intacto. ¹⁰⁶³ No resulta factible la pretensión de que se practique en este trance

¹⁰⁵⁹ STS, sala V, de 25-10-1999 [RJ 1999, 9173]; 12-11-1999 [RJ 1999, 9179] y 20-12-1999 [RJ 2000, 462])

¹⁰⁶⁰ STS, sala v de 20 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8500]).

¹⁰⁶¹ STS, sala v de 1 de marzo (RJ 1996, 2839), 26 de septiembre [RJ 1996, 6468] y 9 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7225), 24 (RJ 1997, 402) y 25 de enero de 1997, 24 de febrero (RJ 1998, 1907), 30 de septiembre (RJ 1998, 7256) y 7 de noviembre de 1998 (RJ 1999, 425), 18 de enero (RJ 1999, 2079), 19 de abril (RJ 1999, 5570).

¹⁰⁶² STS, sala v de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/8424)

¹⁰⁶³ STS sala V de 8 de febrero de 1999 (RJ 1999/2574); 13 de julio de 2000 (RJ 7389/2000);

casacional una revaloración de los elementos probatorios tenidos en cuenta por el órgano judicial «a quo».¹⁰⁶⁴

6. La **presunción de inocencia** autoriza a considerar inocente a todo acusado mientras no existan pruebas de cargo suficientes para enervar dicha presunción, pero dentro de ese examen no se comprende el de la valoración de la prueba de cargo, que incumbe exclusivamente al Tribunal sentenciador, como diariamente viene reconociendo la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala Quinta y de otras Salas del Tribunal Supremo.¹⁰⁶⁵
7. Respecto a la aplicación del principio **«in dubio pro reo»**, la reiterada doctrina, tanto de la Sala Segunda como de la Sala V, acerca de que tal principio viene a ser una norma de interpretación dirigida al juzgador, que desenvuelve sus efectos en el ámbito de la crítica de la apreciación de la prueba sometida a su valoración, sin que tal alegación pueda servir de pretexto o justificar un nuevo examen en un recurso de casación. Tal principio -se ha dicho también reiteradamente- tiene operatividad sólo en la instancia, y en cuanto se refiere a una norma o regla dada al Juzgador para supuestos de duda, no puede ser invocado en casación porque en el control jurisdiccional de la Sentencia dictada no puede sustituirse la valoración hecha por el Tribunal «a quo», sin que quepa en esta sede casacional plantear como apoyo de un motivo de casación, el principio «in dubio pro reo».¹⁰⁶⁶

3. Finalidad

Analizando la finalidad del recurso de casación la jurisprudencia de la sala V ha sentado las siguientes bases:

¹⁰⁶⁴ STS, sala V de 11-6-2001 [RJ 2001, 4398]; 15-6-2001; 6-7-2001 y 11-7-2001.

¹⁰⁶⁵ STS, sala V, 13 de julio de 2000 (RJ 7389/2000);

¹⁰⁶⁶ STS, sala V, 28 de febrero de 2000 (RJ 2000/2289);

1. El objeto de este Recurso extraordinario de Casación lo constituye la Sentencia del órgano jurisdiccional de instancia, que se somete a nuestra censura puntual a través de los motivos tasados que la ley autoriza. No se trata de reproducir el debate suscitado ante el Tribunal de instancia como si nos halláramos ante un Recurso de Apelación.¹⁰⁶⁷
2. La finalidad del recurso de casación es la sentencia que se impugna y no el acto administrativo por ella confirmado o revocado.¹⁰⁶⁸
3. El recurso de casación no es un remedio mediante el cual pueda obtenerse un nuevo conocimiento de la totalidad de la litis que fue fallada en instancia, sino un recurso extraordinario y tasado orientado a la censura puntual y precisa de determinadas infracciones de ley o vicios procesales en que pueda haberse incurrido en la sentencia o resolución judicial impugnada, por lo que viene así a constituirse tal censura en único objeto de la impugnación y debate.¹⁰⁶⁹ El combatir directamente la resolución sancionadora y no impugnar propiamente la sentencia, desnaturaliza el objeto del recurso de casación para tratar de convertirlo en una apelación que permitiría hacer un nuevo examen de los supuestos de hechos y de derecho.¹⁰⁷⁰

En mi opinión es claro que al estar ante un recurso extraordinario orientado a la censura puntual y precisa de determinadas infracciones de ley o vicios procesales en que pueda haberse incurrido en la sentencia o resolución judicial impugnada, estos motivos constituyen el único objeto de la impugnación y debate y combatir directamente la resolución sancionadora y no impugnar propiamente la sentencia,

¹⁰⁶⁷ STS, sala v, de 7-11-1998 (RJ 1999, 425), 23-9-1999, 12-11-1999 (RJ 1999, 9179) y 20-12-1999 (RJ 2000, 462).

¹⁰⁶⁸ STS, sala v de 12 de abril de 2000, (RJ 2000/3514); STS (Sala de lo Militar) de 4 mayo 2000; STS (Sala de lo Militar) de 11 julio 2000; STS (Sala de lo Militar) de 16 octubre 2000; STS (Sala de lo Militar) de 3 enero 2001; STS (Sala de lo Militar) de 21 diciembre 2000.

¹⁰⁶⁹ STS, sala v de 21 de junio [RJ 1993, 4656] y 13 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7620], 7 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2276] y 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 9857].

¹⁰⁷⁰ STS, sala V de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992/8500).

desnaturaliza el objeto del recurso de casación para tratar de convertirlo en una apelación que permitiría hacer un nuevo examen de los supuestos de hechos y de derecho

4. Legitimación

Pueden interponer el recurso de casación la parte demandante y la administración sancionadora.¹⁰⁷¹

a) Legitimación Activa

Están legitimadas para demandar la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos en materia disciplinaria militar, así como para pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria.¹⁰⁷²

Si el sancionado en vía disciplinaria militar fallece durante los plazos de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar o estuviere ya interpuesto, están legitimados para interponerlo o continuarlo su cónyuge supérstite o persona ligada a aquél por una relación estable de convivencia efectiva, o sus herederos.¹⁰⁷³

Para interponer el recurso de casación estarán legitimadas las mismas personas señaladas anteriormente.

B) Legitimación Pasiva

Se considera parte demandada la administración sancionadora en la vía disciplinaria militar.¹⁰⁷⁴

Asimismo, no se admitirá coadyuvantes,¹⁰⁷⁵ art 455 L.O. 2/89, en los recursos contencioso disciplinario militares. Ello significa que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷¹ L.O.2/89, art 503.

¹⁰⁷² L.O. 2/89 Procesal Militar, art 459.

¹⁰⁷³ L.O. 2/89, art 460.

¹⁰⁷⁴ L.O. 2/89, art 461.

Para interponer el recurso de casación está legitimado el Ministro de Defensa, o Autoridad o Mando militar en quien delegue.¹⁰⁷⁷

La ley orgánica de competencia y organización en su redacción anterior establecía que en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar, los mandos Militares Superiores que se designen por Real Decreto estarán legitimados para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo Ejército.¹⁰⁷⁸

Pero esta legitimación de los Mandos Militares Superiores ha sido objeto de modificación ya que, si bien, la L.O.C.O. 4/87 establecía en los art 111 a 114 la legitimación para interponer el recurso de casación de los Mandos Militares Superiores, no obstante, el art 3.2 de la L.O. 9/2003 por la que se modifica la L.O. 4/87 establece que quedan sin contenido los art 111 a 114 de la L.O. 4/87.

5. Motivos

Los motivos son taxativos y están numerados en el art 88 de la LJCA, no se admite la impugnación ad libitum ya que la invocación de motivos distintos de los señalados en dicho precepto da lugar a la inadmisión del recurso.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁵ MILLAN GARRIDO Antonio “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”, pag 784

¹⁰⁷⁶ JIMENEZ VILLAREJO, “Potestad disciplinaria y control jurisdiccional”.Pag 74

¹⁰⁷⁷ LOPM, art 462.

¹⁰⁷⁸ LOCO, art 111, redacción anterior a la reforma actual.

¹⁰⁷⁹ Auto TS, sala V, de 8 de marzo (RJA 2188); 30 de marzo (RJA 2195) y 20 de septiembre (RJA 6526) de 1993.

Estos motivos constituyen prohibiciones legales en las que no puede incurrir el Tribunal en el desarrollo de su actividad, y de hacerlo comete una infracción que dará derecho al perjudicado a recurrir contra lo decidido.

El referido artículo 88 regula los siguientes motivos:

- a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
- c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
- d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

2. La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.

3. Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.¹⁰⁸⁰

Existirá exceso- cuando el tribunal militar entienda indebidamente de pretensiones atribuidas al conocimiento de otro orden jurisdiccional.

Existe defecto- cuando el órgano jurisdiccional de un orden determinado incurre en este defecto cuando se pronuncia sobre una pretensión cuyo conocimiento está atribuido a un orden jurisdiccional diferente.¹⁰⁸¹

A tenor de esto, conviene señalar que la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales es un derecho prestacional de configuración legal¹⁰⁸², de donde se sigue que no puede la parte que lo alega deducir su pretensión ante cualquier órgano jurisdiccional, sino que debe acudir al que en cada caso resulte competente conforme al sistema preestablecido acerca de la Jurisdicción y de la Competencia¹⁰⁸³.

El motivo puede aplicarse tanto: en relación con los tribunales extranjeros (competencia judicial internacional), como en relación con las cuestiones reservadas a la administración, como respecto a órganos judiciales de distinto orden (generalmente del contencioso administrativo)¹⁰⁸⁴

b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento¹⁰⁸⁵.

La competencia- es la asignación del conocimiento del pleito a los órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional.

La inadecuación- se produce cuando la ley prevé distintos tipos de proceso: como ocurre en el ámbito contencioso disciplinario con el ordinario y el preferente y sumario y se decide la pretensión a través de un proceso distinto al que la ley prevé para ella. Por

¹⁰⁸⁰ Ley 29/98, de 13 de julio, art 88 a).

¹⁰⁸¹ STS (Sala de lo Militar) de 28 mayo 2004, RJ 2004\3801.

¹⁰⁸² SSTC 99/1985, de 30 de septiembre [RTC 1985, 99]; 206/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987, 206]; 145/1998, de 30 de junio [RTC 1998, 145] y 160/1998, de 14 de julio [RTC 1998, 160].

¹⁰⁸³ SSTC 108/2000, de 5 de mayo; 201/2001, de 15 de octubre [RTC 2001, 201] y 45/2002, de 25 de febrero.

¹⁰⁸⁴ STS, sala V, de 13 de marzo (RJA 1746) y 24 de noviembre (RJA 9305) de 1992 y 10 de mayo de 1993 (RJA 4006)

¹⁰⁸⁵ Ley 29/98, art 88 b)

ello no existe inadecuación si la pretensión de anulación de una sanción por falta grave, fundada en la lesión de un derecho fundamental, siguió el cauce ordinario y no el preferente y sumario, ya que el titular del derecho podía optar por una u otra vía; por el contrario existe inadecuación del procedimiento si se sigue la vía ordinaria para impugnar una sanción por falta leve por infracción de un derecho fundamental, que únicamente podía plantearse y ser resuelta en el proceso especial.

c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte.¹⁰⁸⁶

➤ **Infracción de las normas reguladoras de la sentencia.**

Deben incluirse no sólo las de la LPM, sin también las del texto constitucional (art 24 y 120.3) la LOPJ (art 247 y 248) y LEC (art 359 a 375). Aunque no es fácil precisar que formas deben considerarse esenciales en la sentencia, pueden fundar el recurso de casación las infracciones siguientes:

1. La falta de claridad y precisión¹⁰⁸⁷

La Sala V señala que se tienen que recoger con suficiente claridad y concisión los hechos considerados probados y asimismo se expresen de manera cierta qué pruebas ha tenido en cuenta el Tribunal para configurar el relato de hechos que ha estimado probados¹⁰⁸⁸.

2. La incongruencia, en sus distintas formas¹⁰⁸⁹

La incongruencia consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido. El TC ha reconocido que el deber de congruencia no es

¹⁰⁸⁶ LJCA, art 88 c).

¹⁰⁸⁷ STS, sala V de 20 de abril (RJA 4065) y 4 de noviembre (RJA9296) de 1992.

¹⁰⁸⁸ STS, sala v de 16 de junio de 2003, RJ 2003/6514.

¹⁰⁸⁹ STS, sala V de 4 de noviembre de 1993 (RJA 8604).

una obligación procesal, sino que deriva del art 24.1 de la CE que abarca no sólo el derecho a obtener una resolución definitiva, sino a que esta sea congruente con las pretensiones deducidas. Por tanto, esta modalidad de denegación de la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE, surge del desajuste o inadecuación entre la parte dispositiva de la resolución que se impugna y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes ¹⁰⁹⁰ El juicio de congruencia se refiere a las pretensiones de las partes y no a las meras alegaciones, siempre que la omisión resulte relevante en cuanto al fondo y no sea subsanable incluso en sede casacional. No resulta exigible la respuesta pormenorizada por parte del órgano judicial y caben las contestaciones implícitas, en la medida en que la decisión que se adopte resulte incompatible con aquellas pretensiones. ¹⁰⁹¹

3. La omisión de pronunciamiento

4. La ausencia de motivación ¹⁰⁹²

En relación con la aludida cuestión, el Tribunal Constitucional tiene establecido ¹⁰⁹³ que la motivación de las resoluciones judiciales, como manifestación del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, impone al juzgador un doble juicio. De una parte, la existencia de una motivación fáctica en la que se exponen las razones por las que se declaran los hechos probados, y de otra, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados, sin que ello excluya que el juez pueda realizar en los fundamentos de derecho las

¹⁰⁹⁰ [STC 20/1982, de 5 de mayo \[RTC 1982, 20\]](#), [STC 189/2001, de 24 de septiembre \[RTC 2001, 189\]](#) ; [141/2002, de 17 de junio \[RTC 2002, 141\]](#) y [148/2003, de 14 de julio \[RTC 2003, 148\]](#) y STS, sala V de [31.03.1998; 17.05.1999 \[RJ 1999, 5578\]](#) ; [25.09.2000 \[RJ 2001, 4931\]](#) ; [26.11.2001 \[RJ 2002, 938\]](#) ; [07.2002 y 0206.2003 y de la Sala 2ª de fecha 14.11.2003 \[RJ 2003, 8070\]](#)).

¹⁰⁹¹ STS, Sala 3ª del [TS 17.11.2001 \[RJ 2001, 10273\]](#), Sección 6ª y [20.11.2001 \[RJ 2001, 9757\]](#), Sección 7ª).

¹⁰⁹² STS, sala V de 14 de diciembre de 1992 (RJA 10310)

¹⁰⁹³ STC 174/1992, de 2 de noviembre (RTC 1992, 174)

inferencias necesarias respecto de los hechos para subsimirlos en concretas normas jurídicas, bien penales, o bien administrativo-disciplinarias, y aunque la doctrina precedentemente expuesta tenga su base fundamental en lo que podríamos llamar jurisdicción y proceso penal, no por ello debe obviarse su aplicación en un proceso disciplinario, dado que éste, junto con el procedimiento penal, son dos manifestaciones del derecho sancionador que incumbe al Estado, en el que únicamente las actuaciones que infrinjan el bien jurídico protegido por los Derechos Penal y Disciplinario, pueden ser castigadas con penas y sanciones preestablecidas legalmente, siendo la base indispensable para esa punición la constancia indudable de los hechos, sobre los cuales ha de recaer la prueba a practicar, tanto en el procedimiento disciplinario como en el posterior contencioso-disciplinario y tener en cuenta ello para decidir si existe o no la vulneración de derechos fundamentales.¹⁰⁹⁴ Es precisamente lo precedentemente establecido, lo que ha llevado a la sala V del TS a declarar la conveniencia de que en las sentencias dictadas por los Tribunales de instancia en recursos contencioso-disciplinarios militares recojan de forma expresa los hechos que estimen probados y que sirvan de soporte fáctico a la resolución que en definitiva adopten en su parte dispositiva, siendo en dichos supuestos conveniente la declaración expresa de los hechos probados que, han de servir «para una más depurada y precisa constancia de las conclusiones a que ha podido llegar el Tribunal en el ejercicio exclusivo de la valoración de la prueba que le compete»¹⁰⁹⁵.

Así, se subraya la analogía existente entre los procedimientos de carácter penal, en los que la exigencia de una declaración de hechos probados es tajante, y estos otros de carácter contencioso-disciplinario, en los que se suscita ante el órgano jurisdiccional la acomodación al ordenamiento jurídico de una

¹⁰⁹⁴ STS de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4951).

¹⁰⁹⁵ STS de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1907) y 24 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10628),

resolución sancionadora impuesta por una Autoridad Militar o por los superiores jerárquicos del militar que recibe el reproche sancionador, con fundamento en unos hechos que son en definitiva, la base de su tipificación.

➤ **Infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que haya producido indefensión para la parte.** Para invocar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1. Que se haya incurrido en el pleito en que se dictó la resolución en infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, recogidos en el art 24.1 (garantías sustantivas) como en el art 24.2 (garantías procesales).
2. Que se trate de una infracción relevante o trascendente, esencial en la resolución del proceso, ya que el art 24 CE impide que una simple irregularidad obstaculice la tutela de derechos.
3. Que se haya producido indefensión
4. Que se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión
5. La cita de la norma procesal infringida

Entre los supuestos están los siguientes:

1. Notificación defectuosa en vía disciplinaria- en lo que se refiere a graves omisiones cometidas en la comunicación o notificación de la resolución administrativa sancionadora (omisión del plazo para la presentación del recurso procedente y del órgano ante el que debe efectuarse tal presentación) alegadas ante el tribunal de instancia. Supone una clara y evidente vulneración del principio constitucional que proclama la tutela judicial efectiva, toda vez que es evidente que la falta de certeza jurídica acerca del plazo para la interposición de un recurso y del órgano ante quien debía formularse el mismo conduce indudablemente a apreciar una propia situación de indefensión.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁶ STS, sala v de 24 de noviembre de 2001, RJ 2002/4263

2. Ausencia de valoración de la prueba por el tribunal de instancia- supone un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al infringir las normas que rigen los actos procesales causando indefensión, privando del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y se fundamenta en la ausencia de la expresa declaración de hechos probados sin realizar una valoración de lo narrado lo que supone la renuncia a una función que le corresponde en exclusiva, no otorgándose en consecuencia una plena y efectiva tutela judicial efectiva. Pero hay que volver a insistir que la valoración de la prueba corresponde a los Jueces y Tribunales de instancia, tanto en el expediente disciplinario como en el recurso contencioso. Una constante doctrina de la Sala V, establece que la Sala no puede partir sino del relato de hechos probados de la sentencia, que ha de permanecer intacto.¹⁰⁹⁷
3. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por el tribunal de la instancia- En este sentido la sala v señala que no debe confundirse la existencia o no de prueba de cargo con la posible discrepancia de la valoración que pueda hacer el Tribunal de instancia, materia sobre la que es soberano a la hora de decidir y en la que no puede inmiscuirse el justiciable al amparo del derecho a la presunción de inocencia. Que sólo cuando la conclusión a la que llegan los juzgadores de instancia, al valorar las pruebas que han tenido a su disposición, pueda tacharse de ilógica, arbitraria o irrazonable, ha de estimarse, en efecto, que se ha producido una vulneración del citado derecho a la presunción de inocencia.¹⁰⁹⁸
4. No cabe invocar el principio «in dubio pro reo»¹⁰⁹⁹ ya que tiene operatividad sólo en la instancia y, en cuanto se refiere a una norma o regla dada al juzgador para

¹⁰⁹⁷ STS sala V de 8 de febrero de 1999 (RJ 1999/2574); 13 de julio de 2000 (RJ 7389/2000);

¹⁰⁹⁸ STS, sala V de 26 de enero de 2004, RJ 2004/741

¹⁰⁹⁹ STS, sala V de 29-10-97 [RJ 1997, 7203] , 15-12-98 [RJ 1999, 464] , 8-2-99 [RJ 1999, 2574] , 11-7-01, 10-1-02, 6-2-03 [RJ 2003, 1726] y 14-2-03 [RJ 2003, 2993]

supuestos de duda, no puede ser invocado en casación porque en el control jurisdiccional de la sentencia dictada no puede sustituirse la valoración hecha por el Tribunal «a quo».¹¹⁰⁰

d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Hay que señalar lo siguiente:

1. Del ordenamiento jurídico forman parte los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente así como la normativa inmanente de la naturaleza de las instituciones.
2. La infracción del ordenamiento jurídico incluye la de la CE.
3. El precepto no distingue si la infracción se ha producido por violación de la norma, por interpretación errónea o por aplicación indebida
4. La norma en cuya infracción se funda el recurso de casación ha de ser de carácter sustantivo y aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.¹¹⁰¹
5. El recurso puede fundarse en infracción de la jurisprudencia de la sala V, contenida al menos en dos sentencias que resuelvan un caso igual o semejante, ya que una sola sentencia constituiría un simple precedente.

6. Procedimiento

Como se ha señalado anteriormente, la ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, dio cumplimiento parcial a las previsiones de la LOPJ, al regular por primera vez el recurso de casación en el contencioso administrativo y da una nueva redacción al art 503 LPM según el cual “Contra las sentencias y autos a que se refiere el art 478 dictados por la sala de justicia del TMC o un tribunal territorial cabe recurso

¹¹⁰⁰ STS, sala V de 26 de enero de 2004, RJ 2004/741

¹¹⁰¹ Auto TS, sala V, de 4 de octubre de 1993 (RJA 7617).

de casación regulado en la LJCA que se interpondrá ante la sala de lo militar del Tribunal Supremo.

El recurso se sustanciará por los mismos motivos y trámites que se señalan en los artículos 93 a 102 de la mencionada Ley, con la salvedad que no se impondrán costas”.

En consecuencia, la jurisprudencia de Tribunal Supremo vino a señalar que la remisión en materia de casación en el contencioso disciplinario, debía efectuarse a la LJCA.¹¹⁰²

Con la entrada en vigor de la ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la regulación a de referirse a los arts. 86 a 95 de la referida ley.

1. Escrito de Preparación

El recurso de casación se preparará ante el Tribunal Militar Central en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos.

Transcurrido el plazo de diez días sin haberse preparado el recurso de casación, la sentencia o resolución quedará firme.

Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos y se refiere a una resolución susceptible de casación, se tendrá por preparado el recurso ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia e interposición del recurso dentro del plazo de treinta días ante la Sala V del TS.

Practicados los emplazamientos, se remitirán los autos originales y el expediente administrativo dentro de los cinco días siguientes.

En otro caso se dicta auto motivado denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá

¹¹⁰² STS, sala V de 20 de octubre de 1992 (RJA 8500), 26 de enero de 1993 (RJA 395) y 2 de marzo de 1994.

interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

Contra la providencia en la que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hace dentro del término del emplazamiento.

Respecto al contenido del escrito de preparación del recurso de casación, la jurisprudencia de la sala V¹¹⁰³ viene sosteniendo que no es necesario anunciar el fundamento de la impugnación, bastando con que la parte exteriorice su propósito impugnativo, mientras que el art. 89.1 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13-7-1998 \(RCL 1998, 1741\)](#), establece que el Recurso de Casación se preparará ante la Sala sentenciadora, «mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el Recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos». Ninguna referencia se hace a la necesidad de fundamentación que la Ley difiere al momento de la formalización.¹¹⁰⁴

Así, la Sala V insiste en que no resulta necesario consignar aquellos motivos en el escrito de preparación, sino en la posterior formalización o interposición (art. 99.1 y STS, Sala 3ª, [25.10.1997 \[RJ 1997, 7943\]](#) y [03.11.1997 \[RJ 1997, 7948\]](#)), y también porque la voluntad de recurrir en Casación se deduce claramente de la actuación inicial de la parte, luego precisada al tiempo de la interposición del Recurso.¹¹⁰⁵

2. Escrito de Interposición

¹¹⁰³ STS, sala V de 23 de febrero de 1994 (RJ 1994/1319).

¹¹⁰⁴ STS, sala V de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2001/671)

¹¹⁰⁵ STS, Sala V de 7 de julio de 2005, RJ 2005/9110.

Dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala V del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

Transcurrido dicho plazo sin presentar el escrito de interposición, el recurso se declarará desierto, ordenándose la devolución de las actuaciones recibidas a la Sala de que procedieren.

Si el recurrente fuere el defensor de la Administración, en cuanto se reciban los autos se dictará diligencia de ordenación dándoles traslado de los mismos por plazo de treinta días para que manifiesten si sostienen o no el recurso y, en caso afirmativo, formulen el escrito de interposición.

Si el recurso no se sostuviera o no se formulará el escrito de interposición en el plazo antes señalado, se declarará desierto.

Respecto a los motivos que se deben señalar en el escrito de interposición del recurso de casación es clara la jurisprudencia de la sala v al señalar que es defectuoso el planteamiento de acudir como base de los motivos articulados al art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la [Ley Procesal Militar \(RCL 1989, 856\)](#) (en su art. 503 y en la redacción dada al mismo por la Disposición Final Cuarta de la [Ley 10/1992 de 30 de abril \[RCL 1992, 1027\]](#)) establece expresamente que contra las Sentencias del TMC y de los Tribunales Militares Territoriales podrá interponerse el recurso de casación regulado en la [Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa \(RCL 1998, 1741\)](#) y por los mismos motivos y trámites que en la misma se señalan para el citado recurso de casación, siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente supletoria para lo previsto en la indicada Ley Jurisdiccional; supletoriedad que en esta materia no ha de entrar en juego, ya que el art. 92.1 de esta última Ley dispone que en el recurso de

casación se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampara y la relación de los mismos se encuentra recogida específicamente en el art. 88.1 de la misma.¹¹⁰⁶

En resumen los motivos que autorizan el Recurso de Casación Contencioso-Disciplinario Militar, son los previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir, los apartados correspondientes del art. 88.1 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio \(RCL 1998, 1741\)](#), tal y como se establece en el art. 503 de la [Ley Procesal Militar \(RCL 1992, 1027\)](#); sirviendo la LECiv de norma supletoria de la dicha Ley Jurisdiccional 29/1998 en lo no previsto en ésta.¹¹⁰⁷

Respecto al lugar de presentación del escrito de interposición del recurso de casación la jurisprudencia de la Sala V señala que de conformidad con una reiterada Doctrina de esta Sala,¹¹⁰⁸ en materia de entrada de escritos de carácter judicial, los mismos han de presentarse ante el propio Órgano Jurisdiccional, no resultando de aplicación cuanto previene en este ámbito el art. 38 de la [Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. Si bien es cierto que](#) el Tribunal Constitucional tiene dicho que los requisitos y presupuestos procesales para interponer los Recursos que correspondan han de ser interpretados flexiblemente en aras a permitir el derecho a los Recursos y, con él, el derecho a la tutela judicial efectiva que se vería conculcado si tales presupuestos se interpretaran rígidamente. Ahora bien, interpretación flexible no equivale a incumplimiento de los requisitos esenciales a la hora de interponer los Recursos.¹¹⁰⁹

3. Inadmisión del recurso

¹¹⁰⁶ STS, sala V de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/10629)

¹¹⁰⁷ STS, sala V de 8 de febrero de 2001, RJ 2001/5017.

¹¹⁰⁸ STS, sala V [S de 20 de septiembre de 1995 \(RJ 1995, 6604\)](#) y de [23 de diciembre de 1991 \(RJ 1991, 9378\)](#).

¹¹⁰⁹ STS (Sala de lo Militar) de 25 noviembre 2004, RJ 2005\639.

Interpuesto el recurso de casación, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

La Sala dictará auto de inadmisión en los siguientes casos:

- a. Si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite que no se han observado los requisitos exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación. A estos efectos, la Sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, si ésta lo solicita dentro del término del emplazamiento.
- b. Si el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso no se encuentran comprendidos entre los que se relacionan en el [artículo 88](#); si no se citan las normas o la jurisprudencia que se reputan infringidas; si las citas hechas no guardan relación alguna con las cuestiones debatidas; o si, siendo necesario haber pedido la subsanación de la falta, no hay constancia de que se haya hecho.
- c. Si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.
- d. Si el recurso carece manifiestamente de fundamento.
- e. Si el recurso estuviese fundado en el motivo del [artículo 88.1. d\)](#) y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto sucintamente la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas por plazo de diez días para que formulen las alegaciones que estimen procedentes.

Si la Sala considera que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto motivado declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. Si la inadmisión no fuera de todos los motivos aducidos, dictará también auto motivado, continuando la tramitación del recurso respecto de los motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial.

Contra estos autos no se dará recurso alguno.

4. Escrito de contestación

De admitirse el recurso por todos o alguno de sus motivos, se entregará copia del mismo a la parte recurrida y personada para que formalicen por escrito su oposición en el plazo común de treinta días. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

En el escrito de oposición se podrán alegar causas de inadmisibilidad del recurso, siempre que no hayan sido rechazadas por el Tribunal en el trámite anteriormente.

Transcurrido el plazo, háyanse o no presentado escritos de oposición, la Sala señalará día y hora para celebración de la vista o declarará que el pleito está concluso para sentencia.

5. Vista

Habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto. La solicitud de vista se formulará por otrosí en los escritos de interposición del recurso y de oposición a éste.

6. Sentencia

La Sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista o la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

La sentencia que resuelva el recurso de casación podrá declarar su inadmisibilidad si concurre alguno de los motivos previstos anteriormente.

Si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos aducidos, la Sala, en una sola sentencia, casando la recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. De estimarse por el motivo del [artículo 88.1.a\)](#), se anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente o se resolverá el asunto, según corresponda.
- b. De estimarse por el motivo del [artículo 88.1.b\)](#), se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que resuelva, o se repondrán al Estado y momento exigidos por el procedimiento adecuado para la sustanciación de las mismas, salvo que, por la aplicación de sus normas específicas, dicho procedimiento adecuado no pueda seguirse.
- c. De estimarse la existencia de las infracciones procesales mencionadas en el motivo del [artículo 88.1.c\)](#), se mandarón reponer las actuaciones al Estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo si la infracción consistiera en vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la siguiente letra d).
- d. En los demás casos, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

B) RECURSO DE SUPLICA

1. Concepto

Contra las providencias y autos dictados por la sala de lo militar del Tribunal Supremo, sala de justicia del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales en los

procesos contencioso disciplinarios militares, sólo cabe recurso de súplica ante dichos tribunales, salvo lo dispuesto en el último párrafo del art 478.¹¹¹⁰

El art 478 señala que contra el auto que acuerde la inadmisión por alguna de las causas previstas en el art 478 (a)La falta de jurisdicción o la incompetencia del Tribunal, b) Deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el [artículo 468](#), c) No haberse interpuesto los recursos en vía disciplinaria que fueran preceptivos, d) Haber caducado el plazo de interposición del recurso).

El podrá interponerse recurso de súplica y contra el desestimatorio de éste, el de casación, cuando haya sido dictado por la sala de justicia del tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial.

A esta excepción hay que añadir los autos que resuelven el recurso de súplica, los de aclaración y los de inadmisión del recurso de casación.

2. Requisitos

La competencia para la admisión, sustanciación y resolución del recurso corresponde al Tribunal que haya dictado, en vía contenciosa disciplinaria la resolución protestada.

Están legitimados para interponer el recurso los que han sido parte en el procedimiento en que se dicte la resolución que se impugna: el militar sancionado, el abogado del estado y en el recurso contencioso disciplinario preferente y sumario, el Fiscal Jurídico.

C) RECURSO DE REVISIÓN

1. Concepto

El recurso de revisión tiene por objeto la impugnación de sentencias firmes que se reputan injustas por hechos ajenos al proceso referidos a actuaciones de la parte o del juzgador. La revisión se concede por haberse ganado de forma injusta una sentencia

¹¹¹⁰ Ley 2/89, art 502.

favorable. Como señala el TC el recurso de revisión supone un derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada y se presenta como un imperativo de la justicia.¹¹¹¹

El art. 24 de la Constitución garantiza el acceso al proceso público, y en el curso del mismo a los debidos medios de defensa y las pruebas pertinentes, y, como resultado, la obtención de una Sentencia fundada en Derecho, sea o no favorable. Garantiza asimismo el acceso a los recursos que la Ley establezca, habiendo sentado el TC, en aplicación del art. 10.2 de la Constitución en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de la persona condenada penalmente a que el fallo sea sometido a un Tribunal superior (Sentencia núm. 76/1982, de 14 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 15 de enero de 1983, fundamento jurídico 5).

Ahora bien, el

naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interposición estrictas. Sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del art. 24 de la Constitución, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los «valores superiores» que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye.

El recurso de

necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica. Una condición de esta índole podría ser la existencia de un trámite de admisión. Es obvio que, en cualquier caso, no corresponde a este Tribunal establecer tales condiciones, lo cual equivaldría a crear un recurso de revisión sin tener competencia para ello; ni puede este Tribunal autorizar sin más el acceso directo a dicho recurso, lo cual sería, en definitiva, también una manera de crearlo. Esta tarea corresponde con carácter

¹¹¹¹ STC nº 124/84, de 18 de diciembre.

exclusivo al legislador, en función de unos criterios que, dentro del marco de las garantías constitucionales, sólo a él compete establecer.

2. Resoluciones impugnables

El recurso de revisión puede interponerse:

- Contra sentencias firmes dictadas por la sala de lo militar del TS.
- Contra los autos firmes, a que se refiere el art 478, dictados por la sala V del TS.
- Contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.¹¹¹²

3. Competencia

- El recurso frente a sentencias firmes y autos firmes a que se refiere el art 478 dictados por la sala V del TS- corresponde a la Sala del TS, a que se refiere el art 61 LOPJ. Dicha sala estará integrada por el Presidente del TS, los presidentes de Sala, el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas.
- Contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se podrá interponer recurso de revisión ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.¹¹¹³

4. Motivos

1. Sentencias firmes y autos firmes (a que se refiere el art 478) dictados por la sala V del TS. Los motivos que dan lugar a la revisión son los siguientes:¹¹¹⁴

a) Si la parte dispositiva de la sentencia contiene contradicciones en sus decisiones.

¹¹¹² L.O. 2/89, Procesal Militar, art 505.

¹¹¹³ L.O. 2/89 Procesal Militar, art 505.

¹¹¹⁴ Ley 8/89, art 504.

Se refiere a los supuestos en que la sala se ha contradicho así misma, o lo que es lo mismo que exista una contradicción entre los pronunciamientos que el fallo establece, de suerte que aplicándose uno se impida o excluya la ejecutividad del otro. No puede invocarse este motivo cuando en la parte dispositiva exista un solo pronunciamiento, como es la declaración de inadmisibilidad del recurso.

- b) Si se hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí respecto los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos.

Este motivo tiene un talante casacional que es innegable ya que constituye el contenido del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

Para que se de la casación la ley exige la concurrencia de tres identidades en las sentencias comparadas:

1. identidad subjetiva-la sentencia recurrida a de ser contraria a otra que alcance a los mismos litigantes u otros en igual situación. No se exige coincidencia personal sino una identidad posicional de los sujetos, de forma que los que litigaren se hallen en igual situación al que litigó en el proceso en que se dictó la sentencia que ahora se impugna.¹¹¹⁵
2. Identidad objetiva- entre una y otra sentencia hay identidad de hechos probados en los fundamentos y en las pretensiones. Lo que se exige es que haya una coincidencia en lo sustancial como sinónimo de lo esencial, tanto en los hechos como en los fundamentos y pretensiones actuadas.
3. Identidad legal es necesario que la cuestión se haya decidido en base a las mismas normas legales, pero dando lugar a pronunciamientos contradictorios.

¹¹¹⁵ STS de 27 de junio de 1988 (RJA 4790) y 26 de enero de 1989 (RJA 491).

Estos tres requisitos han de darse conjuntamente. Acreditada la contradicción la sala a que se refiere el art 61 LOPJ debe examinar cual de las tesis sostenidas en las sentencias invocadas es la correcta, en función del contenido respectivo y no del tiempo en que fueron pronunciadas. Si se llega a la conclusión de que lo es la de la sentencia antecedente, procede la estimación del recurso de revisión, pero si se considera acertadas la de la sentencia que se impugna en revisión se desestimarán el recurso.¹¹¹⁶

c) Si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

Hay que hacer una serie de precisiones:

1. Los documentos han de ser anteriores a la sentencia objeto de revisión
2. Han de ser documentos decisivos, es decir que si el tribunal los hubiere conocido al dictar su fallo, se hubiere pronunciado en sentido contrario
3. Hay que probar que los documentos fueron detenidos por fuerza mayor o por obra de la otra parte.
4. Que los documentos se recobren, lo que supone que estos existían antes de dictarse la sentencia objeto de revisión.

d) Si ha recaído sentencia en virtud de documentos que al tiempo de dictarse aquella ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

La jurisprudencia exige para revisar la sentencia por este motivo que haya procedido una declaración de falsedad del documento en un proceso penal.

e) Si habiéndose dictado la sentencia en virtud de prueba testifical fuesen los testigos condenados por falso testimonio en las declaraciones constitutivas de aquella.

La prosperidad de esta causa exige que la sentencia a revisar se haya dictado en virtud de falso testimonio.

¹¹¹⁶ STS de 10 de diciembre de 1988 (RJA 9804) y 31 de enero de 1989 (RJA 618).

- f) Si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violación u otra maquinación fraudulenta.

Se trata de revisar sentencias firmes que se han obtenido por “abuso de derecho” (prevaricación, cohecho o violación) o por fraude de derecho (maquinaciones fraudulentas).

- g) Si la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo dispuesto en el [artículo 490](#) o si en ella no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación.

2. Sentencias firmes dictadas por el Tribunal Militar Central.

Los motivos son los mismos que los señalados en el punto 1. menos los de los apartados a), b) y g).

La LJ 29/98, en el art 102 da una nueva redacción y suprime los motivos a), b) y g) y se redactan lo que quedan c), d), e) y f).

Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

- a. Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- b. Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- c. Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- d. Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

5. Procedimiento

La ley procesal militar dice que en lo referente a términos y procedimientos respecto a este recurso, regirán las disposiciones de las Secciones II, III y IV del Título XXII, Libro II de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#). Con la Ley 1/2000 de 7 de enero habrá de referirse al Libro II, Título VI “De la revisión de sentencias firmes art 509 a 516.

Respecto al procedimiento, de conformidad con la ley de enjuiciamiento civil, presentada y admitida la demanda de revisión, el tribunal solicitará que se le remitan todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y señala un plazo de veinte días contesten a la demanda, sosteniendo lo que convenga a su derecho.

Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación establecida para los juicios verbales.

Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindiré la sentencia impugnada. A continuación mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente.

En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión.

Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno.

Por otra parte la ley 29/98 dispone que se regirá por las disposiciones de la LEC. No obstante, sólo habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario. La celebración de vista en revisión cuando lo pidan todas

las partes o el tribunal lo estime necesario es una novedad de la LJ 29/98 dado que la regulación anterior no contempla una salvedad semejante.¹¹¹⁷

6. Plazos

Según la LEC, en ningún caso puede interponerse el recurso de revisión después de transcurridos 5 años de la fecha de publicación de la sentencia que haya podido motivarlo. Este plazo establece el límite temporal absoluto de la revisión por razones de seguridad jurídica, ante la necesidad de que llegue un momento en que las sentencias sean inatacables, incluso en vía excepcional.

El plazo se computa por años naturales que se inician el día de la fecha de publicación de la sentencia, para extinguirse el día de su vencimiento. Pasado ese plazo se rechaza de plano la revisión.

No obstante antes de que finalice el plazo de cinco años rigen otros más breves:

Recurso fundado en motivos de casación apartados a),b) y g) del art 504 LPM. Se debe formular en plazo de un mes desde la notificación de la sentencia, el cómputo es por meses naturales, si excluir los días inhábiles.

Recurso fundado en motivos de revisión, apartados c), d) y f) del art 504 LPM. El plazo es de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad.

¹¹¹⁷ MARTINEZ MICO Juan Gonzalo, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.

CONCLUSIONES

I. ANTECEDENTES

1. El vigente Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario se configura a partir de la L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la L.O. 2/89, Procesal Militar. Con anterioridad a esta normativa podemos distinguir las siguientes etapas: Precedentes remotos; Precedentes inmediatos de las Ordenanzas; Ordenanzas Generales; etapa de Codificación del Derecho Penal Militar; etapa del Código de Justicia Militar de 1980 del Ejército de Tierra y de las Leyes Militares de Marina de 1888 y 1894, antecedentes y modificaciones; etapa de vigencia del Código de Justicia Militar de 1945 y sus modificaciones; situación a partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978; período que se inicia con la entrada en vigor de la L.O. 12/85, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
2. El **derecho romano**, emanado de un pueblo que se destacó pronto por el acusado desarrollo de su potencia militar, se encuentran instituciones de derecho militar con estructura y rasgos de psicología admirables. En la **Edad Media**, el fin de la civilización romana, ocasiona la pérdida de tan interesante desenvolvimiento jurídico. Las siete partidas contienen normas que fijan los ámbitos de la jurisdicción militar en forma más explícita y sistematizada. El código de Alfonso X el Sabio puede considerarse como el arranque de nuestra legislación militar nacional.
3. En el **S.XVI** se encuentran las primeras Ordenanzas Navales. Para las fuerzas terrestres solían dictarse, por los Capitanes Generales, bandos o proclamas con las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados y las penas y procedimientos contra los infractores. Importantísimas fueron años más tarde las Ordenanzas e Instrucciones del Duque de Parma y Plasencia de 1587 llamadas también las primeras de Flandes. La Ordenanza organiza la justicia militar como un

servicio al ejército. Durante el **S. XVII** abundan las ordenanzas parciales dictadas para determinados Ejércitos o Armadas. En la primera mitad del S.XVIII siguen proliferando Ordenanzas parciales de vida efímera y secundario interés.

4. Las **Ordenanzas Generales** militares y navales españolas del **s. XVIII** encerraban los principios fundamentales de la disciplina y del honor militar. Distinguimos: las Ordenanzas de la Armada de 1748, las Ordenanzas del Ejército de 1768 y las Ordenanzas de la Armada de 1793.
5. En plena guerra de la independencia y por innegable influjo de la ideología liberal se planteó en España el sistema político constitucional. Con él se introdujo el prurito **codificador** en todas las ramas de la legislación que constituía uno de los principales postulados del programa napoleónico del gobierno. En 1810, las Cortes de Cádiz acordaron la publicación de “códigos concisos, claros y adaptados a las necesidades de la época”. La labor de la comisión de codificación, creada al efecto, se vio interrumpida con la restauración del absolutismo de Fernando VII, quien en 1814 disolvió aquella. Comenzó la codificación por el derecho penal común, pero la codificación del derecho militar empezó también a ser solicitada, aunque sólo con referencia a su parte penal.
6. El **Código de Justicia Militar de 1890** estuvo vigente hasta la ley de 17 de julio de 1945. El código de 1890 comprendía las normas orgánicas judiciales, penales y procesales. En régimen de faltas militares se contenían: las faltas graves, que eran objeto de expediente, tras la instrucción la Autoridad Judicial, oído su Auditor, dictaba la providencia que estimare justa, la cual era firme, no cabía recurso alguno; las faltas leves que eran corregidas directamente mediante el oportuno esclarecimiento por los Jefes respectivos, con arreglo a sus facultades. Los corregidos si se consideraban ofendidos podrían acudir a sus Jefes con la representación de su agravio, y si no obtuviesen de ellos la satisfacción a que se juzguen acreedores, podían llegar hasta S.M. por conducto del Ministerio de la Guerra y el expediente gubernativo que se instruía cuando fuese perjudicial la

continuación de algún oficial en el servicio por alguna de las causas tipificadas en la ley, el Instructor emitía informe, remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación y la Autoridad Militar elevaba con su parecer el expediente al Ministerio de la Guerra para la resolución de S.M. Los oficiales separados gubernativamente del servicio, quedaban fuera del ejército, sin poder volver a él, no cabía recurso alguno.

7. **Las Leyes Militares de Marina de 1888 Y 1894.** En 1888 se promulgó el Código Penal de la Marina de Guerra. La Ley de Organización y Atribución de los Tribunales de Marina y Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina se publicaron en 1894. Respecto a las Faltas Disciplinarias, se establecía que el consejo de disciplina conocería de las faltas penadas en el referido Código. El consejo de disciplina se iniciaba con la lectura del parte y en el acto se ratificaba por el que lo hubiese dado. Terminado el procedimiento quedaba visto para sentencia, lo actuado se remitía al jefe que ordenó la celebración del Consejo, el cual lo pasaba a la autoridad jurisdiccional de quien dependía, para que con dictamen de su Auditor dictase la resolución que correspondiese. La decisión de la autoridad Judicial oído su Auditor era firme. Por otra parte, el Expediente Gubernativo se instruía cuando fuese perjudicial la continuación de algún oficial en el servicio por alguna de las causas tipificadas en la ley. Practicadas las diligencias, el Instructor emitirá informe proponiendo la situación definitiva a que el encartado debía pasar remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación. Emitido dictamen por el Auditor, la Autoridad Militar elevaba con su parecer el expediente al Ministerio de Marina para la resolución de S.M., previo informe del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Los oficiales separados gubernativamente del servicio, quedaban fuera del ejército, sin poder volver a él, no cabía recurso alguno.

8. El **Código de Justicia Militar de 1945**, se caracterizó por una ausencia total de recursos. Bajo la vigencia del CJM existía una identidad total entre la potestad del

mando y la potestad de jurisdicción de las Autoridades Militares Superiores. Puede decirse sin riesgo de incurrir en inexactitud histórica, que el ejercicio de la potestad disciplinaria por las autoridades militares ha sido hasta fechas muy recientes, un ámbito de actuación administrativa absolutamente exento de control jurisdiccional. Así el Código de Justicia Militar de 1945, texto obsoleto que ya en su momento resultó desfasado frente a la legislación común coetánea, y que no fue más que una reforma de compromiso refundiendo el viejo Código de 1890 y las Leyes Militares de Marina de 1888 y 1894. Las faltas leves cometidas por militares eran corregidas directamente previo el oportuno esclarecimiento por los Jefes respectivos con arreglo a sus facultades. Se establecía un sistema de sucesivas alzas pudiendo llegar en orden sucesivo hasta el Jefe del Estado por medio del Ministerio del que dependiesen, de honda raigambre castrense. Las Faltas Graves se sancionaban a través del expediente judicial. La autoridad judicial, de acuerdo con el auditor, dictaba la resolución que estimaba justa, la cual era firme. El expediente gubernativo se tramitaba cuando se considere perjudicial la continuación de algún Oficial o Suboficial en el servicio. Los expedientes gubernativos se instruirán en virtud de Orden Ministerial, por acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar o por disposiciones de los Capitanes o Comandantes Generales y Director General de la Guardia Civil. Practicadas las diligencias el Instructor emitía informe remitiendo las actuaciones a la Autoridad que ordenó su incoación. Emitido dictamen por el Auditor, la Autoridad Militar elevará con su parecer el expediente al Ministerio de que dependa su resolución, previo informe del Consejo Supremo de Justicia Militar. Mediante el cual podía acordarse la separación del servicio de aquellos militares cuya continuación se considerase perjudicial siempre que el resultado del expediente fuese desfavorable al expedientado con base en determinadas causas, no cabía recurso alguno.

En ninguno de los tres supuestos: faltas graves, leves y expediente gubernativo cabía el control judicial de las resoluciones sancionadoras, como tampoco, la

posibilidad de auténticos recursos administrativos. El CJM de 1945 sustancialmente reprodujo la regulación que sobre la materia se contenía en el de 1890.

9. Como la imprescindible reforma de la legislación militar tardó en materializarse, fue el Tribunal Constitucional el que ofreció las soluciones que, a la larga, determinarían el cambio normativo. Ha sido el expediente judicial, el procedimiento militar que en mayor medida se ha desarrollado y perfeccionado como consecuencia de la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, debido de una parte, a su escasa regulación y de otra, a la importancia de sus sanciones privativas de libertad hasta seis meses. Podemos diferenciar dos momentos o periodos: en el primer periodo el Tribunal Constitucional optó por la vía más sencilla “reconducir los mecanismos de reacción frente a las correcciones militares a las ordinarias vías de control judicial de los actos administrativos, esto es al recurso contencioso-administrativo. El **auto 60/80** establecía “la excepción contenida en el art. 40 d) de la Ley de 1956, en cuanto dejaría fuera del control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al art. 106.1 de la Constitución, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos es contraria al art. 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria 3ª de la Constitución deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, el art. 40 d) de la Ley de 1956 ha quedado derogado, y no puede ser invocado por ningún poder público pues todos ellos están sometidos a la Constitución, según el art. 9.1 de esta”. En el segundo período, el Tribunal Constitucional emprende una nueva orientación, que descarta el contencioso-administrativo como mecanismo propio de control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar. En la **sentencia 21/81** el Tribunal Constitucional va a cambiar de posicionamiento y considera satisfecha la tutela judicial efectiva en tanto se tenga acceso a un órgano de la jurisdicción militar: en este caso, la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

La **sentencia 22/82** y también el auto de Enero de 1984, consideraron que el cauce para garantizar la tutela judicial efectiva era el recurso de queja establecido no técnicamente como recurso en el C.J.M. y de estricto carácter formal. Dicha solución fue provisional y su aplicación obligó a eludir determinados problemas de índole técnico-jurídicos derivados del contenido exorbitante, de segunda instancia plena, conferido a una queja (art. 107.6º C.J.M.) que era una vía para reclamar frente a denegaciones de recursos y garantías, y por ende, exclusivamente enfocado a la forma y no al fondo.

Así fue el propio TC en **auto 25 de enero de 1984** quien en definitiva le indicó al Consejo Supremo de derecho militar que dictase normas de desarrollo del recurso de queja. Se dictó el Auto de 4 de abril de 1984 que creó “ex novo” los requisitos, condiciones, plazos y efectos del recurso de queja.

10. La **Ley de Régimen Disciplinario 12/85**, inicia un proceso de clarificación normativa y adecuación constitucional que culmina con la L.O. 4/87 y la L.O. 2/98. Establece un régimen de faltas leves, graves y extraordinarias. Respecto a las faltas leves, la resolución administrativa última cerraba la vía de los recursos, no cabiendo contra ella recurso alguno. En cuanto a las faltas graves, cabía recurso administrativo ante el mando superior al que impuso la sanción. Agotada la vía cabía interponer el recurso contencioso-disciplinario militar, de nueva configuración y pendiente de regular, por el que se accede a la vía judicial y con ello se cumple el imperativo constitucional de la efectiva tutela por jueces y tribunales. Contra las sanciones disciplinarias extraordinarias, que sólo pueden ser impuestas por el Ministro de Defensa, cabía interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Contra su resolución podía interponerse recurso contencioso disciplinario militar. Respecto a la competencia para conocer el recurso se establecía que en tanto no se aprobasen las correspondientes leyes procesales y de organización de Tribunales militares, el recurso contencioso-disciplinario militar se interpondría ante la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional cuando las

sanciones hubiesen sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa y ante la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos.

11. La **L.O. 4/87** de competencia y organización de la jurisdicción militar y **L.O. 2/89** procesal militar, y más tarde la L.O. 8/98 de Régimen disciplinario de las FAS, abren el camino y la posibilidad al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, mediante la configuración del actual del recurso contencioso disciplinario militar, constituyéndose así en el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar.

II. ESTUDIO DOGMATICO

1. El recurso contencioso disciplinario militar se regula en el Libro IV, Parte I, Títulos I a V, dedicado a los procedimientos judiciales militares no penales de la L.O 2/89, procesal militar, de 13 de abril. Se desdobra en dos: el ordinario, aplicable en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa y el preferente y sumario que puede interponerse contra las sanciones disciplinarias, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la Constitución. La presente tesis se ciñe al recurso contencioso disciplinario militar ordinario. Este recurso sigue la pauta del contencioso administrativo, en el sentido de ser requisito la existencia de un acto previo dictado por la administración militar en aplicación de la ley disciplinaria y tratarse de un proceso en el que una de las partes es la administración sancionadora y la otra el militar sancionado. Pese a la denominación de recurso estamos ante un autentico proceso entre partes donde lo único que se exige es un acto sancionador previo dictado por la administración militar. A través de este proceso la actuación de la administración sancionadora es controlada por un órgano judicial con lo que se da conformidad tanto al acceso a la tutela judicial efectiva como a la previsión del art 106 de la Constitución de control de la actuación

de la administración. La articulación de esta vía de control judicial no ha sido un proceso fácil y ha estado sujeta a un proceso de evolución lenta teniendo en cuenta el especial ámbito en el que nos movemos. Si echamos la vista atrás, observaremos que venimos de un Código de Justicia Militar donde la ausencia de recursos era más que patente y no sólo en la vía judicial sino en la vía administrativa donde, ni siquiera, cabía la posibilidad de un recurso de alzada. Por tanto, la Ley Orgánica Procesal Militar y la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar suponen un punto de arranque en la modernización y ajuste a las previsiones establecidas en la constitución en lo relativo al control judicial frente al ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito castrense. A lo largo de esta tesis observamos como la jurisprudencia de la Sala Quinta ha ido evolucionando en el asentamiento de este recurso y como hoy es una autentica vía de tutela judicial frente a la actuación de la administración sancionadora.

2. Este recurso **se fundamenta** en la existencia de una jurisdicción militar, así la CE en el art 117.5 establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. La inclusión de esta norma dentro del título VI de la CE, “Del poder Judicial”, demuestra que la naturaleza o carácter de la actuación de los tribunales militares es concebida como el ejercicio de una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa. Del análisis del art 117.5 se desprende lo siguiente:

- 1) Que el principio de Unidad Jurisdiccional es la base de organización de los tribunales. Esta unidad del poder judicial, significa lograr esa unidad por lo menos en su vértice, respetando la disposición del artículo 123.1 de nuestra *lex superior*, que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.
- 2) La ley regula el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. El constituyente no sólo se hace eco de esta institución sino que la contempla nada más proclamar el principio de unidad jurisdiccional y

circunscribiéndola al ámbito estrictamente castrense. El término regulará significa que llegado el momento de la normación, el ámbito competencial que se reconozca a esta jurisdicción sea el estrictamente castrense.

- 3) Integración de la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial del Estado, ello significa: que se debe salvaguardar el principio de unidad del poder judicial; que la función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares, a los que se ha de rodear de las garantías necesarias; que en los asuntos de su competencia, el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrenses legalmente determinados; que en su marco competencial habrán de considerarse juez ordinario predeterminado por ley; que a la jurisdicción militar le compete no sólo juzgar sino hacer ejecutar lo juzgado; que rige el principio de legalidad como sujeción de todos los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley.
- 4) El art 117.5 dice que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. La conjunción copulativa “y” separa en el artículo dos partes diferenciadas y sólo respecto a la primera se ciñe el ejercicio de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense. El estado de sitio tiende a asegurar y mantener el orden constitucional en supuestos diferentes y mucho más graves que los que se desencadenan en el estado de excepción, supuestos en los que peligra la estructura político constitucional del estado.
- 5) Ambito estrictamente castrense, no significa que el legislador puede regular a su entero arbitrio la competencia de la jurisdicción militar. Que esta está sujeta a unos límites es obvio a la vista del art 117.5 y como ha señalado el TC esos límites no son indefinidos. Por tanto, el TC señala que el art 117.5 ha de ser interpretado a la luz de los art 8 y 30 de la CE y que la jurisdicción militar sólo puede ser aplicada a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su conexión con los objetivos, tareas y fines de las Fuerzas Armadas.

6) La regulación de la jurisdicción militar ha de realizarse de conformidad con los principios de la CE. Además de los principios generales contenidos en el título preliminar y en el título I de la CE, se consideran de interés a efectos de regulación de la jurisdicción castrense: Los principios informadores de la función jurisdiccional (unidad jurisdiccional, independencia de los órganos jurisdiccionales, principio de legalidad, principio de exclusividad, principio de plenitud, principio de imperatividad en el cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales), Los principios procesales constitucionales(principio de publicidad , oralidad y motivación de las sentencias), Las garantías y derechos constitucionales que reconoce la CE y que tienen especial proyección en el ámbito de la jurisdicción penal(los derechos y garantías de la libertad personal, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y las garantías procesales y derechos que de él derivan, el principio de legalidad penal y su proyección en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración).

El Tribunal Constitucional ya desde sus inicios entendió que una corrección disciplinaria militar pertenece al ámbito castrense y que “su control jurisdiccional exigido por el art 106.1 de la CE puede mantenerse de acuerdo con el art 117.5 de la misma dentro de la jurisdicción militar y quedar excluido de la jurisdicción contenciosa administrativa”. Pero una cosa es que la materia disciplinaria militar pueda entenderse comprendida en el ámbito castrense y otra que el legislador este constitucionalmente obligado a atribuir a la jurisdicción militar toda materia o cuestión que quepa calificar de estrictamente castrense. Hasta ahora lo único que ha declarado el TC es que lo estrictamente castrense constituye un límite a la competencia residenciable en la jurisdicción militar, en el sentido de que no podrá otorgarse a esta competencia alguna sobre cuestiones que no sean en rigor calificables como propia y característicamente castrenses.

El actual sistema de jurisdicción militar es perfectamente válido no sólo por ser perfectamente acorde con la previsión constitucional reflejada en el art 117.5 sino por haber demostrado el cumplimiento de los objetivos que cabía asignarle y lo más importante ha satisfecho de modo adecuado las garantías exigibles a una administración de justicia que como la prevista en el Título VI de la Constitución responde a los principios del Estado de Derecho. El fundamento de la conveniencia de la existencia de la jurisdicción militar se apoya en varios razonamientos: los principios generales de una buena administración de justicia es donde hay que situar el desarrollo de la "justicia militar", la justicia militar debe formar "parte integrante del sistema judicial general"; la jurisdicción castrense está expresamente reconocida en la constitución, esta "constitucionalización" de los tribunales militares no debe situarlos fuera del derecho ordinario, por encima de la ley, sino, muy al contrario, incluirlos en los principios del estado de derecho, empezando por la separación de poderes y la jerarquía normativa; la jurisdicción militar está integrada en la unidad del poder judicial; concurren los principios esenciales de la función jurisdiccional: independencia, inamovilidad, exclusividad y predeterminación enunciados en el art 117.1 y 3 de la CE.; frente al criterio mantenido en el anterior Código de Justicia Militar de 1945 donde se disponía el conocimiento de los tribunales militares por razón de persona, lugar y delito, la limitación de la competencia de los tribunales militares que se centra en el personal militar e, inversamente, incompetencia de estos tribunales para enjuiciar a civiles; la ley procesal militar se caracteriza por la acentuación de las garantías del justiciable.

3. El **fin** del recurso contencioso disciplinario reside en el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, adaptada a las específicas condiciones del ámbito castrense. Con ello se da pleno cumplimiento a lo establecido en la constitución donde se dispone que los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican y

que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Este control judicial ha de alcanzar un nivel extremo en función de que la administración militar no se ve constreñida por las limitaciones del art 25.3 de la CE el cual prohíbe a la administración civil la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad. Por tanto, el control judicial en este sector reviste una especial importancia como ha sostenido el TC desde sus comienzos.

El derecho constitucionalmente reconocido de tutela judicial efectiva se asienta sobre los siguientes principios: se trata de amparo por los órganos jurisdiccionales, que no administrativos; no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente, a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o si preferimos que es un derecho de configuración legal; comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que podrá ser incluso de inadmisión o desestimatoria, cuando concurra causa legal para ello y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de la norma; la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sólo se produce en sede judicial no en vía administrativa y es que la tutela judicial efectiva reconocida en el art 24.1 de la CE por estar referido a una potestad del Estado, sólo puede estar satisfecho y en su caso vulnerado en sede judicial.

Los hitos fundamentales para la consecución de este fin han sido: la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; la Ley Orgánica 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica 2/89, de 13 abril, Procesal Militar.

La jurisprudencia de la sala V ha venido admitiendo la inadmisibilidad de recursos sin que suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes supuestos: presentación del recurso fuera de plazo, señala la

jurisprudencia de la sala V que no se trata de un exceso formalista sino de una observancia de un rigor formal exigido por la norma, establecido en aras de la seguridad jurídica y constituye un presupuesto indispensable para el normal desarrollo del proceso y de sus recursos, defectos formales se precisa que además de estar claramente definidos como causa legal sean insubsanables; denegación de pruebas que en nada afecten a lo esencial de los hechos, resultando inútiles; supuestos en que la sentencia esté debidamente motivada entendiéndose que esto se produce siempre que el órgano judicial sin perjuicio de la libertad en la interpretación de las normas de una solución al caso consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad; prohibición de efectuar peticiones o reclamaciones en forma colectiva ya que esto no supone una restricción para defender los derechos de los peticionarios, sino tan sólo un condicionamiento específico de la norma para ejercitarlos.

La sala V viene considerando que si ha existido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes supuestos: supuestos en que la inadmisibilidad del recurso se basa en el incumplimiento de los requisitos de forma establecidos para la formalización de la demanda; cuando el órgano judicial no ha efectuado valoración de la prueba absteniéndose de actuar so pretexto de que basta para ello la propia percepción “in situ” de la autoridad sancionadora; en los supuestos de inadmisibilidad del recurso ordinario frente a las faltas leves, la reciente jurisprudencia de la sala V ha modificado el criterio hasta ahora mantenido en el sentido de no exclusión del control jurisdiccional ordinario a las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves . La sentencia del TC 202/2002, de 28 de octubre, señala que excepto en lo que se refiere a vulneración de derechos fundamentales el administrado no puede imputar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al ordenamiento jurídico excepto en lo que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas quedando fuera de control jurisdiccional los motivos de legalidad

ordinaria. Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los tribunales la adecuación a derecho de la actuación administrativa choca con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art 24.1 de la C.E. que “prohíbe al legislador que en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos, prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art 106 de la CE, cuando se trata de control judicial frente a la actuación administrativa”.

III.COMPETENCIA

1. La atribución de la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria a la jurisdicción militar no se hizo de manera explícita en el texto constitucional, ya que el art 117.5 se limitó a disponer que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. Por tanto, el legislador pudo conferir tal competencia a la jurisdicción militar o a la ordinaria. No obstante, el legislador atribuyó la competencia a la jurisdicción militar de forma exclusiva tal como se establece tanto en la Ley Orgánica Procesal Militar como en la L.O. de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. En consecuencia, existe un control exclusivo de los órganos de la jurisdicción militar en materia disciplinaria militar y sólo son competentes las salas de lo contencioso administrativo cuando los actos recurribles no respondan a la aplicación de la ley disciplinaria militar en materia sancionadora. En este punto, la ley recoge el sistema diseñado por la jurisprudencia constitucional y, asimismo, el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos señala que “el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria”. La atribución legal a la jurisdicción castrense de la tutela judicial en materia disciplinaria pone de manifiesto las siguientes cuestiones: de un lado, se anuncia que ha quedado atrás y definitivamente superadas las dudas sobre la inserción de

lo disciplinario, a efectos de su control jurisdiccional, en el ámbito estrictamente castrense, del que se reconoce ha estado normativamente indeterminado hasta ese momento y se adopta la solución que finalmente prevaleció en la jurisprudencia constitucional, de otro lado, se reconoce que sigue siendo cuestión disputada la naturaleza, penal o administrativa, de lo disciplinario, por lo que el legislador renuncia sabiamente, de modo expícito a terciar en “la vieja polémica”. Esta indeterminación se manifiesta, a su vez, en dos rasgos de la nueva regulación: se atribuye a la jurisdicción una competencia que se diría sustraída a la jurisdicción contenciosa administrativa y dicha competencia se pone en manos de unos tribunales orgánica y funcionalmente orientados a la aplicación del Derecho Penal Militar.

Considero que tal atribución a la jurisdicción castrense es perfectamente válida no sólo por ser acorde con la previsión constitucional sino por haber demostrado el cumplimiento de los objetivos que cabía asignarle y lo más importante ha satisfecho de modo adecuado las garantías exigibles a una administración de justicia que como la prevista en el Título VI de la Constitución responde a los principios del Estado de Derecho.

2. La competencia de los órganos de la jurisdicción militar en el orden contencioso-disciplinario se determina en función de la autoridad sancionadora de la que dimana el acto impugnado, no es el empleo de los sancionados disciplinariamente lo que determina la competencia sino la jerarquía o empleo del mando sancionador, de forma que lo que la ley ha pretendido es que, en ningún caso, el control judicial de los actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria sea llevado a cabo por un tribunal militar en el que al menos el presidente no tenga la misma graduación que el mando sancionador.

El conocimiento del recurso contencioso disciplinario corresponde a la Sala V del Tribunal Supremo, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias y a la Sala de Justicia de Tribunal Militar

Central, contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.

La Sala V del Tribunal Supremo está integrada por su Presidente y siete Magistrados, cuatro de los ocho miembros proceden de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. El Tribunal Militar Central tiene competencia sobre todo el territorio nacional y sede en Madrid. Se compone de un Auditor Presidente, que es Consejero Togado, cuatro Vocales Togados, Generales Auditores y los Vocales Militares. La Sala de Justicia, para el conocimiento del recurso contencioso disciplinario militar, se constituye por su Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar.

Es interesante profundizar en el análisis comparativo entre los órganos competentes de llevar a cabo la tutela judicial efectiva en el ámbito militar y en el ámbito contenciosos administrativo. Así, en nuestro ámbito castrense la Sala V del Tribunal Supremo conoce los recursos que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias. Paralelamente a esto, la ley 29/98 atribuye al Tribunal Supremo competencia para conocer los recursos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno y a la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional los recursos en relación con las Disposiciones Generales y actos de Ministros y Secretarios de Estado. Resulta anómalo que una sala del Tribunal Supremo conozca en única instancia un recurso interpuesto contra un acto del Ministro.

Considero que esto se explica porque la L.O. 4/87 reserva a la jurisdicción militar la tutela judicial de las sanciones disciplinarias y por tanto queda excluida la competencia de la Audiencia Nacional. Esta exclusión lleva a buscar un órgano de la jurisdicción militar que asuma dicha competencia y este no existe en la actual organización. Aunque el Tribunal Militar Central sería el llamado a controlar la

actuación disciplinaria del Ministro de Defensa mantiene una indiscutible vinculación con el ejecutivo en la medida que de él emanan los nombramientos del Presidente y de los vocales que lo integran, por tanto no queda otra alternativa que poner en manos de la sala V el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Ministro.

3. Los elementos que tienen una especial relevancia para el correcto ejercicio de la competencia por los tribunales en materia contencioso-disciplinaria son:

- La función jurisdiccional se atribuye de forma exclusiva y excluyente, a los órganos judiciales militares. Por tanto, quedan privados del ejercicio de la jurisdicción los órganos de mando que tradicionalmente la ejercían. Es importante recordar que bajo la anterior legalidad, la cuota más importante de la potestad jurisdiccional en la instancia correspondía a las autoridades judiciales, es decir, a los mandos militares superiores que señalaba el Consejo de Justicia Militar, asistidos de su respectivo auditor. Este claro deslinde entre la potestad disciplinaria y la judicial, así como su asignación a órganos distintos, era el primer presupuesto para que pudiese ejercerse la tutela jurisdiccional en materia disciplinaria.
- Independencia de tales órganos. Considero que el principio de independencia judicial que es aglutinador de todos los demás (inamovilidad, exclusividad) es un tema espinoso desde el origen del Estado de Derecho y una lucha frente al Poder Ejecutivo de difícil realización plena, ello obedece a la tensión de otro principio que le da cobertura que es el división o separación de poderes. La LOCO (art 6 y 8) recoge en idénticos términos a la LOPJ el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, esa declaración no se hace luego efectiva en los términos que para la jurisdicción ordinaria para el nombramiento, promoción de carrera o responsabilidad de quienes han de desempeñar los referidos cargos judiciales pero frente a esto no cabe sino argüir la naturaleza especial de la

jurisdicción militar. Considero que si está garantizada la independencia de los órganos judiciales militares en términos razonables y aceptables, la preceptiva intervención de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central asegura un estatus temporal razonablemente suficiente para el ejercicio de la función con independencia aunque la situación no pueda equipararse a la de los miembros de la jurisdicción ordinaria. Además, es importante recordar que respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha sido radical defendiendo el principio de independencia en la jurisdicción castrense, es importante traer a colación la STC 204/94 en la que se proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los jueces togados militares de acuerdo con la ley, se sostiene que la Constitución no exige que toda función jurisdiccional sea atribuida, en todo caso, a magistrados y Jueces de carrera integrados en un cuerpo único y se sostiene que el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas.

- Juez ordinario predeterminado por la ley. El art 3 L.O. 4/87 señala que *“todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será Juez ordinario predeterminado por la ley”*. Considero que este requisito se cumple en la medida que en los órganos judiciales militares, la composición está preestablecida legalmente, tanto en relación con los miembros del Cuerpo Jurídico destinados en los Juzgados y Tribunales como en cuanto a los militares no jurídicos designados por insaculación para integrar estos últimos.
- Tecnificación jurídica de los órganos judiciales militares. Respecto al recurso contencioso-disciplinario la sala de justicia del Tribunal Militar Central se constituirá, de su presidente o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar. Se plantea la cuestión de la razón de la presencia

de vocales militares en tribunales castrenses cuando ejercen la tutela judicial en materia disciplinaria. El preámbulo de la L.O. 4/87 se señala que la tecnificación de los órganos judiciales militares respeta la tradicional composición mixta de los tribunales castrenses en que siempre colaboran técnicos en derecho y profesionales de las armas. Invoca para justificar la presencia de estos últimos en la nueva organización, el respaldo constitucional de la institución del Jurado, que adoptaría la forma de escabinado en la jurisdicción militar. Considero que la tecnificación que como principio organizativo introdujo la LOCO 4/87 añade una garantía adicional, aunque los técnicos que constituyen la base sustancial de la jurisdicción sigan perteneciendo a un cuerpo administrativo no judicial.

- Inamovilidad la LOCO tiene una protección específica en los art 66 y siguientes pero adaptada a las exigencias estatutarias y funcionales de la carrera militar de los miembros del Cuerpo Jurídico. A este propósito cabe plantearse una mayor o menor flexibilidad en la asignación de los distintos cargos judiciales en función del empleo militar, pero eso ofrece inconvenientes o límites, derivados de la propia estructura jerarquizada de las FAS y por extensión, del Cuerpo Jurídico Militar.
- Respecto a la competencia hay que señalar que es improrrogable, supone el rechazo de toda posibilidad de alterar los criterios legales sobre su delimitación, se extiende a las incidencias y fiscalización de la ejecución de la sentencia, la competencia de los órganos se apreciará por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes, se trata de una cuestión de orden público procesal, apreciable “ex officio” por el Tribunal, que habrá de resolver mediante auto, remitiendo las actuaciones al competente, a fin de que continúe la tramitación del recurso, con lo que de esta forma no se priva de validez lo realizado ante el órgano competente.

4. El Auto del TS, Sala V, de 7 de octubre de 1991 matiza la diferencia entre conflictos de jurisdicción y conflictos de competencia en ámbito de la jurisdicción militar:

Conflictos de jurisdicción son los conflictos entre cualesquiera órganos de la jurisdicción militar (excepto la Sala V del TS) y los órganos de la jurisdicción ordinaria y son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción.

Conflictos de competencia son los conflictos entre la Sala V y cualquier otro orden jurisdiccional y son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto.

Cuestiones de competencia son los conflictos que se producen entre los propios órganos de la jurisdicción militar. Las cuestiones de competencia se resuelven por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.

Este importantísimo auto refleja que ante el texto del artículo 117, 5 de la Constitución que habla de «unidad jurisdiccional» y de «jurisdicción militar» y la creación de la Sala Quinta en el Tribunal Supremo, cabe preguntarse qué es lo que ha querido hacer el legislador, si crear un nuevo «orden jurisdiccional» o mantener independiente, aunque dentro del «Poder Judicial» a la vieja «jurisdicción militar» tal como estaba concebida anteriormente. La Sala Quinta llega a la conclusión de que la administración de la justicia militar se ha constituido en dos niveles diferentes: el primero, en el que entra esta Sala Quinta, cúspide y vértice de la administración de esta justicia especial o especializada y donde se verifica la «unidad jurisdiccional» y que significa el establecimiento de un nuevo «orden jurisdiccional» análogo a los demás, civil, penal, contencioso-administrativo y social de este Tribunal; y el de los demás órganos de la administración de justicia militar, que forman lo que propiamente se puede denominar la «jurisdicción militar». En consecuencia, los problemas de competencia que puedan plantearse,

si lo son entre la Sala Quinta y cualquier otro orden jurisdiccional, habrán de ser calificados como «conflictos de competencia» en tanto que si se producen entre cualesquiera otros órganos de la administración de justicia militar o «jurisdicción militar» y otros órganos de la administración de justicia ordinaria, habrán de ser calificados como «conflictos de jurisdicción» o, si se producen entre los propios órganos de la jurisdicción militar, como «cuestiones de competencia»

IV. OBJETO

1. El recurso contencioso-disciplinario al igual que el contencioso-administrativo tiene carácter revisor al requerir un acto previo de la administración sancionadora. En el ámbito contencioso administrativo se ha producido una flexibilización del tradicional carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa que supone el cambio de “las pretensiones... en relación con los actos” (que decía el art 1.1 de la LJCA de 1956), por “las pretensiones en relación con la actuación” como dice la ley 29/98, con lo que da entrada al control de la inactividad y de las actuaciones materiales o vía de hecho. El carácter revisor se matiza en el sentido de que lo que la ley quiere es la existencia de un acto previo y una vez dictado se permite el demandante que pueda fundar su pretensión, en cualquier motivo o razón que entienda procedentes hayan sido o no alegadas por las partes en el procedimiento administrativo, siempre que no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones.

En el ámbito militar, la jurisprudencia del TS sala V, ha señalado que el proceso contencioso-disciplinario militar no es una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados

hechos, que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa.

Por todo lo expuesto, en el ámbito contencioso disciplinario militar, del mismo modo que sucede en el contencioso administrativo, pese a la denominación de recurso estamos ante un autentico proceso entre partes en el que una de ellas es la administración y la otra el militar sancionado Así el art 24 de la Constitución configura la tutela judicial como algo real o efectivo, más allá de los límites de lo que pudiera ser una mera declaración de buenos propósitos. A la luz de esta garantía, la naturaleza revisora ha de ponerse en correspondencia con la función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. En este sentido considero que el único presupuesto exigible para el ejercicio de esa potestad de control es que la administración afectada haya tenido la oportunidad de conocer la reclamación del interesado y pronunciarse sobre la misma.

2. Son actos impugnables los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa.

Son actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria los siguientes: los que impongan sanciones por falta grave que son el arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino, baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación; los resolutorios de expedientes gubernativos en los que se impongan sanciones extraordinarias que son la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo y la separación del servicio; el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador por falta grave o de un expediente gubernativo fuera del plazo de quince días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución por la que se imponga una

sanción por falta leve; los acuerdos denegatorios de cancelación de notas desfavorables en la documentación militar, si no se produce la cancelación debida, podrá recurrirse mediante recurso ordinario y contra su resolución cabrá interponer recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central.

En esta lista se podría ampliar la tutela no sólo respecto de las sanciones, sino en todos aquellos supuestos que guarden relación con cualesquiera actos de la normativa disciplinaria, como son las resoluciones dictadas en procedimientos de la ley 30/92, cuyo contenido material es o trae causa directa de un acto sancionador. Así podemos enunciar dos supuestos concretos: las resoluciones dictadas al decidir un recurso extraordinario de revisión administrativo, que el art 19.3 de la ley 30/92 residencia en el orden contencioso administrativo pero que tratándose de la revisión de actos firmes de contenido disciplinario no hay obstáculo alguno para que la ley las atribuya a la jurisdicción militar y los casos de responsabilidad patrimonial de la administración cuando la lesión o los perjuicios tengan su causa en la imposición de una sanción posteriormente revocada.

Los actos tienen que ser dictados por las autoridades y mandos militares. La potestad disciplinaria para sancionar se atribuye al Ministro de Defensa, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Subsecretario de Defensa, Jefes de los Estados Mayores del ejército de Tierra, Armada y ejército del Aire y las demás autoridades y mandos a quienes por su función o cargo corresponda según lo regulado en la ley. Tres son los requisitos que ese exigen para que una sanción este debidamente impuesta: que la autoridad o mando que la imponga tenga potestad para ello; que el infractor le esté directamente subordinado, lo cual se producirá cuando aquél está integrado en un organismo cuyo mando natural es el que impone la sanción; que la autoridad o mando actúen dentro de los límites competenciales que en materia sancionadora fija la ley disciplinaria.

El acto tiene que ser definitivo, que cause estado en vía administrativa, lo que supone haber agotado el sancionado los recursos administrativos admisibles.

Están excluidos de este recurso: 1º) los actos de trámite (art 465) separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario, esto es una manifestación del principio de concentración procedimental, ello no quiere decir que tales actos constituyan una parcela de dominio soberano de la administración sancionadora infiscalizable por los recursos, lo que se predica simplemente es que los actos de trámite no son impugnables separadamente. El art 465 establece una excepción que es el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se haya producido fuera del plazo señalado; 2º) los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma (art 468 a), la jurisprudencia ha reiterado la inadmisión del recurso contencioso disciplinario en estos supuestos, al derivar su inimpugnabilidad de la carencia de contenido propio del acto, pues sólo aclara, interpreta o dispone la ejecución de otro anterior que “reproduce” o “confirma”, sin hacer nuevas declaraciones de derecho o ampliar, de modo sustancial, aquellas que ganaron firmeza; 3º) los que resuelven recursos por falta leve (art 468 b), la justificación de la inexistencia de recurso contencioso-disciplinario ordinario respecto de las faltas leves se justifica en que por la propia naturaleza de las mismas el legislador ha interpretado que la tutela judicial efectiva se obtiene por vía preferente y sumaria. Quedaría por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. La reciente jurisprudencia del TC es importantísima la sentencia nº 202/2002, de 28 de octubre, el planteamiento del demandante de amparo es ciertamente sencillo, al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 LOPM), no es posible impugnar tales

actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto. Por ello, el TC otorga el amparo solicitado por el allí recurrente y le restablece en su derecho, declarando la nulidad de tales resoluciones al momento de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario ordinario. Además, la sala en aplicación a lo establecido en el art 55.2 de su L.O. elevó al pleno la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los art 468 b) y 453.2 de la LPM, en el inciso “por falta leve” al apreciar que estos textos están en contradicción con el art 24.1, 106 y 117.5 de la CE.

Considero que el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser pleno incluso en el supuesto de faltas leves, así la ley 29/98 preconiza que ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves. Además el art 106.1 de la constitución dispone que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, en mi opinión se trata de una cláusula general que excluye cualquier inmunidad administrativa del control jurisdiccional. Por tanto, si las sanciones disciplinarias militares son una sanción de la administración militar, deben someterse al control general establecido en el art 106.1.

3. El objeto del contencioso-disciplinario no es la resolución sancionadora de la autoridad militar sino las pretensiones formuladas por las partes en relación con dicha resolución. La ley procesal militar señala que el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación de la sanción. Además podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y

perjuicios, cuando proceda. De ello se deduce que la ley procesal militar contempla dos tipos de pretensiones: la anulación de la sanción, en la que el sancionado se limita a solicitar del tribunal la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de la sanción que impugna y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para su restablecimiento, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda. Para que el tribunal reconozca la situación jurídica individualizada es necesario que previamente prive de efecto al acto.

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios hay que señalar que el derecho a la indemnización que derivada de la anulación de una resolución no se origina automáticamente por la estimación del recurso formulado. Asimismo, hay que solicitarla en el escrito de demanda con pruebas y que se concrete en el acto de la vista o conclusiones quedando su determinación para el periodo de ejecución de sentencia. Los daños y perjuicios hay que probarlos, no obstante lo anterior, puede deferirse al periodo de ejecución de sentencia la concreta determinación de la cuantía.

4. Los pronunciamientos se deben adoptar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición. Por tanto la sentencia ha de ser congruente con las pretensiones de las partes, debiendo resolver sobre lo pedido por las partes, todo lo pedido y nada más que lo pedido, es decir “todas las cuestiones controvertidas en el proceso”.

Esta vinculación se ve mitigada por la facultad que tiene el tribunal de plantear la “tesis” sometiendo a la consideración de las partes nuevos motivos en que fundar su pretensión. Con la actuación del Tribunal se asegura el acceso a la justicia material y su coincidencia con la justicia formal que de otro modo pueden quedar alejadas una de la otra por impericia de las partes, sin sustituir el dispositivo al cual

se ordena el proceso y respetando las exigencias del principio de contradicción, para garantizar el correcto planteamiento del debate, pero sin que al amparo de ello pueda alterar la concreta extensión de lo efectivamente pedido. La ley no ha querido cercenar las posibilidades de que el Tribunal pueda de oficio entender que existen otros motivos susceptibles de fundamentar el recurso o la oposición, concediendo al órgano judicial una facultad expresa al respecto.

V. SUJETO

1. En el ámbito del recurso contencioso-disciplinario, tiene capacidad procesal las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles. La capacidad es un presupuesto procesal, su falta puede ser apreciada de oficio por el Tribunal en tres momentos distintos: en el trámite del art 474 de la L.O. 2/89, tras verificar el cumplimiento de las normas sobre aportación de documentos que han de acompañar al escrito de interposición del recurso, en el trámite de admisión de recurso regulado en el art 478 de la L.O. 2/89 una vez recibido el expediente y examinado por el Tribunal declarará la admisión o inadmisión del recurso y al dictar sentencia, al amparo del art 493 b) se señala que la sentencia declarará la inadmisibilidad cuando el recurso se hubiere interpuesto por persona incapaz, no legitimada o no debidamente representada.
2. Solo la parte a quien la resolución resulte desfavorable, sancionado, puede utilizar los medios de impugnación que la ley concede. Esto significa que no puede recurrir el encartado que luego haya sido absuelto, tampoco el autor del parte militar. No obstante se admite la legitimación "honoris causa" o sustitución procesal. La legitimación "honoris causa" que prevé la ley procesal militar entraría dentro del concepto de interés legítimo de prevé la ley de jurisdicción contencioso administrativa. Si examinamos el concepto de "Honoris causa" observamos que es una locución latina cuyo significado es *por causa de honor*, una cualidad que conduce a uno al cumplimiento de sus deberes, respeto a sus semejantes y a sí mismo, es la buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones de

servicio, las cuales trascienden a las familias, personas, instituciones y las acciones mismas que se reconocen a personas de testimonio social, reconocido e intachable. En base a lo expuesto, considero que ante la imposición de una sanción disciplinaria, si el sancionado fallece bien durante el plazo de interposición o durante la tramitación del recurso están plenamente legitimados para interponerlo o continuarlo sus familiares.

Se considera parte demandada la administración sancionadora en la vía disciplinaria militar.

3. Respecto a la representación y defensa del demandante, la ley procesal militar concede las siguientes posibilidades: hacerse representar por procurador, debiendo entonces ser asistido por abogado; valerse sólo de abogado quien asume la representación y comparecer por si mismo, asistido o no de letrado. Paralelamente a esto la ley 29/98 establece que ante órganos unipersonales, las partes pueden conferir su representación a un procurador y ser asistidas, en todo caso, por abogado. Cuando las partes confieran su representación a abogado, será a este a quien se notifique las actuaciones. Que en las actuaciones ante órganos colegiados, el recurrente debe conferir su representación a procurador y ser asistido de abogado, es decir impone a los recurrentes la obligación de en todo caso conferir la representación a un procurador. Que podrán comparecer, por si mismos, los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se trate de cuestiones de personal que no implique separación de empleados públicos inamovibles.

En función de la normativa actual sería idóneo adaptar la LPM a las prescripciones de la ley 29/98 e imponer la obligatoriedad de representación mediante procurador, teniendo en cuenta que la actuación en el ámbito contencioso disciplinario militar es siempre ante un órgano colegiado, bien sea el Tribunal Militar Central o la sala V del Tribunal Supremo.

4. **Respecto a la representación y defensa para interponer los recursos de casación y revisión, la ley 29/98, de 13 de julio, señala que las partes deberán conferir su representación a un procurador en sus actuaciones ante órganos colegiados, y que, no obstante, “podrán comparecer por si mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles”.**

La sala V se ha planteado si el recurso de casación en vía contencioso-disciplinaria militar podría quedar afectado por la excepción contemplada en el art 23.3, llegando a la conclusión de la exigencia y necesidad de procurador en base a los siguientes razonamientos jurídicos:

- La ley procesal militar hace una remisión completa del recurso de casación en materia contencioso-disciplinaria militar a la regulación de dicho recurso en vía contencioso-administrativa general, por lo que ha de permanecer la tesis mantenida por la sala de la ineficacia o derogación tácita de la norma específica contenida en el art 463 de la ley procesal militar.
- Efectuada la remisión a tal regulación general es evidente que el art 23.2 de la ley 29/98 exige expresamente que para que las partes puedan actuar ante órganos colegiados de la jurisdicción contenciosa administrativa deben “conferir su representación a un procurador y ser asistidas por abogado” por lo que la referencia expresa de tal exigencia que se contenía en el antiguo art 97 ha de entenderse comprendida en el art 23.2 de la nueva ley, y por tanto, también aplicable al recurso de casación en materia contencioso-disciplinaria militar.
- Quedaría por resolver la cuestión del art 23.3 de la ley 29/98, según la cual los recurrentes podrán comparecer por si mismos, si se trata de funcionarios en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refiera a

cuestiones de personal que no impliquen separación de funcionarios públicos inamovibles, ya que las materias disciplinarias han de entenderse cuestiones de personal y podría entenderse que pueden comparecer en recurso de casación ante la sala V el interesado que siendo militar recurre en casación contra una sentencia que ha confirmado una sanción disciplinaria que haya sido impuesta.

Este criterio no puede prosperar dado que el art 23.3 no puede referirse al recurso de casación en vía contenciosa y en materia de personal (salvo que se trate de separación del servicio) pues el art 86 de la ley 29/98 señala que no cabe interponer recurso de casación contra “las sentencias que se refieren a cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera”.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, considero que la comparecencia por sí mismos de los funcionarios en cuestiones de personal sólo puede entenderse referida a la instancia y a tal fin, único y exclusivo, está dirigida la previsión contenida en el art 23.3 y esta interpretación viene reforzada por el hecho de que cuando existe posibilidad de recurso de casación en cuestión de personal, por tratarse de separación del servicio, se exige por el propio art 23.3 la comparecencia con procurador y la asistencia técnica de abogado. Este criterio está mantenido de modo reiterado por la sala tercera (auto26 de junio de 2000, RJ 2000/5636) que viene significando y sosteniendo la inaplicación del art 23 de la ley 29/98.

En este sentido considero que es preceptiva la comparecencia por medio de procurador en el recurso de casación en vía contencioso-disciplinario militar, que ha de seguir el mismo régimen establecido, por la ley de la jurisdicción, y

ello como consecuencia de la previsión contenida en el art 503 de la ley procesal militar.

5. Respecto a la representación y defensa de la administración, pese a que la ley procesal militar establece que el Director General del Servicio Jurídico del Estado podrá, a propuesta del Ministerio de Defensa, encomendar las funciones de representación y defensa a un miembro del Cuerpo Jurídico de los destinados en las asesorías jurídicas de los mandos militares superiores. Lo cierto es que, en la práctica la representación y defensa se confiere a la abogacía del estado.

VI. PROCEDIMIENTO

DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. La regulación legal es compleja toda vez que, la Ley disciplinaria establece que contra la resolución por la que se impone una sanción disciplinaria extraordinaria, podrá interponerse recurso de reposición ante el Ministro de Defensa y contra su resolución podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar; la LPM establece que contra los actos de imposición de sanción que hayan causado estado en vía disciplinaria militar, no procederá la interposición del recurso de reposición como previo al contencioso-disciplinario; la ley 30/92, de 26 de noviembre, modificada por ley 4/99 de 14 de enero establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Pese al ámbito de sujeción especial en el que nos encontramos, el régimen de recursos en vía administrativa debe interpretarse de forma homogénea y acorde con las previsiones establecidas en la el art 116 de la ley 4/99. En este sentido,

entendiendo que frente a las sanciones disciplinarias (ordinarias o extraordinarias) que ponen fin a la vía administrativa (que no son otras que las dictadas por el Ministro de Defensa) cabe recurso potestativo de reposición o ser impugnadas directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo y sin que se pueda interponer recurso contencioso administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

INTERPOSICION DEL RECURSO

1. El recurso contencioso-disciplinario militar se iniciará por un escrito reducido a expresar los datos personales del recurrente, citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso. A este escrito se acompaña el documento que acredite la representación del compareciente, el documento que acrediten la legitimación con que el actor se presente en juicio (supuesto del art 460), copia del acto o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído.

Si no se presentan estos documentos o son incompletos y no se subsana en diez días se ordenará el archivo de las actuaciones.

Con el referido escrito de interposición se deja concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión a decidir. Esto no significa que dicho escrito haya de ser objeto de un entendimiento rigurosamente literal, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la C.E. de forma que resulte desproporcionada su inadmisión cuando del contenido del escrito pueda deducirse el tema concreto que se somete a fiscalización.

Es importante señalar que la interposición del recurso pone en marcha el procedimiento, fijando los términos concretos del proceso, cuyo objeto ya no podrá alterarse ulteriormente sino sólo precisarse en el correspondiente escrito de demanda. Además, a partir de ese momento surge una situación de litispendencia, que determina la imposibilidad de que se inicie otro proceso distinto sobre el mismo

objeto. En definitiva, la interposición del recurso es el acto de postulación realizado por el sujeto mediante el cual solicita del órgano judicial administrativo la iniciación del proceso y su consideración en él como parte.

La ley 29/98 señala que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse directamente mediante demanda. Por el contrario, observamos que en el ámbito contencioso disciplinario el procedimiento se inicia siempre mediante el escrito de interposición pese a que, como he apuntado a lo largo de esta tesis, en este procedimiento no se admiten coadyuvantes.

2. Respecto al **lugar de presentación**, es doctrina sostenida de manera constante y unánime por la sala V que el recurso ha de presentarse en la sede del Tribunal o Sala competente, a las horas de audiencia, y fuera de ellas, cuando se trate de vencimiento de plazos perentorios, ante el Juzgado de Guardia de la misma ciudad, sin que sea admisible su presentación ante organismo administrativo alguno, ni en centros o dependencias administrativas militares pues el recurso contencioso-disciplinario es de índole jurisdiccional y no administrativa. Este criterio resulta plenamente acertado pese a que, si bien es cierto, que el Tribunal Constitucional tiene dicho que los requisitos y presupuestos procesales para interponer los recursos que correspondan han de ser interpretados flexiblemente en aras a permitir el derecho a los recursos y, con él, el derecho a la tutela judicial efectiva que se vería conculcado si tales presupuestos se interpretaran rígidamente, en el ámbito castrense, resulta más acertado que dicha entrada sea en la sede del Tribunal competente (Supremo o Tribunal Militar Central). Así, esto marca un matiz importantísimo al ser patente el hecho de que estamos ante un órgano judicial y no administrativo y, por tanto, es acertada la jurisprudencia de la sala V al reiterar que no cabe el conducto reglamentario.

3. El **plazo** para interponer el recurso es de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acto recurrible. No obstante, cuando dicho acto se haya notificado fuera del suelo español de las aguas jurisdiccionales españolas, se prorrogará dicho plazo, finalizándose una vez transcurridos dos meses desde que el sancionado hubiese regresado a suelo español.

Al ser los órganos jurisdiccionales militares los únicos ante los que puede presentarse el escrito de interposición del recurso, es la fecha de entrada de ese escrito ante esos órganos la única que puede ser tenida en cuenta y por ello en el empleo de otros modos de interposición, como puede ser el correo, ha de computarse siempre como fecha de interposición la de entrada en el propio órgano jurisdiccional militar.

4. Debe partirse del principio de ejecutividad inmediata de los actos administrativos y de la presunción de legalidad de dichos actos (artículos 56 y 57 de la ley 30/92, de 26 de noviembre). No obstante, pese a que el artículo 513 de la ley procesal militar prevé la posibilidad de que, a instancia del actor, el Tribunal acuerde la **suspensión de la sanción**, que habrá de fundarse en alguna de las cuatro causas que establece dicho precepto, esta debe ser una medida excepcional. No podemos olvidar el ámbito de sujeción especial en el que nos movemos y la finalidad de la disciplina en el ámbito de las Fuerzas Armadas, que no es otra, que la de la ejemplaridad.

Las causas son: que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del art 62 LRJPA) y así lo aprecie el tribunal, cuando durante la tramitación del recurso en vía disciplinaria, se acordó ya la suspensión del acto recurrido; cuando la sanción recurrida sea la de pérdida de destino y lleve consigo el traslado forzoso del sancionado fuera de la localidad donde hasta entonces residía; cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

La suspensión sólo se podrá pedir por medio de otrosí, en el escrito de interposición del recurso, el Tribunal al tiempo que reclama el expediente, interesa a la Autoridad sancionadora que informe sobre la petición de suspensión en el término de 10 días. Emitido el informe o transcurrido 15 días sin haberlo recibido, el tribunal acordará lo procedente, mediante auto. La suspensión despliega sus efectos hasta que el proceso termine, pues con el fallo ya no cabe precaución y reserva sobre la ejecutividad: si la sentencia es estimatoria de la pretensión, la situación provisoria mantenida por la suspensión devendrá en definitiva y si fuese desestimatoria, quedará levantada la suspensión.

5. El tribunal el mismo día de la presentación o en el día siguiente hábil, acordará **reclamar el expediente**. Su significación en el proceso contencioso-disciplinario se proyecta en un triple sentido: para el recurrente es una garantía derivada del principio de igualdad procesal de las partes al exhibirle los antecedentes del acto que obran en poder de la administración, para la administración es la forma de justificar su actuación en vía disciplinaria, en la medida en que la presunción de legalidad de que la misma goza, se articula sobre la existencia, exhibición y constancia del expediente y para el tribunal, por cuanto que la función revisora que en dicho proceso se realiza alcanza no sólo al acto que es objeto de impugnación sino a las actuaciones que lo determinaron y que habrán de ser tomadas en consideración para llegar a la resolución del litigio.

Por otra parte, la reclamación del expediente disciplinario produce los siguientes efectos: con dicha reclamación se entiende emplazada la administración sancionadora; recibido el expediente y examinado por el Tribunal, declarará no haber lugar a la admisión cuando le consten de modo inequívoco y manifiesto alguna de las circunstancias que se relacionan en el art 478 de la LPM; la demanda y contestación se deducirán poniendo de manifiesto el expediente a las partes, considerando el TC un supuesto típico de "crisis procesal" la ausencia del mismo.

6. Del estudio pormenorizado del recurso contencioso disciplinario militar ordinario se desprende que el **incidente de inadmisión** puede realizarse en tres momentos procesales: al final del proceso, al dictar sentencia, como uno de los posibles contenidos del fallo; en el trámite inicial del proceso, si con escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el art 474 y no se subsana defecto en plazo de diez días; en el incidente del art 478.

Los motivos de inadmisión son: falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal, esto impide entrar a abordar y resolver otros problemas materiales y formales; deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el art 468; no haberse interpuesto los recursos en vía disciplinaria que fuesen preceptivos y haber caducado el plazo de interposición del recurso.

La ley 29/98, además de las causas señaladas permite declarar la inadmisibilidad por razones de fondo al establecer que se puede declarar la inadmisibilidad cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme. No se trata de que el tribunal aprecie que existe cosa juzgada, pues no se exige que haya identidad de supuestos, en definitiva se remite a la subjetividad del juez apreciar que sean en efecto sustancialmente iguales esos otros recursos.

Corresponde al Tribunal y únicamente a él promover de oficio el incidente de inadmisión. El Abogado del Estado podrá invocar las causas de inadmisión al contestar a la demanda junto con los demás motivos de oposición a la pretensión, pero no en este trámite previo de inadmisión. No obstante lo anterior, nada impide presentar escrito dirigido al Tribunal denunciando la evidencia de algún motivo de inadmisibilidad de los enunciados en el art 478, a fin de que pueda ejercitar la potestad que el mismo prevé; pero si el Tribunal hace caso omiso de dicho escrito, no se producirá infracción alguna, ya que se trata de una facultad que la ley reconoce para que la ejerza de oficio.

Promovido el incidente queda en suspenso el procedimiento hasta la resolución de aquél. El tribunal mediante auto puede acordar la inadmisión del recurso como resolver lo contrario, vistas las alegaciones y demás documentos aportados. Contra el auto de inadmisión cabe interponer el recurso de suplica y contra el desestimatorio de este el de casación.

En el caso de admisión, firme el auto seguirá la tramitación del proceso, pero una vez decidida la no procedencia del motivo no puede volver a replantearse la misma causa, al tratarse de cosa juzgada definitivamente.

DEMANDA

1. En el recurso contencioso-disciplinario hay dos momentos procesales: uno el de interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto sancionador contra el que se formula y otro el de demanda, en el que con relación a aquel se deducirán las pretensiones que interesan. La demanda es por **naturaleza** el acto escrito de postulación de la parte actora mediante el cual introduce su pretensión, referida al acto administrativo o disposición que ha sido mencionado en el escrito de interposición del recurso.

La ley 29/98 admite que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse directamente mediante demanda. Por el contrario, en el ámbito contencioso disciplinario el procedimiento se inicia siempre mediante el escrito de interposición pese a que, en este procedimiento no se admiten coadyuvantes al considerar que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora.

La formalización de la demanda sin remisión del expediente, si se prevé en la ley 29/98, que no en la ley procesal militar. Se prevé como un derecho de la "parte recurrente" que puede optar por la espera, y no como una medida que pueda ser acordada de oficio por el órgano jurisdiccional, al cual sólo se le atribuye una facultad

de sugerencia. También se prevé la posibilidad de que se reciba después de formulada la demanda en este caso se pone de manifiesto (no su entrega) a las partes por un plazo común de 10 días para que efectúen las alegaciones complementarias que estimen oportunas

2. El **plazo** de deducir la demanda es de quince días. A la vista de la doctrina del TC, el plazo se inicia a partir del momento en que la entrega del expediente se lleve a efecto, bien al interesado bien a su abogado.

Si la demanda no se presenta en plazo se declara de oficio caducado el recurso. No obstante, ninguna razón definitiva hay para obviar el principio de tutela judicial del art 24 CE y el mandato del art 11.3 LOPJ, para que no pueda aplicarse el criterio antiformalista del art 512, por lo que la presentación del escrito fuera del plazo de 15 días, no justifica la declaración de caducidad del recurso si el escrito se presenta antes de dictarse la oportuna providencia o en el mismo día en que esta se notifique, se ofrece así una oportunidad extrema a las partes de remediar su inactividad en el mismo momento de la notificación de las inevitables consecuencias de la misma.

La ley 29/98 el plazo para formalizar la demanda de 20 días y admite expresamente que se admitirá el escrito de demanda y produce efectos legales si se presenta dentro del día en que se notifique el auto de caducidad del recurso.

3. **Lugar de presentación** es la sede del tribunal, rigen las mismas reglas que las expuestas al tratar del escrito de interposición.
4. Si al analizar el expediente el demandante estima que el **expediente** está **incompleto**, solicitará del Tribunal, dentro de los cinco primeros días de los quince que le han concedido para formalizar la demanda, que se reclamen los antecedentes adecuados para completarlo suspendiéndose el curso para la formalización de la demanda. El Tribunal dictará providencia en el plazo de tres días y contra la denegación puede interponer recurso de súplica. Al estar en un supuesto de suspensión del proceso en sentido estricto, la reanudación se producirá a partir del día siguiente a aquél en que se notificó la providencia no accediendo a la petición de

completar el expediente y supondrá la conclusión del plazo que quedó pendiente o sin consumir, cuando se produjo la crisis procesal.

En la ley 29/98 desaparece el límite de los 5 días del plazo de demanda o contestación quedando habilitado todo el plazo legal de 20 días para hacer la solicitud.

5. La LPM establece, al igual que la LEC de aplicación supletoria, que en la demanda **contendrá** los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones que se deduzcan y en justificación de las cuales podrá alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria.

El carácter revisor de este recurso exige un acto sancionador previo, pero no impide que la demanda se apoye en “cuantos motivos procedan”, aunque no se hubiesen expuesto en los recursos disciplinarios o con anterioridad a ellos. Lo que no puede hacerse en la demanda es traer al debate “cuestiones nuevas” entendiendo por tales las que no han sido sometidas al previo enjuiciamiento en vía disciplinaria.

A la demanda se acompañan los documentos en que se funde el derecho y si no obran en poder del demandante, se designa el archivo, oficina, persona en cuyo poder se encuentre. Las condiciones que deben reunir los documentos aportados son: que acrediten un hecho básico de la pretensión y que sean fundamentales, esto es que tengan una trascendencia decisiva. Después de la demanda el actor sólo podrá aportar los documentos que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: ser de fecha posterior a dicho escrito, los anteriores respecto de los cuales jure no haber tenido conocimiento de su existencia, los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no le sean imputables, los que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones del demandado.

La demanda contendrá los “otrosí” referidos a la solicitud de recibimiento del proceso a prueba , con especificación de los puntos que habrá de versar y celebración de vista.

La ley 29/89 introduce una serie de novedades que no se contemplan en la LPM: El tribunal examinará de oficio la demanda, se trata de evitar la tramitación de procesos

que estén destinados al fracaso a consecuencia de incumplimiento de los requisitos de forma y que el actor puede pedir por OTROSI en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de la vista y conclusiones. Este supuesto legal se dirige a los actores que pretendan tener una sentencia rápida.

6. Los motivos que dan lugar a la inadmisibilidad de la demanda pueden invocarse en la contestación, pero no como alegaciones previas, en todo caso el demandante puede subsanarlos en plazo de 10 días, contados a partir del siguiente a aquel en que se de traslado del escrito de contestación a la demanda en que se alegaron aquellos motivos.

La ley 29/98 si regula las alegaciones

7. La **contestación** a la demanda esta sujeta a un plazo de quince días. LA ley 29/98 prevé expresamente que a la administración demandada no se le admite el escrito de contestación si no se acompaña de la remisión del expediente. Lo normal es que la administración sancionadora al contestar a la demanda se oponga a la misma: bien, negando los hechos en que fundamenta su pretensión el recurrente; aduciendo nuevos argumentos que desvirtúan tal pretensión o cuestionando la concurrencia de los presupuestos procesales que se exigen para llegar a la decisión judicial sobre el fondo.

La no contestación a la demanda implica tan sólo el decaimiento en el derecho de contestar y por tanto, el no asumir la carga de contestar sin que esta circunstancia provenga de una declaración de rebeldía, habida cuenta de que la administración se halla personada en los autos.

LA PRUEBA

1. El recurso contencioso disciplinario, no es una continuación ni mucho menos una fase más de la disciplina, antes bien es un juicio revisorio, efectuado, además, por Autoridad de signo diferente y en un proceso adecuado, de la correcta o incorrecta aplicación que haya podido hacer una autoridad del orden administrativo de las facultades disciplinarias que le competen en relación con unos determinados hechos,

que no serán otros que los que vienen contenidos en el expediente o acceder al mismo a través de las pruebas legalmente practicadas, no cabe, en consecuencia, dar por reproducidos los hechos alegados en vía administrativa. Por tanto, en consonancia con la Jurisprudencia de la sala V, cabe en vía jurisdiccional la practica de toda clase de pruebas siempre que estas sean pertinentes.

En el proceso contencioso-disciplinario, es la administración militar sancionadora quien debe acreditar, que el recurrente es el autor de los hechos que motivaron la sanción, sin que sea para nada relevante en el tema de la carga probatoria la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos. La presunción de legalidad permite que el acto, aún cuando haya sido impugnado ante la jurisdicción sea ejecutado por la administración en base al privilegio de autotutela, pero no supone que se reconozca valor probatorio a las afirmaciones fácticas de aquélla en el expediente, ya que constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado por el art 24 CE.

2. Se tiene que formalizar en los escritos de demanda y contestación por medio de “otrosi” expresando los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba. Se acuerda por el tribunal por medio de auto, adoptado a instancia de parte o de oficio. La concreción de la prueba debe ser fáctica y por tanto la alusión a que la prueba versará sobre las actuaciones del expediente administrativo, no es prueba fáctica. Así como en el ámbito contencioso administrativo se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito la LPM no hace referencia a la expresión “trascendencia” de los hechos sobre los que pretenda plantearse la actividad probatoria. La prueba debe ser pertinente y factible su práctica.
3. La LPM se remite, en lo referente a la proposición y práctica de la prueba, al proceso civil ordinario regulado en la LEC, tanto en lo referente a los medios de prueba admisibles, cuanto al procedimiento para la práctica de todos y cada uno de ellos. Se

establece un plazo común de 20 días prorrogables a 30 si el Tribunal lo estima necesario, para proponer y practicar toda clase de pruebas.

4. El objeto de la prueba lo constituyen los hechos que alegados por las partes para fundamentar sus respectivas pretensiones, aparecen controvertidos y precisan una necesaria clarificación o probanza para lograr la convicción del tribunal a la hora de dictar sentencia. No hay un derecho absoluto al ejercicio de la defensa utilizando los medios de prueba pertinentes, siendo necesario que el ejercicio del derecho sea legítimo, en consecuencia es claro que la prueba debe ser necesaria y pertinente. La jurisprudencia del TC establece el carácter no absoluto ni ilimitado del derecho la prueba y la necesidad de que sea relevante para la decisión del litigio o decisiva en términos de defensa.
5. La jurisprudencia de la sala V ha venido admitiendo la existencia de pruebas indirectas siempre que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas de criterio humano o las reglas de la experiencia común, en suma, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.
6. Puede el tribunal, hallándose en fase probatoria acordar el recibimiento a prueba de oficio, tanto en el caso de que no se haya solicitado por las partes, como en el caso en que habiéndose solicitado, estime el tribunal que debe llevarse a efecto alguna prueba no instada por aquéllas. Concluí la fase probatoria puede antes o después de la vista o señalamiento para el fallo como “diligencia para mejor proveer.

VISTA Y CONCLUSIONES

1. Este trámite puede ser oral (vista) o escrito (conclusiones), en el ámbito contencioso disciplinario la vista está excluida en el preferente y sumario y en el ordinario constituye la excepción su celebración. Las partes pueden pedir que se celebre la vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites para sentencia.

2. La vista tiene lugar cuando lo piden las dos partes o el Tribunal lo estime necesario. Si el tribunal no acuerda la celebración de la vista dispone en su lugar que las partes presenten unas conclusiones suscintas acerca de los hechos alegados, la prueba practicada en su caso y los fundamentos jurídicos en que, respectivamente apoyen sus pretensiones de las que acompañarán tantas copias como miembros del tribunal. Tanto la fase de vista como la de conclusiones no pueden tener otra finalidad que la de presentar al Tribunal un resumen de las respectivas posiciones acerca de los hechos alegados la prueba practicada y los fundamentos jurídicos, circunscribiéndose a lo ya discutido sin poder adicionar cuestiones nuevas.
En el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, excepto el pronunciamiento de daños o perjuicios si constaren probados en autos. De ahí la vinculación de las partes a lo conformado en sus escritos de demanda y contestación.
3. Cuando el tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de demanda y contestación, lo pone en conocimiento de estas. La tesis supone una invitación del tribunal a la reflexión de las partes sobre cuestiones no apreciadas por ellas, pero nunca puede constituir una sustitución formal de sus pretensiones.

SENTENCIA

3. La sentencia Inadmitirá, Estimaré o Desestimaré total o parcial el recurso contencioso-disciplinario militar y se dicta en el plazo de 5 días desde la celebración de la vista o del señalamiento para la votación y fallo. En el supuesto de Inadmisibilidad, el orden procesal a seguir en el tratamiento de los diversos factores concurrentes impeditivos, de un fallo sobre el fondo, ha sido abordado por la jurisprudencia reiteradamente, creándose al efecto un cuerpo de doctrina en el que se establece la siguiente prioridad: inamisibilidad por falta de jurisdicción o competencia, caducidad de la acción, impugnación de actos carentes de la condición precisa para ello y falta de capacidad y

legitimación procesal. La desestimación se produce cuando se ajuste a derecho el acto a que se refiere. La estimación se produce cuando el acto incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

La desviación de poder constituye el ejercicio de la potestad sancionadora para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es interesante abordar el problema de la naturaleza de la desviación de poder, la discusión se centra en decidir si ésta es estrictamente jurídica o por el contrario se pueden incluir también criterios de moral y ética de la administración militar sancionadora. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Esto enlaza con el problema de la prueba en la desviación de poder. En este sentido la jurisprudencia de la Sala V ha señalado que para la apreciación de la desviación de poder hay que probar los hechos determinantes de incumplimiento del fin del acto administrativo, no cabe exigir una prueba plena para acreditar la desviación de poder, habida cuenta de la naturaleza de este vicio de los actos administrativos, asentado en un elemento intelectual, psicológico, intención o sentimiento, que la desviación de poder basta para evidenciarla con la convicción moral de su existencia, a través de presunciones obtenidas con rigor lógico de acreditados datos, antecedentes o circunstancias concurrentes de las que pueda deducirse, según las reglas del criterio humano la desviación de poder, que por contra, no es suficiente oponer a la presunción de legalidad de la actuación administrativa meras conjeturas, sospechas, suspicacias o recelos específicos ni errores en el actuar del órgano administrativo.

2. El pronunciamiento estimatorio depende de la clase de pretensión actuada: Pretensión de anulación, la sentencia se limita a declarar en el fallo la anulación total o parcial del acto recurrido; Pretensión de plena jurisdicción, para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada es necesario antes privar de efecto al acto. En estos casos la sentencia contendrá los siguientes pronunciamientos:

- Anulación total o parcial del acto recurrido.

- Declaración de derechos que se deriven de aquélla nulidad a favor del recurrente y la condena a la administración militar para que adopte las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.
 - Resarcimiento de daños y perjuicios cuando se hubiesen pedido. En el tema de daños la jurisprudencia de la sala V ha sentado que la carga de la prueba incumbe a quien los alega y solicita ser indemnizado en caso contrario no podrá acreditarse el derecho a indemnización, en cuanto a los daños morales el Tribunal Supremo establece la posibilidad de que, en determinadas condiciones, se pueda apreciar su existencia por el hecho de haber sufrido el recurrente una ilegítima privación de libertad como consecuencia de un arresto por falta grave condiciones que han de deducirse de la ponderación de todas las circunstancias, sin perder de vista la disciplina. El grado de concreción de la sentencia en este tema dependerá de la prueba, si constan ya probados en autos los daños y perjuicios pero no su cuantía, la sentencia se limitará a declarar el derecho al resarcimiento y quedará diferida al periodo de ejecución la determinación de su cuantía, pero si lo que consta ya probado en autos es, además de la existencia, dicha cuantía, la sentencia debe señalar en pormenor de los daños. Respecto a la cuantía de la indemnización en el caso de daños morales la sala V ha establecido criterios orientadores para su determinación por el tribunal de la instancia en ejecución de sentencia, según las normas del código penal para el impago de multas.
3. La sentencia se formulará expresando los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, fundamentos de derecho y fallo. La sentencia ha de ser congruente en relación con las pretensiones deducidas, no de los fundamentos jurídicos en relación con las alegaciones expuestas por las partes, la motivación no precisa el explícito y pormenorizado análisis de todas y cada una de las pruebas practicadas. La congruencia no supone una correlación entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia, sino suficiente que exista una correspondencia entre los problemas debatidos y los pronunciamientos de la sentencia.

La incongruencia puede producirse por que el fallo contenga más de lo pedido por las partes, este caso quebrantaría el principio de demanda que es garantía del principio de imparcialidad judicial y del derecho constitucional de defensa. No obstante, si el tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art 470 LPM no incurriría en “incongruencia por exceso”. Que el fallo contenga menos de lo pedido por las partes es la denominada incongruencia omisiva o fallo corto, pero no existe incongruencia si el tribunal resuelve genéricamente las pretensiones aunque no se haya pronunciado sobre las alegaciones concretas, ya que sólo la omisión o falta total de respuesta y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada entraña vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así la sala V ha estimado que la congruencia sólo obliga a resolver sobre las pretensiones planteadas por las partes en el proceso pero no a dar respuesta a todas y cada una de las alegaciones que aquellos hayan hecho en defensa de sus pretensiones. Que el fallo contenga cosa distinta de lo pedido, el Tribunal no puede conducir a la *reformatio in peius* cuya interdicción está consagrada en la doctrina jurisprudencial.

4. El deber de motivar las sentencias establecido en el art. 120.3 CE es el reverso de una de las dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva, que consiste en el derecho a obtener una resolución «fundada en Derecho. La Sala V insiste en la necesidad de que conste en las sentencias la declaración de los hechos que considere probados el Tribunal, sin que ello obligue al Tribunal de instancia a efectuar un relato nuevo, siendo suficiente con recoger la imputación expresa que contenga la resolución sancionadora, con su propia descripción, si la entiende acertada y probada el Tribunal. El tribunal de la instancia sólo tiene que explicitar el análisis que haya realizado de la prueba en la medida que lo considere relevante para la exposición de la convicción a la que ha llegado. Las sentencias deben ser claras y precisas. La sentencia y los votos particulares deben notificarse a las partes en el plazo de tres días después de firmada y a su vez en el mismo plazo, comunicándoles una y otros al Ministerio de Defensa.

5. Respecto a otros modos de terminar el procedimiento la LPM regula tres supuestos: desistimiento del demandante, allanamiento del demandado y reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante. El desistimiento se produce cuando el demandante renuncia a la pretensión deducida en el recurso interpuesto. El tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del procedimiento y la devolución del expediente a la oficina de que procediera. La caducidad se produce si presentada la demanda el procedimiento contencioso disciplinario se detiene durante un año por culpa del demandante se producen los mismos efectos señalados para el desistimiento. El allanamiento del demandado es otra posibilidad. La LPM dispone que la representación de la administración militar sancionadora no puede allanarse sin estar autorizado para ello por el Ministerio de Defensa. En la práctica resulta que el Abogado del Estado se ve obligado a sostener infundadas defensas que conducen a un incremento de las dilaciones indebidas. La satisfacción extraprocésal de la pretensión si interpuesto el recurso contencioso-disciplinario militar, la administración demandada reconoce en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes puede ponerlo en conocimiento del tribunal si la administración no lo hace. La ratificación extraprocésal provocará la terminación del proceso mediante auto.

RECURSOS

RECURSO DE CASACIÓN

1. Cuando fue redactada la ley procesal militar el recurso de casación se regulaba en el art 503 de la citada ley y se señalaba que se sustanciaría por los mismos motivos y trámites que se señalan en los artículos 1.691 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, con una serie de salvedades. La ley 10/92, de 30 de abril, regula por primera vez el recurso de casación en el contencioso administrativo y da una nueva redacción al art 503 LPM que vino a señalar que la remisión en materia de casación en el contencioso disciplinario, debía efectuarse a la LJCA por los mismos

motivos y trámites que en la misma se señalan para el citado recurso de casación, siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente supletoria para lo previsto en la indicada Ley Jurisdiccional. Con la entrada en vigor de la ley 29/1998, la regulación a de referirse a los arts. 86 a 95 de la referida ley.

2. Respecto a su naturaleza hay que señalar que es un recurso extraordinario, que ha de fundarse en los motivos tasados legalmente previstos, que no es una segunda instancia ya que el recurrente no puede pretender un nuevo examen de la totalidad del litigio que fue fallado en la instancia aduciendo nuevos hechos o no respetando los que sirvieron de base a la sentencia recurrida, se dirige frente a la Sentencia de instancia y no respecto de las actuaciones administrativas practicadas en el previo Expediente o Procedimiento sancionador, las cuestiones nuevas no son admisibles en casación ya que lo «ex novo» resulta quedar fuera del ámbito correspondiente a este especial recurso, en el que únicamente puede ser debatido el resultado del juicio de instancia en relación con las alegaciones de las partes, la valoración de la prueba corresponde a los Jueces y Tribunales de instancia, tanto en el expediente disciplinario como en el recurso contencioso.

Al estar ante un recurso extraordinario orientado a la censura puntual y precisa de determinadas infracciones de ley o vicios procesales en que pueda haberse incurrido en la sentencia o resolución judicial impugnada, estos motivos constituyen el único objeto de la impugnación y debate y combatir directamente la resolución sancionadora y no impugnar propiamente la sentencia, desnaturaliza el objeto del recurso de casación para tratar de convertirlo en una apelación que permitiría hacer un nuevo examen de los supuestos de hechos y de derecho.

3. Están legitimadas las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria y si el sancionado en vía disciplinaria militar fallece durante los plazos de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar o estuviere ya interpuesto, están legitimados para interponerlo o continuarlo su cónyuge

supérstite o persona ligada a aquél por una relación estable de convivencia efectiva, o sus herederos.

Se considera parte demandada la administración sancionadora en la vía disciplinaria militar. Antes estaba legitimado el Ministro de Defensa, o Autoridad o Mando militar en quien delegue. Pero la legitimación de los Mandos Militares Superiores ha sido eliminada ya que, la L.O. 9/2003 por la que se modifica la L.O. 4/87 establece que quedan sin contenido los art 111 a 114.

4. Los motivos son:

- Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. A tenor de esto, conviene señalar que la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales es un derecho prestacional de configuración legal, de donde se sigue que no puede la parte que lo alega deducir su pretensión ante cualquier órgano jurisdiccional, sino que debe acudir al que en cada caso resulte competente conforme al sistema preestablecido acerca de la Jurisdicción y de la Competencia.
- Incompetencia o inadecuación del procedimiento. La competencia es la asignación del conocimiento del pleito a los órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional. La inadecuación se produce cuando la ley prevé distintos tipos de proceso como ocurre en el ámbito contencioso disciplinario con el ordinario y el preferente y sumario y se decide la pretensión a través de un proceso distinto al que la ley prevé para ella.
- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Pueden fundar el recurso de casación la falta de claridad y precisión de la sentencia, la incongruencia, en sus distintas formas, la omisión de pronunciamiento, la ausencia de motivación.
- Infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que haya producido indefensión para la parte. Para invocar este motivo es necesario que se haya incurrido en el pleito en que se dictó la resolución en infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que se trate de una infracción

relevante o trascendente, que se haya producido indefensión, que se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión y la cita de la norma procesal infringida.

- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

5. El recurso de casación se preparará ante el Tribunal Militar Central en el plazo de diez días, mediante escrito en el que debe manifestarse la intención de interponer el recurso. Respecto al contenido del escrito de preparación del recurso de casación, la jurisprudencia de la sala V viene sosteniendo que no es necesario anunciar el fundamento de la impugnación, bastando con que la parte exteriorice su propósito impugnativo, mientras que la [Ley 29/98](#) señala que el recurso de casación hará sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos. Dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala V del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas. Interpuesto el recurso de casación, se pasan las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto. Si la Sala considera que concurre alguna de las causas de inadmisión, dicta auto motivado declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. De admitirse el recurso se entrega copia del mismo a la parte recurrida y personada para que formalicen por escrito su oposición en el plazo común de treinta días. Transcurrido el plazo, háyanse o no presentado escritos de oposición, la Sala señala día y hora para celebración de la vista o declarará que el pleito está concluso para sentencia. Habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto. La Sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista o la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

Si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos aducidos, la Sala, en una sola sentencia, casando la recurrida, resolverá conforme a Derecho.

RECURSO DE SUPLICA

1. Contra las providencias y autos dictados por la sala de lo militar del Tribunal Supremo, sala de justicia del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales en los procesos contencioso disciplinarios militares, sólo cabe recurso de súplica ante dichos tribunales, salvo lo dispuesto en el último párrafo del art 478 que señala que contra el auto que acuerde la inadmisión por alguna de las causas previstas en el art 478 podrá interponerse recurso de súplica y contra el desestimatorio de éste, el de casación, cuando haya sido dictado por la sala de justicia del tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial. La competencia para la admisión, sustanciación y resolución del recurso corresponde al Tribunal que haya dictado, en vía contenciosa disciplinaria la resolución protestada.

RECURSO DE REVISIÓN

1. El recurso de revisión tiene por objeto la impugnación de sentencias firmes que se reputan injustas por hechos ajenos al proceso referidos a actuaciones de la parte o del juzgador y supone un derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada y se presenta como un imperativo de la justicia. Ahora bien, el recurso de revisión, encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa en consecuencia una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interposición estrictas. Sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del art. 24 de la Constitución, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los «valores superiores» que

propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye.

2. El recurso de revisión puede interponerse contra sentencias firmes dictadas por la sala de lo militar del TS, contra los autos firmes, a que se refiere el art 478, dictados por la sala V del TS y contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.

El recurso frente a sentencias firmes y autos firmes a que se refiere el art 478 dictados por la sala V del TS corresponde a la Sala del TS, a que se refiere el art 61 LOPJ. Dicha sala estará integrada por el Presidente del TS, los presidentes de Sala, el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas. Contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se podrá interponer recurso de revisión ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

3. Los motivos son los siguientes: a) si la parte dispositiva de la sentencia contiene contradicciones en sus decisiones, b) Si se hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí respecto los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegase a pronunciamientos distintos, c) si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado, d) si ha recaído sentencia en virtud de documentos que al tiempo de dictarse aquella ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después, e) si habiéndose dictado la sentencia en virtud de prueba testifical fuesen los testigos condenados por falso testimonio en las declaraciones constitutivas de aquella, f) si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violación u otra maquinación fraudulenta, g) si la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo dispuesto en el [artículo 490](#) o si en ella no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación.

4. La ley procesal militar dice que en lo referente a términos y procedimientos respecto a este recurso, regirán las disposiciones de [Ley de Enjuiciamiento Civil](#). Presentada y admitida la demanda de revisión, el tribunal solicitará que se le remitan todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y señala un plazo de veinte días contesten a la demanda, sosteniendo lo que convenga a su derecho. Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación establecida para los juicios verbales. Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno.
5. En ningún caso puede interponerse el recurso de revisión después de transcurridos 5 años de la fecha de publicación de la sentencia que haya podido motivarlo. El plazo se computa por años naturales que se inician el día de la fecha de publicación de la sentencia, para extinguirse el día de su vencimiento. Pasado ese plazo se rechaza de plano la revisión. No obstante el recurso fundado en motivos de casación apartados a),b) y g) se debe formular en plazo de un mes desde la notificación de la sentencia, el cómputo es por meses naturales, si excluir los días inhábiles. El recurso fundado en motivos de revisión, apartados c), d) y f) el plazo es de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TITULO I- ANTECEDENTES

1. Sentencia de 8 de Junio de 1976, que resolvió el llamado "caso Engel".
2. Auto 60/80, de 22 de Octubre.
3. "Autos del Tribunal Constitucional en Defensa y en las Fuerzas Armadas 1980 - 1983", Madrid 1991, pag. 67 - 71.
4. "Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1981 - 1984), Madrid 1989, pag. 22 - 39.
5. S.T.C. nº 21/81, de 15 de Junio.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1982, de 12 de Mayo, "Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas" pag. 87 - 97.
7. Auto 43/84, de 25 de Enero, "Jurisprudencia Constitucional" 1984, pag. 773 - 781.
8. Sentencia del Tribunal Supremo de 6-12-84, (RJA nº 6.077) y auto 17 de Mayo de 1985 (RJA nº 2.370)
9. STC 21/81, de 15 de junio.
10. STS, sala V de 8 de mayo de 1989 (RJA 10323), 11 de julio y 14 de octubre de 1991 (RJA 6492 y 7504) y 13 de marzo de 1992 (RJA 1746).
11. ATS, sala V, de 1 de octubre de 1990.

TITULO II- ESTUDIO DOGMATICO

12. STC 42/89, de 16 de febrero.
13. STS Sala V, de 2 de febrero de 1992.
14. Sentencia TC 75/82, de 13 de diciembre.

15. Auto 54/81 de 3 de junio ; 24/81 de 18 de febrero.
16. STC 38/82 de 22 de junio, fund jur 5º.
17. STC 75/82, de 13 de diciembre.
18. STC 111/84, de 28 de noviembre.
19. STC 105/85 de 7 de octubre y 66/86 de 23 de mayo.
20. Auto TC. nº 121/84 de 29 de febrero.
21. S.TC. nº 111/84 de 28 de noviembre.
22. S.TC. nº 75/82 de 13 de diciembre.
23. STC 32/81, de 28 de julio.
24. STC 180/85, de 19 de diciembre.
25. STC 93/86, de 7 de julio
26. S.TC. 75/82, de 13 de diciembre.
27. Auto TC 24/81, de 18 de febrero.
28. STC 93/86, de 7 de julio.
29. STC 75/82, de 13 de diciembre.
30. STC 75/82, de 13 de diciembre.
31. STC 93/86, de 7 de julio.
32. STC 60/91, de 14 de marzo.
33. STC160/87, de 27 de octubre.
34. STC 60/91, de 14 de marzo
35. STC 97/84, de 19 de octubre.
36. Auto TC nº 121/84, de 29 de febrero.
37. S.TC. 97/85 de 29 de julio.
38. STC 22/82 de 12 de mayo.
39. STC 113/95, de 6 de julio.
40. STC 60/91 de 14 de marzo, 113/95 de 6 de julio.
41. STC 174/1995, de 23 de noviembre (TC 1995/174)
42. STC de 14 de febrero de 1999.

43. Auto TC 6/80 de 22 de octubre.
44. Auto TS, Sala V, de 14 de diciembre de 1998 (RJ 199/462)
45. STS, Sala V, 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064)
46. STS, Sala V, de 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269), 9 de octubre de 2000 (2000/10254) y 8 de junio de 2001 (2002/2962).
47. STS, Sala V, de 13 de septiembre de 2003, (RJ 2002/8557).
48. STS, sala V de 11 de mayo de 2000 (RJ 200075269).
49. STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.
50. STC 149/2000, de 1 de junio; STC 197/1998, de 24 de octubre; 18/1994, de 20 de enero y 31/2000, de 3 de febrero.
51. STC de 31 de marzo de 1981 (RTC 1981/9); STS ,sal V de 4 d noviembre de 1992 (RJ 1992/9296); de 16 de abril de 1994 (RJ 1994/3094).
52. STC 99/1985 (RTC 1985/99); 206/1987 (RTC 1987/206); 4/1998 (RTC 1998/4); STS, sala V de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7229).
53. STS, sala V, de 1 de marzo de 1996 (RJ 1996/2839); de 23 de marzo de 1994 (1994/2514); de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6604); de 29 de junio de 1998 (RJ 1998/5431); de 17 de septiembre de 1999 (RJ 1999/9167); de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001/9109); de 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9296).
54. STC de 12 de mayo de 1982 (RTC 1982/21); de 21 de julio de 1983 (RTC 1983/64); 22 de marzo de 1985 (RTC 1985/44); 30 de septiembre de 1998 (RTC 1998/171) y 5 de octubre de 1989 (RTC 1989/154), STS, sala v de 26 de octubre de 1994 (RJ 33/1994).
55. Auto TS, sala V de 18 de enero de 1999 (RJ 1999/2080)
56. STS, sala v de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/6540); de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/1748); de 30 de mayo de 1991 (1991/5174).
57. STS, sala V, de 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9378).

- 58.** STS, sala V, de 11 de julio de 1991 (RJ 1991/6492).
- 59.** STS, sala V de 23 de febrero de 2004 (RJ 2004/1194), de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999/3471).
- 60.** STS, sala V, de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8055); de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003/2993); de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997771999).
- 61.** STC 102/1986 (RTC 1986/102) y 123/1986 (RTC 1986/123); de 18 de marzo de 1992 (RJ 199271748).
- 62.** STS, sala V de 14 de abril de 2000 (RJ 2000/6237).
- 63.** STS, sala V de 17 de septiembre de 1999, (RJ 1999/9167).
- 64.** STC 174/1995 de 23 de noviembre (RTC 1995/174)
- 65.** STS, sala v de 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/9061); de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/3716); de 2 de julio de 2001 (RJ 2002/8694).
- 66.** STS, sala V de 15 de octubre de 1996 (RJ 51/1996); de 28 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7272); de 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2514).
- 67.** STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995, (RJ 1995/6601); STS 13 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3712); STS 28 de junio de 2001 (2002/8693); sts 30 DE JUNIO DE 2000 (rj 2000/7105); STS 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6266); STS 42/1997 (RJ 1997/4966); STS 28/1996 (RJ 1996/5255); STS 9 de mazo de 1995 (RJ 1995/2637); STS de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992/4059); STS 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9298); STS 15 de julio y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/6540 y RJ 1991/9378); STS 28 de enero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/4059, RJ 1992/1748 y RJ 1992/9298); Autos TS de: 10 de enero de 2000 (2000/2282), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/3505), 2 de julio de 1999 (RJ 1999/6921), 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/9013), 29 de mayo de 1996 (RJ 1996/4671), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1901), 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/3110), 22 de septiembre de 1993 (RJ 199376527), 25 de febrero, 11 de

- abril, 8 de mayo, 3 de junio 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/1676,RJ 1991/5177, RJ 1991/9379).
- 68.** STC20/1981 (RTC 1981/20), 23/1981 (RTC 1981/23), 14/1982 (RTC 1982/14), 21/1982 (1982721),12571983 (RTC 1983/125), 287/1984 (RTC 1984/287) y autos 23/1985 (RTC 1985/23), 277/1992 (RTC 1992/277) y 90/1993 (RTC 1993/980).
- 69.** STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6601); 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1584)
- 70.** STS, sala V, de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000/4071)
- 71.** STS, sala V de 17 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10355).
- 72.** SS, sala v de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3117)
- 73.** STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.
- 74.** STC 149/2000, de 1 de junio; STC 197/1998, de 24 de octubre; 18/1994.

TITULO III- COMPETENCIA

- 75.** Auto del Tribunal Supremo, sala V, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)
- 76.** STC 21 /81, de 15 de junio y 22 /82, de 12 de mayo.
- 77.** STS sala 5ª de 6 de diciembre de 1984 (RJA 6077), 23 de septiembre de 1987 y auto 17 de mayo de 1985 (RJA 2370).
- 78.** Auto TS, sala V, de 6 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10635)
- 79.** Auto TS, sala V, de 22 de febrero de 2001, (RJ 2001/5019)
- 80.** Sal 5ª, auto 8 de noviembre y 18 de diciembre de 1990 (RJA. 1645 y 10457) ; 19 de diciembre de 1989 (RJA 9174 y 9179) ; 16 de enero y febrero de 1992(RJA 4061).
- 81.** Auto TS, Sala V, de 22 de febrero de 2001, (RJ 2001/5019) y auto de 6 de noviembre de 2000, (RJ 2000/10635)

- 82.** Auto del Tribunal Supremo, sala de lo militar, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)
- 83.** STS, sala V, de 18 de febrero de 2000 (RJ 2000/2285), 25 de enero de 2000, (RJ 2000/466), auto TS de 7 de junio de 1991.
- 84.** STS, sala V, de 23 de abril de 2002.
- 85.** Auto TS, Sala de lo Militar, de 28 de mayo de 1992, (RJ 1992/4072); Auto TS Sala V de 28 de abril de 1992; Auto TS, Sala V, de 2 de abril de 1993, (RJ 1993/2782), Auto TS, Sala V, de 10 de enero de 1995, (RJ 1995/375), auto sala V de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8488), auto sala V de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9306) y 28 de junio y 13 de octubre de 1993 (RJ 1993/4663 y RJ 1993/7621)
- 86.** Auto TS, sala V, de 28 de mayo de 1996, (RJ 1996/4669)
- 87.** Auto Tribunal Supremo, sala V, de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/7502)
- 88.** STS, sala V, de 18 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9559)
- 89.** Auto TS, sala V, de 27 de abril de 1989, (RJ 1989/6293)
- 90.** Sentencia TS, Sala V, de 29 de junio de 2000, (RJ 2000/5281).
- 91.** STS sala 5^o, sentencia 6 de mayo de 1991 (RJA 5172)
- 92.** STS sala 5^a, sentencias 21-12-91 (RJA 9178), 19 de diciembre de 1991(RJA 9378), 23 de junio de 1988 (RJA 10327), 18 de diciembre de 1989 (RJA 6262).

TITULO IV- OBJETO

- 93.** STS, sala V, de 30 de marzo de 1992, (RJ 1992/4062)
- 94.** STS de 15 de octubre de 1990.
- 95.** STS, Sala V, de 18 de septiembre de 1996 (RJA 6466)
- 96.** STS, sala V, de 14 de octubre de 1997, (RJ 1997/7199)

- 97.** STS, sala V, de 29 de octubre de 1997, (RJ 1997/7203) y 1 de marzo de 1994 (RJ 1994/2273), 14 de julio de 1993, (RJ 1993/5658).
- 98.** STS, sala V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 1995/4432)
- 99.** STS, 22 de febrero 1991 (RJA 1122) y 4 de febrero 1992 (RJA 1454).
- 100.** STS sala 3ª de 18 de febrero de 1997, de 5 de marzo de 1997.
- 101.** STS, sala V, de 25 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9181).
- 102.** STS Sala 5ª , de 17 de abril de 1990 (RJA 4632) y 24 de enero y 18 de octubre de 1991 (RJA 1669 y 7507).
- 103.** STS, sala V de 12 de Julio de 1995, (F.J. 6º).
- 104.** STS sala 5ª sentencias 11 de julio y 14 de octubre de 1991 (RJA 6492 y 7504) y 30 de marzo de 1992 (RJA 4062).
- 105.** STS sala V de 23 de abril de 2002.
- 106.** TS sala 5ª, auto 30 de noviembre de 1992 (RJA 9306), de 2 de abril de 1993, de 10 de enero de 1995.
- 107.** STC de 14 de diciembre de 1998.
- 108.** STS sala 5ª 5 de febrero de 1991 (RJA 1672) y 8 de febrero de 1993 (RJA 1074).
- 109.** STS sala 5ª, sentencias 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), 2 de marzo de 1994, auto 16 de marzo de 1992.
- 110.** STS, sala V, de 8 de marzo de 1999.
- 111.** STS sala 5ª, 9 de febrero de 1993 (RJA 1075).
- 112.** TS sala 5ª, auto de 22 de septiembre de 1995, sentencia de 17 de marzo de 1997.
- 113.** STS, sala 5ª, de 29 de enero de 1998 (RJ 1900).
- 114.** STS, sala 5ª de 31 de marzo de 1992.
- 115.** STS sala 5ª de 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295).
- 116.** STS, sala V, de 7 de noviembre de 1997 (RJ 65/1997).

- 117.** TS auto de 26 de septiembre de 1987, sentencia TS Sala V de 7 de noviembre de 1997 (RJ 65/1997).
- 118.** STS sala 5º de 15 de junio de 1991 (RJ 1991/5179) ;de 3 de noviembre de 1992, sentencia d 16 de mayo de 1995 (RJ 1995/4432), de 18 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9559), auto TS de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961), auto de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999/428), de 17 de septiembre de 1997, (RJ 55/1997).
- 119.** TS sala 5ª, auto de 16 de marzo de 1992 (RJA 1747), Auto TS 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961).
- 120.** STS, Sala III, de 21 de enero de 1966 (RJ 1966/237), de 25 de febrero de 1971 (RJ 1971/1175), de 12 de marzo de 1976 (RJ 1976/1793), 6 de febrero de 1989 (RJ 1989/1914), 15 de julio de 1991 (RJ 1991/6168), 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5917) y 30 de enero de 2001 (RJ 2001/4914); 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961); 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999/428).
- 121.** STS sala 5ª de 15 de junio de 1991 (RJA 5179).
- 122.** Auto TS de 16 de junio de 1997, (RJ 1997/4965), Auto TS de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/4968)
- 123.** Auto TS, Sala V, de 16 de marzo de 1992, (RJ 1992/1747).
- 124.** STS sala 5ª, sentencias 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), 2 de marzo de 1994, auto 16 de marzo de 1992.
- 125.** STC 24/99, de 8 de marzo.
- 126.** STS, sala de lo contenciosos administrativo, de 21 de enero de 1966 (RJ 1966/237), de 25 de febrero de 1971 (RJ 1971/1175), de 12 de marzo de 1976 (RJ 1976/1793), de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989/1014), de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/6168), de 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5917) y 30 de enero de 2001 (RJ 20014914).
- 127.** STS, sala V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 1995/4432).

128. STS sala 5ª de 2 de julio de 1991 (RJA 6486) de 21 de enero y 16 de noviembre de 1992 (RJA 425 y 9300) y 25 de marzo de 1993 (RJA 2192).
129. STS, sala V, de 15 de junio de 1991, (RJ 1991/5179).
130. STS, sala V de 5 de mayo de 1992; de 24 de enero de 1995; de 4 de mayo de 1993.
131. STS, sala V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 23/1995), de 30 de mayo de 1994, (RJ 1994/4460); de 21 de junio de 2002 (RJ 2002/8207); 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5427).
132. STS, sala V, de 25 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9181).
133. STS, sala v de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992/4062); de 1 de octubre de 1998 (RJ 1998/8426)
134. STS, sala V, de 24 de enero de 1995, (RJ 3/1995).
135. STS sala V de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2841)
136. Auto TS, Sala V, de 14 de diciembre de 1998 (RJ 199/462)
137. STS, Sala V, 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064)
138. STS, Sala V, de 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269), 9 de octubre de 2000 (2000/10254) y 8 de junio de 2001 (2002/2962).
139. STS, Sala V, de 13 de septiembre de 2003, (RJ 2002/8557).
140. STS, sala V de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269).
141. STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.
142. STC 149/2000, de 1 de junio; STC 197/1998, de 24 de octubre; 18/1994, de 20 de enero y 31/2000, de 3 de febrero.
143. STC 3 de febrero de 2000, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 198/94, de 20 de enero.
144. STC 158/2002 de 16 de septiembre y 39/2003 de 27 de febrero.
145. STS sala 5ª, de 11 de julio de 1991 (RJA 6492) y 22 de octubre de 1990.
146. STS 30 de enero de 1990 (RJA 360).

147. STS sala 5ª de 5 de mayo, 11 de junio y 21 de septiembre de 1995.
148. STC 7 de junio de 1984y 22 de septiembre de 1989.
149. STS sala 5ª de 3 de febrero de 1998.
150. STS, sala 5ª, de 3 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9962).
151. STS , sala 5ª, 6 de octubre de 111992, (RJ 1992/8498).
152. STS, sala 5ª, 14 de julio de 1993 RJ 1993/5658), 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/2277), 28 de febrero y 8 y 29 de mayo de 1995(RJ 1995/1640 y RJ 1995/4435).
153. STS 20 abril y 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/4065 y 1992/8498) , 27 de abril 1993 (RJ 1993/1073), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8096), 2 de febrero de 1992 (RJ 1993/1073), 8 de mayo d 1995, 9 de mayo de 1998 (RJ 1998/4950), 23 d abril de 1998 (RJ 1998/4366), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1902) y 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001/3817).
154. STS 27 de abril de 1993 (RJ 1993/2784).
155. STS, sala 5ª, de 9 de mayo de 1997, (RJ 1998/4950).
156. STS, sala 5ª, de 20 de abril y 6 de octubre de 1992, (RJ 1992/4065 y 1992/8498).
157. STS, Sala 3ª, de 12 de Julio de 1996.
158. STS sala 5ª, de 15 de diciembre de 1992 (RJA 4007).
159. STS sala 5ª de 15 de diciembre de 1992, (RJA 10312).
160. STS, sala 5ª de 8 de julio de 1991
161. STS, sala 5ª, de 13 de mayo de 1993 (RJ 1993/4007)
162. STS, sala 5ª, de 18 de abril de 1994 (RJ 1994/3095).

TITULO V-SUJETO

163. Auto TS, sala V, de 14 de mayo de 1993, (RJ 1993/7065).
164. STS, sala V, de 19 de septiembre de 1995

- 165.** STS, sal v, de 26 de Octubre de 1994 y 9 de abril de 1992.
- 166.** Auto TS, sala V, de 21 de noviembre de 2000, (RJ 2000/10636).
- 167.** Sentencia TS, sala V, de 19 de junio de 2001, (RJ 2002/6682).
- 168.** Auto TS, sala V, de 9 de mayo de 1997, (RJ 1997/4213).
- 169.** STS, sala V, de 14 de octubre de 1991.
- 170.** Auto TS, sala V, de 31 de junio y 23 de octubre de 1992, 14 de septiembre de 1994, 22 de febrero de 1997 y 29 de enero (RJ 1998/2077)y 30 de abril de 1998 (RJ 1998/4370).
- 171.** Auto TS, sala V, de 19 de abril de 2001, (RJ 2002/8122).

TITULO VI- PROCEDIMIENTO

- 172.** STS, sala V de 14 de octubre de 1991 (RJ 7505).
- 173.** STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995, (RJ 1995/6601); SRS 13 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3712); STS 28 de junio de 2001 (2002/8693); sts 30 DE JUNIO DE 2000 (rj 2000/7105); STS 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6266); STS 42/1997 (RJ 1997/4966); STS 28/1996 (RJ 1996/5255); STS 9 de mazo de 1995 (RJ 1995/2637); STS de 3 de junio de 1994 (RJ 1994/5004); STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992/4059); STS 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9298); STS 15 de julio y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/6540 y RJ 1991/9378); STS 28 de enero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 1992 (RJ 1992/4059, RJ 1992/1748 y RJ 1992/9298); Autos TS de: 10 de enero de 2000 (2000/2282), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/3505), 2 de julio de 1999 (RJ 1999/6921),22 de octubre de 1998 (RJ 1998/9013),29 de mayo de 1996(RJ 1996/4671), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1901), 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/3110), 22 de septiembre de 1993 (RJ 199376527), 25 de febrero, 11 de abril, 8 de mayo, 3 de junio 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/1676,RJ 1991/5177, RJ 1991/9379).

- 174.** STC20/1981 (RTC 1981/20), 23/1981 (RTC 1981/23), 14/1982 (RTC 1982/14), 21/1982 (1982721),12571983 (RTC 1983/125), 287/1984 (RTC 1984/287) y autos 23/1985 (RTC 1985/23), 277/1992 (RTC 1992/277) y 90/1993 (RTC 1993/980)
- 175.** STS, sala V, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6601); 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1584)
- 176.** STS, sala V, de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000/4071)
- 177.** STS, sala V, de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/1748), de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6604).
- 178.** STS, sala V, de 2 de marzo de 1992 (RJA 17459 y 27 de enero de 1994 (RJA 452).
- 179.** STS, sala V, de 12 de Julio de 1993 (RJA 5657).
- 180.** STS, sala V de 20 de mayo de 1994, (RJ 1994/4458)
- 181.** STS, sala V de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002/4661); de 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3962); 4 de octubre de 1999 (RJ 1999/9170), 27 de octubre de 1998 (RJ 1999/9166)
- 182.** STS sala V de 27 de octubre de 1998, (RJ 1999/9166); 4 de octubre de 1999, (RJ 1999/9170), de 16 de enero de 1996 (RJ 1996/580).
- 183.** STS sala V de 24 de noviembre de 2001, (RJ 2002/4263)
- 184.** STS, sala v de 28 de junio de 2001, (RJ 2002/8693); 17 de mayo de 2000, (RJ 2000/4071); STC 5/92 de 28 de enero (RTC 1992/5); STS , sala v de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3096); 20 de abril de 1994; 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7873); 23/91 de 30 de mayo (RJ 1991/5174); 8 de junio de 2001 (RJ 2002/2962).
- 185.** STS, sala V de 8 de junio de 2001, (RJ 2002/2962).
- 186.** STS, sala V de 28 de junio de 2002, (RJ 2002/5884).
- 187.** STS, sala V de 5 de mayo de 1999, (RJ 1999/5575)
- 188.** STS, sala V de 14 de febrero de 2001, (RJ 2001/9305).

- 189.** STS, Sala V, de 30 de septiembre de 1991, (RJA 6545)
- 190.** STS, sala V, de 13 de noviembre de 2001, (RJ 2002/3712)
- 191.** STS, sala V, de 30 de mayo de 1991, (RJA 5174)
- 192.** STC 22/84, de 17 de febrero.
- 193.** STC 66/84, de 6 de junio.
- 194.** Auto TS 4 de mayo de 1982 (RJA 3111).
- 195.** Auto TS de 8 de julio de 1992.
- 196.** Auto de la sala 3ª del Ts de 21 de marzo de 1988.
- 197.** STS, sala V, de 19 de octubre de 1987 (RJA 8667)
- 198.** STS, sala V, de 9 de octubre de 1990 (RJA 7845)
- 199.** STS, sala V, de 23 de marzo de 1966 (RJA 1520) y 23 de mayo de 1967 (RJA 3652)
- 200.** STS, sala V, de 30 de octubre de 1978 (RJA 3991) y 23 de diciembre de 1985
- 201.** STC 24/81 de 14 de julio.
- 202.** STS, sala V de 24 de noviembre de 1992, (RJA 9305).
- 203.** STS, sala V de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6545); de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8499).
- 204.** STS nº 49/83, de 1 de junio; nº 43/84 de 26 de mayo y 112/86 de 30 de septiembre.
- 205.** Auto TS de 22 de febrero de 1985 (RJA 1225) y STS de 6 de abril 1990 (RJA 2858).
- 206.** STS, sala V, de 17 de junio de 1991, (RJA 4903).
- 207.** STC, nº 11/1993, de 18 de enero.
- 208.** STS, sala V, de 30 de septiembre de 1991, (RJA 6546).
- 209.** STC 18/83 de 14 de marzo.
- 210.** STC, nº 117/1993, de 18 de enero.
- 211.** Auto TS, sala V de 10 de marzo de 1999, (RJ 1999/3465).

- 212.** STS, sala V, de 6 de junio de 1991 (RJA 4990).
- 213.** Sánchez Guzmán Eugenio, “Comentarios a las leyes procesales militares. Tomo II.M defensa”, pag 2128.
- 214.** STS, sala V de 11 de diciembre de 1984
- 215.** STS, sala V, de 27 de diciembre de 1989 (RJA 9229), 21 de julio de 1992 (RJA 6121).
- 216.** STC nº 57/84, de 8 de mayo.
- 217.** STS, sala V, de 20 de octubre de 1998, (RJ 1998/9012).
- 218.** STS, sala V, de 10 de abril de 2000, (RJ 2000/6236).
- 219.** STS, de 17 de febrero febrero de 1981, (RJA 629) y 30 de marzo de 1983 (RJA 1587).
- 220.** STC, nº 18/81, de 8 de junio y nº 36/85, de 8 de marzo, entre otras.
- 221.** STS, sala V, de 23 de diciembre de 1993, (RJ 1993/9828).
- 222.** STS, sal V, de 28 de marzo de 2003, 20 de mayo de 2003, 9 de octubre de 2003(RJ 200377233) y 15 d diciembre de 2003.
- 223.** STS, sala V, de 14 de febrero de 1996, (RJ 1996/1670).
- 224.** STS, sala V, de 24 de febrero de 1997, (RJ 1997/1480).
- 225.** Auto TS, sala V de 18 de enero de 1999, (RJ 1999/2080).
- 226.** STS, sala V, de 18 de mayo, 20 de junio y 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/6239, RJ 2000/5278, RJ 2000/8426).
- 227.** STC 3071986 (RTC 1986/30), 149/1987 (RTC 1987/149), 218/1997 (RTC 1997/218).
- 228.** STC 1/1996 (RTC 1996/1).
- 229.** STS, sala V, de 19 de junio de 1997, (RJ 42/1997).
- 230.** Sentencia TS, sala V, de 14 de julio de 1993, (RJ 1993/5658).
- 231.** Auto TS, sala V, de 2 de julio de 1998, (RJ 1998/7245); de 15 de julio de 1999, (RJ 1999/6927).

- 232.** STS, sala V, de 22 de abril de 1991, (RJ 1991/3409); de 8 de abril de 1991 (RJ 199173407).
- 233.** Auto TS, sala V, de 14 de diciembre de 1998, (RJ 1999/461).
- 234.** STS, sala V de 8 de abril de 1991, (RJ 1991/3407); de 22 de abril de 1991, (RJ 1991/3409); de 8 de octubre de 1991 (RJ 1991/7503).
- 235.** STS 25 de enero de 1999 (RJ 199972082); de 20 de enero de 2000 (RJ 2001/4424), 17 de junio fe 2000; 14 de marzo de 2001; 13 de septiembre de 2002; 28 de marzo de 2003 ; 20 de mayo de 2003; 15 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9289).
- 236.** STC 14/99 de 22 de febrero (RTC 1999/14); 96/2000, de 10 de abril (RTC 2000/96); 97/2003 de 2 de junio (RTC 2003/97).
- 237.** STS, sala V, de 3 de mayo de 1995, (RJ 1995/4427).
- 238.** STS, sala V, de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/450); 2 de junio de 1995 (RJ 1995/5140) y 27 de junio de 1996 (JR 1996/5259)
- 239.** STS, sala V de 11 de junio de 2001, (RJ 2002/2963)
- 240.** STS, sala v de 3 de marzo de 2002, de 15 de octubre de 2003 y 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8010)
- 241.** STS, sala V de 21 de mayo de 2004, (RJ 2004/3787), de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9784).
- 242.** STS, sala V de 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10148); de 30 de noviembre de 1998 (RJ 1999/205); 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/3467); de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999/3464); 30 de abril de 1999 (RJ 1999/5574) y 21 de marzo de 2000 (RJ 2000/3510).
- 243.** STS, sala V de 18 de febrero de 2000, (RJ 2000/3508).
- 244.** STS, sala V, de 11 de febrero de 1999, (RJ 1999/2577).
- 245.** STS, sala V de 25 de marzo de 1999, RJ 1999/3471)
- 246.** STC 79/1994 (RTC 1994/79) y 7/1999 (RTC 1999/7)
- 247.** STS, sala V de 22 de abril de 2002

- ²⁴⁸. STS, sala V de 9 de febrero de 2004.
- 249.** STS, sala v, de 6 de octubre de 1992, (RJ 1992/8498).
- 250.** STC 220/98 de 16 de noviembre.
- 251.** STS, sala V, de 17 de diciembre de 1985; de 27 de mayo de 1989 (RJ 1989/6301).
- 252.** STS, sala V de 17 de febrero de 2004.
- 253.** STS, sala V, de 6 de junio de 1991, (RJA 4423)
- 254.** STS, sala V, de 11 de julio de 1995, (RJ 1995/6017).
- 255.** STS, sala V de 15 de enero de 1994, (RJA 1323)
- 256.** STS, sala V de 25 de junio de 1985 (RJA 3285) y 2 de diciembre de 1991 (RJA 9276).
- 257.** STS, sala V de 14 de julio de 1993.
- 258.** STS, sala V, de 18 de julio de 1993 (RJA 5842).
- 259.** STS, sala V de 1 de marzo de 1994 (RJA2273).

TITULO VII- SENTENCIA Y RECURSOS

- 260.** STS, sala V de 10 de junio de 1981 (RJA 29419) y 25 de junio de 1985 (RJA 3285).
- 261.** STC nº 12/92 de 27 de enero.
- 262.** STS, sala V de 14 de octubre y 23 de diciembre de 1991 (RJA 7504 y 9378) y 18 de marzo de 1992 (RJA 1748).
- 263.** STS, sala V de 25 junio de 1985 (RJA 3285) y 30 de septiembre de 1991 (RJA 6545)
- 264.** STS, sala V de 13 de marzo de 1992 (RJA 1746) y autos de 2 de abril, 17 de junio y 13 de octubre de 1993, (RJA 2782, 4655 y 7621).
- 265.** STC nº 22/85, de 15 de febrero, nº 39/85 de 11 de marzo y nº 109/85 de 8 de octubre.

- 266.** STS, sala V de 1 y 11 de julio de 1991 (RJA 6485 y 6491).
- 267.** STS, sala V, de 11 de julio de 1991.
- 268.** STS, sala V de 1 de julio de 1991, nº 38/91
- 269.** STC de 15 de febrero y 11 de marzo de 1985 y 9 de mayo de 1986.
- 270.** STS de 14 de mayo de 1959 (RJA 2320).
- 271.** STS de 31 de octubre de 1991 (RJA 9546)
- 272.** STS, sala V de 15 de septiembre de 1989, (RJA 6830 16 de diciembre de 1991 (RJA 9376)
- 273.** STS de 2 de abril de 1993 (RJA 2755)
- 274.** STS de 30 de abril de 1985 (RJA 2184) y 29 de noviembre de 1986 (RJA 6641).
- 275.** STS sala V de 20 de abril y 6 de octubre de 1992 (RJA 4065 y 8492)
- 276.** STS, sala V de 20 de abril de 1992 (RJ 1992/4065), de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/8498), de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993/1073), 8 de mayo de 1995, 9 de mayo de 1998 (RJ 1998/4950), 23 de abril de 1998 (RJ 1998/4366), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1902) y 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001/3817).
- 277.** STS, sala V de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/4631).
- 278.** STS, sala V de 2 de febrero de 1993, (RJA 1073) y 1 de marzo de
- 279.** 1994 (Boletín judicial militar nº 10)
- 280.** STS, sala V de 3 de febrero de 1998, (RJ 1998/1902)
- 281.** STS, sala V de 17 de abril de 1990 (RJA 4632) y 27 de abril de 1993 (RJA 2784).
- 282.** STS de 2 de julio de 1990 (RJA 5956), 6 de septiembre de 1991 (RJA 8533) y 27 de abril de 1992 (RJA 4198).
- 283.** STS, sala V de 24 de enero y 29 de mayo de 1991 (RJA 1669 y 5173)
- 284.** STS, sala V de 13 de mayo de 1993, (RJ 1993/4007).
- 285.** STC 4/83 de 3 de febrero

- 286.** STS, sala V de 4 de marzo de 2002, (RJ 2002/5305), 11 mayo de 2000 (RJ 000/5269), STS, sala V de 12 de mayo de 2000 (RJ 2000/4070), 14 de marzo de 2000, (RJ 2000/2305), 8 de noviembre de 1999, (RJ 1999/10098).
- 287.** STC 95/90 (RTC 1990/95); 128/1992 (RTC 1992/128); 143/1995 (RTC 1995/143) y 58/96 (1996/58).
- 288.** STS, sala V de 2 de febrero de 1993, (RJA 1073).
- 289.** STS, sala V de 13 de febrero de 1997.
- 290.** STS, sala V de 17 de abril de 1990 y 27 de abril de 1993.
- 291.** STS, sala V de 11 de abril de 1991 (RJA 2755)
- 292.** STS, sala v de 27 de marzo y 23 de diciembre de 1992 (RJA 1587 y 10264) y 9 de julio de 1993 (RJA 5768).
- 293.** STS, sala V de 11 de diciembre de 2000 (RJ 2001/5009).
- 294.** STS, sala V de 2 de octubre de 1995 (RJ 1995/7832), 17 de marzo de 1997 y 7 de enero y 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269).
- 295.** STS, sala v de 4 de marzo de 2002, (RJ 2002/5305), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269)
- 296.** STS, sala V de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/2573), 9 de febrero de 1999 (RJ 1999/2575)
- 297.** STS, sala V de 24 de enero de 10(RJ 1991/1669), 28 de junio de 1996 (RJ 1996/5260), 21 de abril y 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/2942 y 1997/4212).
- 298.** STS, sala v de 16 de mayo de 1997, (RJ 1997/4217), 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/4212), 21 de abril de 1997 (RJ 1997/2942).
- 299.** STS, sala V de 17 de junio de 1998 (RJA 4394).
- 300.** STS, sala V de 20 de octubre de 1992 (RJA 8500), 26 de enero de 1993 (RJA 395) y 2 de marzo de 1994.
- 301.** STS, sala V, de 28 de febrero (RJA 1068); 3 de marzo (RJA 1746), 20 octubre (RJA 8500) y 24 de noviembre (RJA 9304) 1992; 27 abril (RJA 2785),

- 21 junio (RJA 4656) y 13 octubre (RJA 7620) 1993 y 7 de marzo de 1994 (RJA 2276).
- 302.** Auto TS, sala V, de 8 de marzo (RJA 2188), 30 de marzo (RJA 2195) y 20 de septiembre (RJA 6526) de 1993.
- 303.** STS, sala V, de 13 de marzo (RJA 1746) y 24 de noviembre (RJA 9305) de 1992 y 10 de mayo de 1993 (RJA 4006)
- 304.** STS, sala V de 20 de abril (RJA 4065) y 4 de noviembre (RJA9296) de 1992.
- 305.** STS, sala V de 4 de noviembre de 1993 (RJA 8604).
- 306.** STS, sala V de 14 de diciembre de 1992 (RJA 10310)
- 307.** Auto TS, sala V, de 4 de octubre de 1993 (RJA 7617).
- 308.** STC nº 124/84, de 18 de diciembre.
- 309.** STS de 27 de junio de 1988 (RJA 4790) y 26 de enero de 1989 (RJA 491).
- 310.** STS de 10 de diciembre de 1988 (RJA 9804) y 31 de enero de 1989 (RJA 618).

ANEXO BIBLIOGRAFICO

- **Eugenio Sánchez Guzmán** “Comentarios a las leyes procesales militares”L.O. 2/89, de 13 de abril Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.
- **Eugenio Sánchez Guzmán** “El objeto del recurso contenciosos disciplinario militar” en la obra “Derecho Penal y Procesal Militar” CGPJ. Año 1993.
- **Eugenio Sánchez Guzmán** “El proceso contencioso-disciplinario militar ordinario” en la obra “Cuadernos de Derecho Judicial” CGPJ. Año 1995
- **Millán Garrido** “Comentarios a las leyes procesales militares” L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.
- **Millán Garrido** “Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica. Madrid 1993
- **Hernández Muntiel Arturo y Ferrer Barquero Ramón** “Manual Práctico de la Jurisdicción Militar”. Editorial Práctica de Derecho S.L. Valencia 1998.
- **Jiménez Villarejo** “Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional”. Ed Colex. Madrid. Año 1991.
- **Álvarez Roldán y Fortún** “La ley disciplinaria militar”. Ed. Aranzadi. Pamplona 1986.
- **Rojas Caro J.** “Derecho Procesal Penal Militar”. Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991.
- **Rojas Caro J.**“Derecho disciplinario militar”. Ed. Tecnos. Madrid 1986
- **Esquivias López Cuervo, Federico Joly Palomino y Manuel A. Martín Vicente** “Comentarios a la ley disciplinaria militar”. Editor Diario de Cádiz Diario de Sevilla. Año 1999.

- **Fernández Segado Francisco**, “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, en la obra “La Jurisdicción Militar” CGPJ. Año 1992.
- **López Ramón Fernando** “Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar”, en el colectivo “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, vol IV, Ministerio de Justicia. Madrid 1988.
- **Gimeno Sendra José Vicente** “Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional”, en la obra “Comentarios a la legislación penal” de Manuel Cobo del Rosal. Tomo I. Editorial revista de derecho privado. Madrid 1982.
- **José Manuel Serrano Alberca**, “Comentarios al art 117.5” en la obra “Comentarios a al CE” de Fernando Garrido Falla. Editorial cívitas 2ª ed. Madrid 1985.
- **Martínez Cardos Ruiz J. Leandro**, “Comentario a la disposición Derogatoria” en la obra “Comentarios al Código Penal Militar” de Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez Villasante Y Prieto (coords). Editorial Cívitas. Madrid, 1988.
- **Villar Palasí José Luis y Villar Escurra José Luis** “Principios de Derecho Administrativo”, Madrid 1987.
- **Santamaría Pastor Juan Alfonso, Parejo Alfonso Luciano**, “Derecho Administrativo”, Madrid 1989.
- **Higuera Guimerá J.Felipe**, “Derecho Penal Militar Español- Parte General”. Bosch casa editorial 0. Barcelona 1990.
- **Gimeno Sendra Vicente, Garberí Llobregat José y González-Cuellar Serrano Nicolás**, “Derecho Procesal Administrativo”, Valencia 1991.
- **Lorca Navarrete Antonio Mª** “Comentarios a la Ley Procesal Militar”. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 1990.

- **Rodríguez Oliver José María, Serrano de Triana Adolfo**, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid 1994.
- **Parada Ramón**, “Derecho Administrativo”, Madrid 1997.
- **García de Enterría Eduardo, Tomás-Ramón Fernández**, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid 1999.
- **Baena del Alcázar Mariano**, “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, Madrid 1999.
- **Ladín Carrasco, Amancio**. Obra citada R.E.D.M. nº 6 (julio-diciembre 1958).
- **Valenciano Almoyna**, “En torno a un nuevo Código de Justicia Militar” REDEM nº 35, 1978.
- **Díaz de Aguilar** “Consejo supremo de justicia militar, Fiscalía togada, Memoria”.
- **Fernández Segado Francisco**, “La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. Revista de Derecho Político, nº 11. Año 1981.
- **Casado Burbano** “Iniciación al derecho constitucional militar”. Revista de Derecho Privado. Madrid 1986.
- **Aparicio Gallego Javier**, “La nueva organización de la justicia militar”. Revista General de Derecho, nº 512. Mayo 1987.
- **Balazo Ruiz Gallegos**, “El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la L.O. 12/85”. Revista de Derecho Público, nº 106. Año 1987.
- **López Ramón F.**, “Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 54. Abril-junio de 1987.
- **Ramón Fernández Areal** “Notas sobre derecho disciplinario militar”. Revista Española de Derecho Militar. Año 1988.
- **Rodríguez Villasante y Prieto** “Notas sobre los estudios de derecho militar comparado en España con especial referencia al derecho militar inglés”. Revista Española de Derecho Militar. Año 1989.

- **Rodríguez Villasante y Prieto** “Estudio de derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países”. Revista Española de Derecho Militar. Año 1989.
- **Jiménez Villarejo José** “Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar”. Revista Española de Derecho Militar. Año 1989.
- **Corrales Elizondo** “Comentario de urgencia a la ley procesal militar”. Revista Española de Derecho Militar.
- **Jiménez Villarejo José** “El recurso contencioso disciplinario militar”. Revista Española de Derecho Militar. Año 1991
- **Fernández Segado Francisco**, “El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”. Revista Española de Derecho Militar. Año 2000.
- **Calvo Corbella Juan Carlos**, “Reflexiones sobre la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre”. Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa”. Año 2001
- **Martínez Mico Juan Gonzalo**, “El recurso contenciosos disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma”. Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001.
- **Carlos E. Pozuelo Soler**, “Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar”. Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2002.
- **Jiménez Sánchez Guillermo** (Magistrado del TC), “Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del Recurso Contenciosos Disciplinario Militar”, Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.

- **Fortún Esquifinito Ricardo** “El objeto del recurso contenciosos disciplinario Militar”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año2003.
- **De las Heras Durán José Manuel**, “El procedimiento Contencioso Disciplinario Militar Ordinario”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.
- **Balazo Rúiz-Gallegos Manuel**, “Derecho Disciplinario Militar y Garantías Constitucionales”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.
- **De Mendoza Fernández Francisco Javier**, “Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma”. Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003.