

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO
«NON BIS IN IDEM» Y SU VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO
SANCIONADOR MILITAR**

José Jiménez Villarejo
*Presidente de la Sala Quinta
de lo Militar del Tribunal Supremo*

La tesis que se mantuvo en la doctrina y en la jurisprudencia, sin apenas contradicción, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, según la cual un mismo hecho podía dar lugar a una sanción administrativa y a una sanción penal por tener ambas su respectivo fundamento en ordenamientos jurídicos distintos, quebró definitivamente al establecerse por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias —la 2/81 de 30-1-1981— el criterio de la unidad represiva:

«El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.»

Señalaba a continuación el Tribunal, en un *obiter dictum* de trascendencia innegable, que si bien el mencionado principio no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, su formal ausencia estuvo determinada por el hecho de que los parlamentarios de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso optaron por no incluirlo en el artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, por entender que el *non bis in idem* va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones que finalmente fueron recogidos en el artículo 25 del texto definitivo. De esta forma, se

vino a proclamar por el máximo intérprete de la Constitución, atribuyéndole rango de derecho fundamental, el derecho del ciudadano a que no se ejerza sobre él, más de una vez y por un mismo hecho, el derecho de castigar las conductas antijurídicas que incumbe al Estado, derecho que se actúa normalmente a través de la jurisdicción, pero que ha sido también limitadamente retenido, no obstante la vigencia del principio de división de poderes, por la Administración dando lugar a eventuales duplicidades sancionatorias.

Ahora bien, la confirmación por la doctrina constitucional del principio *non bis in idem*, y su traducción en un derecho fundamental asimilado al que se deduce del principio de legalidad, no se hizo sin admitir una importante excepción en el párrafo transcrito de la Sentencia 2/81 del Tribunal Constitucional. La prohibición de una doble sanción —administrativa y penal— se condiciona, en este primer pronunciamiento sobre el particular, a «que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento» y, además, a que no exista «una relación de supremacía especial de la Administración». Con este último requisito, parece que la imperatividad del *non bis in idem* tiene que detenerse a las puertas del ámbito en que la Administración ejerce su potestad disciplinaria.

Esta doctrina, reiterada en numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional, inspiró sin duda la regulación contenida en el Código Penal Militar promulgado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, textos que, en rigor, han sido los que han creado los presupuestos estructurales para el planteamiento, dentro de la jurisdicción militar, de la problemática vinculada al *non bis in idem*, al deslindar claramente, en el ordenamiento sancionador castrense, las normas penales cuya aplicación se encomienda exclusivamente a los tribunales militares integrados —con indiscutibles singularidades pero integrados al fin y al cabo— en el Poder Judicial, y las normas disciplinarias cuya aplicación se atribuye a las autoridades y mandos militares, esto es, a la Administración militar, sin perjuicio del control que ejercen los tribunales militares y la Sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria por dichas autoridades y mandos, a través del recurso contencioso-disciplinario militar.

En el artículo 4.º de la Ley de Régimen Disciplinario parece darse por sobreentendida la compatibilidad entre sanciones penales y disciplinarias al establecer que «la iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos he-

chos». A continuación se añade «no obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída de aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme», pero con esta puntualización tan sólo se establece la primacía de la jurisdicción en la fijación de los hechos sancionables que han de ser los mismos para todos los órganos del Estado. No se dice, en cambio, que una vez recaída sentencia condenatoria firme en el procedimiento judicial, no se pueda imponer sanción alguna, por el mismo hecho, en el expediente disciplinario hasta ese momento suspendido. Y si ello es así cuando se trata de las sanciones ordinarias que se pueden imponer por las infracciones disciplinarias enumeradas en los artículos 8.º y 9.º de la Ley de Régimen Disciplinario, mucho más clara resulta la compatibilidad entre pena y sanción disciplinaria cuando ésta es la denominada «extraordinaria» que procede imponer, de acuerdo con el artículo 60, a consecuencia de la condena de un militar profesional, en sentencia firme y «en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión, si hubiese sido cometido por imprudencia». En estos supuestos, la superposición de una sanción disciplinaria sobre la pena es simplemente el corolario de la relación legalmente articulada entre ambas puesto que la «causa» de la incoación del expediente gubernativo, a cuyo término puede ser impuesta una de las sanciones previstas en el artículo 61, es precisamente la imposición de una determinada pena en sentencia firme. Por otra parte, la misma sobreentendida compatibilidad parece desprenderse del artículo 27 del Código Penal Militar cuando dispone el abono, para el cumplimiento de la condena, del tiempo en que se hubiese sufrido arresto disciplinario por los mismos hechos que la hubiesen determinado. La Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, contiene en su artículo 3.º una norma idéntica a la ya citada del artículo 4.º, párrafo primero, de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y en su artículo 9.º-10 un tipo de falta muy grave que reproduce en lo sustancial el supuesto de sanción disciplinaria extraordinaria establecido en el artículo 60 de la misma Ley, por lo que puede decirse que, desde el punto de vista que aquí consideramos, la normativa disciplinaria de la Guardia Civil responde a la misma orientación que la de las Fuerzas Armadas.

La jurisprudencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo ha insistido una y otra vez, realizando una interpretación literal de los preceptos legales que acabamos de citar, en la posibilidad de que, por un mismo hecho, recaigan

sobre el militar infractor dos sanciones, una penal y otra administrativa, cuando aquél se encuentre tipificado simultáneamente en el Código Penal Militar y en las Leyes Disciplinarias. Conviene distinguir, sin embargo, entre dos construcciones doctrinales que tienen, a nuestro juicio, un diverso grado de solidez. De una parte, está el razonamiento que apoya la duplicidad de sanciones en los casos de la «sanción disciplinaria extraordinaria» en que incurren quienes realizan el supuesto fáctico descrito en el artículo 60 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o de la sanción que puede corresponder a la «falta muy grave» prevista en el artículo 9.º-10 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. En estos casos, aunque se aduzcan otras razones, la que aparece como decisiva en los pronunciamientos judiciales es que la sanción administrativa no es más que una «medida complementaria» —sentencia de 21-12-1988— que se adopta respecto a un militar condenado por un determinado delito, porque así lo demandan el mejor cumplimiento de los fines de las Fuerzas Armadas, la imagen que las mismas deben proyectar en la sociedad y el «plus» de ética que cabe exigir del comportamiento de sus miembros. Esta construcción se revela tan razonablemente sólida como para que su aceptación no resulte problemática.

Si puede suscitar alguna objeción, por el contrario, la argumentación con que suele justificarse la imposición de dos sanciones, la penal y la administrativa, cuando esta última se ha impuesto en virtud de la incardinación del hecho —declarado también delito por la jurisdicción militar en el ejercicio de su competencia penal— en alguno de los tipos disciplinarios previstos en los artículos 8.º y 9.º de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas o en los artículos 7.º y 8.º de la de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. En la mayoría de estos casos, el tema se suscita ante la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en recursos de casación del orden jurisdiccional penal, a través de la denuncia de una vulneración del principio *non bis in idem* acaecida, en el sentir del recurrente, como consecuencia de una condena penal sobrevinida tras haber sufrido un arresto disciplinario por el mismo hecho calificado casi siempre, en vía administrativa, como falta leve. De manera prácticamente uniforme, el Tribunal de Casación viene rechazando aquella pretensión con el argumento de la relación de «supremacía especial» de la Administración, al que se añaden ocasionalmente otros como la ya mencionada exigencia al militar de un comportamiento éticamente más estricto —sentencias de 18-12-1989, 9-5-1990 y 17-11-1992 entre otras— o la distinta perspectiva sancionadora en que se sitúan los tribunales y las autoridades administrativas —senten-

cias de 21-12-1988, 21-1-1991 y 18-5-1991 que igualmente se citan a título de ejemplo—. Especial mención merece quizá la sentencia de 26-6-1993 en que se aborda, directa y claramente, el problema de la imposición previa de sanción por falta leve sin aguardar a la conclusión del procedimiento judicial que se pueda incoar para la persecución del mismo hecho, y en el que cabe la posibilidad —muchas veces convertida en realidad— de que se condene como autor de un delito al que inicialmente se sancionó como autor de una falta leve. Dícese en esta sentencia, de manera terminante, que es admisible la corrección previa de la falta leve —aunque se haya iniciado un procedimiento judicial— apoyándose la afirmación en dos niveles de razonamiento. De una parte, se arguye que ni el artículo 4.º de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas ni el 3.º de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil aluden al procedimiento oral instituido para la sanción de las faltas leves cuando imponen la obligación de no resolver en vía disciplinaria hasta que haya recaído sentencia firme en el procedimiento penal que se siga por los mismos delitos: «Ambos preceptos —se dice— se refieren sólo a “expedientes”, es decir, a procesos disciplinarios instruidos documentalmente, en los que aparecen reguladas legalmente una serie de fases, siempre escritas con intervención formal de sancionados y sancionadores y, en general, con una complejidad que las aleja del procedimiento expedito previsto para las leves infracciones disciplinarias». De otra, se advierte que interpretar la Ley en otro sentido «sería tanto como privar a los mandos militares de una herramienta esencial para tomar medidas inmediatas e indispensables para el mantenimiento de la disciplina», a cuyo efecto se recuerda que «los superiores jerárquicos no poseen sólo facultades sancionadores, sino que vienen obligados a adoptar las medidas disciplinarias oportunas tan pronto detecten una falta». La sentencia de 30-1-1995 ha ratificado esta doctrina si bien bajo la advertencia de que «el inmediato restablecimiento de la disciplina y de la subordinación puede conseguirse, sin imponer sanción propiamente dicha, con la breve reclusión del infractor autorizada en el artículo 18 de la Ley de Régimen Disciplinario y con el arresto preventivo que puede ser ordenado, según el artículo 45 de la misma Ley, durante la tramitación del procedimiento por falta grave».

Aunque no pueda ponerse en duda la razonabilidad de los argumentos con que la jurisprudencia viene exceptuando de la vigencia del principio *non bis in idem* la dualidad de sanciones penales y administrativas en el campo del Derecho sancionador castrense, no debe ser descartada la oportunidad de reconsiderar algunos de dichos argumentos. En particular, pa-

rece conveniente continuar reflexionando en tres direcciones que nos parecen especialmente sugerentes:

A) En primer lugar, es necesario enmarcar el análisis de la cuestión en la inflexión doctrinal que ha supuesto la sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre, en la cual tras la afirmación de que:

«Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intentaba salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente.»

Se concluye que la existencia de una mera relación de sujeción especial del funcionario con respecto a la Administración no basta, por sí misma, para justificar la antedicha dualidad de sanciones. Las llamadas relaciones especiales de sujeción, se dice, no son «un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales». Justamente por ello y porque el derecho a no sufrir más de una vez el castigo estatal derivado de una infracción es un derecho fundamental ínsito en el principio de legalidad, es por lo que resulta indispensable, para que sea jurídicamente admisible la dualidad de sanciones, «que el interés jurídicamente protegido sea distinto, y que la sanción sea proporcionada» a la protección que dicho interés merece.

La apuntada necesidad, para que sea jurídicamente admisible la doble sanción, de que no sea el mismo el interés jurídicamente protegido por la norma penal y la disciplinaria, no deja de plantear problemas al mantenimiento de las tesis que tradicionalmente han prevalecido entre los intérpretes del ordenamiento sancionador militar. Porque es evidente la presencia en el Derecho Penal Militar de un factor fuertemente «profesional» en cuya virtud un buen número de los tipos delictivos establecidos en el Código Penal Militar tienden a la protección del mismo interés jurídico que justifica la existencia de tipos de infracciones menores en las leyes disciplinarias. Aunque, en principio, puede admitirse, como criterio de distinción entre las normas penales y las disciplinarias, que mediante las primeras se protegen los intereses generales de la comunidad, en tanto las segundas están enderezadas a la protección de los intereses internos o «domésticos» de la Administración —por lo que éstas son normas que cabe denominar

de «autoprotección»— pueden producirse actos lesivos para los intereses internos de la Administración de tal gravedad y transcendencia —los intereses de la Administración nunca carecen de dimensión pública— que la Ley estime necesario reprimirlos no disciplinaria sino punitivamente. Esta transposición de lo disciplinario a lo penal —y viceversa como es lógico— se da frecuentemente en las normas sancionadoras militares, por lo que no constituyen, en modo alguno, una rareza de tipos disciplinarios que son auténticos «delitos veniales» y tipos delictivos de naturaleza esencialmente disciplinaria. Y naturalmente en tales casos la aplicación sucesiva de las dos sanciones tropieza con el obstáculo —infranqueable a la luz de la doctrina sentada por la Sentencia 234/1991 del Tribunal Constitucional— de que ello supondría un inadmisibles ejercicio reiterado del *ius puniendi* en defensa de un solo interés jurídico. Piénsese, por ejemplo, en la eventualidad de que un mismo hecho sea sancionado como falta leve de respeto a superior del artículo 8.º10 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas —o falta grave de subordinación del art. 9.º16— y como delito de insulto a superior previsto en el artículo 101 del Código Penal Militar. Eventualidad que, por cierto, en modo alguno necesita ser extraída de la fértil imaginación de los observadores de la práctica jurídico-militar.

B) En segundo lugar, sería conveniente situar en la categoría de lo meramente opinable —y no de la ya resuelto de forma inconcusa— la interpretación del artículo 4.º de la Ley Orgánica 12/1985 y del 3.º de la 11/1991, que excluye el procedimiento a seguir para la sanción de las faltas leves de la preceptiva suspensión del expediente disciplinario, cuando se ha iniciado un procedimiento judicial por los mismos hechos, hasta el momento en que recaiga sentencia firme. El término «expediente» no remite forzosa y exclusivamente a un procedimiento escrito sino, según el diccionario de la Real Academia Española, a una «serie ordenada de actuaciones administrativas», por lo que puede ser utilizado sin demasiado esfuerzo para referirse al «procedimiento preferentemente oral» instrumentalizado para la corrección de las faltas leves. No debe minusvalorarse el hecho de que el mencionado término no es empleado por la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas sino en aquella parte de su articulado dedicado a la regulación del «expediente gubernativo» que se incoa para la imposición a los militares profesionales de las sanciones disciplinarias extraordinarias, en tanto los procedimientos que se siguen para sancionar faltas graves o leves —enteramente escrito el primero, preferentemente oral el segundo— se comprenden ambos bajo la común denominación de «pro-

cedimiento sancionador». Resultaría un tanto gratuita la conclusión de que cuando el artículo 4.º de la Ley Orgánica 12/1985 alude a «expedientes disciplinarios» se refiere al expediente gubernativo y al procedimiento escrito para la sanción de faltas graves, pero no al procedimiento preferentemente oral establecido para las leves. Una dificultad de cierta entidad para la interpretación que aquí propiciamos la constituye, a no dudarlo, el artículo 31 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en que se distingue claramente entre el «procedimiento oral» el «expediente disciplinario» y el «expediente gubernativo» como vías hábiles para la depuración de la responsabilidad por faltas leves, graves y muy graves respectivamente. Entendemos, con todo, que la interpretación del artículo 3.º de la Ley Orgánica 11/1991, no puede ser distinta, por elementales razones de coherencia sistemática, de la del artículo 4.º de la Ley Orgánica 12/1985, por lo que la solución debe ser, en uno y otro caso, la misma. Ello con independencia de que no exista razón suficiente para ignorar, cuando se trate de infracciones militares leves, la primacía que corresponde a la jurisdicción en la persecución y castigo de cualquier ilícito, primacía que no puede dejar de ser salvada, por lo menos, en la fijación de los hechos sancionables que deban ser tenidos por probados, pues es esta operación, con toda seguridad, la más trascendental e irrenunciable de las que incumben a la jurisdicción en el orden sancionador.

C) La Sentencia de la Sala 5.ª de 26-6-1993, más arriba comentada, encontraba la razón —para nosotros insuficiente según hemos aventurado en el párrafo anterior— para una excepcional suspensión de la primacía de la jurisdicción militar en la necesidad de no privar a los mandos militares de una herramienta esencial para mantener y restaurar inmediatamente la disciplina. Estamos ante una razón básicamente pragmática a la que sería prudente oponer dos consideraciones. La primera es que la necesidad de restablecer inmediatamente la disciplina puede ser satisfecha, sin concluir el procedimiento sancionador ni imponer sanción propiamente dicha, con alguna de estas tres medidas legalmente previstas:

- a) La «reclusión» del infractor, por tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en su domicilio o en su Unidad.
- b) El arresto preventivo que puede acordarse durante la tramitación de un procedimiento incoado para la sanción de una falta presuntamente grave, situación que puede prolongarse nada menos que durante un mes.
- c) La suspensión del inculpado en sus funciones, para evitar perjuicio al servicio, por tiempo que puede llegar hasta tres meses.

La segunda consideración tiene que ver con el presupuesto implícito de la razón a la que pretendemos objetar. Ese presupuesto no es otro —aunque no se confiese— que la presunta inidoneidad de los órganos jurisdiccionales militares, o del procedimiento penal militar, o de ambas realidades a la vez, para atender con la necesaria prontitud a la urgencia de restaurar la disciplina eventualmente quebrantada. Puede que tal inidoneidad sea, en algún supuesto, un dato ofrecido por la experiencia, pero en cualquier caso, se trataría de una disfunción. Y desde una perspectiva rigurosamente jurídica, lo más correcto ante una disfunción no es sortearla —con el efecto secundario de perpetuarla— mediante un expediente de dudosa legalidad, sino poner todos los medios necesarios para que disfunción se trueque en *una función que contribuya a la armonía de todo el sistema*. Dicho de otro modo, la solución es conseguir que el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales militares sea lo suficientemente ágil y sensible a las verdaderas demandas de la disciplina, para que a nadie se le represente la «necesidad» de sancionar precipitadamente como falta leve —y alguna vez como falta grave, hay que constatarlo— un hecho cuya índole indiciariamente delictiva ha determinado la iniciación de un procedimiento penal. Porque no debe olvidarse —y enlazamos con la preocupación inspiradora de estos apuntes— que normalmente se subsume el hecho en una figura de infracción disciplinaria que tutela exactamente el mismo bien jurídico que el tipo penal posteriormente aplicado en la sentencia judicial.