

siendo irrelevante el motivo —ya sea «por razones exclusivamente competenciales» (*sic* en FJ 7 de la Sentencia de la mayoría) ya por razones de fondo— por el que se haya declarado su inconstitucionalidad. Si no es posible tomar en consideración normas inconstitucionales para precisar el alcance normativo o completar el alcance de otras normas que son conformes a la Constitución creo, con el debido respeto, que el razonamiento de la Sentencia mayoritaria abre un flanco a la duda.

Desde el ángulo del Derecho urbanístico resulta, en fin, que el texto refundido de la Ley del suelo de 1992 ha sido definido como la Ley de los aprovechamientos, al llevar la reforma de 1990 hasta sus últimas consecuencias, y casi agotar en sus posibilidades, el concepto de aprovechamiento urbanístico que nace en la Ley de 1975 y el texto refundido de 1976. Pues bien, la STC 61/1997 no sólo ha declarado inconstitucional y nulo el artículo 27 LS 1992, que establecía el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 61/1997, FJ 17.c), sino también las técnicas esenciales en la configuración del derecho de propiedad del texto refundido de 1992, que se subsumían en las competencias del Estado sobre el establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1 CE) o, según creo, en las competencias exclusivas sobre legislación civil (artículo 149.1.8 CE). Así ha ocurrido respecto de la delimitación de áreas de reparto (art. 94 LS 1992), el cálculo y fijación del aprovechamiento tipo (arts. 95, 96.1 y 3, 97, 98, 99.1 y 2, y 100 LS 1992) o, en fin, la disposición adicional primera.

En tal estado de cosas, y recordando que debemos retrotraernos temporalmente al Derecho que debe aplicar la Sala *a quo* para resolver la cuestión de inconstitucionalidad 4104/99 (según el fundamento jurídico 5 de la Sentencia, que comparto plenamente), debe apreciarse que el ordenamiento jurídico vasco carecía —a diferencia de lo que acontecía en el mismo momento en la Comunidad Foral de Navarra o en la Comunidad Valenciana— de una legislación propia no fragmentaria que permitiese aplicar en el País Vasco las complejas técnicas de equidistribución de la Ley del suelo de 1992. Ni las referencias al Derecho estatal del Decreto 132/1994, de 15 de marzo, ni la de la Ley vasca 17/1994 bastaban para integrar en el Derecho autonómico vasco la regulación de las áreas de reparto y del aprovechamiento tipo. Por ello, al haber desaparecido (*tamquam non esset*) el Derecho estatal que establecía tal regulación, no se podía dar aplicación a lo que carece jurídicamente de existencia.

Tiene razón la Sala *a quo* cuando considera que una Comunidad Autónoma no puede establecer una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano sin que el Estado haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad. Parece necesario, por ello, resolver la cuestión de inconstitucionalidad declarando la procedencia de integrar ese artículo 20 LS 1992, que contempla la Sentencia de la mayoría, con el texto refundido de la Ley del suelo de 1976, al que antes se hizo referencia, acomodándolo al mismo. La consecuencia habría sido la improcedencia de establecer las cesiones en el suelo urbano de que se trata por el juego conjunto del artículo 20.1 a), relativo a la cesión de terrenos destinados a dotaciones públicas, con el artículo 83.3 LS 1976. La normativa válida autonómica ha quedado desplazada por la condición básica sobrevenida que se acaba de indicar, que es la única que alcanza a garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad.

4. Respecto de la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad me limitaré a expresar mi desacuerdo con la doctrina de la STC 61/1997, en lo que se

refiere, además de la esencial cuestión de la supletoriedad, a la consideración de las áreas de reparto y del aprovechamiento tipo como técnicas urbanísticas subsumibles en las competencias autonómicas, y por ello ajenas al ámbito del artículo 149.1.1 CE. Incluso aceptando los postulados de la STC 61/1997 creo que, siguiendo en la línea progresiva de la STC 164/2001, de 11 de julio, no se debería haber declarado la inconstitucionalidad del apartado 1 de los dos preceptos estatales que disponen la patrimonialización del 100 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en el suelo urbano excluido de una unidad de ejecución. No comparto la distinción que se efectúa en el fundamento jurídico 9 respecto de lo que se dijo en los fundamentos 19-20 de la STC 164/2001, por lo que creo excesiva la fidelidad literal a la doctrina de la STC 61/1997 (que se aprecia en el FJ 8), sin los matices que ha representado nuestra doctrina posterior. Piénsese que el escenario de las fuentes del Derecho en esta segunda cuestión es muy distinto al de la cuestión de inconstitucionalidad 4104/99. En efecto, como reconoce la propia Sentencia, la disposición adicional única de la Ley vasca 3/1997 incorporó como Derecho autonómico las técnicas de la Ley del suelo de 1992 que habían sido declaradas inconstitucionales por incompetencia cuando fueron dictadas por el Estado. No fue la única Comunidad Autónoma que adoptó tal medida. Si el complejo entramado de técnicas urbanísticas había pasado ya al terreno del Derecho autonómico en el momento del Derecho aplicable para resolver esta segunda cuestión de inconstitucionalidad (antecedente de hecho 12) no veo gran diferencia entre la inexistencia de deberes de cesión en suelo urbano consolidado y patrimonialización del 100 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en suelo urbano excluido de una unidad de ejecución.

Reiterando mi respeto al criterio de la mayoría, firmo este Voto particular en Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

19640 Pleno. Sentencia 179/2004, de 21 de octubre de 2004. Cuestión interna de inconstitucionalidad 2885-2001. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: prohibición de que los militares ejerzan la acusación particular, ni la acción civil, cuando existe con el inculcado una relación jerárquica de subordinación (STC 115/2001). Nulidad de preceptos estatales. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez,

don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2885-2001, planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional, en relación con los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por posible vulneración de los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 CE. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Pleno.

I. Antecedentes

1. El Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/2001, de 10 de mayo, dimanante del recurso de amparo núm. 1786/98, acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la que se hace mérito en el encabezamiento.

2. Mediante providencia de 5 de junio de 2001 la Sección Segunda acordó dar trámite a la cuestión de inconstitucionalidad y, a tal efecto, y conforme establece el art. 37.2 LOTC, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Igualmente se acordó publicar la incoación del proceso en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 15 de junio de 2001.

3. Evacuando el anterior trámite de alegaciones, por escrito registrado en este Tribunal el día 22 de junio de 2001 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el Acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara, en su reunión del día 19 de junio de 2001, conforme al cual dicha Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Igualmente, con fecha de registro en este Tribunal del 25 de junio de 2001, se recibió otra comunicación del Presidente del Senado dando cuenta de que la Mesa de la Cámara acordó, en su reunión del día 19 de junio de 2001, que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 27 de junio de 2001. En él se sostiene, en primer lugar, que, atendidos los términos del recurso de amparo resuelto por la STC 115/2001 y la naturaleza propia de la autocuestión de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC, el problema planteado en el presente procedimiento está claramente delimitado, ciñéndose la cuestión a dilucidar si la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar (LOJM), y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM), conculca el principio de igualdad en la ley consagrada por el art. 14 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acce-

so a la jurisdicción, garantizado por el art. 24.1 CE, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5 CE, en su inciso final.

En opinión del abogado del Estado la STC 115/2001 abandona la doctrina constitucional sentada en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985, doctrina que sirvió precisamente de orientación al legislador para dictar en su momento los dos preceptos ahora cuestionados. De acuerdo con la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, dictada con relación a preceptos del Código de justicia militar no exactamente coincidentes con los aquí cuestionados, pero que constituyen su precedente, es legítimo que, para preservar la unidad y disciplina de las Fuerzas Armadas, fundamento último en razón del cual el constituyente previó una jurisdicción militar específica, el legislador prohíba litigios entre militares «ligados orgánicamente» cuando se desarrollan ante dicha jurisdicción. Corolario de esa tesis es la licitud constitucional de la prohibición legal de que los militares ejerzan la acción penal y la civil derivada de delito ante los tribunales militares cuando entre ofendido e inculgado medie vinculación jerárquica. Esta restricción aparece especialmente justificada cuando el agraviado es un inferior y el ofensor es un superior, pues la disciplina exige que el superior pueda en todo momento dar órdenes tajantes con una pretensión vigorosa de ser cumplidas exacta y rápidamente. Si el inferior puede utilizar frente al superior la acción penal como parte acusadora, la relación jerárquica entre superiores e inferiores podría quedar seriamente perturbada. No obstante —continúa el Abogado del Estado—, es cierto que la prohibición legal cuestionada no sólo se refiere a la acción que el inferior puede intentar emprender contra el superior, sino también a la hipótesis inversa, seguramente en aras del principio de igualdad y quizá también para prevenir el peligro de que un superior pueda, a su discreción y sin el filtro objetivo del Fiscal Jurídico-Militar, utilizar desviadamente el proceso penal militar contra un inferior.

Pasa seguidamente el Abogado del Estado a criticar los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 9 a 12 de la STC 115/2001, adhiriéndose a los argumentos contenidos en los Votos particulares a la misma y señalando, en primer lugar, que el principio de disciplina se proyecta no sólo en la esfera administrativa, sino también sobre el proceso, donde el enfrentamiento jurídico entre las partes supone un riesgo cierto de menoscabo de la disciplina que no resulta conjurado por el hecho de que la jurisdicción militar sea desempeñada por tribunales militares independientes y desvinculados del mando, dado que cuanto más independientes sean los órganos judiciales de la jurisdicción militar más respetuosos serán con la libertad de defensa y más áspera podrá ser ésta, con la probabilidad de que su secuela sean animadversiones entre las partes, lo que difícilmente contribuirá a que se mande y se obedezca de la manera que suele considerarse más ajustada a la sana disciplina militar. En segundo lugar se rechaza que los preceptos cuestionados entren en colisión con el art. 14 CE, explicando que, en contra de lo que se sostiene en el fundamento jurídico 10 de la STC 115/2001, los preceptos cuestionados obedecen a una justificación objetiva y razonable, cual es la de evitar la probable perturbación del principio de disciplina como consecuencia de enfrentamientos procesales entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica. Lo que imponen las normas cuestionadas es que en estos casos la acusación penal sea ejercida, junto con la acción civil, por el Fiscal Jurídico-Militar, y no directamente por el militar ofendido. Por otra parte el agraviado puede denunciar y además puede solicitar al Fiscal Jurídico-Militar que formule acusación, según una determinada calificación, o que reclame una cantidad en concepto de indemnización, y el Fiscal Jurídico-Militar queda obligado

a examinar esas peticiones conforme a los principios cardinales de su estatuto: imparcialidad, legalidad y unidad de actuación-dependencia jerárquica y a actuar en consecuencia con su apreciación.

Rechaza igualmente el Abogado del Estado que los preceptos cuestionados vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues la prohibición legal de aparecer como acusación particular en el proceso militar cuando ofendido e inculpado sean militares vinculados por relación jerárquica de subordinación no deja al agraviado por el supuesto delito sin vía para hacer valer sus pretensiones. En cuanto a la pretensión propiamente punitiva, que nunca comprende el derecho a que se condene al acusado, las normas cuestionadas se limitan a encauzar su ejercicio a través del Fiscal Jurídico Militar, que actúa verificando la conformidad a Derecho de las pretensiones acusatorias del ofendido. En cuanto a la acción civil derivada de delito, el agraviado puede optar por ejercerla él mismo ante la jurisdicción civil o por que sea el Fiscal Jurídico Militar quien la ejerza conjuntamente con la penal en el proceso militar en beneficio de aquél, por lo que no hay obstaculización o impedimento para la obtención de una reparación efectiva, sino, a lo más, un mero aplazamiento cuando el agraviado opte por el ejercicio de la acción civil en la jurisdicción ordinaria, no siendo atendibles, a juicio del Abogado del Estado, los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico 12 de la STC 115/2001 acerca de las eventuales dificultades de estimación en vía civil de la acción civil derivada de delito como consecuencia de la prejudicialidad de los pronunciamientos de la previa sentencia firme dictada en el proceso militar.

Por todo ello concluye el Abogado del Estado solicitando que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 9 de julio de 2001. Tras referirse a los términos en los que fue estimado el recurso de amparo del que trae causa este procedimiento, el Fiscal General del Estado considera pertinente, como consideración previa al examen de fondo, señalar que, si bien en este caso ha sido el propio Pleno del Tribunal Constitucional quien ha resuelto plantearse la cuestión interna de inconstitucionalidad, el fallo no tiene por qué ser necesariamente el de la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, y cita al efecto como precedente la STC 48/1995, de 14 de febrero, que desestimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la STC 125/1994, de 25 de abril. A juicio del Fiscal General del Estado la solución ha de ser, justamente, la desestimación de la cuestión, pues los arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, no contradicen las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

En cuanto a la pretendida contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva, el Fiscal General del Estado, tras recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su STC 64/1999, de 26 de abril, conforme a la cual la acción popular en el proceso penal militar no viene impuesta por el contenido esencial del art. 24.1 CE, sino que su existencia en dicho proceso depende de la decisión del legislador, señala que la STC 115/2001 parte de la misma premisa en cuanto al ejercicio de la acción penal por el ofendido, estableciendo que, una vez que la Ley procesal militar ha dado entrada a la acusación particular (art. 127.1, primer inciso), puede asimismo introducir excepciones, pero, si lo hace, tales excepciones deben responder a una justificación suficiente como para no lesionar el derecho a la igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente

de acceso al proceso. Según la STC 115/2001 la excepción contemplada en los arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, carece de la justificación exigible, por lo que contradice las exigencias de los arts. 14 y 24.1 CE. Para el Fiscal este criterio no puede compartirse. La legislación militar, en atención a las circunstancias peculiares de la organización castrense y como lo venía haciendo históricamente, ha querido mantener, como regla, la ausencia de acusación particular entre los militares en el proceso penal militar (además de en tiempo de guerra: art. 127 LOPM y 168 LOJM), si bien ha considerado oportuno no extender esta limitación a los civiles y admitir la acusación particular en el supuesto específico de militares que no se encuentren subordinados, como se desprende de la lectura de la exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción militar. Para ello el legislador no necesita buscar una especial justificación en el plano constitucional, ya que tanto la acusación particular como la acción popular son derechos de estricta configuración legal, por lo que los preceptos cuestionados no son contrarios al art. 24.1 CE.

Sin perjuicio de ello, aun admitiendo que la Ley hubiera impuesto de manera general la acusación particular, excepcionándola después para los militares subordinados, ello no convertiría ese derecho en fundamental ni lo trasladaría al contenido esencial del derecho de tutela judicial. La excepción impuesta por la Ley carecería por consiguiente de contenido constitucional y exigiría una interpretación constitucional menos intensa, dado que, correspondiendo al legislador el reconocimiento de los derechos a la acusación particular y al ejercicio de la acción civil en el proceso penal militar, también el legislador puede no reconocerlos a determinadas personas, sin que desde el plano constitucional tenga sentido analizar si al actuar así el legislador respetó otros intereses constitucionalmente protegidos que justifiquen el sacrificio de aquellos derechos, pues no se trata de derechos fundamentales y, por tanto, en este aspecto seguimos en el ámbito de la mera legalidad ordinaria. Pero para el supuesto que el Tribunal considere necesario justificar el sacrificio de los derechos que la excepción comporta, determinando si dicha restricción se encuentra justificada porque responda a la protección de intereses constitucionalmente protegidos, incluso aunque no tengan la consideración de derechos fundamentales, bien a efectos del derecho al acceso al proceso (art. 24.1 CE), bien desde el plano de la no discriminación entre dos grupos de personas (art. 14 CE), existen a juicio del Fiscal General del Estado razones sobradas que legitiman tal excepción.

En efecto, esta regla viene justificada por la necesidad de proteger los principios de disciplina y subordinación jerárquica que son inherentes e indispensables a la organización militar. Las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, en su art. 449 afirman que «es deber y constituye primordial responsabilidad del mando mantener y fortalecer la disciplina». Lo mismo dicen las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, art. 274) y las del Ejército del Aire (Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, art. 313). Tales principios constituyen base suficiente tanto para estimar proporcionada la limitación de acceso al proceso (art. 24.1 CE) como para que pueda considerarse razonable la diferencia de trato que el legislador otorga a supuestos sin duda distintos en los que están incluidas diversas personas, esto es, las que siendo militares están subordinadas jerárquicamente y las que no reúnen esas características, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su ATC 121/1984 y su STC 97/1985, sin que los casos allí contemplados se refieran a precepto de contenido distinto en lo que concierne a la doctrina que aquí interesa, porque la interposición de querrela

(a lo que se refirió el ATC 121/1984) es una forma de iniciar el proceso y de personarse en él que puede utilizarse por la acusación particular cuando no decide simplemente personarse en un proceso ya iniciado (art. 127 y 130 LOPM), doctrina que ha tenido en cuenta el legislador postconstitucional cuando ha redactado las leyes cuyos preceptos ahora se cuestionan, como se afirma expresamente en la exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción militar y de la Ley procesal militar.

Tampoco se comprende, a juicio del Fiscal General del Estado, que la excepción al ejercicio de la acusación particular no guarde relación con la disciplina de los cuerpos e institutos armados o que aquélla sea contraria a lo dicho en el art. 117.5 CE, que somete la regulación del ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense «a los principios de la Constitución», porque justamente por el carácter prevalente de la disciplina militar y de la especialidad de esta rama la Constitución permite su regulación independiente y con especialidades, entre las que lógicamente ha de estar y prevalecer sobre otros valores la disciplina, al ser elemento indispensable en una organización tan rigidamente estructurada como las Fuerzas Armadas. De otro lado es obvio que, si se limita el ejercicio de la acusación particular entre militares subordinados en el proceso penal militar (tanto de inferior a superior como a la inversa; así lo reconoce la propia STC 115/2001, FJ 4), lo es para evitar que los enfrentamientos producidos en el seno del proceso trasciendan extramuros del mismo y se adentren en la misma organización militar, para la que son tan nocivos. Nada tiene que ver para ello que «en la actualidad la jurisdicción militar se ejerza por Juzgados y Tribunales dotados de independencia» ni que «el principio de disciplina militar no deba extravasar su propio ámbito —la administración militar— para proyectarse en el seno del proceso», porque no es que se lleve la disciplina al proceso sino que lo que ocurre en el proceso (enfrentamiento procesal) puede perjudicar la disciplina de la vida militar extramuros del proceso. Por ello se comprende perfectamente que el principio de jerarquía y disciplina militar sea puesto en entredicho por el reconocimiento de la condición de parte en el proceso penal militar y que, siendo aquella disciplina esencial para la estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas —cuya función es de singular relevancia en el orden constitucional (art. 8 CE)—, constituya justificación suficiente para establecer la excepción o limitación cuestionada.

La excepción sobre el ejercicio de la acusación particular tiene asimismo acogida en el Derecho comparado. En Francia el Decreto 82-984, de 19 de noviembre de 1982, por el que se aprueba el Código de justicia militar, prohíbe en su art. 91 a la parte lesionada el ejercicio de la acción pública. En Portugal el Código de justicia militar, en su art. 376, para los crímenes esencialmente militares sólo admite la acusación pública. En Italia el Código penal militar, en su art. 269, declara de ejercicio público la acción penal y prohíbe el ejercicio de la acción civil ante el Tribunal militar art. 270.

Finalmente, a juicio del Fiscal General del Estado, no parecen equiparables los supuestos de la acusación particular entre militares subordinados con los casos esporádicos de delitos conexos juzgados en la jurisdicción ordinaria, los careos entre militares (art. 179 LOPM) o la comparecencia como testigo de la acusación pública. No son comparables en la intensidad de sus efectos ni pueden por sí justificar la crítica a la excepción introducida por los arts. 127.1 LOPM y 108.2 LOJM. En cuanto a la acción civil ha de resaltarse que, además de proceder su existencia de la Ley y no de la Constitución, no se produce en el ámbito militar un necesario efecto de prejudicialidad de la sentencia penal militar, dado que, a diferencia de la Ley de enjuiciamiento cri-

minal (art. 111 a 114), en la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar no se establece reserva de la acción civil (art. 108 LOJM y art. 168 LOPM) ni se condiciona a la acción penal de ninguna manera.

En consecuencia, el Fiscal General del Estado considera que los arts. 127.1 LOPM y 108.2 LOJM no contradicen los arts. 14 CE y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 CE, por lo que debe desestimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad.

6. Por providencia de 19 de octubre de 2004 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En la STC 115/2001, de 10 de mayo, el Pleno de este Tribunal, al otorgar amparo frente al Auto de la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó el recurso de queja promovido contra el Auto de 30 de enero de 1998 del Juez Togado Militar Territorial núm. 13, por el que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas núm. 13/11/98 que se instruían, por estimar que dichas resoluciones judiciales habían vulnerado los derechos del recurrente a la igualdad en la ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), concluyó que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga “de acuerdo con los principios de la Constitución”» (FJ 13).

Por ello, el alcance del amparo otorgado por la STC 115/2001 «determina la nulidad de los Autos impugnados, así como el planteamiento ante el Pleno de este Tribunal, conforme a lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los siguientes preceptos legales: a) art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar [en adelante, LOJM], cuyo texto se dejó transcrito en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia; y b) art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar [en adelante, LOPM], respecto del siguiente inciso: “excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”» (FJ 13).

El Fiscal General del Estado ha sostenido en su escrito de alegaciones que los preceptos cuestionados no resultan contrarios a los arts. 14 y 24.1 CE, toda vez que tanto la acusación particular como la acción popular son derechos de estricta configuración legal, por lo que el legislador puede legítimamente excluir la acusación particular en el proceso penal militar cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, permitiéndola en cambio cuando no se den tales circunstancias, sin necesidad de acudir al plano constitucional para justificar esta opción legislativa. En todo caso esta exclusión responde, como ya señalara este Tribunal en el ATC 121/1984, de 29 de febrero, y en la STC 97/1985, de 13 de febrero, a la necesidad de proteger los principios de disciplina y

subordinación jerárquica que son inherentes e indispensables a la organización militar para el cumplimiento de las funciones de singular relevancia en el orden constitucional que el art. 8.1 CE establece, a fin de evitar que los enfrentamientos producidos en el seno del proceso trasciendan extramuros del mismo y se adentren en la misma organización militar. Consiguientemente, el Fiscal General del Estado solicita que dictemos una Sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte el Abogado del Estado sostiene asimismo que ha de tenerse en cuenta como precedente la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, de la que en su opinión se aparta injustificadamente la STC 115/2001. Los preceptos cuestionados obedecen a una justificación objetiva y razonable, cual es la de evitar la probable perturbación del principio de disciplina como consecuencia de enfrentamientos procesales entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica, y esa justificación conduce a rechazar las dudas de constitucionalidad expresadas en la STC 115/2001, cuya fundamentación rebate el Abogado del Estado partiendo de los Votos particulares formulados a la misma. En consecuencia, el Abogado del Estado coincide con el Fiscal General del Estado en solicitar la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que los preceptos cuestionados no vulneran los arts. 14 y 24.1 CE.

2. Entrando en el fondo de la cuestión planteada, conviene recordar que la misma se contrae a dilucidar si los preceptos a los que se refiere (arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, en el inciso «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación») contradicen las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), predicable y exigible, desde luego, de los órganos de la jurisdicción militar, con las peculiaridades propias de esta jurisdicción especial (art. 117.5 CE).

El art. 108, párrafo 2, LOJM, dispone que «No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

Por su parte, el art. 127, párrafo 1, LOPM, establece que «Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones».

Conviene subrayar, como lo hicimos en la STC 115/2001, que esta relación de subordinación no se refiere exclusivamente al supuesto en que el ofendido o perjudicado se encuentre en una situación jerárquicamente inferior a la del inculpado, sino que la excepción también comprende la hipótesis inversa, sin duda, como sugiere el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, por entender el legislador que así lo exigía el principio de igualdad en la ley. De otra parte la exigencia de que exista una relación de subordinación entre agraviado e inculpado, siendo ambos militares, como requisito inexcusable para la exclusión de la acusación particular en el proceso penal militar, pone de manifiesto la circunstancia de que el legislador ha querido atender a determinada singularidad propia de la jurisdicción castrense, estimando que, en virtud del status en que se encuentran los militares afectados, es constitucionalmente legítimo

introducir ciertas restricciones o limitaciones al ejercicio de la acción penal. A esta exclusión se añade la prevista en el art. 168 LOJM, conforme al cual en tiempo de guerra no se admitirán la acusación particular, ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria. Por el contrario el legislador no ha considerado oportuno estimar tal limitación al supuesto en que una de las partes, agraviado u ofendido, sea civil, seguramente en consideración a la doctrina sentada por este Tribunal en su STC 97/1985, de 29 de julio, a la que seguidamente nos referiremos, ni tampoco al supuesto en que entre los militares no exista relación jerárquica de subordinación.

3. De este modo, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890 como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894 no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la Justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que «Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada». Tras la reforma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar «En ningún caso puede ejercitarse querrela. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor».

Precisamente en relación con la previsión contenida en el art. 452.2 CJM tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su STC 97/1985, de 29 de julio, y en su ATC 121/1984, de 29 de febrero, si bien, como ya señalamos en la STC 115/2001 (FJ 7), ambos pronunciamientos versaron sobre asuntos que no guardan identidad sustancial con la presente cuestión, en la medida que la consideración de los recursos de amparo allí resueltos se hacía desde la óptica del entonces vigente art. 452.2 CJM -según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre-, por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser ahora considerada con muchas salvedades y matizaciones, por más que el art. 452.2 CJM pueda entenderse como precedente legislativo del art. 127.7 LOPM.

Así, en la STC 97/1985, de 29 de julio, se otorgó el amparo solicitado frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. Por su parte el ATC 121/1984, de 29 de febrero, se refiere también al art. 452.2 CJM, respecto a la expresa prohibición de interposición de querrelas que dicho precepto contenía («en ningún caso se admitirá la querrela»), sin realizar valoración alguna en relación con lo dispuesto en el apartado primero de

ese mismo precepto, en el que se establecía que los procesos militares «se iniciarán de oficio o en virtud de parte o denuncia o a instancia del Fiscal Jurídico Militar». La prohibición de formular querrela contenida en el citado art. 452.2 CJM no impedía la iniciación del proceso mediante denuncia ni, en todo caso, contenía restricciones al ejercicio de la acción penal en razón de la relación jerárquica de subordinación que pudiera existir entre inculpaado y ofendido.

Además, como también se dijo en la STC 115/2001, FJ 7, conviene recordar que el ya derogado art. 452.2 CJM es anterior en el tiempo a la aprobación de la Ley Orgánica de la jurisdicción militar, cuyo título V, capítulo II, otorgó nueva configuración al ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en el ámbito castrense. Por todo ello la única referencia expresa contenida en nuestra jurisprudencia, en relación con los arts. 127.1 LOPM y 108.2 LOJM, es la efectuada de modo indirecto en la STC 177/1996, de 28 de febrero, en cuyo FJ 7 se señaló que, a los efectos de aquel amparo, era innecesario «examinar la corrección de esta singular previsión procesal».

En definitiva, los argumentos que sirvieron para fundamentar los pronunciamientos de este Tribunal a los que hacen referencia el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado en sus respectivos escritos de alegaciones (ATC 121/1984 y STC 97/1985), además de su carácter aislado y del hecho de haberse dictado en supuestos diversos del presente, se referían a un precepto legal (art. 452.2 CJM, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre) de distinto contenido al de los ahora examinados, por lo que carecen de la adecuada idoneidad para poder ser considerados como doctrina constitucional a tener en cuenta para resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Así las cosas, hemos de examinar si la prohibición que establecen el art. 108.2 LOJM y el art. 127.1 LOPM del ejercicio de la acción penal y de la acción civil ante la jurisdicción militar, cuando exista relación jerárquica de subordinación entre agraviado e inculpaado, siendo ambos militares, infringe el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, *in fine*, CE, que obliga al legislador a regular el ejercicio de la jurisdicción militar «de acuerdo con los principios de la Constitución», mandato reiterado por el art. 1 LOJM, a cuyo tenor: «La jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y a las leyes». Ello significa, como ya señalamos en la STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 7, que el art. 117.5 CE «exige una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la Norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la Constitución, en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución».

4. Debe ante todo recordarse, tal como señaló la STC 115/2001, FJ 6, que «la presencia en el proceso penal, tanto el ordinario o común como el militar, de quienes suelen calificarse como partes contingentes o no necesarias (es decir, las distintas al Ministerio Fiscal y al acusado), implica la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, susceptible, pues, de ejercicio en los términos en que aparezca regulado por el legislador». Dicho de otro modo, no existe una exigencia constitucional, derivada del art. 24.1 CE, sobre

el establecimiento de la acusación particular y de la acción popular. Una y otra institución sólo existen cuando la ley las establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo hemos declarado, en efecto, en el ámbito del proceso penal militar, respecto de la acción popular, sobre la que la Ley procesal militar guarda silencio, que la jurisdicción militar viene interpretando como exclusión consciente de la acción popular, interpretación que no determina vulneración constitucional alguna (SSTC 64/1999, de 26 de abril, 81/1999, de 10 de mayo, y 280/2000, de 27 de noviembre).

El ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que ha de realizarse en el marco de un proceso sometido a un haz de garantías para el imputado (por todas, STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5), determina la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes, exigencia reforzada por la vigencia del principio acusatorio —que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso— el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*), como recuerda nuestra doctrina (por todas, STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3). En nuestro ordenamiento jurídico esa función acusadora aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE y art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), si bien el legislador ha optado por no reservar al Fiscal con carácter exclusivo el ejercicio de la acción penal. Dicho en términos de nuestro ATC 219/1984, de 4 de abril, «el Ministerio Fiscal, por lo demás, no monopoliza la iniciativa y el ejercicio de la acción penal; en todo caso, junto con la acción pública, se reconoce al perjudicado el *ius ut procedatur*». De este modo, una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, ya sea al agraviado o perjudicado por el delito o falta (acusador particular), ya sea a los ciudadanos en general en los procesos por delitos o faltas perseguibles de oficio (acción popular), este derecho se configura, conforme tiene reiteradamente declarado nuestra doctrina, como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 163/2001, de 11 de julio, FJ 2), sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior). De modo que el *ius ut procedatur*, que asiste a la víctima de un delito, supone para ésta el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 163/2001, de 11 de julio, FJ 3; y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

Por lo que al proceso penal militar se refiere, el legislador ha optado, en la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar y la Ley Orgánica procesal militar, por dar entrada a la acusación particular, siempre y cuando ofensor y ofendido no sean militares sujetos a una relación de subordinación. La exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción militar se refiere expresamente a esta innovación en los términos siguientes: «se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional» —referencia que parece que debe entenderse hecha a los precitados ATC 121/1984 y STC 97/1985, aunque,

como ya se indicó, tales pronunciamientos no abordan en modo alguno esta excepción. En relación con ello la exposición de motivos de la Ley procesal militar señala como una de las novedades de la misma «la acentuación de las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito —siempre que, en este caso, no afecte a la disciplina militar, principio esencial de la institución militar y uno de los fundamentos de la existencia de la Jurisdicción Militar». Y así, en efecto, los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM, tras efectuar un reconocimiento expreso y generalizado del ejercicio de la acusación particular, reconociendo al ofendido por un delito o falta competencia de la jurisdicción castrense la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitar la acción penal y eventualmente la acción civil aneja, consagran seguidamente la excepción consistente en proscribir el ejercicio de la acusación particular (y de la acción civil) en el proceso penal militar para el supuesto de que agraviado y ofensor sean militares sujetos a relación jerárquica de subordinación —reservándose en exclusiva para estos supuestos el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía Jurídico Militar. Es esta excepción que introduce el legislador para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», que se pretende justificar como regla necesaria para preservar la disciplina militar (argumento en el que insisten el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos examinados), la que suscita el problema de adecuación a lo establecido en los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el art. 117.5 CE.

5. Examinando la cuestión desde la perspectiva del art. 14 CE debe tenerse en cuenta que sobre las exigencias que la igualdad impone en la creación del Derecho —igualdad en la ley— existe una muy amplia doctrina de este Tribunal, que puede resumirse ahora recordando que las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo que no responda a una finalidad constitucionalmente acogida, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2). En consecuencia, este Tribunal ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; y b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando

resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre otras muchas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4).

Partiendo de esta doctrina debemos determinar si la exclusión establecida en los arts. 108.2 LOJM y 127.1, *in fine*, LOPM, del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular (y la acción civil aneja) en el proceso penal militar, encuentra suficiente justificación, de carácter objetivo y razonable, y resulta proporcionada al fin perseguido con tal exclusión, para no infringir el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), dado que la excepción legal cuestionada viene a establecer dos grupos diversos de personas respecto del ejercicio de la acción penal y la acción civil ante la jurisdicción castrense en su condición de ofendidos por un delito de naturaleza militar; de modo que se introduce un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por una relación jerárquica de subordinación que implicaría un trato discriminatorio y por ende lesivo del art. 14 CE si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar, o si la diferenciación establecida condujese a un resultado desproporcionado en atención a esa finalidad de preservación de la disciplina militar.

Como ha quedado expuesto, tanto para el Abogado del Estado como para el Fiscal General del Estado, la exclusión que del ejercicio de la acusación particular (y de la civil) ante la jurisdicción militar se establece por los preceptos legales cuestionados encuentra justificación objetiva y razonable en la necesidad de salvaguardar la disciplina y la jerarquía de la institución militar, que son inherentes e indispensables a la organización militar, con la finalidad de evitar el enfrentamiento jurisdiccional, en su condición de partes procesales, entre quienes se hallan vinculados por una relación jerárquica de subordinación en el seno de las Fuerzas Armadas e institutos armados, y resulta, por ello, una medida proporcionada a dicha finalidad. De suerte que si se limita el ejercicio de la acusación particular entre militares subordinados en el proceso penal militar (tanto de inferior a superior como a la inversa) lo es precisamente para evitar que los enfrentamientos producidos en el seno del proceso trasciendan extramuros del mismo y se adentren en la misma organización militar, con grave riesgo para la disciplina, que es fundamento y principio esencial de dicha organización, cuya función es de singular relevancia en el orden constitucional (art. 8 CE).

6. Ciertamente la disciplina constituye un valor esencial de la institución militar. En este sentido cabe señalar que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 10 que «Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción», señalando en su art. 11 que «La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada». A su vez las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, afirman en su art. 449 que «es deber y constituye primordial responsabilidad del Mando mantener y fortalecer la disciplina». Lo mismo establecen las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, art. 274) y las del Ejército del Aire (Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, art. 313). Por su parte la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 1 que «el régimen disciplinario de las

Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de la Constitución, de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales».

La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

De este modo lo vienen entendiendo también los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, en una consolidada línea jurisprudencial, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a quienes corresponde la tarea hermenéutica de elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, el concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, como recordamos en la STC 115/2001, FJ 8.

Por otra parte, que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales» en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, FJ 4 y STC 97/1985, FJ 4, doctrina ésta que se recordó por la STC 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2, al señalar que las «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución», doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, FJ 4. Con posterioridad hemos vuelto a reiterar esta doctrina, en relación con el problema de las limitaciones al ejercicio de los derechos del art. 20 CE, en la STC 371/1993, de 13 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala que «Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR.OO.)».

Y de nuevo hemos reiterado esta doctrina en la STC 115/2001, FJ 8, de la que trae causa la presente auto-cuestión de inconstitucionalidad, señalando que «no cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el art. 8.1 CE. Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aque-

llas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina».

Sin embargo, como también señalamos en la STC 115/2001, FJ 8, del carácter esencial que tiene la disciplina en los cuerpos e institutos armados no se deriva que, frente al régimen general de reconocimiento en la jurisdicción castrense del derecho a ejercitar la acusación particular y comparecer como parte en el procedimiento, tal régimen deba excepcionarse cuando entre inculpado y ofendido medie una relación de subordinación jerárquica. Es, por lo tanto, imprescindible indagar por qué la oposición entre partes, con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, puede suponer riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar, conforme al concepto jurídico que de la misma ha acuñado la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en la consolidada línea jurisprudencial a la que antes ya se aludió.

7. Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, FJ 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Por ello el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasarse su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenderse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución».

No cabe olvidar, por otra parte, que el posible menoscabo de la disciplina militar que pudiera hallar justificación en una anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los mandos militares, no encuentra en nuestro actual ordenamiento jurídico respaldo alguno, por cuanto tal jurisdicción es desempeñada en la actualidad por Juzgados Togados y Tribunales Militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 y 5 CE) y desvinculados por completo del mando militar.

De suerte que el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina, por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (por todas, SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y

113/1995, de 6 de julio), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la jurisdicción militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar -en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones- no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho.

Por otra parte, la pretensión de evitar enfrentamientos procesales entre militares subordinados, por el riesgo de que tales contiendas jurídicas generen secuelas de animadversión, susceptibles de mantenerse fuera del proceso en que han surgido, afectando al mantenimiento de la disciplina como factor de cohesión de la organización militar, que es la justificación aducida por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, se contradice con otros preceptos de la legislación procesal militar.

Así, el militar agraviado por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) jerárquico está obligado a formular denuncia ante el Juez Togado Militar, el Fiscal Jurídico Militar, o la Autoridad militar que tuviere más inmediatos (arts. 130.6 y 134 LOPM), hasta el punto de que el incumplimiento del deber de denunciar constituye un delito contra la Administración de la Justicia Militar (art. 181 del Código penal militar). Existe, pues, un deber de denunciar, que supone ya una suerte de enfrentamiento preprocesal, sin quiebra alguna para la disciplina militar y, sin embargo, no se permite al denunciante, por el hecho de su condición de militar ligado por relación jerárquica de subordinación al denunciado, personarse como acusación particular en el proceso penal incoado, en su caso, tras dicha denuncia.

Asimismo, como ya señalamos en la STC 115/2001, FJ 10, resulta que el art. 14.1 LOJM prevé que «la jurisdicción a que está atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos», con lo que puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM ahora cuestionada, sin que se alcance a comprender por qué la contienda entre militares en el proceso penal común no afecta a la disciplina militar y sí, en cambio, exista tal afectación cuando el enfrentamiento procesal se produce en el proceso penal militar. Por otra parte, en materia de prueba, la propia Ley procesal militar permite los careos entre inferior y superior, cuidando el Juez Togado «especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no se vea coartado en sus manifestaciones» (art. 179 LOPM); a lo que se ha de añadir que, en la mayoría de los procesos penales militares iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte ejerciendo la acusación particular, intervendrá normalmente en calidad de testigo del Fiscal Jurídico Militar, que ejerce la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda en tales casos la imagen, pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior litigando contra un superior o a la inversa.

En definitiva, y volviendo a nuestra argumentación principal, respecto de la cual las anteriores considera-

ciones sobre la legislación procesal militar no eran más que un simple reforzamiento, la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE.

8. Afirmada la vulneración del art. 14 CE por los preceptos legales referidos, en cuanto excluyen el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado por el delito o falta cuando ofensor y ofendido sean militares ligados por relación jerárquica de subordinación, hemos de apreciar, también, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar.

El art. 24.1 CE asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 6, por todas), puesto que el resultado querido por el art. 117.5 CE es que los órganos de la jurisdicción castrense «en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución» (STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 7).

Más concretamente, por lo que se refiere al ejercicio de la acción penal en el proceso penal militar, y como hemos señalado ya en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la presente resolución, si bien es cierto que el derecho a intervenir como acusación particular en el proceso es un derecho de estricta configuración legal, y no una exigencia dimanante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no lo es menos que, una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)» (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2, y 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11).

Por consiguiente, para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se concurre, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del dere-

cho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante (SSTC 21/1981, de 15 de junio, 97/1985, de 29 de julio, 180/1985, de 19 de diciembre, 107/1986, de 24 de julio, 371/1993, de 13 de diciembre, y 115/2001, de 10 de mayo) que se invoca tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado como justificación de la excepción establecida por los preceptos legales cuestionados, no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del art. 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido.

9. La inconstitucional prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, establecida en los preceptos examinados, viene acompañada de la exclusión del ejercicio ante la jurisdicción castrense de la acción civil derivada del delito o falta militar por razón de la relación jerárquica de subordinación, de suerte que se remite al perjudicado a la jurisdicción civil —se sobreentiende que una vez concluido el proceso penal militar— para ejercitar tal acción (art. 108, párrafo 2, inciso final LOJM).

Ciertamente, del art. 24.1 CE no puede derivarse la exigencia de que la acción civil derivada de delito deba ir aneja a la acción penal y ejercitarse necesariamente en el proceso penal, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para configurar la regulación procesal del ejercicio de la acción civil *ex delicto*. No obstante, una vez que el legislador ha optado por establecer, como regla general, que el agraviado y perjudicado por el delito pueda ejercer en el proceso penal militar conjuntamente con la acción penal la acción civil derivada, salvo que opte por reservarse el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil, cualquier excepción a esta regla general debe superar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad para que pueda ser considerada constitucionalmente legítima.

Pues bien, la exclusión o prohibición del ejercicio de la acción civil derivada del delito o falta en el proceso militar en el caso de que exista relación jerárquica de subordinación entre el militar perjudicado y el militar ofensor, ni resulta suficientemente justificada ni es proporcional al sacrificio de derechos impuesto, por lo que constituye por sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, tal como ya declaramos en la STC 115/2001, FJ 12.

En efecto, al impedirse al perjudicado por el delito o falta militar que, actuando su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal militar, ejercitando al efecto la adecuada pretensión resarcitoria, se está obstaculizando la obtención y efectividad del deber de reparación a cargo del responsable criminal, sin que para ello ofrezca justificación suficiente el principio de jerarquía entre los diversos empleos militares ni esté, en modo alguno, concernida la disciplina propia de la institución militar, dado que mediante dicha pretensión resarcitoria no se persigue la inculpación y condena penal del militar acusado, sino tan sólo la fijación de la adecuada indemnización de la lesión producida en los bienes y derechos del militar agraviado por el hecho punible.

10. La anterior conclusión no queda enervada por la cláusula de remisión a la jurisdicción ordinaria antes

mencionada, pues no sólo se ocasiona una inevitable dilación en la obtención de la reparación a que el militar perjudicado pueda tener derecho, sino que el ejercicio ante la jurisdicción civil de la pretensión resarcitoria va a resultar condicionado por el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la jurisdicción castrense, en un proceso en el que no ha podido intervenir el militar que ha sufrido los daños y perjuicios cuya reparación pretende obtener. En efecto, la jurisdicción civil está vinculada por las sentencias penales condenatorias en cuanto a los hechos que las mismas declaren probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan y por las absolutorias en cuanto declaren la inexistencia del hecho delictivo del que la acción civil hubiera debido nacer, toda vez que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) demandan, como ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4, tuvimos ocasión de sostener, que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» o, dicho en otras palabras, no caben pronunciamientos contradictorios en virtud de los cuales resulte que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue», pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5; y 59/1996, de 15 de abril, FJ 2, por todas). De modo que el militar perjudicado que no pudo ejercer la acusación particular ni tampoco la acción civil aneja en el proceso penal militar, por razón de la relación jerárquica de subordinación, verá constreñido su derecho de defensa, sus posibilidades de alegar y probar en relación con los hechos, cuando pretenda ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de ilícito penal ante la jurisdicción ordinaria una vez concluido el proceso penal militar, lo que evidencia la falta de justificación y la desproporción de la cortapisa establecida en los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM.

11. En virtud de lo razonado hemos de concluir que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, así como de la acción civil derivada de delito o falta, en el ámbito del proceso militar, cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar y en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar, ni resulta proporcionada a la pretendida finalidad de preservar la disciplina militar, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley reconocido por el art. 14 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, así como del art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de octubre de 2004.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugení Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2885-2004, planteada por el propio Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1981, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar

En uso de la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC formulo por este Voto particular mi disidencia res-

pecto del criterio mayoritario del Pleno en que se basa la Sentencia, expresando, ello no obstante, mi respeto personal a los Magistrados que con el suyo han dado lugar a la Sentencia.

En la medida en que la fundamentación de la Sentencia es en realidad una reproducción de la de la STC 115/2001 del mismo Pleno, en la que se estimó el recurso de amparo a la sazón planteado, y se planteó a su vez al Pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos citados en el encabezamiento, y que respecto de dichos fundamentos expresé mi opinión disidente en el Voto particular formulado en dicha Sentencia, considero suficiente, sin necesidad de mayor extensión aquí, remitirme globalmente al contenido de dicho Voto, dándolo aquí por reproducido, que se publicó junto con la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 137, de 8 de junio de 2001.

En tal sentido dejo evacuado mi Voto.

Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.