

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y GRADUACIÓN DOSIMÉTRICA EN LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES (*)

Juan Gonzalo Martínez Micó
Doctor en Derecho
General Auditor

SUMARIO

I.- ORIGEN, ACEPTACIONES Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III.- SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. IV.- CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD. V.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR. VI.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN: DOSIMETRÍA SANCIONADORA.

I. ORIGEN, ACEPTACIONES Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El principio de proporcionalidad, incluido en el más general de «prohibición de exceso», nace en el campo del Derecho Penal (1) y pasa al poder de policía, extendiéndose hasta convertirse en un principio general del derecho, cuya función principal es la de limitar la discrecionalidad en el ejercicio de la actividad represiva del Estado.

* Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Nuevo Régimen Disciplinario Militar, celebradas en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Noviembre 1998.

(1) La exigencia de proporcionalidad entre delito y pena se proclamó formalmente en el artículo 12 de la *Declaración de derechos y deberes del hombre y el ciudadano* de 22 de agosto de 1789: «La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito», y suele plasmarse en la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno.

2. Según FERNÁNDEZ MONTALVO (2), en una *acepción amplia*, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho Público que comporta la exigencia de que cualquier actuación de los poderes públicos limitadora o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido.

En su *acepción* más estricta el principio de proporcionalidad representa la exigencia de una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. La exigencia de proporción se determina mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la sanción y el fin perseguido por la conminación legal.

La natural *imprecisión del principio* no ha escapado ciertamente a la Jurisprudencia (3) y, así, la S. Sala 3.^a de 22 de septiembre de 1982 (Ar. 5480: Díaz Eimil) se ha encargado de recordar que «*el concepto de proporcionalidad de la sanción, por su propia naturaleza, es difícilmente concretarle en términos de gran especificación y singularidad hasta el punto que su aplicación, en último término, tiene que venir fundamentada en una apreciación conjunta de las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable*».

La mayor dificultad conceptual que suscita el principio de proporcionalidad reside en la delimitación del criterio que se ha de utilizar como medida de la proporcionalidad. En ese sentido un Estado democrático no puede llevar a cabo tal evaluación de espaldas a la realidad social: la gravedad de las sanciones, en consecuencia, como la de las penas, han de ajustarse a la nocividad social de las conductas imputadas (4).

3. La aplicación del principio de proporcionalidad va a ejercer su influencia —como pone de relieve TRAYTER (5)— en dos vertientes distintas:

- a) En su *vertiente normativa*, exigiendo que las normas disciplinarias (leyes o reglamentos) observen una congruencia entre la acción u omisión considerada ilícita y las sanciones o castigos por ellas previstos. Sería la llamada «*Proporcionalidad en la ley*» cuyo respeto incumbe al legislador (Parlamento o Administración Pública en el

(2) FERNÁNDEZ MONTALVO, R: Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la Administración. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994, pág. 51.

(3) NIETO, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos 1993, pág. 213.

(4) GARCÍA PABLOS, A: Derecho Pena]. Introducción. Madrid 1995, pág. 291

(5) TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid 1992, pág. 260.

ejercicio de la potestad reglamentaria), que ha de establecer sanciones proporcionadas, en abstracto, a la gravedad de la infracción.

- b) En su *vertiente aplicativa*, imponiendo al órgano sancionador encargado de aplicar la ley —la Administración o los Tribunales— la observancia de una relación causa-efecto, de forma que la sanción elegida sea la más adecuada al fin que se persigue y a la concreta gravedad de la infracción.

II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Antes de examinar la proyección del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo sancionador, es necesario detenernos en la problemática de su naturaleza jurídica y su acomodo constitucional pues el que se encuentre contenido en uno u otro precepto de la Constitución conlleva importantes consecuencias en orden a los mecanismos procesales para reclamar contra su vulneración.

Al de proporcionalidad se le ha considerado en la Jurisprudencia como un *principio general del Derecho*, informador de la globalidad del Ordenamiento jurídico (6) como una consecuencia derivada del «*valor-justicia*» del art. 1 C.E. (7), como un principio de creación jurisprudencial, sin reflejo en texto positivo alguno, ni siquiera constitucional, como un *principio que emana del propio Estado de derecho*, implícito en los cimientos teóricos del mismo y cuya aplicación se circunscribe principalmente a la materia represiva por constituir uno de los *principios constitucionales de garantía penal*, comunes a todo ordenamiento sancionador (8), o como una derivación del *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (9) o incluso de la *dignidad de la persona* (10). Un resumen de estas tendencias se encuentra en la S.T.C. 55/1996, de 28 de marzo. En la doctrina jurisprudencial emanada de los recursos de amparo se puede apreciar que el T.C., en algunos ámbitos, ha hecho uso del mismo con *valor de principio constitucional* (11).

(6) S.T.C. 62/1982, de 15 de octubre, SS.T.S. 4^o, 15 de junio de 1981 y 26 de diciembre de 1984.

(7) S.S.T.C. 160/1987, 50/1995, 173/1995.

(8) S.S.T.S 3^o 10 de junio de 1981, 4^o 7 de abril de 1982, S.T.C. 160/1987

(9) S.S.T.C. 6/1988, 50/1995.

(10) S.T.C. 160/1987.

(11) GARBERÍ LLOBREGAT, J.: El procedimiento administrativo sancionador. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1998, pág. 145.

2. La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de encontrar el *enunciado general del principio de proporcionalidad en la Constitución*. El T. C., en S. 62/1982, de 15 de octubre, señaló que, en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador y que no cabe deducir del art. 25.1 C.E. un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta susceptible de amparo constitucional; sin embargo, le atribuyó carácter y rango de principio constitucional, residenciándolo en el art. 10.2 C.E.: «interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los tratados internacionales en la materia», otorgando inusitada importancia a los preceptos de la Convención Europea de Derechos del Hombre que protegen de forma explícita la violación de ese principio. En concreto destaca el art. 18 de la Convención: Las restricciones que... se impongan a los... derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

En S. 65/1986, de 22 de mayo, el T.C. vuelve a negar la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción y, al negar tal cosa, se inclina también por la imposibilidad de recurrir ante el mismo, a través del recurso de amparo, la vulneración por parte de la autoridad pública del principio de proporcionalidad; el criterio de oportunidad que preside la actividad legislativa hace difícilmente controlable en sede constitucional la regulación que la ley incorpore para determinar la relación infracción-sanción, salvo que comportase márgenes de discrecionalidad tan amplios que dieran lugar a la aplicación de sanciones muy diversas, incompatibles con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica. Se produce así un contrasentido: las vulneraciones antedichas, por estar amparadas por el Convenio de Roma, pueden evidenciarse a través del recurso individual ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 19 y sigs. CEDH.), y no ante el T. C. español, con lo que el agraviado por un acto de un poder público habrá de recabar la tutela de su derecho allende de nuestras fronteras.(12)

En definitiva, que el principio de proporcionalidad no está explícitamente enunciado en la CE (S.T.C. 6/1988, de 21 de enero). El principio no se encuentra alojado en ningún precepto constitucional en concreto, sino que se halla en todos aquellos preceptos que consagran los derechos

(11) GARBERÍ LLOBREGAT, J.: El procedimiento administrativo sancionador. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pág. 145.

(12) GARBERÍ LLOBREGAT: La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador. Ed. Trivium 1989, pág. 95.

fundamentales de los ciudadanos, cuya restricción debe siempre quedar supeditada a las exigencias de la proporcionalidad. El T.C., en su S. 55/1996, de 28 de marzo, se inclina por esta posición:

«... el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permita enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva de control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público insulta desproporcionado o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados; sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad».

En este mismo sentido S.T.C. 161/1997, de 2 de octubre. El T.C. incide así en el problema de la inclusión en el recurso de amparo de fundamentaciones ajenas a la vulneración de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 CE. Cuando tal cosa se produce -cuando tiene lugar la transgresión de un derecho no consagrado en la sección 12. del capítulo II del título 1 de la CE., como ocurre con el pretendido derecho a la proporcionalidad abstracta-, esté o no reconocido en un Tratado Internacional suscrito por España, al agraviado únicamente le queda la operación intelectual de incardinar su derecho vulnerado en alguno de los que sí tienen establecido su acceso al recurso de amparo. Así pues, no cabe, en principio, la tutela constitucional del principio de proporcionalidad, a no ser que la concreta violación se conecte con algún derecho de los mencionados en el precepto antes citado de la Constitución (13).

(13) En cambio, de la S.T.C. de 16 de febrero de 1988 parece deducirse que cabe el recurso de amparo denunciando la infracción del principio de proporcionalidad, bien en

III. SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

1. Toda la doctrina (14) ha puesto de manifiesto el fenómeno de que la progresiva jurisdiccionalización del Derecho disciplinario ha producido la aplicación cada vez mayor del principio de proporcionalidad, que, como principio general del Derecho, cuando traslada sus efectos al campo sancionador, penal o disciplinario, lo que pretende es lograr la armonía o adecuación entre infracción y sanción, y presupone que una y otra están predeterminadas legalmente, tipificadas y atribuido su conocimiento y sanción a una determinada potestad.

En un primer momento se consideraba que la Administración posea una potestad discrecional para optar por una u otra sanción o determinar la extensión de la sanción más adecuada frente a la que nada era dable hacer a la Jurisdicción contencioso-administrativa en su función revisora. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo aceptaba la existencia de esa potestad disciplinaria absolutamente discrecional (por ejemplo, en S. de 9 de diciembre de 1964 [Ar. 5.524]).

Esa interpretación, que sin duda pugnaba con la idea de justicia, fue paulatinamente superada al entenderse que los principios del ordenamiento punitivo del Estado debían ser similares ya que tanto el Derecho penal como el Derecho Administrativo sancionador participaban de una misma naturaleza.

Se admitió así la consideración de que la actividad sancionadora de la Administración no es una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, lo cual permite un control total del supuesto de hecho que en cada caso particular es objeto de enjuiciamiento, control que se efectúa en muy buena medida a través del principio de proporcionalidad.

los casos concretos en que la pena resulte desorbitado, bien cuando no resista un juicio de adecuada comparación (Así, ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: Fundamentos de Derecho Penal. Pág. 266). Y en la misma línea parece seguir la S.T.C. 150/1991, de 4 de julio, (Ponente LÓPEZ GUERRA) cuando dice que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella.

(14) SUAY RINCÓN: Potestad disciplinaria. Libro homenaje a Villar Palasí. Ed. Cívitas, Madrid 1989, pág 1.329 y sigtes.

El T.S. llegó a declarar en S. de 3 de abril de 1990 (Ar. 3.578) que el Derecho Administrativo sancionador se caracteriza por la flexibilidad con que se lleva a cabo la tipificación de las infracciones y el señalamiento de las sanciones correspondientes, flexibilidad que no implica en modo alguno discrecionalidad. El principio de proporcionalidad o, dicho de otra manera, el principio general de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada.

En algunos casos aislados se ha mantenido por la jurisprudencia que el principio de proporcionalidad se aplica con criterios diferentes cuando nos encontramos ante una relación de sujeción especial (funcionarios, contratistas y concesionarios). En esta línea la S. de 20 de febrero de 1981 (Ar. 680). No obstante esta línea es minoritaria. En la mayor parte de las sentencias se afirma contundentemente la aplicación del principio a la esfera del Derecho Disciplinario. Orientativas de esta línea jurisprudencial más acertada son las S.S. de 13 de mayo de 1986 (Ar. 4.582) y 28 de septiembre de 1984.

2. Por otro lado, la observancia del principio de proporcionalidad en la estricta esfera del Derecho Administrativo sancionador exige los requisitos de motivación del acto administrativo sancionador y de competencia de la autoridad administrativa sancionadora. En cuanto a la motivación, forzoso resulta advertir que el principio de proporcionalidad impone un específico deber de motivación de los actos sancionadores que no se limita a la sola justificación de la sanción en base a la acreditación de los hechos constitutivos del ilícito y a la culpabilidad del sujeto pasivo de la imputación administrativa; la exigencia de que la sanción resulte proporcionada requiere de un adicional esfuerzo motivador que se extienda a la justificación de los motivos en base a los cuales se impone una concreta sanción y no otra distinta igualmente permitida y menos gravosa, o la misma sanción pero con cuantía o duración inferior (15).

IV. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

La traslación del principio de proporcionalidad al Derecho disciplinario conlleva distintas consecuencias:

(15) GARBERI LLOBREGAT, J.: El procedimiento administrativo sancionador, opus cit. pág. 147.

- 1.^a) En primer lugar, en el *plano normativo* (determinación normativa del régimen sancionador) el principio de proporcionalidad impone al legislador la necesidad que las normas disciplinarias concreten los criterios que han de servir para la graduación de la sanción, de forma que el órgano competente para castigar adopte, en cada caso, la consecuencia represiva que estime proporcionada. Asimismo y dentro del margen de libertad que posee el legislador para establecer los castigos, el principio de proporcionalidad le obliga a elegir la carga coactiva más adecuada al fin que se persigue, justificada en la necesidad de tutela jurídica y por tanto enfocada únicamente a proteger los bienes, derechos e intereses cuyo disfrute ha de garantizar el Derecho, impidiendo, además, que la sanción disciplinaria descansa en fundamentaciones exclusivamente retribucionistas. Sería el efecto que produce la aplicación del *principio de proporcionalidad* «en la ley». El T.C. ha declarado que el legislador es libre de establecer la política jurídica que crea más oportuna y, por tanto, puede determinar los castigos que juzgue más apropiados en relación a los hechos considerados ilícitos. En este plano normativo el T.C. no puede intervenir, pues —como antes se dijo— no existe un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción.
- 2.^a) En segundo lugar, en el plano aplicativo (imposición de sanciones), el *principio de proporcionalidad* «en aplicación de la ley», además de imponer la elección del castigo menos restrictivo, supone, por encima de cualquier otra consideración, un *límite a la actividad discrecional* de la Administración (16) pues, al igual que el juez penal, ésta debe buscar de entre las sanciones posibles la más proporcionada al desvalor antijurídico, siendo su función convertir la pluralidad de soluciones en una única posibilidad justa.

De esta forma, el principio de proporcionalidad puede coadyuvar de manera decisiva a la eliminación de los ámbitos administrativos exentos de fiscalización ya que, en la materia que tratamos, no puede interpretarse la discrecionalidad como libre arbitrio, sino como ejercicio de una acti-

(16) (Sobre el tema, vide GARCÍA ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo*. Madrid 1979 y MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*. Madrid 1985.

vidad represora de conductas típicamente antijurídicas, en la que el principio de proporcionalidad juega un papel elemental (S.S.T.S Sala Tercera, de 10 y 26 de junio, y 12 de noviembre de 1980, y de 19 de mayo de 1981). La discrecionalidad administrativa está sujeta al correspondiente control jurisdiccional (A.T.C. 28/1984, de 18 de enero). De este modo, y como manifestación práctica, aunque el órgano administrativo tenga facultad discrecional para, sin rebasar el límite máximo que el órgano jurídico le señala, imponer la sanción que estime adecuada (S.T.S. Sala Cuarta, de 14 de junio de 1983), el juego de la proporcionalidad le obliga a tomar en cuenta las *circunstancias objetivas y subjetivas* que a la contravención rodean, evitando así ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consientan los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito de las facultades de graduación de la sanción, y señalan la diferencia entre su correcto ejercicio y la arbitrariedad (S.T.S. Sala Cuarta, de 10 de julio de 1985).

3.ª) La tercera consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Disciplinario es que el principio posibilita al juez de lo contencioso que la sanción disciplinaria pueda ser revisada en vía jurisdiccional, ya que igualmente está vinculado por el principio. Los Tribunales utilizan el principio de proporcionalidad como instrumento que les permite controlar el ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de la Administración, obligando a ésta a ajustar la entidad de la sanción a la trascendencia del hecho.

La S. Sala 3.ª de 2 de noviembre de 1981 (Ar. 4.720; Botella) va más allá del control de la discrecionalidad de los actos administrativos sancionatorios individuales y utiliza la proporcionalidad para justificar, a lo largo de unas minuciosas consideraciones, *el control de los Reglamentos*, dado que «la potestad reglamentaria de la Administración no implica potestad originaria de castigar [...] y está sujeta a los principios comunes a todo ordenamiento sancionador, como, por ejemplo, la gradación proporcional de las penas».

El gran *riesgo* que se corre con el principio de la proporcionalidad —como advierte NIETO (17)— es el *de que el Tribunal, al aplicarlo, sustituya con su criterio propio las reglas de adecuación establecidas por el Legislador*. De este peligro advierte la S.T.C. de 25 de mayo de 1986: «En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general es de competencia del Legislador. A los Tribunales

(17) NIETO, A.: Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos, 1993. Pág. 213.

de Justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no propiciados en abstracto». La realidad de este riesgo se comprueba en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como en la de 5 de junio de 1992 (AZDI. 4.624; Sanz Bayón), en la que el voto particular de García Manzano denuncia cabalmente que la sentencia ha olvidado que «debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y de la *lex certa* que requiere la potestad sancionadora sobre resultados de equidad» y que sólo puede aplicarse el principio de proporcionalidad en los casos de silencio de la norma. Porque, en definitiva, «la jurisdicción no cumple funciones sustitutivas del legislador y ha de realizar, sí, interpretaciones integra-doras, pero no suplir lo que entienda omisiones legislativas».

4.ª) La S. Sala 31 de 7 de abril de 1982 (Ar. 2.392: Botella) examina, en términos muy curiosos, *el principio de la proporcionalidad desde una perspectiva procesal, comparando el nivel de exigencia de la prueba en los Derechos Penal y Administrativo Sancionador*. En este último ámbito los hechos «sólo en cuanto concretos y probados son susceptibles de ser ponderados a efectos de servir de base a la correspondencia proporcional [de las sanciones]; pero así como en lo penal la prueba de aquellos hechos se produce mediante apreciación en conciencia por el Juzgador, y así también como *la aplicación del principio de proporcionalidad dentro de márgenes atípicos es inasequible a la casación penal, resulta, por el contrario, que tales hechos o circunstancias —básicos o relevantes para graduar proporcionalmente a ellos la sanción— son asequibles al distinto instituto procesal de la revisión contencioso-administrativo a través de la prueba de aquellos hechos o circunstancias, que no es asimilable a la apreciada en conciencia privativa del juicio penal sino a la prueba tasada, que para el caso se trata de las presunciones de hecho».*

Vistas así las cosas nos encontramos, entonces, con una consecuencia inesperada: *el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal desde el momento en que no puede haber sanción sin una prueba de los hechos mucho más rigurosa en el primero que en el segundo, habida cuenta de la inadmisibilidad de la apreciación de los hechos, «en conciencia»*. A lo que hay que añadir, además, lo que significa la posibilidad de una sencilla revisión de tales hechos, que puede realizar sin dificultad alguna el Tribunal Superior.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

1. Como manifestación diáfana en el Derecho positivo español de la aplicación abstracta del principio de proporcionalidad debe citarse el art. 6 de la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, del *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (B.O.E. núm. 286, de 29 de noviembre de 1985) según el cual «*las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con las conductas que las motiven*», enunciado que se completa con las normas de individualización disciplinaria.

Las *Instrucciones* para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo, establecen en su apartado XIV, núm. 4, que «*la sanción ha de guardar proporción con la conducta del autor de la infracción*» y que «*la proporcionalidad exige que la sanción se gradúe en su extensión con arreglo a la mayor o menor culpabilidad del infractor*».

La L. O. 11/91, de 17 de junio, del *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, recoge el principio de proporcionalidad en su art. 5º en idénticos términos en que lo concebía el art. 6 de la L.D., salvo la referencia que ésta hacía al militar no profesional como circunstancia determinante de un menor rigor en la graduación de las sanciones.

Y la nueva *Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre* (B.O.E. núm. 289) de *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* mantiene en su art. 6 una configuración del principio de proporcionalidad casi idéntica a la de igual artículo de la L.O. 12/85. Sólo se cambia la expresión «conductas» que motiven las sanciones por «*hechos que las motiven*».

2. El *Código de Justicia Militar de 1945* concedió un amplio arbitrio para la imposición de los correctivos por faltas graves, que incluían el arresto de dos meses y un día a seis meses. Para su castigo, el art. 415 disponía que se observarían por analogía las prescripciones establecidas en el art. 192 para los delitos, teniéndose además en cuenta el estado de ejecución de las faltas y la participación que en éstas hayan tenido los infractores. La norma a la que se remitía reconocía un amplio arbitrio judicial pues permitía a los Tribunales Militares imponer la pena señalada en la extensión que considerasen justa, teniendo en cuenta, en todo caso, como criterios orientadores, unos de índole subjetiva, como el grado de perversidad del delincuente y sus antecedentes personales, y otros de carácter objetivo, como la trascendencia del hecho y el daño producido o podido

producir con relación al servicio, además de un factor ocasional como es la referencia a si la infracción fue cometida en acto de servicio o fuera de él o con ocasión del mismo.

El *castigo de las faltas leves*, que incluía arresto hasta dos meses, alcanzaba la mayor discrecionalidad. El art. 447 permitía que las faltas que no estuviesen castigadas expresamente serían corregidas según el prudente arbitrio de los Jefes respectivos, dentro, claro es, del límite de atribuciones fijadas en cada caso.

La doctrina militar española censuró el sistema de corrección de las faltas en el Código de 1945 por la extensión de las sanciones, la amplia libertad para el señalamiento, el excesivo arbitrio del mando y el criterio de dejar bien puesta la disciplina y la subordinación, que en la reforma llevada a cabo por la L.O. 9/1980 fue sustituido por el de la más estricta justicia (18).

3. La reforma de la justicia militar que emprendieron la L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la L.O. 13/85 del Código Penal Militar se ocuparon muy especialmente de los problemas de la individualización de la pena y de las sanciones disciplinarias militares. La Sentencia de la Sala de lo Militar de 21 de enero de 1991 (Ponente JIMÉNEZ VILLAREJO) destacaba que el cambio legislativo operado era notorio y respondía a la necesidad de dar acogida al principio de proporcionalidad, exigencia a su vez del valor supremo de la justicia. A propósito de un militar sometido a expediente gubernativo por haber sido condenado por un delito contra la honestidad a pena que no excedía de seis años, la sentencia ponía de relieve el contraste entre la regulación del expediente gubernativo en el Código de Justicia Militar y en la Ley Disciplinaria, que permitía una cierta adecuación de la sanción disciplinaria extraordinaria a la índole y gravedad del hecho por el que recayó la Sentencia condenatoria y demás circunstancias concurrentes en el expedienteado para optar por la sanción más grave o más leve.

4. Conforme al Art. 6 de la Ley Disciplinaria (en adelante L.D.), dos son los *módulos o criterios* —dice la S. de 5 de junio de 1990 de la Sala Quinta (Ponente BERMUDEZ DE LA FUENTE)— *a que debe sujetarse el ejercicio de la potestad disciplinaria militar* que corresponde a las autoridades y mandos con competencia sancionadora para la imposición de las sanciones que correspondan a las infracciones disciplinarias:

(18) VALENCIANO ALMOYNA J.: Introducción al estudio de las faltas en el Derecho Militar español. Madrid 1980, pág.: 20.

- 1) El de *proporcionalidad* entre sanción y conducta infractora, y
- 2) El de *individualización* de dicha sanción, según las circunstancias concurrentes en el autor de la infracción y las trascendentes al interés del servicio.

Por *proporcionalidad de la sanción* se entiende la adecuada correspondencia entre los hechos que definen la conducta del presunto autor que pueden ser tipificados como infracción disciplinaria y las correcciones disciplinarias o sanciones establecidas para las faltas graves o leves (19).

Como las sanciones que pueden imponerse por las faltas leves o graves son varias para cada categoría de faltas, la proporcionalidad juega, por tanto, como regla de elección de la más adecuada, entre las posibles sanciones a imponer, a la conducta contemplada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será precisamente la entidad y circunstancias de la infracción, genéricamente contemplada. Dicha elección no cabe calificarla como facultad meramente discrecional, sino antes bien acomodada o ajustada a la naturaleza y circunstancias de la infracción, y ello hay que argumentarlo, si se ha de respetar el criterio normativo de proporcionalidad, módulo de aplicación impuesto a la Administración, *revisable no solamente en vía contencioso-disciplinaria por la Jurisdicción Militar conforme al artículo 465 de la Ley Procesal Militar sino también por la vía casacional de dicho orden jurisdiccional cuando es motivo de recurso la correcta aplicación del criterio normado.*

El criterio de *individualización* de la sanción no es más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado.

Frente al carácter objetivo que ha de revestir el criterio de proporcionalidad, el de individualización es, por un lado, subjetivo y, por otro, trascendente o de valoración del interés militar afectado. La conjugación de ambos criterios habrá de producir la imposición de la sanción justa.

Las S.S. de 26 de septiembre de 1996, 23 de octubre de 1997 y 29 de junio de 1998 (Ponente en todas ellas, PÉREZ ESTEBAN) ponen de relieve que aunque los conceptos de proporcionalidad e individualización se están refiriendo ambos al concreto ejercicio de la potestad sancionadora, el primero, esto es, la proporcionalidad, está más relacionado con la tarea legislativa en cuanto impone que las penas o sanciones que se conminen

(19) En análogos términos las S.S. de 18 de septiembre de 1996 y 10 de enero de 1997 (MAYOR BORDES).

contra los delitos o ilícitos disciplinarios estén proporcionadas a la gravedad y naturaleza de los tipos descritos (20); lo mismo que el de individualización se refiere directamente al ejercicio sancionador, sea judicial o administrativo. No obstante, aquel principio de proporcionalidad, tomado en el sentido genérico en que se contempla en el precepto que comentamos, ha de imperar no sólo en el aludido momento creativo del Derecho que corresponde a los legisladores, sino también en el de su aplicación por los jueces o autoridades con potestad sancionadora y en este aspecto es particularmente aplicable cuando en la ley se contemplan para un hecho sanciones diversas, porque la elección que entre ellas haga la autoridad con potestad disciplinaria para sancionar la falta apreciada no puede ser arbitraria —lo que contrariaría las más elementales exigencias de un Estado de derecho en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración— sino proporcionada a la naturaleza y gravedad de los hechos constitutivos de la falta apreciada.

5. La Sala Quinta se ha preocupado también del *problema de sí existe o no un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción*. Dice la S. de 8 de febrero de 1993 (SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA) que el art. 25.1 de la C.E. consagra el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad al disponer que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. Pero de tal disposición no cabe deducir, como ha expresado el T.C. (S. 65/1986, de 22 de mayo), la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad, aunque no pueda ignorarse —decía la Sala Quinta— que el principio de proporcionalidad puede constitucionalmente considerarse inherente a la justicia, como valor superior del Ordenamiento Jurídico (Art. 1 C.E.) y a la obligación de respeto a la dignidad humana (Art. 10.1 C.E.). Tal base constitucional no es suficiente, sin embargo, para que su protección pueda ser sometida, al menos en principio, al plus que supone el recurso preferente y sumario que está limitado al estricto control de aquellos actos capaces de vulnerar los derechos comprendidos en los arts. 14 al 30 de la C.E. y no más. La sentencia recuerda que la Sala Quinta tiene declarado, en ese sentido, en S. de 11 de octubre de 1990, que el problema dosimétrico de la pena pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y de ahí la imposibilidad de

(20) El juicio de proporcionalidad de una sanción en relación con la gravedad de una infracción compete al legislador (S. 11 de abril de 1997; JIMÉNEZ VILLAREJO).

plantear en un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario el principio de proporcionalidad (21). Es cierto que el problema que se planteaba en la sentencia que se reseña no era tanto el de mera medida de la pena en aplicación de una escala legalmente establecida como el de la facultad que se atribuye al Ministro de Defensa para optar entre tres diversas clases de sanción, dos de las cuales, a su vez, pueden ser sometidas a graduación dosimétrica sin que la Ley Disciplinaria establezca más reglas para ello que la simple referencia a unos límites. De ahí que el control jurisdiccional haya de ser más riguroso en relación con el principio de proporcionalidad. Pero tales consideraciones no son suficientes para entrar en el examen del problema planteado por los recurrentes de sí la resolución por la que fueron separados del servicio es contraria al principio de proporcionalidad, pues sólo sería posible su contemplación en este género de proceso preferente y sumario si, como consecuencia de una defectuosa utilización del principio de proporcionalidad, resultase directamente vulnerado alguno de los derechos fundamentales cuya protección puede llevarse a cabo por el camino procesal del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Solo en tal supuesto cabría examinar la supuesta infracción de la proporcionalidad.

En esta misma línea la Sentencia de la Sala Quinta de 25 de octubre de 1993 (BERMÚDEZ DE LA FUENTE) decía que la infracción del principio de proporcionalidad (consagrado en el art. 6 de la L.O. 12/1985 y su equivalente art. 52 de la L.O. 11/1991) no puede ser alegada en el procedimiento preferente y sumario, pues se trataría de una infracción de legalidad ordinaria vedada al examen de aquél. Pero la Sala Quinta quiso, inspirándose en la doctrina del T.C., orientadora de la más reciente doctrina jurisprudencial de las Sala Segunda y Tercera del T.S. sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador, bien sea con base en el art. 10.2 de la C.E. (Sentencia 62/1982, de 15 de octubre del T.C. y Sentencia del T.S., Sala Segunda de 19 de noviembre de 1992), bien en el art. 106.1 de igual norma superior (S. del T.S. Sala Tercera, de 18 de abril de 1990, y otras posteriores en el mismo sentido), «reconocer igualmente el *valor constitucional de dicho principio* que nos permite *conjug*ar la legalidad de una norma con los postulados de justicia material que el caso pueda demandar, o lo que es igual, que *afirmar que una sanción es proporcio-*

(21) En el mismo sentido la S. de 19 de mayo de 1998 (BERMÚDEZ DE LA FUENTE): la infracción del principio de proporcionalidad afecta únicamente a la legalidad ordinaria.

nada es tanto como decir que es justa, con lo cual estamos defendiendo el valor superior de la Justicia, y ello nos ha de permitir el examen del tema en casación al amparo del art. 5.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Y partiendo de esta posibilidad de estudio y valoración casacional de la alegación de falta de proporcionalidad, hemos de contrastar, necesariamente, la conducta observada por el recurrente que determinó su condena en procedimiento penal, con los fines perseguidos por la sanción impuesta, para valorar su proporcionalidad, e ir a continuación al examen de la individualización de dicha sanción, en atención a las circunstancias personales del sancionado y a la repercusión que los hechos tengan para el interés del servicio, pues así lo exige el art. 5 de la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio, Disciplinaria de la Guardia Civil».

A la vista de los términos de la sentencia, con razón decía ROJAS CARO (22) mucho antes de que lo dijera la supracitada de 25 de octubre de 1993, que los principios de la justicia y de la disciplina han de inspirar el Derecho Sancionador, sea penal o disciplinario; cuando en el orden jurídico sancionador se habla de justicia, se está haciendo referencia a que la sanción que se imponga sea proporcionada, por un lado, a la entidad de la infracción cometida y, por otro, a la culpabilidad de su autor. Por eso —añade—, cuando la sanción no es proporcionada se dice que la sanción es injusta, de modo que en Derecho sancionador decir justicia es decir culpa y *proporcionalidad* (23). Y es que el *principio de proporcionalidad complementa las exigencias del principio de culpabilidad* que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena (24) o, lo que es lo mismo, entre la infracción disciplinaria y la sanción (25).

Conceptualmente, el principio de proporcionalidad difiere del principio de culpabilidad porque éste afecta al injusto del hecho. El principio de culpabilidad alude a la atribuibilidad del injusto al autor, mientras que el

(22) ROJAS CARO, J.: Derecho Disciplinario Militar. Tecnos, Madrid 1990, págs. 75 a 78.

(23) En la misma línea, decía MILLÁN GARRIDO que el principio de proporcionalidad es exigencia del valor supremo de la justicia. (MILLÁN GARRIDO, A.: Régimen disciplinario de la Guardia Civil. Madrid 1992. Ed. Trotta, pág. 53).

(24) MIR PUIG, S.: Derecho Penal, Parte General. Pág. 111.

(25) No se desconoce que en ciertos casos como el de falta grave disciplinaria de haber sido condenado por falta penal, que contempló la Sentencia de la Sala Quinta de 25 de octubre de 1993- la sanción impuesta en el ámbito disciplinario puede ser más grave que la pena impuesta en un proceso penal cuando el orden jurídico dañado por la infracción disciplinaria exige una mayor severidad de la sanción para restablecerlo que el estimado por la jurisdicción penal para restaurar el orden público lesionado.

de proporcionalidad hace referencia a la relación entre la gravedad del injusto y de la pena, de la infracción y de la sanción disciplinaria.

VI. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN: DOSIMETRÍA SANCIONADORA

1. Ya se ha dicho que el *juicio sobre proporcionalidad* de la sanción prevista por la ley con carácter general, con relación a un ilícito cuya comisión se constituye en presupuesto de la misma, es de competencia del legislador [STC 65/1986, de 22 de mayo (RA 858/1983)], pero como todo juicio no reglado matemáticamente es un *juicio de razonabilidad* [STC 108/1984, de 26 de noviembre (RA 459/1983)], ello exige que en las leyes se contengan unos criterios de dosimetría punitiva «que respondan perfectamente a las exigencias de justicia» reverenciando, no sólo los límites mínimo y máximo de la sanción correspondiente, sino también, definiendo los factores cualitativos sobre los que fundar su graduación (cfr. STS Sala Cuarta, de 2 de noviembre de 1981).

A la hora de plasmar normativamente esos criterios de ponderación, el legislador puede seguir dos vías, no necesariamente alternativas: la una consistiría en conectar, al hilo de cada disposición administrativa especial que se dicta sobre una determinada materia, los *criterios privativos* que para la misma se estimen adecuados; la otra supondría elaborar una ley general sobre contravenciones y sanciones administrativas en cuyo texto se reflejaran *criterios generales* aplicables a todo tipo de infracciones. Este segundo camino conlleva la importante ventaja de que, ante la ausencia, defectuosidad o inadecuación de parámetros de graduación en una cualquiera disposición especial, serían subsidiariamente aplicables los contenidos en la ley general (26).

En el Derecho disciplinario militar español se ha seguido la primera de las dos opciones enumeradas. En el art. 6 de la Ley Disciplinaria, después de recoger el principio de proporcionalidad, establece los criterios a tener en cuenta para determinar la extensión de la sanción disciplinaria: se atenderá «a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio». Quiere la Ley también en el penúltimo inciso del precepto analizado que se tenga en cuenta especialmente la condición de militar de reemplazo para graduar las sanciones

(26) GARBERÍ LLOBREGAT, J.: LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS... OPUS CIT. PÁG. 97

con menor rigor. Finalmente, se dedica un párrafo a reclamar una consideración especial para los alumnos de los centros docentes militares de formación cuando se le aplique los preceptos de la Ley Disciplinaria.

Las *Instrucciones* para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, al referirse a la individualización de la sanción, dicen que «*la sanción habrá de individualizarse teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el autor y las que afecten o puedan afectar al servicio*».

2. Para la Sala Quinta la individualización de la sanción no es, como ya vimos, mas que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado (S. 5 de junio de 1990) (27). Y la S. de 21 de enero de 1991 (JIMÉNEZ VILLAREJO) considera como factor de individualización la conducta habitual del infractor si se quiere medir razonablemente su responsabilidad disciplinaria y no esterilizar, mediante la elección automática de la sanción más severa, la posibilidad abierta por la Ley de reaccionar de modo diverso ante situaciones asimismo diversas.

Es en el momento de la individualización cuando corresponde la determinación de la extensión de la sanción, determinación que normalmente, como se decía en la S. de la Sala Quinta de 16 de septiembre de 1991, tiene su campo de desarrollo en las sanciones susceptibles de ser aplicadas en extensión variable, como son los arrestos en las faltas leves y graves o la suspensión de empleo y la pérdida de puestos en el escalafón en las sanciones disciplinarias extraordinarias pues la suspensión de empleo se puede extender de un mes a un año y la pérdida de puestos en el escalafón se determinará en la resolución con arreglo a los límites que se señalan en la Ley (S.S. 26 de septiembre de 1996 y 23 de octubre de 1997; PÉREZ ESTEBAN).

3. Es clásica en la doctrina penal la relación entre el tema de la individualización y los fines de la pena, problema que no es ajeno al Derecho militar en sus vertientes penal y disciplinaria.

(27) Decía la S. de 15 de octubre de 1996 (MAYOR BORDES) que la proporcionalidad debe ser basada y establecida, ante todo, entre la clase y naturaleza de la sanción y la gravedad de la conducta, realizándose a continuación la operación individualizadora orientada por las circunstancias que singularizan el caso —afirmación, esta última, que tiene su propio y casi exclusivo campo de desarrollo en las sanciones susceptibles de ser aplicadas con extensión variable—.

De la afirmación de RODRÍGUEZ DEVESA de que las penas militares privativas de libertad tienen los mismos fines de prevención general y especial que las penas comunes, deduce RODRÍGUEZ VILLASANTE (28) que es posible afirmar la identidad de fines entre las penas y las sanciones disciplinarias militares (29).

La prevención general o ejemplaridad como fin de la sanción disciplinaria se reconoce en la sentencia de la Sala Quinta de 18 de mayo de 1992 (MAYOR BORDES). La Sala considera proporcionada la sanción de separación del servicio impuesta al expedientado en el caso de autos «en atención a los actos desmerecedores cometidos..., a su transcendencia social, con la secuela de desprestigio personal e institucional y deterioro de la imagen irreprochable que han de proyectar ad extra quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los altos fines que se expresan en los arts. 8.1 y 104.1 de la C.E., item más la función de ejemplaridad que debe buscarse con la imposición de la sanción». Las S.S. de 30 de abril de 1990 (BERMÚDEZ DE LA FUENTE) y 1 de octubre de 1996 (APARICIO GALLEGO) han insistido en la función de ejemplaridad que debe buscarse con la imposición de la sanción.

Esta preocupación del ordenamiento disciplinario por la ejemplaridad y el mantenimiento de la disciplina como fin de prevención general de la sanción es compatible con el fin de prevención especial que se trata de lograr en el artículo que comentamos mediante la individualización de la sanción atendiendo a las circunstancias que concurren en los autores. Mientras la valoración del interés militar afectado supone una evidente concesión al principio de la disciplina, la individualización de la sanción atendiendo a la conducta del autor y a las circunstancias que en ellos concurren, supone una evidente concesión al principio de justicia (30).

No hay antinomia entre los criterios de prevención general y prevención especial como criterios de individualización de la sanción. La siner-

(28) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. C.: Proporcionalidad e individualización de las sanciones disciplinarias en "Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil". Ministerio del Interior. 2.ª cd. 1996. Tomo I. Pág. 82.

(29) Con todo, tiene declarado la Sala Quinta (S. de 22 de noviembre de 1993; GIMENO AMIGUET) que la pena y sanción disciplinaria no se encuentran en una relación jerárquica de mayor a menor gravedad, sino que tutelan y persiguen objetivos diversos, por lo que es perfectamente posible que la represión encauzada por la vía administrativa suponga un mayor contenido aflictivo que la impuesta en la vía penal. Ya la S. de 25 de octubre de 1993 (BERMÚDEZ DE LA FUENTE) había dicho que la finalidad perseguida con la imposición de penas y sanciones disciplinarias era dispar y que el bien jurídico protegido era diferente.

(30) ROJAS CARO: opus cit. pag. 79.

gia de uno y otro principio ha de servir para evitar la excesiva discrecionalidad de los juzgadores. Como dice RODRIGUEZ-VILLASANTE (31) la ejemplaridad, intimidación y prevención general aparecen con mayor fuerza en las medidas cautelares (arresto preventivo para mantener la disciplina, ejecutividad de las sanciones disciplinarias) que a la hora de individualizar la sanción, donde predominan razones de justicia y de examen de las circunstancias personales del culpable.

4. Las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario enumeran, como *criterios subjetivos de individualización* que sirven para fijar las circunstancias personales que concurren en los autores, «la personalidad del culpable, su graduación, función militar y naturaleza de los móviles que le impulsaron». (32)

Para valorar la personalidad del culpable, y siguiendo a CALDERÓN SUSÍN (33) habría que evaluar una serie de datos -a obtener del expedien-

(31) RODRIGUEZ-VILLASANTE: opus cit pag. 84

(32) En Francia, el Reglamento de Disciplina de los Ejércitos, aprobado por Decreto de 28 de julio de 1975, dispone que los castigos disciplinarios militares no deben tomar en consideración únicamente los hechos realizados, hay que tener en cuenta también las circunstancias y personalidad del implicado en la infracción disciplinaria (art. 34).

En Italia, el Reglamento de Disciplina, aprobado por Decreto del Presidente de la República de 18 de julio de 1986, determina como criterios fundamentales en los que deberá fundamentarse la decisión discrecional de la autoridad sancionadora el tipo o naturaleza de la falta cometida (faltas, omisiones, transgresiones o inobservancia de órdenes) y la gravedad de la misma (art. 60). Pero además deben ser considerados los antecedentes disciplinarios del culpable, la graduación y la antigüedad en el servicio del militar que ha cometido la falta. Son castigadas con mayor rigor las infracciones intencionales, las cometidas en presencia de otros militares y la reincidencia en el ilícito disciplinario, teniendo en cuenta sólo la reincidencia específica, o sea, infracción con caracteres fundamentalmente comunes.

Cuando deba adaptarse una medida disciplinaria en relación con varias infracciones cometidas por un militar, aun en diversos periodos (concurso de faltas disciplinarias), se impondrá una sanción única referida a la falta más grave y al comportamiento contrario a la disciplina, manifestado en conjunto por la conducta del militar mismo.

En Suiza, el Código Penal Militar establece que la extensión de la sanción disciplinaria militar se fijará según la culpabilidad del infractor. Se han de tener en cuenta sus móviles, antecedentes, situación personal y conducta en el servicio militar [art. 181 a), introducido en el Código Penal Militar por Ley Federal de 23 de marzo de 1979.

En Argentina, el Código de Justicia Militar de 1951 aplica la sanción considerando la personalidad del agente, apreciándola en función de sus antecedentes personales, su conducta anterior a la infracción, y sus antecedentes militares, los motivos que le impulsaron a delinquir y sus condiciones de vida individual, familiar y social.

La referencia al Derecho comparado ha sido tomada de RODRIGUEZ-VILLASANTE: opus cit. pág. 75 a 77.

(33) CALDERÓN SUSÍN E.: "Aplicación de las penas", en "Comentarios al Código Penal Militar coordinados por Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas Madrid 1988, pag. 526 a 533.

te disciplinario instruido- indiciarios de la personalidad, a saber: 1º Los antecedentes del culpable, deducibles de sus informes personales (34), recompensas, correctivos, antecedentes penales (35), informes psicotécnicos y demás vicisitudes reflejadas en su historial. 2º La propia infracción disciplinaria, pues su descripción puede ser reveladora de la personalidad del culpable. 3º La conducta del infractor posterior a la infracción: La inmediata siguiente a la comisión del ilícito disciplinario en la línea de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y el comportamiento durante la tramitación del expediente disciplinario.

La *graduación* o categoría militar comporta una mayor exigibilidad de adecuar la conducta al régimen disciplinario conforme se ostenta un empleo más elevado. Hay más exigencia cuanto mayor es la responsabilidad; por eso se incrementa el reproche para quién, teniendo un empleo más elevado, cometa una infracción disciplinaria.

La *función* hace referencia al ejercicio propio del destino militar, en virtud del cual se desarrolla una actividad perteneciente o relativa a la milicia, por lo que cabe que el criterio pueda aplicarse a personas no militares. Y no sólo ha de tenerse en cuenta la función habitual o permanente, sino las concretas u ocasionales cometidos.

El fundamento del criterio de individualización en cuestión, descansa en una mayor exigencia de responsabilidad a medida que la misión encomendada va adquiriendo mayor importancia. Conforme se aumenta la graduación y la importancia de la función desempeñada, mayor exigencia de que se sea disciplinado.

En las faltas que ya incorporan la función como elemento típico o característico de la infracción, va embebido en ella y no puede servirnos al propio tiempo para determinar la mayor o menor gravedad de la sanción.

La Sentencia de la Sala Quinta de 22 diciembre de 1989 (FERNÁNDEZ FLORES), aunque con referencia a la función militar como uno de los criterios incluidos en el art. 35 del Código Penal Militar en que ha de fundamentarse la individualización de la pena, distinguía entre una «función militar de carácter ordinario, habitual o nominal, por así decir, y otra de tipo extraordinario, excepcional o especial. En otros términos, hay que distinguir entre una función militar sin especial relevancia, en la que el

(34) La S. Sala Quinta de 19 de mayo de 1998 atiende a la condición del infractor e informes que constan en su expediente personal para la individualización de la sanción.

(35) Por ejemplo, en S. de 29 de junio de 1998 (PÉREZ ESTEBAN).

militar puede ser formalmente sustituido por otro, y una función militar especialmente relevante y reconocida como tal, en la que se toman en consideración las peculiares características de la persona, que la hacen de imposible o difícil sustitución». Si esta distinción no se hiciese, tal criterio de individualización estará vacío de contenido.

Una función militar que se pueda calificar de extraordinaria o excepcional, por la responsabilidad particular que conlleva, es una circunstancia que debe ser destacada a los efectos de individualización de la sanción.

A continuación del grado y función militar se refieren las Instrucciones aprobadas por la O.M. 43/86, de 27 de mayo, a la naturaleza de los móviles que impulsaron al culpable como criterio a tener en cuenta para concretar la sanción. Por móvil entiende CALDERÓN SUSÍN lo que mueve normalmente al delincuente a cometer el delito, a modo de necesidad, basada en las deficiencias sentidas, al por qué de la acción criminal.

Por un lado, la naturaleza de los móviles supone mayor o menor gravedad del hecho y, de otro, según sean reprobables o elevados, es indicio de la mayor o menor necesidad de prevención especial del sujeto infractor.

Entre los móviles que merecen ser calificados de positivos y pueden propiciar una atenuación, podrían considerarse los de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, a que se refería el art. 186 del Código de Justicia Militar de 1945, aunque esta atenuante haya sido radiada del Código Penal Militar y no se encuentre otra de análoga significación en el Código Penal común.

Para encontrar los móviles que pueden ser calificados de negativos o reprochables, puede servir de referencia, a la vista del art. 22 del Código Penal Militar, la circunstancia agravante del número 4 del art. 22 del Código Penal común; en general, los motivos abyectos o fútiles pueden ser los buenos referentes para modular la sanción con mayor rigor.

5. Las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario tienen en cuenta como circunstancias objetivas de individualización de la sanción «la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio y el lugar de su comisión»

Es un criterio de individualización copiado del art. 35 del Código Penal Militar. En realidad, la gravedad y trascendencia del hecho son dos criterios de distinta significación, que se enlazan por referirse ambos al «hecho en sí y en su relación con el servicio y el lugar de su comisión».

La gravedad del hecho hace una clara referencia a la antijuridicidad y presupone que el hecho está en sí desaprobado por la Institución Militar.

La gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta integrante del ilícito disciplinario tanto en el acto como en su resultado.

Por trascendencia del hecho debe entenderse la repercusión social de la conducta en la concreta esfera castrense y, en algunos casos, en la sociedad en general. Sólo se deberá tener en cuenta, lógicamente, cuando suponga un «plus» o un «minus» respecto de la trascendencia que pudiéramos llamar normal.

Para ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO (36) el «servicio» ha de ser el concretamente afectado por la presunta infracción y no el bien del servicio en abstracto ya que este perjuicio ha de valorarse en la «proporcionalidad de la conducta». Por lo demás, dicen los autores citados que resulta obvio que al corregir una infracción disciplinaria se gradúa en conciencia la sanción atendiendo, más que al aspecto formal de la norma reglamentaria infringida, al perjuicio que al servicio se haya ocasionado con la falta disciplinaria.

Nótese que el precepto del artículo de la Ley que glosamos se refiere a las circunstancias *que afecten o que puedan afectar* al interés del servicio. De forma que, como dice RODRÍGUEZ-VILLASANTE (37), se valora tanto el resultado como la acción, es decir, todas las circunstancias que puedan poner en peligro el servicio mismo.

Se agrava, pues, tanto la acción como el resultado. Las circunstancias concurrentes que afecten o puedan afectar al interés del servicio no han de ser valoradas siempre de forma negativa para aumentar la sanción. La dicción legal no autoriza a tal interpretación, pues las circunstancias concurrentes pueden también afectar positivamente al interés del servicio, aunque los hechos integren una infracción disciplinaria; por ejemplo, un exceso de atribuciones en el ejercicio del mando, que no integre un abuso de autoridad, puede pretender conseguir, de modo evidentemente incorrecto, una mejor prestación del servicio; en este caso el pretendido favorecimiento del servicio pondría suponer una consideración positiva para el infractor.

Finalmente, en cuanto a la referencia al *lugar de comisión de la infracción* como criterio de individualización, se está pensando en las infracciones cometidas a bordo de buques o aeronaves cuando se encuentren en el mar o en el aire, así como en otros medios de transporte, en

(36) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. y FORTÚN ESQUIFINO, R. : *La Ley Disciplinaria Militar*. Aranzadi, Pamplona, 1986, pag. 69.

(37) *Opus cit.* pag. 88.

cuanto las infracciones puedan afectar a su seguridad o eficacia en sus aspectos militares. También se ha debido pensar, al establecer tal criterio de individualización, en las infracciones cometidas en unidades aisladas o misiones delicadas por las mismas razones. Por eso habrá que tener en cuenta que si el lugar forma parte del tipo disciplinario, no deberá entonces ser tomado en consideración.

6. Se ha planteado la aplicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como criterio de individualización de las sanciones militares (38).

En el Derecho Administrativo sancionador la circunstancia de que en la normativa disciplinaria no figuren circunstancias atenuantes no ha sido óbice para su aplicación. El T.S. en S. de 9 de junio de 1986 (Ar. 6612) decía que las circunstancias que atenúen la responsabilidad han de tenerse en cuenta en el Derecho sancionador mientras la normativa tipificante no lo prohíba expresamente. Y ello a virtud del principio *«pro reo»*. Y del carácter excepcional que la potestad sancionadora tiene. Y además no pueden ser consideradas *«numerus clausus»*. En su virtud, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha utilizado criterios como la cuantía de los daños producidos, el grado de participación, las circunstancias profesionales, etc, que, no obstante, pueden verse reducidas en su aplicación por conductas continuadas. así la STS de 5 de diciembre de 1984. (39).

En el Derecho disciplinario militar, ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO (40) entienden aplicables para la individualización de las sanciones, las *«imperadas, en cuanto a los delitos, por el Código Penal Militar y, por su carácter subsidiario, en el Código Penal común»*. (41)

(38) Sobre las circunstancias modificativas como elementos que graduara proporcionalmente la intensidad de la infracción en el Derecho Administrativo Sancionador, vide CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A.: Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Revista de Derecho Privado, 1992. Pág. 145 y sigts.

(39) Vide CASTILLO BLANCO, F.: Función Pública y poder disciplinario del Estado. Ed. Civitas 1992, pag. 323 a 325

(40) Opus cit pag. 68.

(41) En Portugal, el Reglamento de Disciplina Militar, aprobado por Decreto Ley de 9 de abril de 1997, dedica el art. 71 a enumerar las circunstancias agravantes de la responsabilidad disciplinaria y el art. 72 a las que considera atenuantes.

Son circunstancias agravantes de la responsabilidad disciplinaria: tiempo de guerra, país extranjero, ocasión de rebelión, insubordinación o servicio de mantenimiento del orden público, acto de servicio, razón de servicio o en presencia de otros militares, especialmente si fueren inferiores jerárquicos del infractor, faltas colectivas, durante el cumplimiento de pena disciplinaria, que afectaren al prestigio de las instituciones armadas, honor, valor o decoro militar, causaren perjuicio al orden o al servicio, fueren reiteradas o cuando mayor fuere el puesto o la antigüedad del infractor.

7. El art. 6 in fine de la L.O. 12/85 estableció la novedad, como criterio para graduar las sanciones con menor rigor, de tener en cuenta la condición de militar no profesional. Y las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de 1986 advertían de la necesidad de tener en cuenta especialmente la condición de militar no profesional del culpable en orden a graduar la sanción con menor rigor (42).

La nueva Ley de Régimen Disciplinario mantiene el criterio de tener en cuenta especialmente la *condición de militar de reemplazo* para graduar las sanciones con menor rigor. La única modificación, nada trascendente, es la sustitución de la expresión «*militar no profesional*» por la de «*militar de reemplazo*».

En términos generales, lo que el precepto quiere decir es que al militar de reemplazo que incurre en una infracción disciplinaria se le ha de tratar con más benevolencia (43). El énfasis gramatical que supone la utilización del adverbio «especialmente» indica la especial preocupación del Legislativo por un tratamiento menos riguroso de los militares de reemplazo a la hora de imponérselos sanciones en vía disciplinaria dada su deficiente asunción de los deberes que les imponen las normas militares para cumplir sus cometidos.

8. El régimen disciplinario general de las Fuerzas Armadas viene matizado por un conjunto de reglas especiales destinadas a dar respuesta a determinadas situaciones que, por razón de la persona, del lugar o de la función, demandan un tratamiento singularizado. (Preámbulo de la Ley) Entre aquéllas cabe destacar el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de los alumnos de los centros docentes militares de formación. La nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas somete a los alumnos de los centros de formación al régimen disciplina-

Son consideradas atenuantes de la responsabilidad disciplinaria (art. 72) las siguientes: la realización de hechos heroicos, la prestación de servicios relevantes, la provocación cuando consista en agresión física u ofensa grave a la honra del infractor, cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos o afines en los mismos grados, y hubiere sido cometida la infracción a continuación de la provocación, la confesión espontánea cuando contribuya para descubrir la verdad, el comportamiento militar ejemplar, el buen comportamiento militar y la presentación voluntaria.

(42) El Código Penal Militar se refería también en su art. 35, como circunstancia a tener en cuenta especialmente para la imposición de la pena en menor extensión, a la condición de no profesional del culpable.

(43) En cambio, «*en ningún supuesto establece la Ley que a los militares profesionales deba tratárseles con mayor rigor por el mero hecho de serlo*». (S. Sala Quinta 15 de octubre de 1996; MAYOR BORDES)

rio militar pero quiere que la condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en dichos centros docentes y en las Unidades, Centros y Organismos donde se encuentren completando su formación sean tenidas especialmente en consideración en la aplicación a los mismos de los preceptos de la Ley. (artículo 6, párrafo 2º)

La Ley de Régimen Disciplinario de 27 de noviembre de 1985 sentó inicialmente el criterio de que a los alumnos de las Academias y Escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa y Marinería se les aplicarían sus reglamentos disciplinarios específicos, los cuales debían adecuarse a lo regulado en la Ley con inclusión de las infracciones de carácter escolar. A tal efecto, la Disposición Adicional Tercera de la Ley concedía plazo, no superior a un año, para que el Ministerio de Defensa aprobase los Reglamentos disciplinarios específicos de las Academias y Escuelas.

La Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica del Servicio Militar, de 20 de diciembre de 1991, introdujo una serie de modificaciones en la Ley de Régimen Disciplinario de 1985, entre ellas en la Disposición Adicional Tercera, que dedicó al régimen disciplinario de los alumnos de los centros docentes militares de formación, a quienes sometió a la Ley Disciplinaria, permitiéndoles cumplir las sanciones que se les impusiesen por las infracciones disciplinarias militares, en el propio centro docente, sin perjuicio de seguir participando en las actividades académicas. En caso de que al alumno se le incoase expediente disciplinario por falta grave, podía tener como resultado la baja del alumno en el centro docente. La sanción de baja en el centro era competencia del Secretario de Estado de Administración Militar y contra la imposición de dicha sanción se podía interponer recurso ante el Ministro de Defensa.

Lo que eran infracciones de carácter puramente académico no estaban incluidas en el régimen disciplinario militar. Esas infracciones escolares y las correspondientes sanciones, que en ningún caso podían suponer para el alumno restricción o privación de libertad, se debían determinar en las normas de régimen interior de los centros docentes militares, con la aprobación del Ministro de Defensa.

El sometimiento del alumnado de los centros docentes militares de formación al régimen disciplinario militar guarda concordancia con lo dispuesto en el art. 79 de la Ley 17/99 reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional que atribuye condición militar a los que sean nombrados alumnos de los citados centros; estarán, sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y

a las leyes penales y disciplinarias militares. Pero la nueva Ley Disciplinaria quiere que la condición de alumno sea tenida especialmente en consideración en la aplicación a los mismos de los preceptos de la Ley (art. 6, párrafo 2º).

La comprensión de este párrafo segundo del art. 6 de la Ley Disciplinaria puede ofrecer alguna dificultad. Parece claro que no se le ha querido dar al alumno un trato de benevolencia como al militar de reemplazo. Creo que significa simplemente que la condición de alumno de centros docentes militares comporta un régimen particular o singular en la aplicación de la Ley Disciplinaria. Esa consideración privilegiada de la condición de alumno viene reforzada por el énfasis gramatical que supone la utilización del adverbio «especialmente» y por la separación sistemática de los otros criterios de individualización alojados en el párrafo primero del propio art. 6.

A la hora de concretar esa toma de consideración especial que la Ley quiere que se tenga con los alumnos de los centros docentes militares al aplicarles el régimen disciplinario, puede sernos de gran utilidad la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril (Boletín Oficial de Defensa núm. 83), sobre Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación, en cuyo capítulo V se consignan los «Criterios para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas a los alumnos de los centros docentes militares de formación». Y en su art. 24, regla a), establece que se tomará en cuenta y, en su caso, se adecuará el texto de las normas de la Ley Disciplinaria a la condición de alumnos de sus destinatarios inmediatos y al desarrollo de sus actividades en centros docentes militares y en otras unidades, centros y organismos donde se encuentren completando su formación; como puede verse, decía algo muy parecido a lo que ahora dice la Ley Disciplinaria. Por ahora es, pues, por donde se puede entender cabalmente el significado de esta norma del art. 6, párrafo 2º, de la Ley Disciplinaria, que viene a elevar al rango de Ley Orgánica el Régimen Disciplinario privilegiado que la Orden Ministerial supracitada aplicó a los alumnos de los centros docentes militares.

Para la operatividad de la norma analizada, la aplicación de los preceptos de la Ley Disciplinaria a los alumnos de los centros docentes militares de formación debe realizarse de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Todas las sanciones de arresto se cumplirán en el propio centro docente y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas (art. 10.3). El cumplimiento de las sanciones, aún

las de arresto por falta grave, en el propio centro docente, sin dejar las actividades académicas supone, sin ninguna duda, una dulcificación del régimen disciplinario para los alumnos de los centros docentes militares de formación.

- b) Cuando la sanción impuesta como resultado de expediente disciplinario que se incoe por falta grave (44) sea la de baja en el centro, ello supondrá la pérdida de la condición de alumno del centro y la del empleo militar que hubiera alcanzado con carácter eventual, sin perjuicio de la condición de militar que tuviera antes de ser nombrado alumno (art. 16) (45).
- c) Tienen potestad para imponer sanciones a los alumnos de los centros docentes militares de formación las Autoridades a que se refieren los números 1, 2 y 3 del art. 27 de la Ley Disciplinaria. En los números 4, 5, 6 y 7 del mismo artículo se entenderán incluidos, respectivamente, con sus correlativas competencias sancionadoras, los Directores de Enseñanza de los Ejércitos y el titular del órgano responsable en materia de enseñanza militar en relación con los alumnos de los Cuerpos Comunes; los Directores de los centros de formación y Jefes de Unidad, Centro u Organismo en que los alumnos estén completando su formación; los Jefes de Estudios de dichos centros y los Jefes de Unidades de encuadramiento de entidad Batallón y Compañía (art. 43). El principio de reserva legal en materia de atribución de potestad disciplinaria obligaba a incorporar a la Ley Disciplinaria, con ligeros retoques de estilo, el texto del art. 24 b), primero y segundo párrafos, de la O.M. 43/1993, donde se enumeraban las Autoridades y Mandos con potestad para imponer sanciones a los alumnos.
- d) La potestad de imponer la sanción de baja en el centro docente militar corresponde al Subsecretario (artículo 29, párrafo 211). Para esta imposición será preceptivo el informe no vinculante del

(44) Alguna de las faltas tiene a los alumnos de los centros docentes militares como destinatarios inmediatos, como la grave del núm. 28 del art. 8: la ausencia injustificada de los alumnos del centro, sin autorización, por plazo de cinco a quince días, computados de momento a momento, siendo el inicial aquél en que el alumno deba estar presente en el centro. Si es por plazo inferior a cinco días, falta leve (art. 7.11)

(45) La Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al regular los motivos de baja de un alumno, dice que, al causar baja, los alumnos perderán la condición de militar y el empleo militar que hubieran podido alcanzar con carácter eventual y se resolverá el compromiso inicial de quien lo hubiera firmado, sin perjuicio de la condición de militar que tuvieran antes de ser nombrados alumnos.

Director del Centro correspondiente (art. 61.1), además del informe, también no vinculante, del Asesor Jurídico. La resolución del expediente disciplinario que acuerde la baja por imposición de sanción disciplinaria por falta grave podrá ser objeto de recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central (Art. 83.2 de la Ley 17/99 de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas).

- e) El escalonamiento jerárquico a que se refiere el art. 76 de la L.D. para la resolución de los recursos interpuestos contra las sanciones impuestas a los alumnos de los centros de formación será el señalado en el art. 43.
- f) Las anotaciones por falta leve de los alumnos de los centros de formación se cancelarán, en todo caso, cuando se incorporen a su Escala (art. 72.4).
- g) Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el Régimen Disciplinario Militar y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas (art. 3.3).

En Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en el artículo dedicado a la regulación del régimen interior de los centros docentes militares de formación (art. 81), que tiene entre sus objetivos el de integrar las relaciones de disciplina militar con las propias del proceso de formación entre profesor y alumno, se abandona la idea de los reglamentos disciplinarios específicos de los centros docentes militares de formación, se reitera el principio de que las infracciones de los deberes académicos de los alumnos no están incluidas en el régimen disciplinario militar y se dispone que deben ser sancionados, exclusivamente, con amonestaciones verbales o escritas, de acuerdo con lo que se determine en las normas generales que regulen el régimen interior de los centros docentes militares de formación que apruebe el Ministerio de Defensa.