

El recurso contencioso-disciplinario militar

SUMARIO: I. Origen del contencioso-disciplinario militar: 1. Introducción. 2. El sistema sancionatorio del Código de Justicia Militar de 1945. 3. El alumbramiento jurisprudencial de vías de tutela judicial: a) Primera posibilidad: el control contencioso-administrativo. b) Segunda posibilidad: el control jurisdiccional militar. II. Consideración crítica del contencioso-disciplinario militar: 1. Especialidad jurisdiccional innecesaria. 2. Quiebra en el sistema de control judicial de la Administración. III. Régimen jurídico del contencioso-disciplinario militar: 1. Extensión del recurso: a) La ausencia de garantía judicial en las sanciones por faltas militares leves. b) La defensa de los derechos fundamentales. 2. Planta jurisdiccional. 3. Procedimiento contencioso-disciplinario.

I. ORIGEN DEL CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

1. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del restablecimiento del Estado de Derecho, en la década de los 80 se ha producido un importantísimo conjunto de reformas del Ordenamiento militar. Reformas encabezadas por la Ley Orgánica de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero), en cuyo sistema encajan las Leyes de Dotaciones Presupuestarias de las Fuerzas Armadas (Ley 44/1982, de 7 de julio, y Ley 6/1987, de 14 de mayo), las Leyes de Plantillas del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (Ley 40/1984, de 1 de diciembre, Ley 8/1986, de 4 de febrero y Ley 9/1986, de 4 de febrero), las Leyes del Servicio Militar y de la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria (Ley 19/1984, de 8 de junio, Ley 48/1984, de 26 de diciembre y Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre), también la clarificación que su-

ponen las nuevas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, no obstante las abundantes concesiones que en ellas se realizan en favor de una cierta retórica militar (Ley 85/1978, de 28 de diciembre).

Una especial consideración merecen, en cualquier caso, las Leyes que han producido la completa derogación del Código de Justicia Militar de 1945. Este Código había acentuado el carácter regresivo del primer Código de Justicia Militar de 1890, aumentando las competencias de la jurisdicción castrense, con excesivo rigor en las sanciones y confundiendo los aspectos penales y disciplinarios. La necesidad de su reforma, advertida ya, en los inicios de la transición democrática, por los Pactos de la Moncloa en 1977, se tradujo primero en una reforma parcial, conforme a la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre. Esta misma Ley Orgánica dispuso la formación de una Comisión que elaborara «un proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia Militar» (disp. final 1.^a); Comisión de cuyos trabajos, tras variados trámites administrativos, surgieron los proyectos de Ley objeto de tramitación y aprobación parlamentaria.

El proceso ha sido lento, pero, al fin, el Código de Justicia Militar se encuentra completamente derogado. Las nuevas normas distinguen claramente la materia disciplinaria, regulada en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre) y la materia penal, objeto del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), diferenciando también la organización de los Tribunales militares, en la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio) y la regulación de los procesos ante tales Tribunales, en la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril) (1).

De cara al presente trabajo, interesa resaltar la primera distinción, entre lo sancionatorio-penal y lo sancionatorio-disciplinario (o administrativo). Separación de materias difícil, sin duda, de apoyar dogmáticamente, pero que cuenta con una plasmación jurídico-positiva muy clara. Leyes diferentes, para evitar confusiones.

Pues bien, la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, congruente con el carácter administrativo de las sanciones que prevé, ha contemplado el principio de la garantía judicial. No en todos los casos, sin embargo. Concretamente, las sanciones impuestas por faltas leves no parecen ser susceptibles, en la dicción de la Ley, del control jurisdiccional (art. 51). En cambio, frente a las sanciones por faltas graves y las sanciones disciplinarias extraordinarias es posible la interposición del recurso contencioso-disciplinario militar (arts. 52 y 76).

(1) El proceso de elaboración de estas normas está relatado con precisión por Antonio MILLÁN GARRIDO, en los diversos *Prólogos* a las ediciones de estas normas por Tecnos, con los títulos *Código Penal Militar y Legislación complementaria*, 2.^a ed., Madrid, 1987; *Competencia y Organización de la jurisdicción militar*, Madrid, 1987; *Ley Procesal Militar*, Madrid, 1989.

Recurso contencioso-disciplinario militar. Novedad incorporada por la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985, que ha sido desarrollada en sus aspectos orgánicos por la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de 1987 y en las cuestiones de procedimiento por la Ley Procesal Militar de 1989. Se trata de un proceso similar al contencioso-administrativo, que puede entablarse por los interesados contra ciertas sanciones disciplinarias impuestas por la Administración Militar; proceso seguido ante la Jurisdicción Militar, conforme a una regulación propia que reproduce, no obstante, el sistema general de lo contencioso-administrativo.

Especialidad notable la del contencioso-disciplinario militar, tanto desde la perspectiva de la Jurisdicción Militar, cuyo ámbito amplía, como desde la óptica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya esfera de actuación restringe. Interesa, en consecuencia, averiguar las razones que determinan su nacimiento.

Según vamos a ver, el origen del contencioso-disciplinario militar parece ha de ser buscado en el intento jurisprudencial de adaptar el sistema sancionatorio del Código de Justicia Militar a los dictados constitucionales, durante el período posterior a la aprobación del Texto Fundamental de 1978 y anterior a la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985. Examinemos primero los caracteres del sistema sancionatorio del Código de 1945.

2. EL SISTEMA SANCIONATORIO DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

Resulta difícil operar con criterios jurídicos propios de un Estado de Derecho en el análisis del Código de Justicia Militar de 1945, cuyas soluciones proceden de épocas anteriores, pues no fue objeto de un proceso de modernización. Lo gubernativo y lo jurisdiccional se entremezclaban en ese texto con gran facilidad, tanto en el plano orgánico como en el plano funcional. La naturaleza de las sanciones no difería para los distintos tipos de conductas ilícitas, pudiendo encontrarse únicamente diferencias cuantitativas. Las posibilidades de algún tipo de control judicial eran radicalmente negadas para ciertas sanciones.

Dentro de ese marco confuso podían, no obstante, distinguirse formalmente cuatro tipos de sanciones o, si se prefiere, desde otro punto de vista, cuatro bloques de conductas sancionables, al margen de las potestades de corrección disciplinaria interna de la propia Jurisdicción Militar, reguladas en los artículos 168 y ss. —potestades éstas con objeto de corregir «las faltas que se cometan en el desempeño de las funciones judiciales, en el cumplimiento de los deberes relativos a las mismas o con ocasión de ellas», según el artículo 168—. Marginando, pues,

ahora ese supuesto, cabe recordar cómo el artículo 207 del Código de Justicia Militar hablaba de cuatro tipos sancionatorios: las penas, las correcciones judiciales, las correcciones gubernativas y las correcciones disciplinarias.

Las *penas* se prevenían para castigar los *delitos* atribuidos a la competencia de la Jurisdicción Militar; competencia que, conforme al sistema diseñado en el artículo 5, podía proceder por razón del propio tipo delictivo, por razón del lugar de comisión o por razón de la persona responsable. La imposición de las penas correspondía, siguiendo un procedimiento judicial (arts. 449 y ss.), a un «Tribunal Militar» —Consejo de Guerra Ordinario, Consejo de Guerra de Oficiales Generales o Consejo Supremo de Justicia Militar, según el artículo 62—, aunque con aprobación en la mayoría de los casos por la «Autoridad Judicial» —El Capitán General de cada Región Militar, por ejemplo, en el Ejército de Tierra, artículos 49.1 y 52.9 y 10.

Las *correcciones judiciales* estaban previstas para castigar las *faltas graves* reguladas en el Código de Justicia Militar (arts. 431-442). Su imposición correspondía a la «Autoridad Judicial», previo un «expediente judicial» tramitado por Instructor y Secretario (arts. 1003 y 1004). Las Resoluciones de la «Autoridad Judicial» eran firmes (art. 1004). Procedimiento y efectos aplicables también a todo tipo de faltas cometidas por paisanos (art. 1003.2).

Las *correcciones disciplinarias* tenían por objeto castigar las *faltas leves* cometidas por militares (arts. 443-447), imponiéndose «directamente previo el oportuno esclarecimiento por los Jefes respectivos», con posibilidad de recurrir en queja por orden jerárquico, hasta llegar al Jefe del Estado (art. 1007).

La *corrección gubernativa* consistía exclusivamente en la *separación del servicio* de Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa profesionales que hubieran cometido ciertas infracciones (arts. 1011 y 1023). La resolución, previo «expediente gubernativo», correspondía al Ministerio (art. 1020). Iguales efectos se concedían a los fallos de los Tribunales de Honor (art. 1039).

Es posible que la idea subyacente en ese sistema sancionatorio consistiera en el establecimiento de dos grandes niveles de reprochabilidad: el nivel del reproche judicial, comprendiendo penas y correcciones judiciales, y el nivel del reproche disciplinario, que incluiría las correcciones gubernativas y disciplinarias. Las formalidades de tipo judicial, más o menos estrictas, sólo estaban previstas, efectivamente, para la imposición de penas y correcciones judiciales. En ambos casos intervenían los órganos que ejercían la Jurisdicción Militar (enumerados en el art. 46) y se seguía un procedimiento de instrucción expresamente considerado judicial. Por el contrario, las correcciones disciplinarias eran directa expresión de la estricta jerarquía castrense y las

correcciones gubernativas se configuraban como típica modalidad de un procedimiento administrativo.

Dentro de esta posible lógica del sistema, la exigencia de una garantía judicial —completa o incompleta— se cumpliría en el caso de las penas y las correcciones judiciales. Las correcciones disciplinarias y gubernativas quedaban excluidas, aun formalmente, de tal garantía judicial, no ya en su imposición, sino incluso en lo relativo a su posible control posterior. Concretamente, la reacción frente a correcciones disciplinarias se limitaba a una vía jerárquica que podía llegar en teoría hasta el Jefe del Estado.

El Código de Justicia Militar no excluía del recurso judicial las correcciones gubernativas, por lo que podía estimarse que estas sanciones, impuestas por uno de los Ministros militares, entraban en la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tal interpretación, normal al parecer bajo la vigencia de las Leyes de lo Contencioso-Administrativo de 1888 y 1894, fue sin embargo imposibilitada por la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, cuyo artículo 40.d), recogiendo un aislado y breve precedente de 1926, excluyó las correcciones gubernativas del control jurisdiccional («las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa o Marinería con arreglo al artículo 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar») (2).

La identificación expresa de las correcciones gubernativas en el artículo 40.d) citado parece abonar la interpretación del sistema sancionatorio militar propuesta. En la lógica del sistema resultaba innecesario mencionar las penas y las correcciones judiciales, puesto que ambas suponían el ejercicio de la función jurisdiccional (militar); no cabía el contencioso-administrativo porque no procedían de un órgano administrativo (3). En todo caso, el artículo 40.d) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo también consideraba excluidas genéricamente del recurso judicial, junto a las correcciones gubernativas del artículo 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar, «las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos en el mismo Código», fórmula amplia en la que podían encajar una hipoté-

(2) En cuanto al origen en el Real Decreto de 27 de febrero de 1926 de la exclusión jurisdiccional de las correcciones gubernativas militares, véase Joaquín HERNÁNDEZ OROZCO, «Notas sobre el artículo 40, apartado d), de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (La reserva discrecional militar)», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 14 (1962), pp. 85-86.

(3) Así, destaca HERNÁNDEZ OROZCO, «Notas sobre el artículo 40, apartado d)», cit., pp. 83-85, cómo bajo la vigencia de las Leyes de lo Contencioso-Administrativo de 1888 y 1894, los procedimientos judiciales atribuidos a la Jurisdicción Militar quedaban por esa razón excluidos de lo contencioso-administrativo, planteándose, no obstante, la duda de si la Ley de 1888 limitaba la exclusión a los procedimientos judiciales sobre materias penales y civiles, sin comprender los procedimientos judiciales sobre materias disciplinarias.

tica consideración administrativa de las correcciones judiciales y, por supuesto, las correcciones disciplinarias.

Parece necesario destacar que esta interpretación del sistema sancionatorio militar se realiza conforme a las categorías del propio Código de Justicia Militar. Es decir, sin someter a crítica la discutible caracterización judicial de órganos integrados en la jerarquía administrativa. Marginando también la falta de un perfil neto, salvo el meramente cuantitativo, entre las penas, las correcciones judiciales y las disciplinarias; todas ellas podían consistir en la privación completa de libertad, sin matices, fuera de su duración. Es la lógica propia de aquel sistema lo que ahora interesa resaltar. Lógica que, ciertamente, puede ser sometida a discusión (4).

(4) No obstante, la doble cualidad —administrativa y judicial— de los órganos a los que correspondía el ejercicio de la jurisdicción militar y aun la afirmación del artículo 207 del Código de Justicia Militar, en el sentido de excluir el carácter de pena para las correcciones judiciales, podían suscitar dudas sobre la naturaleza jurídica de estas correcciones judiciales. Buena muestra de tales incertidumbres la constituye el proceso argumental que sobre la naturaleza de las faltas militares sigue José María RODRÍGUEZ DEVESA, voz «Delito militar», en *NEJ*, t. VI (1954), pp. 593-594. Comienza este autor señalando que resulta discutible considerar las faltas militares como infracciones de tipo criminal, a pesar de que el artículo 181 del Código de Justicia Militar diga que «son delitos o faltas militares las acciones u omisiones penadas por este Código»; pues si de tal precepto, y de otras expresiones del Código (arts. 184, 191, 195, 199.1, 202, 208, 253, etc.) pudiera deducirse la naturaleza criminal de las faltas militares, el artículo 207 es tajante al no reputar penas las correcciones. Sin embargo, a pesar de ello, el autor termina asegurando que «las faltas militares tienen naturaleza criminal», con variados fundamentos: el citado artículo 181 del Código de Justicia Militar; el hecho de que haya faltas militares que respondan a delitos comunes o a faltas comunes; la aplicación de iguales caracteres esenciales a las penas y correcciones militares, *ex* artículo 185 del Código de Justicia Militar; la diferencia, por último, meramente cuantitativa, nunca cualitativa, entre penas y correcciones. *De lege ferenda*, no obstante, le parece preciso al autor distinguir unas faltas criminales y otras faltas disciplinarias, reguladas éstas en una ordenanza disciplinaria.

La falta de claridad del Código de Justicia Militar y lo chocante de sus soluciones conduce con facilidad a la indecisión. El mismo RODRÍGUEZ DEVESA, unos años más tarde, en la voz «Faltas militares», de la *NEJ*, t. IX (1958), aunque empiece señalando que las correcciones militares «por más que la Ley evite cuidadosamente denominarlas penas, tienen naturaleza penal» (p. 620), en p. 625 dice que los procedimientos para corregir todo tipo de faltas militares, graves y leves, tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, en la misma página recuerda cómo el expediente judicial por falta militar grave se instruye por un Juez y un Secretario, nombrados con sujeción a las normas establecidas para las causas instruidas por razón del delito, resolviendo la Autoridad Judicial de acuerdo con su auditor o, caso de disenso, el Consejo Supremo de Justicia Militar; y más adelante, en relación con la ausencia de recursos contra la resolución adoptada en expediente judicial por falta grave, dice: «aquí el juego de las garantías para el reo tiene los mismos límites que en el procedimiento por razón del delito» (p. 626).

La causa de estas incertidumbres, propiciada sin duda por la regulación legal, obedece, desde una óptica doctrinal, al intento de buscar criterios materiales de distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, intento en el que no se observan avances reales. Para el Derecho positivo el criterio de distinción es meramente formal, depende de a quién se atribuya por ley la competencia sancionatoria: si se atribuye a la Jurisdicción, conforme a un procedimiento judicial, el ilícito es penal; en caso contrario, actuando la Administración, el ilícito es administrativo. Otra cosa diferente es la corrección jurídico-constitucional de esa atribución competencial: así, por ejemplo, una imaginaria competencia atribuida a la Administración Civil para imponer una sanción privativa de libertad sería inconstitucional, simplemente porque lo prohíbe el artículo 25.3 de la Constitución, pero no por ello la sanción efectivamente impuesta por la Adminis-

3. EL ALUMBRAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE VÍAS DE TUTELA JUDICIAL

La Constitución, con el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial para la defensa de los propios derechos e intereses (art. 24), con la incorporación de la cláusula general de garantía judicial frente a la actuación administrativa (art. 106.1), con la delimitación estricta de un ámbito competencial para la Jurisdicción Militar (art. 117.5), incidió en el sistema sancionatorio que regulaba el Código de Justicia Militar.

Ahora bien, dado el retraso del legislador en producir la necesaria actualización del sistema, tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien, anticipándose y sustituyéndole, marcara los caminos después seguidos por las leyes.

En diversas ocasiones el Tribunal Constitucional se ha ocupado, así, al hilo de recursos de amparo y de alguna cuestión de inconstitucionalidad, de analizar los problemas que plantean los mecanismos de imposición de penas por la Jurisdicción Militar. En este lugar interesa, sin embargo, centrarse en el análisis de la jurisprudencia constitucional relativa a la aplicación, en el ámbito militar, de correcciones judiciales, disciplinarias y gubernativas, conforme a la terminología del viejo código de Justicia Militar de 1945.

tración Civil privando de libertad a un individuo dejaría de ser un acto administrativo sometido al control contencioso-administrativo.

Retomando el hilo del discurso principal, resulta que las correcciones judiciales por faltas militares graves eran impuestas por la Autoridad Judicial, siguiendo un procedimiento que se denominaba expediente judicial. Las correcciones judiciales no eran, por tanto, actos administrativos en el sistema del Código de Justicia Militar. Y no se diga que la Autoridad Judicial era, en realidad, un órgano administrativo, porque entonces habría que adoptar igual perspectiva en la imposición de penas por delitos, atribuida en algunos casos a la misma Autoridad Judicial. Siguen esta tesis Federico TRILLO FIGUEROA, «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», en *REDA*, núm. 20 (1979), p. 26, y Manuel BALADO RUIZ-GALLEGOS, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica 12/1985», en *RD Públ.* (1987), núm. 106, pp. 60-61.

Más lejos van todavía Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 149: «Parece que en el Derecho constituido no hay que incluir las sanciones disciplinarias militares dentro de la categoría de las sanciones jurídico-administrativas, pues, aun incluso cuando las sanciones menores son impuestas de plano y sin sentencia formal, el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar, que tiene a su servicio un orden jurisdiccional propio en el ámbito estrictamente castrense».

En contra, José ROJAS CARO, «El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVI, fasc. II (1983), pp. 328-329, y FRANCISCO SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1985, pp. 205-206, coincidiendo estos autores con la postura recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981, a la que en seguida se hará referencia en el texto.

A) *Primera posibilidad: el control contencioso-administrativo*

En un primer momento, dio la impresión de que el Tribunal Constitucional optaba por un tipo de interpretación muy sencillo, reconduciendo los mecanismos de reacción frente a las correcciones militares a las ordinarias vías de control jurisdiccional de los actos administrativos; esto es, al sistema del recurso contencioso-administrativo.

En efecto, el Auto de la Sala Segunda (Sección 4.ª) del Tribunal Constitucional 60/1980, de 22 de octubre, parecía seguir ese camino, al considerar derogado por la Constitución el artículo 40 *d*) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, en un caso relativo a una corrección gubernativa de separación del servicio conforme al artículo 1011 del Código de Justicia Militar. El Auto del Tribunal Constitucional era tajante en su expresión y de alcance general en su contenido: «la excepción contenida en el artículo 40.*d*) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración militar, es contraria al artículo 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 artículo 24.1 de la misma: y como la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución, el artículo 40.*d*) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 ha quedado derogado, y no puede ser invocado por ningún poder público para impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa».

Esta doctrina hubiera podido generalizarse a todos los supuestos sancionatorios militares distintos de las penas. Recuérdese, en efecto, que si bien el artículo 40.*d*) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo mencionaba expresamente las correcciones gubernativas del artículo 1011 y siguientes del Código de Justicia militar, también excluía de la fiscalización contencioso-administrativa «las demás resoluciones que tengan su origen en procedimientos establecidos en el mismo Código»; amplía fórmula que podría comprender las correcciones judiciales por faltas graves, si se estimaban de naturaleza administrativa, y las correcciones disciplinarias por faltas leves.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional posterior al Auto de 22 de octubre de 1980 siguió una interpretación mucho más complicada al resolver recursos de amparo en relación con correcciones judiciales militares.

B) Segunda posibilidad: el control jurisdiccional militar

a) La doctrina definitiva del Tribunal Constitucional se perfiló ya en el recurso de amparo denegado por la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (BOE de 7 de julio), siendo ponente la Magistrada Begué. En esta Sentencia se producen afirmaciones capitales para comprender la inmediata configuración del sistema sancionatorio militar tras la Constitución y aun su evolución posterior (5).

Afirmó, en primer lugar, esa Sentencia que las correcciones judiciales previstas en el Código de Justicia Militar tenían la naturaleza de sanciones administrativas disciplinarias y no de sanciones judiciales penales. Extremo, sin duda, discutible, dado el sistema sancionatorio del Código de Justicia Militar a que antes se hizo referencia. Pero extremo que se afirmó por el Tribunal Constitucional con fundamentos obtenidos del propio Código de Justicia Militar: la exclusión del carácter de pena para todas las correcciones militares en el artículo 207; la menor duración de la privación de libertad impuesta como corrección; las diferencias procedimentales. La conclusión era clara para el Tribunal Constitucional: «las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho Penal, sino del régimen disciplinario» (FJ 7). En apoyo de esa conclusión se recordaba, incluso, el instrumento de ratificación española del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio, «en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el *régimen disciplinario* de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado 2.º y en el título XXIV del Tratado 3.º del Código de Justicia Militar» (es decir, en los preceptos que regulaban las correcciones judiciales por faltas militares graves y las correcciones disciplinarias por faltas militares leves).

En definitiva, para el Tribunal Constitucional, las correcciones judiciales militares eran sanciones administrativas disciplinarias que, reguladas por ley, podían implicar la privación de libertad, conforme a los artículos 17.1 y 25.3 de la Constitución (FJ 8).

b) Naturaleza administrativa de las correcciones judiciales que regulaba el Código de Justicia Militar. Pero inmediatamente se suscitaba un problema, pues ya no resultaba de recibo la «coartada» del propio Código para evitar un control judicial posterior. Recuérdesse que las

(5) Un examen cuidadoso de esa jurisprudencia, en SANZ GANDESEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración*, cit., pp. 209-235; con referencia a la primera Sentencia de 15 de junio de 1981, véase también ROJAS CARO, «El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar», cit., pp. 327-348.

correcciones judiciales se consideraban firmes (art. 1004) porque procedían de la Jurisdicción Militar. Si el Tribunal Constitucional afirma que su naturaleza es la de sanción disciplinaria —como contrapuesta a sanción penal— y administrativa —como contrapuesta a judicial—, alguna vía de recurso será preciso ofrecer; «para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional —dice el Tribunal, en el FJ 15 de la Sentencia de 15 de junio de 1981— 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 al inculpado ejercitar plenamente su derecho a la defensa».

En plena coherencia con el Auto de 22 de octubre de 1980, parece que el Tribunal Constitucional debiera haber considerado procedente el recurso contencioso-administrativo. La consideración administrativa de la corrección judicial comprendería a ésta dentro de la exclusión de «las demás resoluciones que tengan su origen en procedimientos establecidos en el mismo Código de Justicia Militar», exclusión prevista en el artículo 40.d) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, que habría sido derogada por la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no seguirá esa línea argumental. En el supuesto contemplado por la Sentencia de 15 de junio de 1981, el militar sancionado había recurrido en queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, competente, según el artículo 107.6 del Código de Justicia Militar, para «conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales o Autoridades de los Ejércitos por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan». La queja, en el caso, tenía por objeto lograr la nulidad del expediente judicial, por la omisión de diligencias consideradas sustanciales, y también superar el carácter de resolución firme que, conforme al artículo 1004 del Código de Justicia Militar, la Autoridad Judicial había otorgado a la corrección judicial. Pues bien, dado que la citada Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar argumentó —acertada o desacertadamente— sobre las pretensiones del recurrente, denegándolas, el Tribunal Constitucional entenderá que no hubo violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 de la Constitución: «Del examen de las actuaciones remitidas —dice el FJ 16 de la Sentencia de 15 de junio de 1981— se deriva que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no ha sido vulnerado, pues el recurrente ha tenido acceso a un órgano de la Jurisdicción Militar, la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, y ha obtenido de la misma una resolución fundada en Derecho sobre el contenido de la pretensión».

La argumentación de esta Sentencia resultaba incompleta. Entendiéndola literalmente se llegaría al absurdo de considerar satisfecho el

derecho fundamental a la tutela judicial por la intervención de cualquier órgano jurisdiccional en un asunto, aun por vías indirectas, con total desconocimiento de la ligazón que debe existir entre el citado derecho fundamental y el derecho al juez natural que consagra el artículo 24.2 de la Constitución.

Faltaba algún elemento argumental que apoyara la competencia de la Jurisdicción Militar para controlar la legalidad de una sanción administrativa disciplinaria. El Código de Justicia Militar no preveía esa posibilidad, por la sencilla razón de que la corrección judicial se consideraba ya impuesta por la Jurisdicción Militar. No tenía sentido otro control jurisdiccional. Pero esa razón no era válida desde el momento en que el Tribunal Constitucional afirmó que la corrección judicial tenía la naturaleza de sanción administrativa.

c) El elemento argumental necesario fue aportado parcialmente por la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 22/1982, de 12 de mayo (BOE de 9 de junio), en ponencia del Magistrado Díez-Picazo. Se recurría en amparo la declaración de inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una corrección judicial por falta militar grave. El Tribunal Constitucional consideró correctamente producida la declaración de inadmisibilidad por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entendiendo que cabía mantener el asunto en el ámbito de la Jurisdicción Militar. Dice así el Tribunal Constitucional, en el FJ 3 de la Sentencia de 12 de mayo de 1982:

«Como quiera que 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 artículo 106.1 de la Constitución, puede mantenerse, de acuerdo con el artículo 117.5 de la misma, dentro de la Jurisdicción Militar y queda excluido de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Lo anterior significa que no podemos otorgar a don X. Y. Z. el amparo que nos pide, por el hecho de que la Audiencia Territorial de Valencia haya declinado jurisdicción para conocer del asunto que le proponía como tribunal contencioso-administrativo, pues la Audiencia Territorial de Valencia actuó acertadamente, al entender que el conocimiento del asunto pertenecía, en aplicación de las leyes ordinarias, a la Jurisdicción Militar. Y conociendo esta Jurisdicción, al amparo de lo dispuesto en el artículo 117.5 de la Constitución, debemos estimar que el derecho a la tutela jurisdiccional que consagra el artículo 24 de la Constitución ha quedado satisfecho.»

Aunque no deje de comprenderse la delicada posición del Tribunal Constitucional, el argumento no puede menos de sorprender. Li-

teralmente entendido resulta que la previsión constitucional de una Jurisdicción Militar en el ámbito castrense tiene fuerza suficiente, sin que la legalidad ordinaria lo prevea, para excluir el conocimiento de un asunto por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, competente en cambio según la legislación ordinaria. El artículo 117.5 de la Constitución derogando parcialmente, en el ámbito castrense, el artículo 1 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo.

d) Eso no tiene sentido. Lo que sucede es que el Tribunal Constitucional no parece querer expresar algo que, tras su razonamiento, era evidente: que el artículo 40.*d)* de la Ley de lo Contencioso-Administrativo debía considerarse vigente.

Considerando parcialmente en vigor el artículo 40.*d)* de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, sí que podía darse el salto consistente en «inventar» un recurso ante la Jurisdicción Militar. En efecto, si había un acto administrativo (la corrección judicial) que válidamente se excluía del control contencioso-administrativo (por el citado art. 40.*d)*), había que encontrar en la Jurisdicción Militar alguna vía de recurso, forzando, por mor de una interpretación conforme a la Constitución, la regulación del recurso de queja en el artículo 107.6 del Código de Justicia Militar. Se cubría así la laguna; la supuesta laguna, cabe insistir, porque si había un acto administrativo, también cabía argumentar que su control jurisdiccional quedaba asegurado por el artículo 1 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, no exceptuado por un artículo 40.*d)* derogado por la Constitución, según mantuvo inicialmente el Auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 1980.

En todo caso, una vez transformada por el Tribunal Constitucional la queja del artículo 107.6 del Código de Justicia Militar en un verdadero recurso judicial, ya no era necesario, paradójicamente, considerar vigente la exclusión del artículo 40.*d)* de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. La excepción del contencioso-administrativo pudo ampararse entonces en la cláusula del artículo 2.*a)* de esa Ley («cuestiones que se atribuyan por Ley... a otras jurisdicciones»). Es curioso. Sin el artículo 40.*d)* no podía estrictamente identificarse una laguna en el control judicial de la corrección militar por falta grave. Sin embargo, integrada la laguna, cabía prescindir del 40.*d)* y considerarlo derogado por la Constitución; pues, como ya existía (ya se había inventado) atribución de competencia a la Jurisdicción Militar, la exclusión del conocimiento por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa venía impuesta en el artículo 2.*a)* de su Ley reguladora.

Paradoja con importantes consecuencias prácticas. Obsérvese que la exclusión del contencioso-administrativo, tras la doctrina del Tribunal Constitucional, era una exclusión absoluta en lo referido a las correcciones judiciales militares. Estas se controlaban sólo por la Jurisdicción Militar. En cambio, aun en el período de vigencia del ar-

título 40.d) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, los Tribunales de este orden jurisdiccional hubieran podido controlar, al menos, los vicios de forma de las correcciones judiciales militares entendidas como sanciones administrativas-disciplinarias (6).

Fácilmente se podría criticar esta última referencia, con la simple observación de que, según antes se dijo, el Código de Justicia Militar consideraba que las correcciones judiciales eran sanciones aplicadas por la Jurisdicción Militar, y no sanciones administrativas, como ha sostenido el Tribunal Constitucional. Eso parece cierto; es decir, se opera con un argumento «retroactivo», con un dato obtenido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para, aplicándolo a una situación anterior, desprestigiar las conclusiones últimas a que llega el mismo Tribunal. Pero no hay en ello ningún retorcimiento mental. Porque algo parecido es lo que, en otro aspecto, ha hecho el Tribunal Constitucional. Negó el carácter judicial de las correcciones judiciales militares cuando ese era precisamente el punto de partida del Código de Justicia Militar de 1945. Y negó tal carácter desde la Sentencia de 15 de junio de 1981 por una sencilla razón, porque quería evitar la directa aplicación a esas correcciones judiciales de las garantías establecidas en el artículo 24 de la Constitución (7). De ahí las complicaciones a que se ha llegado.

(6) Conocida es la jurisprudencia contencioso-administrativa que, de antiguo, afirma el carácter de vicio de orden público, de examen preferente a cualquier otro, del vicio de forma en el acto administrativo. HERNÁNDEZ OROZCO, «Notas sobre el artículo 40.d)», cit., pp. 165-169, da cuenta, por ejemplo, de una Sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1960 (Araz, 1874), aplicando esa doctrina al examen de una corrección gubernativa militar, de las reguladas en los artículos 1011 y ss. del Código de Justicia Militar y afectadas en consecuencia por la expresa exclusión del artículo 40.d) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956; el autor, que se refiere ampliamente a esa doctrina jurisprudencial, pp. 131 y ss., discrepa del carácter preferente dado al examen del vicio de forma, cuando se suscita la excepción de incompetencia de jurisdicción. Sin embargo, para el caso concreto de la corrección gubernativa del artículo 1011 y ss. del Código de Justicia Militar, la doctrina fue confirmada por Sentencia de la misma Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1977 (Ar. 4088), aunque sin identificar en el supuesto ninguna infracción procedimental. Al margen de ello, téngase presente que la jurisprudencia sobre los vicios de orden público del acto administrativo presenta sus mayores virtualidades de cara al control de los actos discrecionales. Tras la aprobación de la Ley de 1956, al haber aumentado por diversas vías las formas de control de la discrecionalidad y dados también los injustificados retrasos que puede provocar en la fiscalización de actos reglados, esa jurisprudencia ya no es utilizada tan frecuentemente como antes. Pero nadie niega sus virtualidades en ciertos casos. Sobre esta materia, en general, véase Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, IEAL, 1970.

(7) En efecto, esa directa aplicación de las garantías procesales penales contenidas en el artículo 24 de la Constitución se niega por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (fundamentos 9.º y 10.º) que, sin embargo, reconoce la necesidad de que el régimen disciplinario militar incorpore el sistema de valores subyacentes en los derechos fundamentales; reconocimiento que se traduce prácticamente en la obligación de que los procedimientos disciplinarios militares respeten, no el contenido estricto del artículo 24 del Texto Fundamental, sino «los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa». De la concreción de los principios básicos del derecho a la defensa se ha ocupado el Tribunal Constitucional, en esa misma Sentencia, y también al resolver otros amparos en las poste-

e) En todo caso, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el control por la Jurisdicción Militar de las llamadas correcciones judiciales por faltas militares graves fue extendida por el Tribunal Supremo a las correcciones disciplinarias por faltas militares leves, siguiendo siempre la terminología del Código de Justicia Militar de 1945.

Concretamente, la Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1984 (Aranzadi, 6077), resolviendo un recurso extraordinario de apelación en interés de ley, estableció, con expresa cita y consideración de la jurisprudencia constitucional, la incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de una sanción disciplinaria por falta militar leve, al corresponder el conocimiento de la materia a la Jurisdicción Militar (8). Postura confirmada en el Auto de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1985 (Aranzadi, 2370).

El Tribunal Supremo, igual que el Constitucional, consideró que la vía procesal adecuada para recurrir judicialmente las correcciones Militares era el recurso en queja ante la Sala de Justicia militar, previsto, como antes se dijo, en el artículo 107.6 del Código de Justicia Militar.

En definitiva, el control por la Jurisdicción Militar de las sanciones disciplinarias militares fue alumbrado por la jurisprudencia, dentro del insatisfactorio sistema del Código de Justicia Militar de 1945. El recurso contencioso-disciplinario militar introducido por la Ley Disciplinaria Militar de 1985 no constituye sino la recepción positiva de la postura jurisprudencial.

riosas Sentencias 36/1983, de 11 de mayo (BOE, 20), de la Sala 2.^a, con Ponencia del Magistrado TOMÁS Y VALIENTE, y 44/1983, de 24 de mayo (BOE, 17 de junio), de la Sala 1.^a, con Ponencia del Magistrado LATORRE. Un análisis de esa jurisprudencia, que no interesa realizar a los fines del presente trabajo, puede encontrarse en los estudios antes citados de ROJAS CARO, «El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar», pp. 329-336, aunque con referencia únicamente a la Sentencia de 15 de junio de 1981, y SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración*, pp. 216-222, con tratamiento ya de la serie jurisprudencial citada. Otra cuestión importante en el régimen disciplinario militar sería la derivada de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Engel y otros, resuelto por Sentencia de 8 de junio de 1976, publicada completa en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 4 (1981), pp. 292-320, aunque la Sentencia se refiere a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, cuyo alcance en materia disciplinaria militar fue condicionado por España al ratificar el Convenio, según se dijo antes; véase SANZ GANDASEGUI, cit., pp. 237-243.

(8) No deja de ser curioso que el origen de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1984 sea un recurso extraordinario de apelación contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de febrero de 1983, que admitió el recurso contencioso-administrativo contra una corrección disciplinaria por falta militar leve, aunque desestimándolo en cuanto al fondo. Circunstancia curiosa, porque la misma Audiencia Territorial de Valencia había mantenido la postura contraria, declarando la inadmisibilidad del contencioso-administrativo interpuesto contra una corrección judicial por falta militar grave, en el amparo contemplado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 1982, antes citada. Y un dato más. La Sentencia de la Audiencia valenciana de 18 de febrero de 1983 fue duramente criticada por ROJAS CARO, «El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar», cit., pp. 342-345.

II. CONSIDERACION CRITICA DEL CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

De acuerdo con los datos anteriores, no parecería sensato intentar una argumentación en contra de la corrección constitucional del contencioso-disciplinario militar. Según la doctrina fijada por el máximo intérprete de nuestro Texto Fundamental, ha de considerarse que se trata de una forma adecuada de garantizar el control judicial de las sanciones disciplinarias militares. Ahora bien, la no violación de la Constitución por una regulación no supone ni calidad ni coherencia de la misma.

En este sentido, el arbitrio del recurso contencioso-disciplinario militar puede ser criticado como solución innecesaria y por la quiebra que entraña en el sistema ordinario de control judicial de la Administración.

1. ESPECIALIDAD JURISDICCIONAL INNECESARIA

A la vista de la postura jurisprudencial que alentó el surgimiento del contencioso-disciplinario militar, cabe preguntarse si ésta era la *única* forma adecuada de garantizar el control judicial sobre las sanciones disciplinarias militares. ¿Hubiera sido contrario a la previsión constitucional sobre la Jurisdicción Militar (art. 117.5) introducir el contencioso-administrativo como vía de reacción frente a esas sanciones?

Parece que la respuesta a ese interrogante ha de ser negativa. Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 y 12 de mayo de 1982, antes citadas, consideraron que la legalidad ordinaria existente permitía satisfacer el derecho a la garantía judicial frente a sanciones disciplinarias militares por medio del recurso de queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo Militar (art. 107.6 del Código de Justicia Militar de 1945). Garantía judicial «inventada» por el Tribunal, siguiendo la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, para colmar una supuesta laguna del Ordenamiento jurídico. Garantía judicial ante la Jurisdicción Militar, no porque ésta sea la única vía de reacción posible, sino porque, considerándose la vía indicada por la legalidad ordinaria debidamente integrada, parece mantenerse dentro de los límites constitucionales que permiten la existencia de esa Jurisdicción. Por eso, cuando en otro caso el propio Tribunal Constitucional entendió que la legalidad ordinaria garantizaba la vía del recurso judicial, contra un concreto tipo de sanción disciplinaria militar, por el mecanismo del contencioso-administrativo, consideró adecuada a la Constitución esa vía: Auto de 22 de octubre de 1980, antes exa-

minado, que declara derogado por el Texto Fundamental el artículo 40.d) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, en un supuesto de separación del servicio de un militar como corrección gubernativa del artículo 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar.

En definitiva, el alcance del artículo 117.5 de la Constitución no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional para la Jurisdicción Militar. Esta Jurisdicción será en cada momento lo que la legalidad diseñe («La ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar») dentro de ciertos límites («en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»). La legalidad no puede atribuir competencias a la Jurisdicción Militar fuera del ámbito castrense, pero sí puede sustraerle las que encajan en tal ámbito. No todo lo castrense es necesariamente para la Jurisdicción Militar, sino sólo lo que, dentro de lo castrense, decida la Ley.

Esta interpretación es la que resulta más acorde con el principio de unidad jurisdiccional, considerado «base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» en la primera parte del artículo 117.5 de la Constitución. Obsérvese, en efecto, que sólo desde ese punto de partida permite el precepto que la Ley regule el ejercicio de la Jurisdicción Militar, condicionando además tal regulación a que no sea rebasado un cierto ámbito. El carácter obligatorio del «regulará» en el artículo 117.5 se refiere, no tanto a la necesidad de la Jurisdicción Militar, cuanto al ámbito en que ésta puede desenvolverse.

2. QUIEBRA EN EL SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Si bien el contencioso-disciplinario militar, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, debe ser considerado como vía conforme a Derecho de asegurar el control judicial de las sanciones disciplinarias militares, su carácter de solución no exclusiva fuerza a valorar su sentido dentro del sistema general de fiscalización jurisdiccional de la Administración.

La regla de nuestro Ordenamiento jurídico en esa materia se traduce en la denominada cláusula de lo contencioso-administrativo. Toda la actuación procedente de las Administraciones Públicas —como regla, salvo los supuestos de no sometimiento al Derecho Administrativo, que no inciden en la presente problemática— se sujeta al control judicial especializado que constituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ciertamente, la Constitución, al establecer en su artículo 106.1 que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa», no menciona expresamente la especialidad jurisdiccional, pero otras normas llevan fácilmente a la

conclusión de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforma en la actualidad el fuero común de las Administraciones en sus manifestaciones de actividad típica, esto es, sometida al Derecho Administrativo.

Entre esas normas que conducen a la afirmación de lo contencioso-administrativo, cabría comenzar recordando la última parte del propio artículo 106.1 de la Constitución. Dice el precepto que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, añadiendo: «así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», frase en la que no puede menos de verse el influjo de una técnica de control jurisdiccional de la actuación administrativa acuñada precisamente en las regulaciones de lo contencioso-administrativo. La fórmula es, en efecto, de contenido muy similar a la que emplea la Ley de lo Contencioso-Administrativo para definir la desviación de poder; «constituirá desviación de poder —dice el art. 83.3 de esa Ley Jurisdiccional— el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico». Si no reproducción textual, que evidentemente no existe, sí, al menos, deberá concordarse en que la frase del artículo 106.1 de la Constitución citada encaja bien con el tipo de conceptos y técnicas empleados en relación con lo contencioso-administrativo.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa que es mencionada incluso expresamente en la Constitución, al referirse a las formas de control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas. «Por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —dice el art. 153.c) del Texto Fundamental— (se ejercerá) el (control) de la Administración Autónoma y sus normas reglamentarias». La actuación administrativa y la potestad reglamentaria sometida así al control judicial y, más específicamente, al control por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

En todo caso, la cláusula general de lo contencioso-administrativo, como mecanismo común de control jurisdiccional de la Administración, viene establecida por la legalidad ordinaria. La Ley Orgánica del Poder Judicial, al diseñar la estructura judicial, prevé que «en el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas» (art. 24). Más antigua es la conocida fórmula del artículo 1.1 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, según el cual «la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley».

Cláusula general de lo contencioso-administrativo. El actuar de las Administraciones Públicas sujeto a una determinada forma de control judicial. No como exigencia indeclinable, si se quiere, de las previsiones constitucionales, pero sí como pauta normal de asegurar el sometimiento de las Administraciones a la Ley y al Derecho. De ahí, cabe insistir, que la introducción de una excepción, el contencioso-disciplinario militar, sea mirada con desconfianza, si no desde el ángulo de la estricta observancia constitucional, sí al menos desde la perspectiva de la coherencia del sistema. Recuérdese, incluso, que muchos otros aspectos de la Administración Militar —también en materia de personal— llegan con normalidad a lo contencioso-administrativo.

b) Las nuevas normas reformadoras del régimen sancionatorio militar han despejado las dudas a propósito de la naturaleza de las diversas modalidades sancionatorias. Las sanciones penales se regulan en el Código Penal militar de 1985, las sanciones administrativas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985. Se ha superado ya —y loable resulta el esfuerzo realizado— la confusión entre los planos gubernativo y jurisdiccional que caracterizaba al sistema sancionatorio del Código de Justicia Militar de 1945. Ahora está claro que la facultad de sancionar por vía disciplinaria corresponde a autoridades administrativas (art. 5 de la Ley de Régimen Disciplinario), distintas de los órganos jurisdiccionales militares (9).

El mismo contenido de las sanciones disciplinarias resulta, en algún caso, diferenciable, cuantitativa y cualitativamente, de las sanciones penales. Ambas pueden consistir en la privación de libertad, por argumento *a contrario* del artículo 25.3 de la Constitución, pero no en todos los supuestos se trata de idénticas formas de privación de libertad.

El arresto de uno a treinta días por falta militar leve consiste, según prevé el artículo 14 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, «en la *restricción de libertad* del sancionado»; restricción, no privación, puesto que «implica su permanencia... en su domicilio o en el lugar de la Unidad ...que se señale»; es más, «el sancionado podrá participar en las actividades de la Unidad permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo». Restricción de libertad por falta leve que encaja en el tipo de los «arrestos agravados», no conside-

(9) Sobre el vigente sistema disciplinario militar véanse Luis Bernardo ALVAREZ ROLDAN y Ricardo FORTÚN ESQUIFINO, *La Ley Disciplinaria Militar*, Pamplona, Aranzadi, 1986; J. CHÁVARRI ZAPATERO, *Régimen disciplinario militar*, Madrid, Tecnos, 1986; J. PADILLA CARBALLADA, «Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», en *Legislación penal especial*, Madrid, Colex, 1986, pp. 109-165; BALADO RUIZ-GALLEGOS, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», cit., pp. 63-78.

rados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Caso Engel y otros, como una privación de libertad (10).

Más difícil resulta, no obstante, distinguir, cualitativamente, el arresto por falta militar grave de la pena de privación de libertad. El arresto de un mes y un día a tres meses por falta militar grave consiste «en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento militar», no participando el militar sancionado en las actividades de la Unidad (art. 15 de la Ley de Régimen Disciplinario). Hay, pues, un encarcelamiento que únicamente difiere de la pena de prisión en la duración (de tres meses y un día a veinticinco años, según el artículo 26 del Código Penal Militar) y quizá en el lugar de cumplimiento (el art. 42 del Código Penal Militar dice que «las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa»).

En definitiva, aun apreciando la existencia de algunos puntos de contacto materiales entre sanciones penales y disciplinarias, lo cierto es que la nueva legislación perfila bien, al menos formalmente, unas y otras. Todas las sanciones disciplinarias militares, sea por falta leve, sea por falta grave, sea por falta extraordinaria, se configuran como actos administrativos. ¿Por qué, en consecuencia, no procede contra ellos el contencioso-administrativo? ¿Cuál es la razón de ser del contencioso-disciplinario militar que prevén los artículos 52 y 76 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas?

c) Ante todo, parece que debe rechazarse la solidez de cualquier razonamiento que parta de incluir la Jurisdicción Militar dentro de las Fuerzas Armadas, como una parte de éstas. No resulta jurídicamente adecuado argumentar que el control contencioso-administrativo de las sanciones disciplinarias militares es algo «inédito» y «grave» porque se trata de un «*enjuiciamiento extracastrense* de la disciplina en el que el único perdedor es el Ejército» (11). Ese argumento supone que la Ju-

(10) Siguiendo la tipología sancionatoria militar de Holanda, la Sentencia del Tribunal Europeo de 8 de junio de 1976, antes cit., identificaba cuatro tipos de sanciones (puntos 61 a 64 de la Sentencia): a) Los *arrestos leves*, que implican la retención del militar fuera de sus horas de servicio, pero sin encierro y continuando el desarrollo de sus tareas, esto es, permaneciendo «de una u otra forma en el cuadro ordinario de su vida en el Ejército»; tales arrestos leves no constituyen ninguna privación de libertad para el Tribunal. b) Los *arrestos agravados*, que difieren de los anteriores en que «fuera de sus horas de servicio, los soldados permanecen en un local especialmente fijado que no pueden dejar para ir a la cantina, al cine o a las salas de recreo, pero no son encarcelados»; tampoco considera el Tribunal estos arrestos como una privación de libertad. c) Los *arrestos de vigor*, que se cumplen «día y noche encerrados en una celda», excluyendo el cumplimiento de los deberes normales del militar; en este caso sí identifica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos un supuesto de privación de libertad. d) La *afectación a una unidad disciplinaria*, sin derecho a salir del establecimiento militar; también considerado como caso de privación de libertad por el Tribunal.

(11) Afirmación de ROJAS CARO, «El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar», cit., p. 342.

jurisdicción Militar se encuadra en los Ejércitos, que es «castrense». Y eso no es exacto.

La Jurisdicción Militar se ejerce «en el ámbito estrictamente castrense» (art. 117.5 de la Constitución), pero no es castrense, en el sentido de formar parte de las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas son órganos de la Administración del Estado que no ejercen ningún poder judicial (12). La Jurisdicción Militar se incluye en las estructuras jurisdiccionales del Estado, como demuestra la referencia a la misma en el Título VI de la Constitución, dedicado al Poder Judicial. De ahí que la Jurisdicción Militar deba ser presidida por el Tribunal Supremo, en su condición de «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» (art. 123.1 de la Constitución); de ahí que los jueces y magistrados que ejercen la Jurisdicción Militar gocen de los comunes beneficios de inamovilidad (art. 117.2 de la Constitución).

En consecuencia, tan «extracastrense» resulta el enjuiciamiento de las sanciones disciplinarias militares por la Jurisdicción Militar como por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es más, si no se cumpliera esa condición, faltaría el heterocontrol de la actividad administrativa en el campo de las sanciones disciplinarias militares, con infracción de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución.

No hay, en definitiva, razones reconducibles a la «naturaleza de las cosas» para afirmar la necesidad del contencioso-disciplinario militar. En consecuencia, parece que habrán de ser argumentos basados en la mayor «ejemplaridad» o la «eficacia» los que puedan sustentar la competencia de la Jurisdicción Militar. Sigue esa línea, por ejemplo, el autor antes citado al razonar sobre la conveniencia de excluir el contencioso-administrativo para las sanciones disciplinarias militares diciendo que «difícilmente puede un ejército cumplir esas funciones (las del art. 8.1 de la Constitución) cuando la disciplina queda menoscabada por ausencia de ejemplaridad o de eficacia o de expeditivos poderes sancionadores de los superiores sobre los inferiores, de inmediata ejecutoriedad incluso en sanciones privativas de libertad» (13).

(12) Sobre la inclusión de las Fuerzas Armadas en la Administración del Estado, permítaseme remitir *in extenso* a Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, CEC, 1987; también Aurelio GUAITA, *Administración Pública y Defensa Nacional*, Madrid, SGT Presidencia del Gobierno, 1961; Javier BARCELONA LLOP, «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», en *RAP*, núm. 110 (1986), pp. 56 y ss.; con matices, Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, t. IV, pp. 2370 y ss.

Para otras caracterizaciones de las Fuerzas Armadas, véanse Federico TRILLO-FIGUEROA, «Las Fuerzas Armadas en la Constitución (Esbozo de una construcción institucional)», en *REP*, núm. 12 (1979), pp. 105-140; Diego LÓPEZ GARRIDO, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», en *RAP*, núms. 100-102 (1983), pp. 949-971; José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Fuerzas Armadas y Administración Pública», en las *Jornadas...*, cit., t. IV, pp. 2720 y ss.; Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Dionisio SÁNCHEZ FERNÁNDEZ y Marco FERNANDO PABLO, «El control jurídico-constitucional de la transición militar», en las mismas *Jornadas...*, cit., pp. 2989 y ss.

(13) De nuevo ROJAS CARO, «El expediente judicial», cit., p. 343.

Aunque también podría afirmarse que ninguno de los valores mencionados —ni la ejemplaridad, ni la eficacia, ni la inmediata ejecutoriedad— quedan afectados forzosamente por el enjuiciamiento contencioso-administrativo; si bien puede convenirse en la necesidad de asegurar legalmente tales valores, no sólo, por cierto, en el ámbito disciplinario militar (14).

III. REGIMEN JURIDICO DEL CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

En cualquier caso, el recurso contencioso-disciplinario militar, aun presentando aspectos criticables, es un proceso judicial vigente, de cuya constitucionalidad general no cabe dudar y en cuyo régimen jurídico interesa, en consecuencia, adentrarse.

Inicialmente, la Ley Disciplinaria Militar de 1985 se limitó a prever ese mecanismo de tutela judicial frente a las sanciones militares por falta grave (art. 52) y las sanciones disciplinarias extraordinarias (art. 76). Transitoriamente, el conocimiento del recurso correspondió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, si se trataba de sanciones impuestas por el Ministro de Defensa y a la Sala de Justicia del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos (disp. transit. 1.^a). Los problemas procedimentales se solucionaron con el expreso llamamiento a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como norma de aplicación subsidiaria «en todas las cuestiones... de recurso no previstas en esta Ley» (disp. adic. 4.^a).

Con posterioridad, la Ley Jurisdiccional Militar de 1987 terminó con la curiosa bipartición jurisdiccional —que, sin duda, respondía a cautelas que impedían someter la actuación del Ministro al Consejo Supremo de Justicia Militar—, de manera que los nuevos órganos de la Jurisdicción Militar ejercen plenamente la «tutela jurisdiccional en vía disciplinaria» (arts. 4 y 17).

Por fin, la Ley Procesal Militar de 1989 ha regulado el procedimiento contencioso-disciplinario (arts. 448 a 518), derogando la nor-

(14) En este sentido, parece preciso ir configurando una teoría completa de la suspensión de actos administrativos en vía de recurso, que contemple supuestos generales y excepciones, según los intereses implicados. Sobre la jurisprudencia constitucional en esa materia, véase SANZ GANDESEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración*, cit., pp. 179-194, quien considera, en pp. 233-234, procedente la no suspensión de sanciones militares. En cambio, la propia Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, en Auto de 4 de abril de 1984, consideró normal la suspensión de las sanciones militares recurridas, salvo cuando estuviera comprometida la disciplina, coincidiendo con la solución del artículo 54 de la Ley de Régimen Disciplinario, según informa BALADO RUIZ-GALLEGOS, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica 12/1985», cit., p. 74, en nota.

ma de remisión a la Ley de lo Contencioso-Administrativo (disp. adic. 5.^a).

No se pretende aquí realizar un análisis detenido de todos los extremos que conforman el régimen jurídico del recurso contencioso-disciplinario militar, pero sí, al menos, discurrir sobre los principales aspectos del mismo, conforme a la sistemática tradicional que comprende la extensión, la planta y el procedimiento.

1. EXTENSIÓN DEL RECURSO

El recurso contencioso-disciplinario militar puede utilizarse para deducir pretensiones en relación con actos recurribles sancionadores dictados por las Autoridades y Mandos militares en aplicación de la Ley Disciplinaria Militar, según establece el artículo 448 de la Ley Procesal Militar.

El requisito de la recurribilidad del acto sancionador denota que no todos los actos sancionadores pueden ser objeto del contencioso-disciplinario militar. Conforme a la Ley Disciplinaria Militar, sólo las sanciones militares por falta grave y las extraordinarias podrían ser recurridas en vía contencioso-disciplinaria (arts. 52 y 76), excluyéndose la recurribilidad de las sanciones militares por falta leve (art. 51), planteamiento confirmado por la Ley Procesal Militar (arts. 453 y 468.b).

A) *La ausencia de garantía judicial en las sanciones por faltas militares leves*

El artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar de 1985 establece que frente a la sanción por falta leve sólo cabe el recurso en vía administrativa, contra cuya resolución «no cabrá recurso alguno». Se pretende excluir cualquier forma de control jurisdiccional para las sanciones militares leves, sanciones que pueden llegar hasta el arresto de treinta días en domicilio o Unidad (art. 10 de la Ley de Régimen Disciplinario) y cuya acumulación en número de cuatro se tipifica en ciertos casos como falta grave (art. 9.31).

Tras la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional Militar de 1987 pudo entenderse que la exclusión estaba derogada, habida cuenta de los términos genéricos con que se atribuye competencia a la Jurisdicción Militar para «la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas» (art. 17); términos genéricos que persistían en las normas determinantes de la competencia de los órganos de la Jurisdicción Militar (arts. 23.5, 34.7 y 45.6).

Sin embargo, la Ley Procesal Militar de 1989 ha venido a despejar las dudas, estableciendo con claridad que «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de... los actos que resuelvan recursos por falta leve», salvo el supuesto de infracción de derechos fundamentales a que se hará referencia después (art. 468.b).

El intento de excluir la garantía judicial en las sanciones leves puede ser debido a una incorrecta interpretación de la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el «Caso Engel y otros». En la Sentencia de 8 de junio de 1976, antes citada, el Tribunal Europeo consideró que los arrestos leves y agravados, siguiendo la terminología disciplinaria militar holandesa, esto es, aquellos arrestos militares 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, tales arrestos pueden ser impuestos sin la mediación directa de una sentencia judicial, requerida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para producir la privación de libertad.

La doctrina del «Caso Engel y otros» supone, así, la afirmación de unos procedimientos, competencias y garantías de carácter judicial para privar de libertad a cualquier ciudadano; procedimientos, competencias y garantías judiciales innecesarios si la sanción impuesta no consiste en la privación de libertad. Ahora bien, de este último dato no puede deducirse que la doctrina del «Caso Engel y otros» permita excluir el control judicial *a posteriori* de las sanciones que no impliquen privación de libertad, como pueden ser las sanciones por faltas militares leves en el Ordenamiento español. Tal consecuencia no está afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y aunque lo estuviera, se trataría de una consecuencia incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) y con la cláusula general del control jurisdiccional de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Constitución).

No parece posible justificar la exclusión del control judicial con vagas referencias a las esencias de la institución militar; «la necesidad —dice un autor— de mantener a las Fuerzas Armadas en condiciones de cumplir las misiones que, también con rango constitucional, le vienen atribuidas, las cuales sólo se logran con la plena eficacia de los pilares básicos en los que se sustenta la institución militar, cuales son la unidad, el servicio y la disciplina» (15). Son consideraciones carentes de consistencia. De la misma manera, parece inadecuado «suavizar» la exclusión jurisdiccional por el carácter leve de las sanciones; «lo exce-

(15) Ricardo FORTÚN ESQUIFINO, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley Disciplinaria Militar», en *RGD*, núm. 512 (1987), p. 2480.

sivo y, quizá, desproporcionado que resulta —escriben otros autores— el que por una sencilla sanción de reprensión, dicho sea a título de ejemplo, pueda accederse a la vía contencioso-administrativa» (16). La proporción entre un acto sancionador y la vía de reacción judicial frente al mismo es cuestión que atañe exclusivamente al sujeto sancionado que, por cierto, puestos a poner ejemplos, ha podido recibir una simple reprensión, pero también un arresto de hasta treinta días en Unidad (art. 10 Ley Disciplinaria Militar) con la consecuencia, además, de que la cuarta falta leve, en determinadas condiciones, se considera falta grave (art. 9.31 Ley Disciplinaria Militar).

En definitiva, el artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar y el artículo 468.b) de la Ley Procesal Militar, al excluir el recurso judicial contra las sanciones disciplinarias militares por falta leve, son inconstitucionales, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución. Vicio que cabe esperar se declare en breve por el Tribunal Constitucional, ante quien pende cuestión de inconstitucionalidad contra el primero de los preceptos citados (17).

(16) Manuel BALADO y Antonio CALONGE, «La aplicación de los principios constitucionales al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, cit., p. 2473. No obstante, cabe tener en cuenta que estos autores dan diversos argumentos en pro de la inconstitucionalidad de la exclusión del recurso judicial en el artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar; el propio BALADO, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», cit., pp. 73-74, dice que «esa diferencia de tratamiento es de dudosa constitucionalidad, fundamentalmente cuando se trate de sanciones privativas de libertad».

(17) Por Providencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 1989 (BOE, 17) se admitió a trámite cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos. En este caso, el problema que podría plantearse es si la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es competente para conocer del recurso contra sanción por falta militar leve, dados los términos genéricos con que la Ley Jurisdiccional Militar atribuye competencia a la Jurisdicción Militar en materia disciplinaria militar (art. 17). Recuérdese que uno de los requisitos para la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad es que la norma cuestionada sea aplicable al caso y que de su validez dependa el fallo judicial (art. 163 de la Constitución), requisito que pudiera no concurrir al conocer del caso una Jurisdicción incompetente. Cabe, no obstante, pensar en que el Tribunal Constitucional supere esa dificultad utilizando la cláusula general de lo contencioso-administrativo (art. 1 de la Ley Reguladora de esa Jurisdicción y artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Interpretación que, aun siendo deseable, generaría una complicada bipartición jurisdiccional en relación con las sanciones militares.

Por eso, es posible que la vía a seguir por el militar sancionado por falta leve, para conseguir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sea el recurso contencioso-disciplinario militar, con solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la propia Jurisdicción Militar; si tal solicitud no es aceptada, contra la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario siempre cabría acudir al Tribunal Constitucional por vía del recurso de amparo.

B) *La defensa de los derechos fundamentales*

Conviene señalar que la Ley Procesal Militar de 1989 establece expresamente un cauce para la defensa ante la Jurisdicción Militar de los derechos fundamentales afectados por sanciones disciplinarias militares (art. 518), sustituyendo en este ámbito el procedimiento regulado con carácter general en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de 1978.

En realidad, ya antes de esa regulación de la Ley Procesal Militar debía entenderse que a la Jurisdicción Militar, competente para conocer del contencioso-disciplinario militar, correspondía conocer de los recursos tramitados conforme a la Ley citada de 1978, dado que esta Ley no altera la competencia de los órganos jurisdiccionales (18).

La novedad, pues, radica en la existencia de unas reglas propias para la tramitación del contencioso-disciplinario militar cuando está implicado algún derecho fundamental; reglas del artículo 518 de la Ley Procesal Militar que, en buena medida, coinciden con las contenidas en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales, en armonía con las exigencias al artículo 53.2 de la Constitución. Plazos más cortos, intervención de la Fiscalía Jurídico Militar, innecesariedad de seguir la vía administrativa previa (salvo un supuesto del que en seguida se dará cuenta), tramitación urgente... La solicitud de suspensión del acto impugnado, en estos casos, se decide «ponderando la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar», matizando, por tanto, la solución en principio más favorable a la suspensión del artículo 7.4 de la Ley de 1978. Curiosa resulta la prohibición de que el representante de la Administración se allane a la demanda.

Interesa destacar que el procedimiento contencioso-disciplinario militar para la defensa de derechos fundamentales está abierto también contra sanciones por faltas militares leves (art. 453.3 Ley Procesal Militar), aunque con la exigencia en tal caso de agotar la vía disciplinaria mediante la interposición del recurso administrativo pertinente (art. 518.f Ley Procesal Militar); requisito éste que en algún caso puede suponer la necesidad de intentar tres alzadas, *ex* artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar.

(18) Así lo ha declarado, para supuestos anteriores a la Ley Procesal Militar, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, en Sentencias de 6 de julio de 1989 (BOE, 5 de octubre), y 5, 11 y 20 de julio de 1989 (BOE, 14 de noviembre). Tras la citada Ley, el criterio, obviamente, se reitera por Sentencia de 5 de diciembre de 1989 (BOE, 13 de enero de 1990).

2. PLANTA JURISDICCIONAL

El conocimiento de los recursos contencioso-disciplinarios corresponde a los órganos de la Jurisdicción Militar: Tribunales Militares Territoriales, Tribunal Militar Central y Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

Los Tribunales Militares Territoriales conocen de los recursos contra sanciones impuestas por mandos militares de jerarquía inferior a los Oficiales Generales, es decir, los recursos que no entran ni en la competencia del Tribunal Militar Central ni en la del Tribunal Supremo (art. 45.6 Ley Jurisdiccional Militar). Estos Tribunales Militares Territoriales varían en su composición, según se trate de recursos contencioso-disciplinarios ordinarios o especiales de protección de los derechos fundamentales: en el primer caso, se constituyen por el Auditor Presidente, dos Vocales Togados y dos Vocales militares (art. 51.1 Ley Jurisdiccional Militar); en cambio, en el segundo supuesto, se constituyen por el Auditor y dos Vocales Togados (art. 518.k Ley Procesal Militar y artículo 51.3 Ley Jurisdiccional Militar).

A la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central corresponden los recursos contencioso-disciplinarios contra sanciones impuestas o reformadas en vía de recurso administrativo por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, el Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y los Oficiales Generales (art. 3.7 Ley Jurisdiccional Militar). También su composición varía, en los mismos términos ya vistos para los Tribunales Militares Territoriales, según se trate del procedimiento ordinario o del de protección de derechos fundamentales (art. 41.1 y 3 Ley Jurisdiccional Militar y art. 518.k Ley Procesal Militar).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conoce del recurso contencioso-disciplinario contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa (art. 23.5 Ley Jurisdiccional Militar) y de los recursos de casación y revisión contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales (art. 23.1 Ley Jurisdiccional Militar). El recurso de casación procede contra las sentencias y contra los autos de inadmisión dictados por el Tribunal Militar Central o los Tribunales Militares Territoriales, sustanciándose, con pequeñas variantes, por los motivos y trámites de los artículos 1691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 503 Ley Procesal Militar). El recurso de revisión procede contra sentencias firmes de esos mismos Tribunales (art. 505 Ley Procesal Militar).

La Sala de Revisión del Tribunal Supremo, compuesta por su Presidente, los Presidentes de las cinco Salas del Supremo y los Magistrados más antiguo y más moderno de cada una de ellas (art. 61 Ley Or-

gánica del Poder Judicial), conoce de los recursos de revisión contra las sentencias y autos de inadmisión dictados en única instancia por la Sala de lo Militar del propio Tribunal Supremo (art. 31 Ley Jurisdiccional Militar y art. 504 Ley Procesal Militar). En este caso, los motivos del recurso de revisión, conforme al artículo 504 de la Ley Procesal Militar, siguen la pauta del artículo 102 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, incluyendo motivos de revisión propiamente dichos y motivos de casación (contradicción en la parte dispositiva de la sentencia, vulneración de la propia jurisprudencia, incongruencia).

3. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

La Ley Procesal Militar recibe, en términos generales, el sistema procedimental del contencioso-administrativo en materia de personal, aunque ofreciendo una propia regulación tendencialmente completa, cuyas lagunas se cubren con la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 457) y no con la Ley de lo Contencioso-Administrativo. En tal sentido, la disp. ad. 5.ª de la Ley Procesal Militar modifica la supletoriedad de la Ley de lo Contencioso-Administrativo que, en un primer momento, estableció la disp. ad. 4.ª de la Ley Disciplinaria Militar.

La recepción del sistema contencioso-administrativo para regular el contencioso-disciplinario militar suscitará en el futuro la necesidad de adaptar la Ley Procesal Militar a las reformas que puedan introducirse en lo contencioso-administrativo. Aunque tampoco es segura la inmediata reforma del sistema general, pues el Anteproyecto de 1986 parece sumido ya en el olvido e incluso doctrinalmente se ha promovido con fuerza la idea de una reforma más profunda, que pudiera requerir también más tiempo (19).

En cualquier caso, dentro de la recepción general del procedimiento contencioso-administrativo en materia de personal, conviene dar cuenta de algunas novedades que incorpora la regulación del contencioso-disciplinario militar.

a) Requisito para impugnar los actos sancionadores militares es, al igual que en el sistema común del contencioso-administrativo, que tales actos hayan causado estado en vía administrativa; efecto predicable de los actos resolutorios de los recursos administrativos de alzada, súplica y reposición regulados en la Ley Disciplinaria Militar (art. 465 Ley Procesal Militar).

(19) Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1989.

Las diferencias con respecto al sistema común residen en algunos aspectos referidos a los recursos administrativos previos. Así, el plazo para recurrir en alzada ante el superior jerárquico, si se trata de sanción que implica restricción o privación de libertad, comienza al día siguiente de la notificación y finaliza a los quince días del cumplimiento de la sanción (art. 50.1 Ley Disciplinaria Militar), lo que supone, para esos supuestos, una importante y lógica ampliación del plazo común. Otra novedad reside en el llamado recurso de súplica contra sanciones impuestas por el Ministro de Defensa, que debe interponerse ante la misma autoridad —es, por tanto, un recurso de reposición—, pero en la forma y plazos señalados para el recurso de alzada (art. 50.2 Ley Disciplinaria). No obstante, si se trata de una sanción disciplinaria extraordinaria impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso procedente es el de reposición (art. 76 Ley Disciplinaria), cabe suponer que en el plazo de un mes desde la notificación de la sanción, aplicando supletoriamente (*ex disp. adic. 4.ª Ley Disciplinaria Militar, modificada por disp. adic. 5.ª Ley Procesal Militar*) el artículo 126.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que, a su vez, remite al artículo 52.2 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Contra los actos que hayan causado estado en vía disciplinaria militar no cabe el recurso de reposición, ni siquiera con carácter potestativo (art. 473 Ley Procesal Militar).

Otra variante con respecto al sistema común reside en el plazo para la producción del silencio negativo en vía de recurso, que aquí es siempre de dos meses, con independencia del tipo de recurso administrativo; además, en tal caso, el plazo para el recurso contencioso-disciplinario es de seis meses desde la interposición del previo recurso administrativo no resuelto expresamente (art. 467 Ley Procesal Militar). Solución esta última que parece contradecir la postura más generosa de la jurisprudencia constitucional, que, siguiendo conocidas posturas doctrinales, considera el silencio negativo como una ficción legal a fin de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad administrativa, pero sin que del no uso de esa posibilidad deriven consecuencias negativas —la caducidad de la acción procesal— para el administrado (20).

Por último, en relación con las sanciones por faltas militares leves, aun cuando se trate, según se expuso antes, de actos excluidos del contencioso-disciplinario militar, conviene señalar que el régimen de recursos administrativos procedentes contra las mismas permite en algún caso hasta tres alzadas (art. 51 Ley Disciplinaria Militar).

(20) Véanse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 579-580, y Sentencias del Tribunal Constitucional 6/1986, de 21 de enero y 204/1987, de 21 de diciembre.

b) Una materia que cuenta con regulación, en parte, más adecuada que la contenida en la Ley de lo Contencioso-Administrativo es la referida a la suspensión de los actos recurridos. El artículo 513 de la Ley Procesal Militar permite al Tribunal suspender la ejecución de la sanción, no sólo si se hubieren de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, que es el supuesto común, sino también cuando la impugnación se fundamente en vicios de nulidad de pleno derecho, si la propia Administración ya hubiere acordado la suspensión en vía disciplinaria (lo que puede hacerse valorando el perjuicio que se cause a la disciplina militar, art. 54 Ley Disciplinaria Militar) y, por último, «si la sanción recurrida fuere la de pérdida de destino y llevara consigo el traslado forzoso del sancionado fuera de la localidad donde hasta entonces estuviese residiendo».

En términos generales, da la impresión de que ese régimen más por-menorizado de la suspensión acierta a conectar con los datos constitucionales que vienen exigiendo un replanteamiento de las restrictivas regulaciones tradicionales (21). En cambio, parece excesivamente riguroso impedir la solicitud de suspensión fuera del escrito de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar (art. 514 Ley Procesal Militar).

c) Conforme antes se ha explicado, la Ley Procesal Militar sigue ya el sistema de recursos procesales diseñado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 58) pero aún no introducido en lo contencioso-administrativo. El recurso de apelación ante el Tribunal Supremo se sustituye por el recurso de casación.

De esta manera, las providencias y autos de los órganos de la Jurisdicción Militar en los procesos contencioso-disciplinarios militares sólo admiten el recurso de súplica ante el mismo Tribunal, salvo si se trata de auto de inadmisión (art. 502 Ley Procesal Militar). Las sentencias y autos de inadmisión (en este caso, previo recurso de súplica, art. 478 Ley Procesal Militar) del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo; casación que se rige por la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo pequeñas variantes (art. 503 Ley Procesal Militar). Contra las sentencias firmes del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales cabe recurso de revisión estricto, por causas que excluyen articular en este recurso motivos de casación (art. 505 Ley Procesal Militar). En cambio, las sentencias firmes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo son susceptibles de recurso de revisión ante la Sala de Revisión del Tribunal

(21) Para esta materia, remito a LÓPEZ RAMÓN, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *RAP*, núm. 115 (1988), pp. 63-85; también a Joaquín TORNOS MAS, «La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *RJC*, núm. 4 (1986), pp. 80-90.

Supremo, por causas de estricta revisión y también de casación, al estilo de lo regulado en el artículo 102 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (art. 504 Ley Procesal Militar).

d) En lo relativo a la ejecución de sentencias, el artículo 506 de la Ley Procesal Militar la encomienda a la propia Administración, conforme al conocido y criticado sistema de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (22). Incluso se permite la suspensión e inexecución, total o parcial, del fallo, sin mencionar causas tasadas, aunque siempre bajo el control del Tribunal sentenciador, que puede sustituir lo resuelto en sentencia por una indemnización de daños y perjuicios (art. 508 Ley Procesal Militar). Obsérvese que esa posibilidad está permitida por el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien bajo la forma de expropiación por el Gobierno de los derechos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme, con fijación judicial de la indemnización.

* * *

Recapitulando ya sobre los datos anteriores, cabe destacar el origen del recurso contencioso-disciplinario militar en la doctrina formada por el Tribunal Constitucional para resolver ciertos problemas de ajuste del sistema sancionatorio del Código de Justicia Militar de 1945 al Texto Fundamental. Habida cuenta de ese dato, debe concluirse que es un proceso ajustado a la Constitución, aunque no por ello merecedor de elogios, puesto que supone una quiebra apreciable en el sistema general de control de la Administración, concentrado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El contencioso-disciplinario militar encaja bien, en cambio, en el conjunto de reformas de la Justicia Militar, a través de las cuales se ha conseguido reconducir toda la materia sancionatoria militar, incluida la imposición de penas por delitos, al enjuiciamiento exclusivo por los órganos de la Jurisdicción Militar, sin establecer puntos de contacto con la planta jurisdiccional ordinaria o común.

El sistema es, pues, en sí mismo, congruente, aunque no dejen de existir dudas sobre su bondad. La existencia de una Jurisdicción Militar con su propia planta orgánica hubiera podido compaginarse con la concentración en las Salas tradicionales del Tribunal Supremo de la competencia para resolver los recursos de casación y revisión. Tal solución hubiera parecido más adecuada al mandato constitucional que configura al Tribunal Supremo como «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» (art. 123.1 Constitución). Se hubiera trata-

(22) Para una visión crítica del sistema tradicional de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, véase Tomás FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, Civitas, 1985.

do, así, de concentrar, al menos en la cúspide, el ejercicio de la potestad punitiva.

Recuérdese, en tal sentido, que en el período que va desde la aprobación de la Constitución hasta la Ley Jurisdiccional Militar de 1987 fue posible interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra ciertas Sentencias del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar (art. 14 Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre). Podía así realmente el Tribunal Supremo cumplir una función homogeneizadora en la aplicación de todo tipo de penas, estuvieran previstas en el Código Penal común o en el Código Penal militar, sin perjuicio de las debidas especialidades. ¿Tan mala ha sido esa experiencia? ¿Tantas consecuencias negativas se han obtenido de la competencia indicada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se precisa de una Sala propia para los asuntos militares? ¿No hubiera sido más adecuado profundizar en ese sistema, más conforme con el principio de unidad jurisdiccional?

Las reformas de la Jurisdicción Militar, con la atribución exclusiva a la misma de toda la materia sancionatoria militar, revelan un claro deseo de imposibilitar puntos de contacto con los órganos jurisdiccionales que ordinariamente aseguran la garantía judicial en el ámbito punitivo. De una parte, la exclusión definitiva del contencioso-administrativo para las sanciones disciplinarias militares; de otra parte, la eliminación de la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en lo penal-militar.

En lo específicamente referido al contencioso-disciplinario militar, su conveniencia y utilidad no parecen muy firmemente asentadas. Sin duda, la Administración Militar precisa de especialidades de régimen jurídico. Pero de especialidades debidamente justificadas. No puede aceptarse ya la idea del Derecho de excepción como pauta necesaria de las regulaciones militares. Hay que encauzar el Derecho militar por las vías ordinarias, en la medida de lo posible, exigiendo razonabilidad y coherencia para el establecimiento de excepciones. Esa mentalidad, productora de normalización jurídica, no se encuentra claramente reflejada en la fórmula del contencioso-disciplinario militar.

