

GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR Y CONTROL JURISDICCIONAL: TENDENCIAS (Y ALGUNAS PROPUESTAS) EXPANSIVAS

Francisco J. Sospedra Navas
*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del TSJ de Cataluña*

I. INTRODUCCIÓN: LA LÍNEA EXPANSIVA (CONSTANTE) DE LAS GARANTÍAS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

La disciplina es un elemento ontológico del ejercicio de la función pública militar, lo que explica la transcendencia de su régimen disciplinario, en tanto que instrumento esencial para prevenir y reparar las patologías en el mismo funcionamiento de la institución¹. Como consecuencia inmediata de ello, el régimen disciplinario militar presenta una mayor rigi-

¹ FERNANDEZ SEGADO, F. («El nuevo régimen disciplinario militar. Reflexiones en torno a la obra «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Revista Española de Derecho Militar. Número 76. 2000, pág. 125) afirma que «la protección y el mantenimiento de la disciplina ha constituido en los Ejércitos un objetivo consustancial a la propia Institución». Asimismo, la doctrina ha subrayado la relevancia de la disciplina castrense como bien jurídico protegido en la mayor parte de tipos disciplinarios: entre otros, NEVADO MORENO, P.T. «La función pública militar: Régimen jurídico del personal militar profesional». Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997, págs. 348 y ss.; ROJAS CARO, J. «Derecho Procesal militar». Ed. Bosch. Barcelona. 1991, pág. 78.

dez que el de la función pública civil, donde los principios de prevención y eficacia tienen un protagonismo destacado².

Sobre este marco normativo, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, así como proyección de los valores y principios internacionales³, ha venido dibujando una línea evolutiva del régimen disciplinario militar, en vía legislativa y de interpretación jurisprudencial, que se caracteriza por una progresiva permeabilidad del régimen sustantivo y procedimental a los principios y garantías constitucionales⁴, lo que hace que la

² La prevención general y eficacia informan toda la regulación del régimen disciplinario militar, tanto desde el punto de vista sustantivo, como desde el punto de vista procedimental, con especial intensidad en la regulación de las medidas cautelares (v.gr. arresto preventivo) y en la ejecutividad de la sanción no firme. En este sentido, más ampliamente, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.C. «Proporcionalidad e individualización de las sanciones disciplinarias» en «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil». Tomo I. Ministerio del Interior. Madrid. 2002, págs. 84 y ss.

³ La STC 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21) fundamentaba la proyección de las garantías básicas de defensa sobre el procedimiento disciplinario militar en base a una especie de «supraprincipios constitucionales» (en expresión de LORENZO DE MEMBIELA, J.B. «Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera». Thomson Aranzadi. Pamplona. 2006, pág. 154) o de «consenso de valores de la comunidad internacional» (en terminología de ALONSO GARCÍA, E. «La interpretación de la Constitución». Madrid, 1984, pág. 403), de forma que aplicaba de hecho las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos al caso del régimen disciplinario español. De esta forma, como señala GARCIA DE ENTERRIA, E. («El valor del Derecho español en la jurisprudencia del TEDH»). Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número 1. 1987, pág. 12) el TC disminuyó deliberadamente el valor de la reserva formulada por España al Convenio Europeo, aplicando de hecho la doctrina establecida por el Tribunal Europeo en el caso Engel, por la vía de la invocación genérica de los «valores y principios de alcance universal» contenidos en los Tratados Internacionales, aunque se negara la aplicación de esta misma doctrina por la vía del art. 10.2 de la CE en virtud de la previa reserva.

⁴ Con carácter general, cabe indicar que es indudable que el régimen disciplinario militar presenta singularidades en relación a la disciplina de la función pública común, como consecuencia de la naturaleza estructural de la disciplina militar en el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, lo que determina que deba buscarse un equilibrio entre los requerimientos de rigidez y las garantías que han de observarse en el ejercicio de la potestad sancionadora. En línea de principio, creemos que estas especialidades, como indica RODRÍGUEZ-VILLARASANTE (cita 2 supra), deben encuadrarse en su ámbito natural, esto es, la prevención y la eficacia, y no en la merma de garantías del expedientado. Así, las singularidades del régimen disciplinario militar justifican especialidades tales la ampliación del ámbito objetivo de las infracciones, el mayor rigor sancionador y un régimen específico en cuanto a las medidas cautelares y a la inmediatez en la ejecutividad de la sanción. Por el contrario, tales singularidades no tienen que suponer un óbice para que existan zonas oscuras en el campo de las garantías del procedimiento y control jurisdiccional, lo cual presenta una especial problemática en el procedimiento por faltas leves.

En este sentido, en este breve comentario sobre la dicotomía entre disciplina militar y garantías constitucionales y legales, es oportuno traer a colación la exposición de RAMOS GANCEDO, D. («Derechos Fundamentales y recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», en en AAVV «Cuestiones Penales y Procesales militares». Cuadernos

materia tenga un acentuado dinamismo, como se patentiza en el reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006⁵. En este contexto, es necesario reflexionar sobre el estado actual de la cuestión, lo cual nos lleva a proponer un estudio sobre las garantías del procedimiento disciplinario militar y el control jurisdiccional de la potestad sancionadora, donde se analizarán, de forma selectiva⁶, los aspectos más destacados.

Para centrar la exposición, debe indicarse que el régimen disciplinario militar se compone de las normas de esta naturaleza dirigidas a tres ámbitos personales distintos como son las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y las personas que ejercen funciones en la Administración de Justicia Militar⁷. La regulación básica se encuentra en el ámbito de la LORDFA de

de Derecho Judicial. 1996, págs. 424 a 426) que concluye con esta elocuente frase: «... la verificación de que la potestad disciplinaria se ejerce en el marco de las disposiciones legales que regulan esa potestad no sólo no perturba al concepto de Disciplina Militar, sino que supone una reafirmación de dicho concepto, pues, en definitiva, una de las más flagrantes violaciones de la Disciplina es la de aplicarla incumpliendo las normas establecidas por el legislador para su ejercicio».

⁵ Caso *Dacosta Silva* contra España, que declaró que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba sustraído al control del Tribunal al no alcanzarle la reserva española a los arts. 5 y 6 del Convenio, y que se había producido violación del art. 5.1 del Convenio al haber sido sancionado un Guardia Civil por la Administración con una sanción de naturaleza privativa de libertad.

⁶ El análisis selectivo resulta necesario por las propias limitaciones de extensión de este trabajo y, además, conveniente, en tanto que existe una literatura científica abundante que analiza detalladamente el régimen disciplinario militar español. Como obras generales de referencia en materia de régimen disciplinario militar, podemos citar dos obras colectivas dirigidas por RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. que analizan de forma exhaustiva el régimen disciplinario militar en el ámbito de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas: «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios». Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa. Madrid. 2000; y «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil». 3.ª Ed., dos tomos. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid. 2002. En el ámbito del derecho procesal militar, podemos citar como obra general de referencia la obra colectiva dirigida por SANCHEZ GUZMAN, E. «Comentarios a las Leyes Procesales Militares». Dos tomos. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid. 1995.

⁷ Como es sabido, las normas legales básicas vigentes que conforman el régimen disciplinario militar, objeto de este estudio, son las siguientes: a) en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LR DFA); b) en el ámbito de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LR DGC); y c) en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria judicial, los arts. 122 a 148 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LJM); los arts. 122 y 128 a 143 han sido redactados por Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio). Por su parte, en el ámbito del control jurisdiccional, la norma básica es la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante CPM).

1998, sobre la que discurrirá principalmente nuestro estudio, si bien también se entrará en el análisis de los puntos de interés que suscitan en esta materia las normas disciplinarias de la Guardia Civil y las del régimen disciplinario judicial militar.

Sistematizaremos el estudio analizando, de forma introductoria, las claves internas e internacionales desde el punto de vista de las garantías constitucionales, para posteriormente examinar separadamente las garantías del procedimiento y el control jurisdiccional de la potestad sancionadora.

1) LAS CLAVES INTERNAS: TRANSICIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y FUERZA EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, desde la promulgación de la Constitución, se han sucedido dos transiciones normativas de especial calado: a) la primera, con la legislación promulgada en la década de los ochenta, cuya finalidad principal fue la de adecuar el marco normativo preconstitucional a las prescripciones en materia de principios, derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución⁸; y b) la segunda transición, concretada en la legislación promulgada a partir del año 1999, tendente a redefinir el modelo de las Fuerzas Armadas, regulando un modelo castrense exclusivamente profesional⁹.

⁸ En esta primera transición normativa se sitúan las normas de derecho orgánico judicial (LJM y CPM), las de derecho penal militar (Código Penal militar L.O. 13/1985, de 9 de diciembre), así como la primera normativa postconstitucional sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que comprendía inicialmente a la Guardia Civil (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre). En cuanto a la regulación del personal militar profesional, se promulgó la Ley 17/1989, de 19 de julio. Por último, dentro de esta primera transición se ubican cronológicamente las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) y sus normas de desarrollo (RRDD 2945/1983; 494/1984 y 1024/1984).

⁹ La segunda transición normativa, aún hoy inacabada, se inicia con la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas que modifica el modelo mixto, optando por el modelo profesional. El modelo de la Ley de 1999 se ha visto afectado por algunos condicionantes que no han logrado consolidarlo, especialmente por la nota de la temporalidad en las clases de tropa y marinería, lo cual ha llevado al legislador a avanzar en la plena profesionalización, a cuyo efecto se ha promulgado la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y actualmente está en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Carrera Militar, donde se intenta renovar el diseño actualmente vigente, adaptando la carrera del militar profesional a las circunstancias y necesidades que se derivan de las exigencias actuales.

La norma básica vigente en materia disciplinaria militar se sitúa en los albores de lo que hemos denominado segunda transición normativa y, precisamente por este motivo, no da una respuesta adecuada al modelo profesional que ha de resultar de la segunda transición normativa, pues las evidentes mejoras legislativas que introdujeron por la vía de la LORDFA de 1998 lo fueron con referencia al modelo mixto, integrado por militares profesionales y de reemplazo, establecido en la primera transición normativa. Ello explica el excesivo protagonismo que se otorga a las sanciones privativas de libertad, cuando el modelo profesional admite un mayor juego de las sanciones privativas de derechos, sin merma de los fines que ha de cumplir el régimen disciplinario militar¹⁰.

Esta opción legislativa no genera problemas sustantivos en clave interna, al no alcanzar la prohibición del art. 25 de la CE a la Administración militar¹¹, pero sí produce desajustes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, patentizado en la sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006¹², a la que posteriormente se hará referencia, así como

¹⁰ La sanción disciplinaria privativa de libertad es tradicional y común a todo el Derecho disciplinario militar comparado; incluso, en la órbita de los países anglosajones, el Derecho Penal y el disciplinario se confunden. No obstante, y aún aceptando que las sanciones de esta naturaleza son idóneas en sede de disciplina castrense, la utilidad y necesidad de las mismas está en relación directa con el régimen jurídico del personal de las Fuerzas Armadas, de manera que la profesionalización plena o la extensión del concepto de carrera a todos los estamentos militares, determina un sustrato personal y de circunstancias sociológicas muy diferentes a las del modelo mixto o profesional temporal, expandiéndose el concepto de carrera a todos los estamentos, lo que posibilita el juego aplicativo de otras sanciones no privativas de libertad, incluso con mayor eficacia que las de naturaleza privativa de libertad.

¹¹ El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21), viene declarando que la imposición de sanciones privativas de libertad por la Administración militar queda extramuros del art. 25 de la CE (Vid. más ampliamente, JIMENEZ VILLAREJO, J. «Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional. Ed. Colex. Madrid. 1991, págs. 19 y ss.)

¹² Debe indicarse desde este momento que los desajustes del régimen disciplinario militar español, con abstracción del tema de la vigencia de la reserva al Tratado, pueden plantearse con el art. 5 del CEDH, pero no parece que en principio afecten al art. 6 del CEDH a la luz de la doctrina sostenida por el TEDH en Sentencia de fecha 20 de mayo de 2003 (Asunto López Escobar c. España), que entendió que el arresto militar al que fue sancionado el demandante no puede asimilarse a la «materia penal» en el sentido establecido en el art. 6.1 del CEDH. Esta conclusión resulta reforzada por la reforma operada en 1998, que disminuyó el máximo de la sanción de arresto (dos meses) en relación a la contemplada en la legislación de 1985 (tres meses), siendo que la STEDH de 20 de mayo de 2003 se había pronunciado sobre la normativa disciplinaria de 1985, aunque en relación al caso concreto.

problemas de diseño procedimental, en especial en relación al procedimiento por faltas leves¹³.

En efecto, el procedimiento por faltas leves es el que suscita la mayor parte de conflictos interpretativos, y ello como consecuencia del mimetismo con que se trasladó la arquitectura del procedimiento disciplinario sumario común al ámbito de lo militar, sin tener en cuenta que el diseño procedimental sumario sólo admite la imposición de la sanción de advertencia o apercibimiento en el régimen común¹⁴. El procedimiento sumario por faltas leves se funda en la levedad de la sanción y se caracteriza porque no hay propiamente instrucción del procedimiento, por lo que el trámite queda reducido a la audiencia ante la autoridad sancionadora, sin separarse las funciones de instrucción y resolución, estructura procedimental que se sigue tanto en el art. 49 de la LRDFAS como en el art. 38 LRDGC. Sin embargo, la entidad de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de falta leve en el ámbito del régimen disciplinario militar produce insuficiencias desde el punto de vista de las garantías del procedimiento disciplinario, lo que genera una situación conflictual especialmente intensa.

La solución normativa armonizadora entre los principios de celeridad y eficacia y las garantías del expediente se encuentra en la previsión de una doble vía procedimental cuando la falta leve está sancionada más gravemente, al modo que se ha regulado en el régimen de disciplina judicial militar, donde se distingue el cauce procedimental sumario, exclusivo para la sanción de apercibimiento, del expediente contradictorio, que debe seguirse para las restantes sanciones por falta leve¹⁵.

La insuficiencia de la regulación alcanza al ámbito del control jurisdiccional, puesto que los límites establecidos para la impugnación de las

¹³ La cuestión es planteada en términos precisos por JUANES PECES, A. («El proceso penal y procedimientos administrativos sancionadores: Especial referencia al procedimiento disciplinario militar». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 668. 2005, págs. 3 y 4), quien, con fundamento en la naturaleza privativa de libertad del arresto (vid. *infra* cita 20), entiende que son de aplicación directa las garantías del art. 24.2 de la CE al procedimiento por faltas leves. En este sentido, del análisis de la jurisprudencia del TC y del TS, así como de los demás órganos de la jurisdicción militar, se aprecia una construcción jurisprudencial del procedimiento por faltas leves, por la vía de la comunicabilidad de las garantías constitucionales, necesaria por la sincrética regulación legal de este procedimiento.

¹⁴ El diseño sumarísimo del procedimiento por faltas leves se justifica en que la única sanción que entra en su ámbito es la de apercibimiento. Así, tras la reforma operada por Ley 31/1991, de 30 de diciembre, para los funcionarios de la Administración del Estado las faltas leves se sancionan únicamente con apercibimiento, lo que explica que el trámite de audiencia agote la regulación procedimental.

¹⁵ Cfr. art. 144 de la LJM, redactado por el art. 2 de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio.

resoluciones sancionadoras por falta leve ha llevado a cuestionar la propia constitucionalidad de la regulación legal¹⁶.

Por otra parte, la legislación disciplinaria militar se ha visto superada, en algunos aspectos, por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales¹⁷, lo cual hoy explica la necesidad de adecuar la interpretación de alguna de sus prescripciones, en cuyo ámbito el papel de la jurisprudencia es esencial, por lo que es necesario profundizar en el mismo.

En este contexto, las claves internas parece que deberían discurrir, por una parte, a una revisión del protagonismo de las sanciones privativas de libertad en el marco disciplinario militar y, por otra parte, a reconducir la regulación del régimen disciplinario militar al marco (progresivamente amplio) de las garantías materiales y formales establecidas en la Constitución.

2) LAS CLAVES INTERNACIONALES: EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR (EN ESPECIAL, LA SENTENCIA DEL TEDH DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006)

La reciente sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006 tiene una evidente proyección sobre el régimen disciplinario militar español, por lo cual es imprescindible realizar un sucinto examen de las consecuencias que puede tener dicha sentencia en nuestro ordenamiento.

Con carácter previo a dicho examen, debe subrayarse que el Tribunal Europeo deja claro que, fuera del ámbito de la reserva al Tratado, el régimen disciplinario militar español es incompatible con el sistema de garantías del art. 5 del CEDH. La posible compatibilidad se había sostenido con fundamento en la sentencia del TEDH dictada en el caso *Engels contra Países Bajos*¹⁸, sin tener en cuenta una cuestión esencial como es que en el sistema holandés de justicia militar se admite el control jurisdiccional

¹⁶ Ampliamente, infra apartado III.1 de este estudio.

¹⁷ Esta fuerza expansiva de los derechos fundamentales no sólo afecta al derecho disciplinario militar, sino también al derecho disciplinario común, lo cual explica que las modificaciones normativas en este ámbito son constantes, acogiendo, en muchos de los casos, los criterios jurisprudenciales, que amplían progresivamente el campo aplicativo de los derechos y garantías constitucionales.

¹⁸ Sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976, dictada en el asunto *Engel y otros contra Países Bajos*. Por el contrario, esta sentencia sí recogía un fundamento sólido para concluir que determinadas modalidades de sanciones privativas de libertad, en el ámbito disciplinario militar, no podían asimilarse a la materia penal establecida en el art. 6 del CEDH.

previo sobre la sanción privativa de libertad, por cuanto el recurso contra la resolución sancionadora tiene efecto suspensivo¹⁹.

En otro plano, el TEDH concluye la sanción de arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad conforme a la legislación interna española²⁰, lo cual tiene importancia esencial para declarar la violación del art. 5.1 en el caso concreto²¹.

¹⁹ El propio Tribunal Europeo enfatiza esta diferencia, cualitativa, entre el sistema holandés y el español, con referencia al caso Engel en el apartado 44 de la sentencia de 2 de noviembre de 2006 dictada en el caso Dacosta Silva. En efecto, si analizamos la sentencia Engel, el argumento esencial que esgrimió el Tribunal Europeo para concluir que no se había infringido el art. 5.1 del CEDH en dos de los recurrentes (Dona y Schul) fue que el recurso ante el Tribunal Superior Militar holandés tenía efecto suspensivo, conforme a la Ley holandesa de 1903, por lo que concluía que la privación de libertad consistente en el cumplimiento del arresto en la unidad disciplinaria de los interesados se había producido por orden de un «Tribunal competente» en el sentido del art. 5.1.a) del CEDH (apartado 68, sentencia Engel y otros). En relación al concepto de «Tribunal» conforme al art. 5 del CEDH y su configuración autónoma en el sistema europeo, puede verse, además de la citada sentencia Engel, las SSTEDH 18 de junio de 1971 (caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica) y 2 de marzo de 1987 (caso Weeks contra Reino Unido).

²⁰ El fundamento 59 de la sentencia Engel, tras aceptar que pueden haber matices entre la naturaleza de una misma sanción o medida disciplinaria, según sea aplicada a un civil o a un militar, formula el argumento clave para incluir una sanción en la órbita del art. 5 del CEDH, afirmando que hay privación de libertad cuando la medida «se concreta en restricciones que se apartan netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas de los Estados contratantes», de tal manera que el régimen militar de prestación de servicios tiene transcendencia a la hora de dilucidar sobre si una sanción es o no privativa de libertad, por lo cual estamos ante un concepto dinámico en el sentido que se ve influenciado por las modificaciones sustantivas en el régimen de prestación de servicios o «condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas» de cada Estado. El TEDH ya se había pronunciado sobre la aplicación del art. 5 del CEDH a los supuestos de arresto domiciliario en el ámbito de la legislación italiana por entender que había una privación de libertad en los términos del art. 5.1.c) (v.gr. STEDH 2 de agosto de 2001, caso Vittorio y Luigi Manzini contra Italia); no obstante, tratándose de una cuestión que queda en el ámbito de la legislación interna de cada Estado, en el caso español el TEDH se apoya en la STC 14/1999, de 22 de febrero, que afirmaba que el arresto domiciliario es una verdadera privación de libertad.

En el ámbito interno, sobre la naturaleza privativa de libertad del arresto domiciliario, ya se había pronunciado el TC en la sentencia 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985, 31), entendiéndose que era susceptible de ser amparado a través del procedimiento de «habeas corpus», habiéndose pronunciado reiteradamente también en el mismo sentido la Sala 5.^a del Tribunal Supremo (SSTS 30 mayo 2002 y 3 julio 2003, entre otras). Más ampliamente JUANES PECES, A. («El proceso penal y procedimientos administrativos sancionadores: especial referencia al procedimiento disciplinario militar». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 688, 2005, pág. 3 y ss.).

²¹ Lógicamente este argumento (que el arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad) es esencial en este caso concreto, pero queda en un segundo plano en relación a la adecuación del sistema en general, pues perfectamente podría haberse planteado la hipótesis de una sanción por falta grave de arresto en establecimiento penitenciario, cuya naturaleza privativa de libertad no ofrece duda alguna.

Por último, debe indicarse que el TEDH ya se había pronunciado en relación a la posible aplicación del art. 6 del CEDH a las sanciones disciplinarias militares, habiendo descartado, para el caso de la legislación militar española, que tales sanciones pudieran entrar dentro de la garantía establecida en el citado art. 6 para la materia penal²².

Para sistematizar la exposición, debemos diferenciar entre los efectos que la sentencia puede producir en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil y los que pueden derivarse en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

A) Las garantías del Convenio Europeo y el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil

La sentencia comentada concluye que se había producido vulneración del art. 5.1 del CEDH, al imponerse una sanción privativa de libertad a un Guardia Civil, en base a un argumento esencial cual es que el régimen disciplinario de la Guardia Civil está fuera del ámbito de la reserva española.

La sentencia no cuestiona la naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil, lo cual pertenece al ámbito interno²³, pero sí que entiende que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba en el ámbito de la reserva formulada en España en el año 1985 en base a la suma de tres fundamentos: a) en primer lugar, la Guardia Civil tiene atribuidos cometidos funcionales no militares en la legislación interna; b) en segundo lugar, y como derivado de esta especialidad funcional, era necesaria la regulación de un régimen disciplinario específico para este colectivo²⁴; y c) en tercer lugar, al momento de la promulgación de la LORDGC no se actualizó la reserva, no pudiendo ampliarse la misma a una normativa que se segregaba de la que constituía el objeto reflejado en la reserva.

²² STEDH 20 mayo 2003 (asunto Camacho López Escobar contra España).

²³ La legislación orgánica española [Ley Orgánica 2/ 1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad] define a la Guardia Civil como un Instituto Armado de naturaleza militar (cfr. art. 9.2.a)], lo cual entra dentro del ámbito de libertad de configuración del legislador, dentro del margen ofrecido por la Constitución: SSTC 194/1989, de 16 de noviembre (RTC 1989, 194) y 1/1995, de 10 de enero (RTC 1995, 1); SSTS 5.ª 8 mayo 1990 (RJ 1990, 5338), 11 febrero 2000 (RJ 2000, 5193) y 18 diciembre 2003 (RJ 2003, 9298), entre otras.

²⁴ El TEDH se apoya en la interpretación realizada por la STC 194/1989, de 6 de noviembre (RTC 1989, 194), la cual había indicado que la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil era meramente provisional, puesto que el art. 15.2 de la L.O. 2/1986 (y anteriormente el art. 38.2 de la L.O. 6/1983), prescribía que la Guardia Civil debía regirse por su normativa disciplinaria específica.

En consecuencia, al quedar el régimen disciplinario de la Guardia Civil fuera del ámbito de la reserva formulada por España, es indudable que los efectos de la sentencia se sitúan en la órbita del legislador, quien, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado español, deberá reformar el régimen disciplinario de la Guardia Civil, pudiendo apuntarse, a modo de hipótesis, tres opciones: a) una opción sería la supresión de las sanciones de arresto en el cuadro de sanciones; b) otra alternativa sería la bifurcación funcional del régimen disciplinario, diferenciando los supuestos en que se ejerzan cometidos funcionales asignados a la Guardia Civil en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los supuestos en que se cumplan funciones de naturaleza militar²⁵; y c) la última opción sería la modificación en sede de procedimiento, dotando de efectos suspensivos a los recursos contra la sanción privativa de libertad hasta tanto el correspondiente órgano de la jurisdicción militar se pronuncie sobre su conformidad a derecho.

B) La potencial incidencia de la Sentencia del TEDH en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas había sido objeto de reserva por parte de España al momento de ratificarse el Tratado, actualizándose posteriormente con motivo de la modificación normativa del año 1985²⁶.

La sentencia, de forma congruente al caso planteado, no entra a pronunciarse sobre la vigencia de la reserva española en relación a la LORDFA de 1998²⁷, extremo éste que puede suscitar controversia en relación a

²⁵ Esta solución normativa está contemplada en el régimen disciplinario judicial militar, donde se distingue los supuestos de ejercicio de funciones judiciales y fiscales, de los supuestos en que se desarrollen otras misiones militares, donde es de aplicación el régimen disciplinario de la LRDFAS (cfr. art. 122 LJM).

²⁶ La reserva española no es la única en materia de régimen disciplinario militar, pues Francia y Portugal formularon reservas en términos similares a la española al depositar sus respectivos Instrumentos de ratificación. Así, Francia formuló reservas al art. 5 y 6 del CEDH en relación a la aplicación del art. 72 de la Ley 72-662, de 13 de julio, referente al Estatuto General de los Militares sobre el régimen disciplinario en el Ejército y las del art. 375 del Código de Justicia Militar. Por su parte, Portugal formuló reserva respecto de la aplicación del art. 5 del CEDH en relación a los artículos 27 y 28 del Reglamento de disciplina militar, que prevén el arresto para los militares.

²⁷ p. 38 de la sentencia comentada. En otros casos de planteamiento similar, cuando el TEDH ha apreciado que un determinado supuesto queda fuera del ámbito de la reserva, ya no ha entrado a conocer sobre la validez de la reserva por entenderlo innecesario: STEDH 23 abril 1997 (c. Stallinger y Cuso), p. 49.

la incidencia (potencial) de la sentencia en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, por cuanto la misma resolución pone de relieve que la reserva no fue actualizada por España cuando se promulgó la Ley Orgánica de 1998, a la vez que la interpretación del TEDH ha sido restrictiva en esta materia, por la vocación expansiva del Convenio²⁸ y siguiendo las recomendaciones de los órganos del Consejo de Europa²⁹.

En primer lugar, debe señalarse que el caso de la reserva española presenta singularidades en relación a otros sobre los que se ha pronunciado el TEDH en esta materia. Así, por una parte, la Ley Orgánica española de 1998 es una regulación que se subroga con la que fue objeto de reserva en el año 1979, actualizada en el año 1986, y, más concretamente, una de las razones que determinaron esta modificación normativa fue la de adaptar la legislación al CEDH³⁰; y, por otra parte, la reserva española tiene un ámbito muy preciso de delimitación objetiva y subjetiva³¹. En efecto, la reserva español-

²⁸ Aquí debe subrayarse que el CEDH desborda el ámbito de la reciprocidad, para adquirir una dimensión constitucional en el sentido jurídico internacional, creando unas obligaciones de garantía colectiva (CARRILLO SALCEDO, J.A. «El CEDH». Ed. Tecnos. Madrid. 2003, págs. 22 y ss.). Por este motivo, el CEDH tiene una clara vocación expansiva en su ámbito de aplicación, en el sentido de universalidad, no quedando al margen de esta dinámica las reservas «domésticas» como la ahora analizada, aún cuando la normativa objeto de reserva despliegue su eficacia exclusivamente en el ámbito interno de un Estado.

²⁹ En esa línea de vocación expansiva, tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria (Cfr. R. 1223/1993) del Consejo de Europa han aconsejado a los Estados que deben procurar la reducción y supresión de las reservas al CEDH.

³⁰ El TEDH, si bien reconoce a los Estados la facultad de trazar la frontera entre el Derecho penal y el disciplinario, se reserva la posibilidad de asegurarse de que la línea divisoria entre uno y otro no infringe la frontera del art. 6 del CEDH (entre otras, Sentencia Engel de 8 de junio de 1976, Sentencia Oztürk de 21 de febrero de 1984 y Sentencia Weber de 22 de mayo de 1990). Ésta fue una de las razones que llevó al legislador español a modificar el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, reduciendo el límite superior de la sanción de arresto a dos meses, equiparando en este punto la legislación española con la de los países de nuestro entorno, y evitando de esta manera el conflicto que podría producirse de aplicarse la garantía penal del art. 6 CEDH a las sanciones disciplinarias militares, e incluso en clave de derecho interno (Vid. más ampliamente sobre esta cuestión FERNANDEZ SEGADO, F. «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional». Revista de Estudios Políticos. Núm. 64. Abril-junio 1989, págs. 93 y ss.; QUEL LÓPEZ, J. «Las reservas a los tratados internacionales: un examen de la práctica española». Universidad del País Vasco. Bilbao. 1991, págs. 248 y ss.).

³¹ El alcance, precisión y claridad en las reservas al CEDH ha sido un elemento decisivo a la hora de aplicarlas por parte del TEDH. En este sentido, STDEH 29 de abril de 1988 (Caso Belilos contra Austria) de la cual se desprende, en relación al requisito de la exposición de la ley objeto de reserva recogido en el vigente art. 57.2 del CEDH (anterior 64.2), que la rigidez es mayor cuanto mayor sea el alcance de la reserva (p. 58 de la sentencia); en el mismo sentido, SSTEDH 23 abril 1997 (caso Stallinger et Kuso contra Austria) y 3 octubre 2000 (caso Eisenstecken contra Austria), lo cual ha llevado al TEDH a flexibilizar este

la se contrae en este punto al ámbito del «régimen disciplinario de las fuerzas armadas», estando en vigor el Código de Justicia Militar al momento de la ratificación, y la Ley de 1985 cuando la misma fue actualizada, respecto de la cual se ha subrogado la Ley de 1998, pudiendo identificarse con certeza la legislación que sustituye a la anterior, dados los claros términos en que fue actualizada la reserva española en el año 1985³². A diferencia del caso del régimen disciplinario de la Guardia Civil, la Ley de 1998 se subroga en el ámbito material y personal de la reserva española, cumpliéndose en este caso los requisitos de seguridad jurídica que se infieren de la regulación de las reservas. Por lo demás, el Estado español no ha retirado la reserva expresa³³ y la ley actualmente vigente es la que sucede, sin solución de continuidad, a la que fue objeto de reserva, por lo que no estaríamos ante un supuesto de rectificación de la reserva, sino de mera actualización. Por este motivo, podría concluirse que no habría óbice para actualizar la reserva, por no haber sido retirada y por cuanto esta ulterior actualización no infringiría la prohibición de rectificar la reserva formulada en tiempo hábil³⁴.

II. LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR

El estudio de las garantías del procedimiento disciplinario militar nos lleva al examen de la posible traslación a este ámbito del conjunto de derechos establecidos en el art. 24.2 de la CE. En este punto, se ha venido

requisito en los casos en que la reserva tiene un campo delimitado (vid. en este sentido STEDH 25 de agosto de 1993 (caso Chorherr contra Austria), p. 19 y 20). En el caso del régimen disciplinario militar español, estamos ante una reserva de dimensiones concretas y de alcance subjetivo reducido, por lo que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la utilidad de incluir una exposición concreta de la nueva Ley de 1998 resulta más matizada que en el caso de reservas de alcance general.

³² De hecho la equivalencia llega al extremo de que la estructura de la Ley de 1998 se corresponde con la de la Ley de 1985, de manera que los Capítulos afectados son correlativos a los que fueron objeto de reserva en la Declaración de 28 de mayo de 1986 (Capítulo II del Título I –sanciones disciplinarias– y Capítulos II a IV del Título II –procedimientos sancionadores–).

³³ En cuanto al retirada de las reservas, debe tenerse en cuenta el art. 22 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

³⁴ Además de la jurisprudencia del TEDH citada en este epígrafe, puede verse más ampliamente sobre los requisitos de control de las reservas en el ámbito europeo, en especial los requisitos para su formulación y la prohibición de rectificación ulterior: SALGADO PESANTES, H. «Las reservas en los tratados de derechos humanos». *Liber Amicorum*. Volumen I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. 1998, págs. 6 y 7; SANCHEZ LEGIDO, A. «Algunas consideraciones sobre la validez de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 20. 1994, págs. 207 a 230.

subrayando reiteradamente que los instrumentos procesales y procedimentales para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado tienen una naturaleza homogénea, lo cual significa que las garantías establecidas para el proceso penal son aplicables, con ciertos matices, tanto al procedimiento administrativo sancionador como al disciplinario³⁵. Ello supone que las garantías del art. 24.2 de la Constitución tienen proyección en el ejercicio de la potestad disciplinaria, las cuales tienen un carácter dinámico y unidireccional, imbuido de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, lo que se traduce en una línea evolutiva, tanto a nivel legislativo como a nivel doctrinal y jurisprudencial, donde las garantías marcan los límites del ejercicio de la potestad sancionadora, reconduciéndolo al marco (expansivo) de los derechos fundamentales³⁶.

Para realizar la exposición, sistematizaremos las garantías del art. 24.2 de la CE, en tres puntos de interés destacados: 1) garantía de defensa, cuyo contenido básico comprende, además del principio de audiencia, el derecho a ser informado de la acusación, el de presunción de inocencia y el de utilizar los medios de prueba pertinentes en la defensa, así como el de asistencia técnica; 2) garantía de imparcialidad; y 3) garantía de celeridad y seguridad jurídica, lo que en el ámbito disciplinario se traduce en las disposiciones que regulan los institutos de la prescripción y caducidad.

1. LA GARANTÍA DE DEFENSA

El derecho de defensa se integra, básicamente, por la presunción e inocencia, el derecho a ser informado de la acusación, a no autoinculparse, a

³⁵ Como indicaba el profesor GARCIA DE ENTERRIA, E. («La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración». *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 29. 1981, pág. 364), las reglas del art. 24 alcanzan necesariamente a la Administración cuando ejercita su poder represivo, sin que los «matices» en relación al proceso penal puedan afectar al contenido esencial del art. 24 de la CE. En este sentido, la aplicación –matizada– de los principios del proceso penal al ámbito disciplinario ha sido reiterada constantemente por la jurisprudencia: SSTC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987, 2); 31/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 31); y 3/1999, de 25 de enero (RTC 1999, 3), entre otras muchas.

³⁶ No obstante, conviene advertir que no se trata de trasvasar de forma mimética las garantías penales al ámbito disciplinario. En este sentido, como señala RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L. («Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. Madrid. 2000, pág. 45), en el sentido que es necesario buscar un equilibrio entre las garantías básicas del infractor y las prerrogativas de la Administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria. A este necesario equilibrio responden los «matices» que, en relación al proceso penal, presentan las garantías en el procedimiento administrativo sancionador y a los que se refiere reiteradamente la jurisprudencia.

la audiencia y el derecho a la prueba, así como por el derecho a la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario³⁷.

A) Presunción de inocencia y prueba de cargo

En la configuración del derecho a la presunción de inocencia, los matices más importantes entre el proceso penal y el procedimiento disciplinario se producen, a mi juicio, en dos aspectos: en las singularidades en orden a la definición de la prueba de cargo disciplinaria y en los requisitos formales de la misma, en tanto que la rigidez de la prueba de cargo en el proceso penal resulta ampliamente flexibilizada en el marco del procedimiento disciplinario. Por el contrario, el ámbito material de la presunción de inocencia, como verdad interina de inculpabilidad, tiene fundamentos y contenido análogos en lo penal y en lo disciplinario³⁸.

a) La definición de la prueba de cargo

En el primer aspecto de definición de la prueba de cargo, las diferencias fundamentales entre la prueba de cargo penal y la del procedimiento sancionador radican en la utilización en este último campo de medios probatorios presuntivos de naturaleza subjetiva, que tienen eficacia cuasi inversora de la presunción de inocencia, y que encuentran su fundamento último en la misma presunción de legalidad de la actividad administrativa.

³⁷ En el ámbito del procedimiento disciplinario militar es más preciso hablar de «asistencia técnica» que de «asistencia letrada», por cuanto es tradicional el ejercicio de la defensa técnica por un militar designado al efecto por el expedientado. Sobre esta cuestión, más ampliamente MOZO SEOANE, A. «La asistencia letrada en «Expedientes judiciales» del código de justicia militar». La Ley. 1984. Tomo 3, págs. 955 a 957.

³⁸ Puede verse la STS Sala 5.ª de 13 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5330; Ponente Excmo. Sr. Juanes) que indica que el derecho a la presunción de inocencia implica el sujeto pasivo del procedimiento sancionador debe ser tenido por inocente mientras no quede demostrada su culpabilidad, imponiendo a la Administración sancionadora la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad del presunto infractor (fundamento tercero). Por tanto, el contenido material de la presunción de inocencia es análogo en sede penal y disciplinaria, por lo que las técnicas utilizadas para discernir los supuestos de suficiencia probatoria son similares, incluso la técnica de la prueba de indicios o indirecta, utilizada reiteradamente en sede penal, la cual se aplica con idénticas exigencias en el ámbito disciplinario (vid. ampliamente sobre esta cuestión CORRALES ELIZONDO, A. «La prueba de indicios y la presunción de inocencia en el derecho disciplinario militar». Actualidad Administrativa. Núm. 13. 1.ª quincena de julio de 2004, págs. 1 a 8).

Como medios presuntivos reglados, puede citarse el caso de los hechos constatados por funcionarios en documento público, que operan como presunciones «iuris tantum» de certeza en el terreno de lo fáctico³⁹; junto a ellos, y como medios no reglados, operan de forma similar en el campo disciplinario los hechos constatados por los órganos de superior jerarquía o por los órganos que realizan labores de inspección o control funcional, que acceden al procedimiento por la vía de la declaración testifical o por vía de informe, y cuya valoración probatoria se acerca materialmente a las presunciones «iuris tantum» de certeza, incluyendo, como supuesto extremo, los casos de percepción directa del mando que ejerce la potestad sancionadora, que también se ha venido admitiendo como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia⁴⁰.

Sin embargo, este caso de percepción directa de la autoridad que sanciona entiendo que genera un problema desde la perspectiva de la definición de la prueba de cargo, pero no en términos de suficiencia de la prueba, como se ha venido planteando, sino en términos ontológicos o de delimitación de las diligencias que pueden constituir prueba en un procedimiento disciplinario. En efecto, la percepción del mando sancionador de un acto que sanciona no se introduce en el procedimiento como

³⁹ Hay numerosos preceptos que reglan medios probatorios de cargo privilegiados: con carácter general, el art. 137.3 de la Ley 30/1992, y, en los diferentes ordenamientos sectoriales, también se concede idéntico valor probatorio a los hechos constatados por autoridades o agentes en el ejercicio de sus funciones (tráfico, tributario...). Estos medios reglados no son de aplicación al procedimiento disciplinario, pero lo cierto es que operan de forma similar, en el plano valorativo, los hechos constatados por las autoridades o funcionarios que tienen atribuidas facultades de vigilancia y control sobre el interesado, ya sea por su propia posición jerárquica, ya sea por tener encomendadas funciones específicas de inspección y control sobre el personal, y ello como derivado de la presunción de legalidad en el ejercicio de la función pública, lo cual dota de especial fuerza probatoria a estas pruebas subjetivas.

⁴⁰ En la jurisprudencia del TC (vid. SS 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45) y 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004, 74), se viene reiterando que la percepción directa del mando sancionador es prueba que tiene eficacia enervatoria de la presunción de inocencia, con fundamento en que existe una presunción «iuris tantum» de que la potestad disciplinaria se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder. Esta misma línea es seguida por la jurisprudencia de la Sala Quinta, declarando que tiene eficacia probatoria de cargo la observación directa del hecho por parte del mando sancionador (entre otras, STS 15 enero 2003 (RJ 2003, 1591).

Estas consideraciones son trasladables a los supuestos en que la percepción se realiza por un órgano de jerarquía superior a la del expedientado, donde la presunción de legalidad en el ejercicio de la función pública dota de especial fuerza probatoria a la prueba subjetiva. En otro plano se sitúa la necesidad de comprobar y corroborar la información suministrada cuando la misma se realiza por medio de los «partes» regulados en el art. 46 LRD-FAS y en el art. 32 LRDGC, pero lo cierto es que una vez corroborado su contenido, la resultancia fáctica goza, en el plano valorativo, de esta especial fuerza probatoria.

prueba, sino que se plasma, por regla general, en la afirmación fáctica que se recoge en la resolución sancionadora como relato de hechos probados. No hay, por tanto, posibilidad de contradicción con la versión fáctica de cargo, pues la percepción personal del mando, en puridad prueba testimonial, no accede al procedimiento como diligencia probatoria, pudiendo quedar comprometida la garantía de contradicción⁴¹.

El art. 45 de la LORDFAS –y el art. 18.1 de la LRDGC– da cobertura legal a este supuesto de hecho en el procedimiento por faltas leves, ordenando al mando competente la imposición de la respectiva sanción respecto de las infracciones disciplinarias que observe; no obstante, como se ha indicado, la previsión legal puede generar conflictos desde el punto de vista de la garantía constitucional del derecho a la presunción de inocencia cuando el único fundamento en que se sustenta la resolución sancionadora es la afirmación fáctica del mando, sin otro soporte probatorio. En el caso extremo en que el mando sancionador ostenta la cualidad de ofendido o perjudicado por la infracción⁴², a los conflictos en relación a la garantía de contradicción, habrían de añadirse las dudas que se presentan en la órbita de la garantía de imparcialidad⁴³.

Este supuesto concreto planteado abunda en la necesidad de adecuar la regulación del procedimiento por faltas leves a las garantías constitucionales establecidas en el art. 24 de la CE: la facultad de corrección o, incluso, de sancionar moderadamente al subordinado no puede alcanzar a las sanciones de entidad grave, singularmente las privativas de libertad, por cuanto el «iter» procedimental colisiona con las garantías de defensa del interesado. En estos casos, la vigencia del sistema de garantías constitucionales haría conveniente el desarrollo de un procedimiento disciplinario donde se respeten escrupulosamente los principios y derechos del art. 24.2 de la CE, debiendo concluirse que estos supuestos de sanción disciplinaria por el mando-testigo, o eventualmente mando-ofendido, pueden entrar en

⁴¹ Al menos en su vertiente de verosimilitud objetiva, en tanto que la versión del mando sancionador no puede someterse a las preguntas que pueda realizar el interesado o su defensa. La jurisprudencia viene subrayando, en orden a la valoración de la prueba testimonial del perjudicado, cuando es un único testigo, que es relevante tanto la ausencia de incredibilidad subjetiva como la verosimilitud objetiva de su testimonio (STS 15 noviembre 2006 (Rec. 44/2006), por lo que la prueba de descargo puede alcanzar a ambos extremos, a la vez que es relevante, desde el punto de vista del derecho de defensa, que el testimonio prestado por el perjudicado pueda ser objeto de contradicción por el expedientado, lo que no se produce cuando el testigo es el mando que sanciona.

⁴² Por ejemplo, podría ser el caso de faltas leves como la falta de respeto o la omisión de saludo al mando sancionador, donde, en hipótesis, la autoridad sancionadora ostenta a la vez la condición de perjudicado u ofendido por la falta.

⁴³ Sobre la garantía de imparcialidad, *infra* II.2.

conflicto –ontológico– con el mismo concepto de prueba de cargo, dando lugar a situaciones equivalentes a las de ausencia de prueba.

Por lo demás, en el ámbito de la organización militar, fuertemente jerarquizada, el juego de los medios probatorios subjetivos puede tener una mayor extensión, lo cual debe verse compensado, a mi juicio, con un reforzamiento de las garantías de contradicción del expedientado, esencialmente con un ensanchamiento de los hechos relevantes, interpretando de forma amplia del derecho a la prueba de descargo que alcance, no sólo al núcleo fáctico objeto del procedimiento disciplinario, sino también a cuestiones periféricas, especialmente a las condiciones objetivas y subjetivas de verosimilitud del testigo de cargo⁴⁴.

Por otra parte, y en cuanto a los requisitos formales de la prueba de cargo, algunos de los rasgos definidores de la prueba de cargo en el proceso penal, tales como la intermediación y la oralidad, no caracterizan a la prueba de cargo disciplinaria, por su propia naturaleza. En estas condiciones, debe adquirir especial relieve el principio de la contradicción como requisito intrínseco de la prueba de cargo en el procedimiento disciplinario, por lo que debe propugnarse una interpretación amplia del derecho de defensa en sus diferentes facetas (v.gr. asistencia técnica, audiencia y derecho a la prueba).

Por último, debe indicarse que la definición de la prueba de cargo encuentra sus límites en los supuestos en que la misma ha sido obtenida de forma ilícita o cuando se ha producido de manera irregular, casos éstos equivalentes a los de ausencia de prueba⁴⁵.

b) La utilizabilidad de las diligencias como prueba de cargo

En un plano distinto a la definición de la prueba de cargo, está el de la utilizabilidad de las diligencias de prueba practicadas en el procedimiento disciplinario como prueba de cargo.

⁴⁴ Esta afirmación encuentra apoyo en la STS 21 junio 2006 (RJ 2006, 3740), donde se observa cierto rigor a la hora de valorar la denegación de la prueba de descargo, cuando la prueba de cargo que fundamenta la sanción no es otra que la propia percepción personal del mando que ejerce la potestad disciplinaria, si bien el Tribunal Supremo justifica que se atribuya la potestad sancionadora al propio ofendido en la presunción «iuris tantum» de que dicha potestad se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder.

⁴⁵ Vid. STS 5.^a de 7 de noviembre de 2006 (Rec. 46/2006, Ponente Excmo. Sr. Calderón Cerezo), cuyo fundamento primero cita la jurisprudencia más reciente de la Sala en la materia.

Aquí entra en juego un derecho instrumental esencial en el ámbito de la garantía de defensa como es el derecho del expedientado a ser informado de la acusación formulada o, más precisamente, el derecho a conocer la imputación⁴⁶.

En efecto, en el ámbito del proceso penal se distinguen dos momentos bien delimitados: la puesta en conocimiento de la imputación, momento a partir del cual se adquiere la condición de imputado en el proceso, y la formalización de la imputación, la cual se realiza con la resolución judicial que delimita objetiva y subjetivamente el proceso, y con la formulación de la acusación por las partes acusadoras⁴⁷.

En el ámbito del procedimiento disciplinario, también pueden diferenciarse estos dos momentos de puesta en conocimiento de la imputación y formalización de la misma, si bien el cauce formal del pliego de cargos sólo está contemplado en la regulación del procedimiento por faltas graves y en el expediente gubernativo.

La puesta en conocimiento de la imputación es un trámite esencial en todos los procedimientos disciplinarios; así, en el marco del procedimiento por faltas leves, es imprescindible la puesta en conocimiento de la imputación para satisfacer el derecho del expedientado a ser informado de la acusación⁴⁸; por otra parte, en los procedimientos por faltas graves y en el expediente gubernativo, la puesta en conocimiento de la imputación es el momento procedimental a partir del cual el expedientado puede desplegar su derecho de defensa, por lo que es el que marca la utilizabilidad de la prueba practicada como prueba de cargo⁴⁹.

Así, por una parte, es indudable que el conocimiento de los hechos objeto de imputación es presupuesto para el ejercicio del derecho de

⁴⁶ La omisión del pliego de cargos, en tanto que impeditiva del principio de audiencia, determina la nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora: STS 20 enero 1987 (RJ 1987,20).

⁴⁷ En el proceso penal militar ordinario, las tres fases se encuentran bien diferenciadas en los arts. 125 y 162 CPM (imputación), y, por otra parte, en el art. 164 CPM (procesamiento) y 276 CPM (conclusiones provisionales o acusación).

⁴⁸ Tal como indican las SSTS 16 julio 2004 (RJ 2004, 1423) y 23 mayo 2006 (RJ 2006,4026), en el ámbito del procedimiento por faltas leves, exige que se ponga de manifiesto al expedientado los hechos imputados, pues en otro caso no podría practicar prueba de descargo y se conculcaría su derecho a no ser sancionado sin haber sido oído previamente.

⁴⁹ Desde el momento en que el expedientado conoce la imputación, puede ejercitar los derechos de defensa y su declaración puede ser prestada ejercitando el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, lo que supone, de una parte y en cuanto a la utilizabilidad de la prueba, que la declaración del expedientado está realizada con todas las garantías y, en consecuencia, es utilizable como prueba, y por otra parte y en la órbita del expedientado, que se elimina cualquier atisbo de antijuridicidad por la no autoinculpación [en este sentido, STS Sala Quinta 1 octubre 2004 (RJ 2004, 7887)].

defensa, lo cual supone que desde el mismo momento de la incoación del procedimiento disciplinario el expedientado debe conocer los hechos que se le imputan, incluso antes del pliego de cargos⁵⁰. Por este motivo, el principio de audiencia, en sus diferentes manifestaciones (v.gr. declaración del expedientado o trámite de alegaciones), debe cumplirse tras una delimitación de los hechos imputados, que son objeto del procedimiento, que sea puesta en conocimiento del presunto infractor. Ello lleva implícito esta delimitación subjetiva o puesta en conocimiento de la cualidad de expedientado o inculpado sea previa a la actuación del interesado en el procedimiento, para que pueda ejercitar los demás derechos y garantías de defensa, como el de no autoinculpación y el de asistencia técnica. Por tanto, la prueba adquiere rango de prueba de cargo desde el momento en que hay posibilidad de contradicción, lo cual se satisface a partir de la puesta en conocimiento de la imputación del expedientado.

Por su parte, el pliego de cargos, de forma análoga al auto de procesamiento en el proceso penal, cumple la función esencial de delimitar objetiva y subjetivamente el procedimiento disciplinario, de manera que los límites en los que debe discurrir el objeto del procedimiento. En consecuencia, el momento procedimental que marca la utilizabilidad de la prueba obtenida como prueba de cargo es la puesta en conocimiento de la imputación, en tanto que el pliego de cargos cumple una función de delimitación de los hechos sancionables.

Ello nos lleva a plantear la cuestión de la utilizabilidad de la prueba de cargo en momentos procedimentales anteriores, y más concretamente en el trámite de información previa recogido en el art. 44.2 LRDFAS⁵¹. En principio, este trámite está dirigido al esclarecimiento de los hechos, mas en muchas de las ocasiones es difícil deslindar lo que son diligencias preprocedimentales de lo que son propiamente diligencias instructoras. En este caso, el derecho a conocer la acusación o los hechos imputados tiene su aplicación en el ámbito de la validez de la prueba de cargo obtenida en este trámite preprocedimental, debiendo entenderse que, en principio, no son utilizables, como prueba de cargo, las diligencias practicadas en la fase de

⁵⁰ Es de especial interés la STS 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 4019, Ponente Excmo. Sr. Calvo Cabello), donde se expresa que no puede retardarse arbitrariamente el otorgamiento de la condición de imputado, puesto que se resiente el derecho fundamental a la defensa. Por tanto, se patentiza que la puesta en conocimiento de la imputación es un trámite esencial que debe cumplirse de forma inmediata, lo cual significa que el pliego de cargos se sitúa en un momento procedimental posterior, teniendo una relevancia más matizada.

⁵¹ En los mismos términos, art. 32.2 LRDGC.

información previa⁵². Sin embargo, tal afirmación hay que matizarla en dos extremos: 1) la diligencia de declaración del expedientado obtenida en esta fase de información previa, puede ser utilizable en el caso que se haya producido con todas las garantías, poniendo en su conocimiento la imputación que puede derivarse e instruyéndole de sus derechos constitucionales; y 2) las diligencias no reproducibles pueden adquirir rango de prueba de cargo, aún practicándose en los momentos anteriores al procedimiento, siempre que tengan acceso al expediente en condiciones de contradicción.

Conocidos los hechos, la garantía básica de defensa, reconocida para todo tipo de procedimientos, es el trámite de audiencia, que en un sentido amplio incluye tanto la declaración del expedientado como las sucesivas alegaciones que puede realizar el mismo en el curso del procedimiento.

B) El contenido del derecho de defensa

Una vez definida y delimitada la prueba de cargo en el procedimiento disciplinario, debe hacerse mención al contenido del derecho de defensa, el cual se integra, además por los derechos ya mencionados de ser informado de la acusación y el de no autoinculpación, por el principio de audiencia, el derecho a la prueba y por el derecho a ser asistido técnicamente en el expediente disciplinario.

En relación al principio de audiencia, debe subrayarse que parte de la puesta en conocimiento de la imputación y se satisface con el derecho del expedientado a ser oído y a intervenir en todas las diligencias del procedimiento. El principio de audiencia tiene, como instrumentos esenciales, el de publicidad del procedimiento para el expedientado⁵³ y el derecho a proponer las pruebas que estime pertinentes en su defensa⁵⁴.

El derecho a la prueba, según la doctrina jurisprudencial, rebasa el marco del procedimiento disciplinario, para extenderse también a la vía jurisdiccional. Como se ha indicado, al realizar el juicio de pertinencia y utilidad de la prueba propuesta en el expediente, debe tomarse en consi-

⁵² Así lo viene reiterando el Tribunal Supremo, entre otras, SS, Sala Quinta, 25 de marzo 2002 (RJ 2002, 5555) y 13 septiembre 2002 (RJ 2002, 8557).

⁵³ Cfr. art. 57 LRDFAS.

⁵⁴ Desde el punto de vista temporal, la audiencia debe llevarse a cabo siempre con carácter previo a la resolución (STS 6 mayo 2004 (RJ 2004, 3674), y debe realizarse en el seno del procedimiento disciplinario, no siendo suficiente la declaración en el marco de la información reservada, en tanto que, como indica la STS de 16 de julio de 2004 (RJ 2005, 1423), se trata de un instrumento auxiliar del mando para esclarecer los hechos que no puede sustituir al procedimiento disciplinario en sí, aún en las faltas leves.

deración los hechos relevantes, que no se enmarcan en el núcleo fáctico constitutivo de la infracción, sino que pueden alcanzar a las circunstancias subjetivas del expedientado o, incluso, a aspectos periféricos al hecho imputado, como es el caso de la prueba sobre la verosimilitud de los testigos de cargo. Por otra parte, la garantía de contradicción exige, en ocasiones, que las diligencias practicadas anteriormente, sin intervención del expedientado, puedan ser objeto de reiteración, esta vez en condiciones de contradicción, y ello en tanto que el derecho a la prueba no se agota en la proposición de nuevos medios probatorios, sino que también se extiende al derecho a que la prueba practicada en el procedimiento sea obtenida con pleno respeto al derecho de defensa.

Finalmente, respecto al derecho a ser asistido técnicamente, es decir, por letrado o por otro militar designado al efecto, como modalidad tradicional de defensa específica del ámbito castrense, se reconoce en el art. 53 de la LORDFA para los expedientes por falta grave y, por extensión, en los expedientes gubernativos, sin que exista reconocimiento expreso del derecho para las faltas leves.

De acuerdo al marco legal, se plantean dos cuestiones, a saber, si en el procedimiento por faltas leves puede reconocerse un derecho a la asistencia técnica del expedientado, y cuál es el contenido de dicha asistencia técnica, fuera de lo que cabría considerar los trámites reglados, en el ámbito del procedimiento disciplinario.

La doctrina jurisprudencial nos enseña que ambas cuestiones deben ser examinadas a través del mismo parámetro, que no es otro que el de la proporcionalidad, de manera que ha de ponderarse, por una parte, la garantía de defensa técnica reconocida genéricamente por la traslación de las garantías constitucionales al procedimiento disciplinario, incluyendo al procedimiento por faltas leves, y, por otro lado, la potencial incidencia del ejercicio de dicho derecho en el principio de eficacia que estructura la actuación disciplinaria.

En consecuencia, tanto el derecho a la asistencia técnica en el procedimiento por faltas leves, como el contenido de la defensa técnica, resultan modulables en cada caso, sujetos al pronóstico de relevancia en orden a la eficacia de la potestad disciplinaria, de manera que resultaría ilícito, por desproporcionado, cualquier sacrificio en el ejercicio de esos derechos en los supuestos en que no tengan incidencia relevante en la tramitación y resolución del procedimiento disciplinario. En este juicio de proporcionalidad encuentran respuesta cuestiones tales como el derecho a la defensa en el procedimiento por faltas leves o la intervención presencial del defensor en las pruebas que deben practicarse en el expe-

diente disciplinario⁵⁵, debiendo entenderse que vulneran el derecho de defensa aquellos supuestos en que se deniega la asistencia técnica de forma desproporcionada, es decir, cuando no se da un pronóstico de incidencia negativa que sea relevante en la tramitación del procedimiento disciplinario.

2) LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

Los matices entre el proceso penal y el disciplinario en materia de garantía de imparcialidad son mucho más acusados que en el caso del derecho de defensa, puesto que el derecho fundamental a ser juzgado por un órgano imparcial no alcanza al ámbito de los procedimientos disciplinarios⁵⁶.

Por este motivo, la garantía de imparcialidad tiene su juego aplicativo en el ámbito de la legalidad ordinaria, si bien hay que indicar que las garantías constitucionales también producen sus efectos en esta esfera, teniendo su traslación al procedimiento disciplinario el derecho al órgano sancionador predeterminado por la Ley⁵⁷.

La garantía de imparcialidad se integra por este derecho a la predeterminación legal del órgano sancionador, así como el derecho al órgano

⁵⁵ En relación a este supuesto, en opinión de FORTÚN ESQUIFINO, R. («Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. Madrid. 2000, pág. 932) y citando la sentencia del TC 229/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 229), el art. 53 LORDEFA no garantiza que el defensor esté presente físicamente en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento. En mi opinión, si bien es cierto que efectivamente existen matices en cuando a la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario, lo cierto es que la presencia física del defensor o, lo que es lo mismo, su intervención directa en la práctica probatoria, refuerza la garantía de contradicción, por lo que los supuestos en que se impide esta intervención directa estarían sujetos al juicio de proporcionalidad al que nos hemos venido refiriendo, siendo ilícito, por vulnerar el derecho de defensa, el impedir la presencia del defensor en la práctica de las pruebas cuando ello no incida de forma relevante en la tramitación del procedimiento.

⁵⁶ La no comunicabilidad entre la garantía penal del derecho al juez imparcial con el derecho a ser sancionado por un órgano imparcial en el procedimiento disciplinario se ha venido reiterando en la doctrina del Tribunal Constitucional, reconduciendo el tema al ámbito de la legalidad ordinaria: SS 22/1990, de 15 de febrero (RTC 1990, 22), 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), 14/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 14) y 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004, 74), entre otras). En el mismo sentido, STS 13 marzo 2006 (RJ 2006, 5330).

⁵⁷ BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. «Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador» en Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1993, págs. 81-82; GARBERI LLOBREGAT, J. «La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador». Ed. Trivium. Madrid. 1989, pág. 179.

imparcial, en cuyo seno, eventualmente, puede enmarcarse la separación de las funciones de instrucción y resolución en el procedimiento disciplinario.

Este derecho a que el expediente sancionador sea tramitado y resuelto por un órgano imparcial no adquiere el rango de derecho fundamental, lo cual nos lleva al examen de las reglas legales que garantizan este derecho. En este punto, hay que significar que la estratificación de la potestad sancionadora en el ámbito castrense, genera situaciones de cercanía y relación personal entre el órgano sancionador y el sancionado, que pueden generar riesgos desde el punto de vista de la garantía de imparcialidad de la autoridad sancionadora.

En el procedimiento disciplinario militar, tanto el art. 52 de la LRD-FAS como el art. 41 de la LRDGC, regulan el régimen de abstención y recusación del Instructor y del Secretario del expediente disciplinario, remitiéndose a las causas previstas en la legislación procesal militar⁵⁸. Sin embargo, no están reguladas las causas de abstención y recusación de la autoridad sancionadora, cuando la potencial cercanía entre expedientado y órgano sancionador requerirían de una expresa regulación, al igual que en el caso del Instructor y del Secretario. Precisamente, en el marco disciplinario común de los funcionarios públicos, la regulación expresa del régimen de abstención y recusación del Instructor y del Secretario encuentra su justificación en potenciales conflictos por motivos de cercanía o relaciones personales en el ámbito subjetivo, a la vez que se prescinde de la regulación de la abstención y recusación de la autoridad sancionadora, por cuanto la competencia para sancionar se sitúa en los estratos más altos de la jerarquía administrativa, diluyéndose potenciales conflictos con los interesados, lo cual no ocurre en el ámbito disciplinario militar. Por tanto, se produce al ámbito militar una traslación de la regulación disciplinaria común, sin tener en cuenta las singularidades propias concretadas en la dispersión de la potestad sancionadora.

Lógicamente, la ausencia de regulación expresa para la autoridad sancionadora no significa que no esté sujeta a la garantía de imparcialidad,

⁵⁸ El art. 53 del CPM recoge las causas de abstención y recusación. Sin embargo, tal remisión no está contemplada para el caso del régimen disciplinario judicial militar, lo que ha llevado a VACAS GARCÍA-ALÓS, L. («El régimen disciplinario judicial en la jurisdicción militar». La Ley. Número 5866. 8 de octubre de 2003, pág. 8), en relación al régimen disciplinario judicial militar, proponer la aplicación supletoria de las causas establecidas en el art. 28 y 29 de la Ley 30/1992, resaltando la conveniencia, de «lege ferenda», de clarificar el sistema de impugnaciones en materia de abstención y recusación del Instructor Delegado y del Secretario del expediente disciplinario.

por lo que debe entenderse que, ante la falta de previsión expresa, será de aplicación el régimen de abstención y recusación de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, las cuales son de aplicación supletoria al procedimiento disciplinario en virtud de lo dispuesto en la D.A. octava de la citada Ley 30/1992 y D.F. Primera de la LRDFAS⁵⁹. Por tanto, la garantía de imparcialidad se integra por la predeterminación legal del órgano sancionador, por la separación de los órganos de instrucción y resolución, en su caso, y por la aplicación del régimen de abstención y recusación específicamente contemplado para el órgano instructor y el del procedimiento administrativo común para el órgano sancionador.

3) LA GARANTÍA DE CELERIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La garantía de seguridad jurídica y de ser sancionado por medio de un procedimiento sin dilaciones indebidas se concreta, a nivel legal, en los institutos de la prescripción y de la caducidad en los procedimientos disciplinarios.

Las tendencias expansivas en esta materia también se aprecian del examen de la construcción jurisprudencial, que ha venido fijando criterios interpretativos, en materia de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones militares, que refuerzan la garantía de seguridad jurídica que ha de regir en esta materia.

Con carácter general, el cómputo de la prescripción se inicia desde que la falta se hubiese cometido⁶⁰ y la interrupción se produce con la inicia-

⁵⁹ Otra solución interpretativa sería la de extender el régimen de los arts. 52 LRDFAS y art. 41 LRGC a la autoridad sancionadora, si bien entiendo que la solución más técnica es la antes expresada de aplicación supletoria de la Ley 30/1992. En todo caso, habría que acudir supletoriamente a la Ley 30/1992 en cuanto al procedimiento y resolución de la abstención y recusación, puesto que los citados preceptos de las Leyes disciplinarias militares contemplan específicamente el procedimiento para la recusación del instructor y secretario, no siendo un cauce trasladable al caso de recusación de la autoridad sancionadora.

⁶⁰ Salvo en el caso de procedimiento iniciado por sentencia judicial condenatoria, que comenzará a computarse desde que la Administración hubiese tenido testimonio de la misma (cfr. arts. 25.1 LRDFAS y 68.4 LRDGC). En relación a este precepto, debe destacarse el criterio interpretativo mantenido en la STS 5.ª de 21 de abril de 2006 (RJ 2006, 2253; Ponente Excmo. Sr. Calvo Cabello), que refuerza la garantía de seguridad jurídica al ponderar la falta de diligencia en la conducta de la Administración para el cómputo del «dies a quo», y que entiende prescrita la infracción por la falta de diligencia de la Administración para conocer la fecha de firmeza de la sentencia, iniciando el expediente disciplinario cuando la falta estaba ya prescrita, aún cuando el juzgado sentenciador incumplió su deber de comunicarla. Por último, tratándose de faltas permanentes continuadas, el «dies a quo» se inicia desde el momento en que cesa la situación ilícita.

ción del procedimiento⁶¹, de manera que quedan al margen las diligencias preprocedimentales⁶².

Ello se exceptúa en el caso de faltas leves, que tiene una regulación absolutamente singular en el ordenamiento disciplinario militar⁶³, pues la iniciación del procedimiento disciplinario no interrumpe la prescripción, lo cual supone que, materialmente, la regulación se aproxime al instituto de caducidad⁶⁴. En este punto, debe significarse que la prescripción de la infracción leve sólo se interrumpe por la tramitación de un proceso penal o en los casos en que se tramita el procedimiento de forma acumulada en un procedimiento por faltas graves.

Desde un punto de vista general, la cuestiones que plantean mayor controversia son, por una parte, la de dilucidar si la prescripción es susceptible de interrupción o de suspensión⁶⁵ y, por otra parte, la de los efectos de la caducidad en los procedimientos disciplinarios militares.

⁶¹ Más precisamente, la prescripción se interrumpe desde el momento en que se notifica al interesado la orden de incoación del expediente, criterio que fue sentado por la STS 14 febrero 2001 (RJ 2001, 9305). En relación a esta cuestión, más ampliamente MARTINEZ MICO, J.G. «La prescripción de las faltas disciplinarias en el ámbito castrense». La Ley. Número 5464. 21 enero 2002, págs. 6 a 8).

⁶² La STS 16 julio 2004 (RJ 2005, 1423) indica que la información reservada no interrumpe la prescripción. Sin embargo, en el ámbito disciplinario judicial militar, al igual que en el régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (cfr. art. 416.3 LOPJ), las diligencias informativas sí interrumpen la prescripción siempre que se trate de la investigación de la conducta del expedientado (art. 130 LJM).

⁶³ La no interrupción de la prescripción en las faltas leves por la iniciación del procedimiento es singular del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (cfr. art. 22 LRD-FAS), no estando prevista tal singularidad en los demás ámbitos del régimen disciplinario militar (v.gr. Guardia Civil y régimen disciplinario judicial militar).

⁶⁴ En este sentido, MARTINEZ MICÓ, J.G. «La prescripción de las faltas disciplinarias en el ámbito castrense». La Ley. Número 5464. 21 enero 2002, pág. 2.

⁶⁵ Este tema ha sido muy debatido en la doctrina, por cuanto los efectos son muy diferentes en uno y otro caso. Así, en el caso de la interrupción, el cómputo vuelve a reiniciarse, de manera que el término transcurrido hasta entonces queda eliminado, de acuerdo a la regulación genérica del art. 1973 del Código Civil; sin embargo, en la suspensión, el término vuelve a correr a partir del momento en que se interrumpió, de manera que se computa el plazo de prescripción ya ganado (vid. sobre esta cuestión CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A. «Derecho administrativo sancionador». Edersa. Madrid. 1995, págs. 218 y ss.; JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S. «El Derecho administrativo sancionador». Revista jurídica de Castilla la Mancha. Núm. 18. 1993, págs. 362 y ss.).

Esta cuestión suscita mayor controversia en el ámbito disciplinario por los términos en los que se regula la interrupción de la prescripción, previendo expresamente que la prescripción «vuelve a correr» en las interrupciones fallidas. En estos términos se regula en el art. 22 de la LORDFAS, 68.3 LRDGC y 130 LJM. Esta cuestión es ampliamente analizada por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «La modificación del régimen disciplinario judicial militar por la L.O. 16/1994 de reforma de la LOPJ» en AAVV «Cuestiones Penales y Procesales militares». Cuadernos de Derecho Judicial. 1996, págs. 95 a 98.

Tradicionalmente, la Sala Quinta del Tribunal Supremo viene manteniendo el criterio de la interrupción de la prescripción y de la no aplicación del instituto de la terminación por caducidad al procedimiento disciplinario militar. Por tanto, al rebasarse el plazo de tramitación del procedimiento se vuelve a computar la prescripción, no produciéndose la finalización del expediente caducado. Sobre esta línea tradicional, la importante Sentencia de la Sala 5.ª del TS de 14 de febrero de 2001⁶⁶ vino a innovar el criterio mantenido hasta entonces, interpretando que, en el caso de expedientes caducados, la notificación de la resolución sancionadora ha de producirse dentro del plazo de prescripción de la falta⁶⁷.

Por otra parte, ha venido rechazando de forma reiterada la aplicación del instituto de la caducidad regulado en el art. 44.2 de la Ley 30/92 al procedimiento disciplinario militar, con razón de lo dispuesto en el art. 127.3 y en la D.A. Octava de la misma Ley, si bien entendiendo que la superación del plazo fijado para la conclusión del expediente determina la reanudación del cómputo del plazo de prescripción⁶⁸. Sin embargo, este mismo criterio en relación a la caducidad ha sido modificado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia del Pleno de fecha 27 de febrero de 2006⁶⁹, lo cual hace necesario que reflexionar siquiera sucintamente sobre esta cuestión, la cual ha suscitado una amplia controversia.

En un primer momento, en la redacción inicial de la Ley 30/1992, se vino entendiendo que la finalización por caducidad regulada en la citada Ley no era aplicable a los procedimientos disciplinarios, habiéndose pronunciado reiteradamente en este sentido la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁷⁰. Sin embargo, sobre el inicial marco normativo de la

⁶⁶ RJ 2001,9305.

⁶⁷ Esta línea ha sido seguida reiteradamente en resoluciones posteriores: SSTS 15 noviembre 2001 (RJ 2002, 3713); 18 marzo 2002 (RJ 2002,5308) y 28 junio 2002 (RJ 2002,5884), entre otras muchas.

⁶⁸ Entre otras, SSTS Sala 5.ª 14 febrero 2001 (RJ 2001, 9035); 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 8683), 20 mayo 2002 (RJ 2002, 5877).

⁶⁹ RJ 2006, 1757, criterio éste que ha venido siguiendo posteriormente en otras sentencias como las SSTS 14 junio 2006 (RJ 2006, 5956). Ello no obstante, la Sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2006 tiene dos votos particulares, suscritos por ocho Magistrados, que pone de manifiesto la controversia jurídica sobre esta cuestión, aún cuando no podamos entrar en ella en este estudio por razones de extensión. En cualquier caso, debemos subrayar que esta sentencia tiene especial interés para la materia objeto de nuestro estudio, al producirse este pronunciamiento en el ámbito de los Jueces y Magistrados, con un régimen disciplinario orgánico propio, como en el caso de los militares, por lo que la interpretación puede trasladarse al ámbito castrense.

⁷⁰ Entre otras, SSTS Sala Tercera 21 mayo 1996 (RJ 1996, 5420); 7 febrero 1997 (RJ 1997, 1354); 11 febrero 2002 (RJ 2002,3156).

Ley 30/1992 se sucedió la reforma de la Ley 22/1993, que dio nueva redacción a la D.A. octava, estableciendo la aplicación supletoria del Título IV de la Ley a los procedimientos disciplinarios⁷¹, y la operada por Ley 4/1999, que dio nueva redacción al art. 44.2 de la Ley 30/92, disponiendo de forma inequívoca la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelva dentro de plazo⁷². Estas modificaciones en el marco normativo iniciaron una línea interpretativa, concretada en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, favorable a aplicar la caducidad a los procedimientos disciplinarios⁷³, lo cual se vio reforzado por la ulterior evolución de las normas de procedimiento disciplinario, que vinieron contemplando expresamente la caducidad como forma de terminación del procedimiento en determinados ámbitos de la función pública estatal⁷⁴.

Todos estos elementos determinaron que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2006, antes citada, haya modificado su criterio interpretativo y haya entendido que la caducidad es causa de terminación de los procedimientos disciplinarios, habiéndose pronunciado a favor de la aplicación supletoria del art. 92.2 de

⁷¹ En el Título IV es donde se ubica sistemáticamente el art. 44 de la Ley 30/1992, el cual es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios por imperio de la D.A. octava de la Ley 30/1992, redactada por la D.A. tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, disponiendo, en lo que aquí interesa, que «los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX de la Ley 30/1992».

⁷² En la redacción originaria de la Ley 30/1992 se contemplaba la caducidad para los «procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables», por lo que, al no hacerse referencia expresa a los procedimientos sancionadores, se rechazó de forma generalizada la aplicación de la caducidad en estos procedimientos y, más aún, en el caso de los procedimientos disciplinarios.

⁷³ Entre otros, pueden citarse las SS de la Audiencia Nacional Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003, 59929); TSJ Andalucía de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 65939), 10 de marzo de 2003 (Recurso 475/2002) y 19 diciembre 2003 (R. 3668/2003); Cataluña 12 mayo 1999 (RJCA 1999, 2185) y 22 junio 2004 (JUR 2004, 226391); La Rioja 21 mayo 2003 (JUR 2003, 229396), y Galicia de 17 de julio de 2003 (R. 1312/2002).

⁷⁴ Esta línea legislativa se inicia con la Ley 24/2001, cuyo art. 69 establece que, en el procedimiento disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, el plazo para la notificación y resolución es el de doce meses. Posteriormente, se contempla expresamente la terminación por caducidad del procedimiento disciplinario en el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 38 del RD 796/2005, de 1 de julio) y en el caso de los Secretarios judiciales (art. 185 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre).

la Ley 30/1992 a los procedimientos seguidos por faltas disciplinarias contra Jueces y Magistrados. Como ya se ha indicado, no ha sido éste el criterio seguido hasta el momento por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que viene rechazando de forma reiterada la aplicación del art. 44.2 de la Ley 30/92 al procedimiento disciplinario militar⁷⁵, si bien, como ya se ha indicado, entiende, por una parte, que la superación del plazo determina la reanudación del cómputo del plazo y, por otra parte, que si la resolución sancionadora se dicta en un expediente caducado, debe notificarse dentro del plazo de prescripción.

Bajo mi punto de vista, la Ley 30/1992 es aplicable supletoriamente al procedimiento disciplinario militar en materia de normas procedimentales, entre ellas las de terminación por caducidad⁷⁶. Además, entiendo que concurre el supuesto de hecho de supletoriedad, es decir, la regulación específica del art. 22 LRDFAS⁷⁷ en cuanto a los efectos de la falta de conclusión del expediente disciplinario (v.gr. reanudación del cómputo del plazo de prescripción) no excluye la aplicación de la Ley 30/1992 o, lo que es lo mismo, no deroga el régimen de caducidad procedimental en este supuesto de hecho⁷⁸. En mi opinión, la citada regulación específica no deroga el régimen de la Ley 30/1992, puesto que el art. 22 LRDFAS despliega sus efectos en el ámbito material de la prescripción, y no en el procedimental, encontrando éste último su regulación en la Ley 30/1992, de aplicación supletoria. De acuerdo a esta tesis, sería de aplicación la terminación por caducidad en los procedimientos disciplinarios militares, con el efecto de nulidad en la resolución sancionadora dictada en el procedimiento caducado, pues así lo impone la naturaleza del plazo, sin per-

⁷⁵ Vid., entre otras y además de las sentencias ya citadas supra, SSTS Sala 5.ª 11 febrero 2003 (RJ 2003, 1728), 20 mayo 2005 (RJ 2005, 5178), y 10 noviembre 2005 (RJ 2006,845). Puede verse asimismo en la STS 27 marzo 2006 (RJ 2006, 2045; Ponente Excmo. Sr. García Lozano), fundamento primero, una extensa cita de la reiterada doctrina de la Sala 5.ª sobre la caducidad.

⁷⁶ La aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento disciplinario militar tiene su base normativa en la Disposición Final Primera de la LRDFAS, que declara la supletoriedad de la misma en materia de procedimiento y recurso, en concordancia con la D.A. octava de la Ley 30/1992, redactada por Ley 22/1993, en virtud de la cual son de aplicación supletoria, por lo que aquí interesa, tanto el Título IV (art. 44) como el Título VI (art. 92). En los mismos términos es de aplicación supletoria en el ámbito de la Guardia Civil por el reenvío de la D.A. primera de la LRDGC a la legislación disciplinaria de las Fuerzas Armadas como norma supletoria de primer grado.

⁷⁷ En los mismos términos art. 68 LRDGC y art. 130 LJM. Debe subrayarse aquí que la regulación del art. 416.3 de la LOPJ, aplicada en la citada STS 3.ª de 27 de febrero de 2006, lo es en términos similares a los de la legislación disciplinaria militar.

⁷⁸ Este argumento también ha sido utilizado por la Sala Quinta del TS: Vid. SSS 7 y 11 de julio de 2003 (RJ 2003, 6153 y 7049), entre otras.

juicio de que pueda acordarse la incoación de nuevo procedimiento por los mismos hechos⁷⁹.

En esta misma materia de prescripción y caducidad, deben destacarse dos criterios interpretativos especialmente relevantes en la doctrina de la Sala Quinta.

Un primer criterio en el ámbito de la prescripción lo es a propósito del plazo para ejercitar la potestad del art. 63.1 de la LRDFAS (y art. 37.1 LRDGC), en virtud del cual la autoridad disciplinaria puede acordar la incoación de un procedimiento agravado. Esta potestad específica, que deriva de la atomización de la potestad sancionadora, tiene una naturaleza absolutamente excepcional, de manera que la jurisprudencia, de forma acorde con dicha naturaleza, ha venido entendiendo que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción, entendiendo que la caducidad afecta tanto al plazo en el que debe adoptarse la resolución (v.gr. quince días), como al plazo en que debe realizarse la notificación conforme al art. 58 Ley 30/1992 (v.gr. diez días)⁸⁰.

El segundo criterio apuntado lo es en relación a la aplicación del plazo de instrucción del procedimiento, a efectos del cómputo de la prescripción, cuando se tramita el procedimiento por una falta de mayor entidad y finalmente se sanciona una falta de menor gravedad, singularmente cuando se inicia el procedimiento por falta grave y se acaba sancionando por falta leve. En este caso, la jurisprudencia distingue entre el criterio general –aplicación del plazo de tramitación correspondiente al de la falta tramitada–, del criterio excepcional en que de la levedad de la conducta resulte que debió tramitarse, desde el principio, un procedimiento correspondiente a una infracción de menor entidad. En todo caso, una vez transcurre el plazo de tramitación del expediente, el plazo de prescripción es el de la falta obje-

⁷⁹ Cfr. art. 92.2 Ley 30/1992. No obstante, algunos autores cuestionan la posibilidad de reiniciar un nuevo procedimiento fundamentándolo en razones de seguridad jurídica (CABALLERO SÁNCHEZ, R. «Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo». Ed. Mc Graw-Hill. Madrid. 1999, página 449; LÓPEZ PELLICER, J.A. «La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede abrirse y tramitarse otro si la infracción ha prescrito? Número 42. 1999, págs. 1195-1996) o, de forma más restringida, en los supuestos en que la Administración actúa con abuso de derecho o desviación de poder (DE DIEGO DÍEZ, L.A. «Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador». Ed. Bosch. Barcelona. 2006, pág. 222).

⁸⁰ Así, en relación al art. 37 de la LRDGC, el Tribunal Supremo ha entendido que el plazo de quince días fijado en el precepto es un plazo de caducidad con fundamento en que es una facultad exorbitante que ha de ser restrictivamente valorada por afectar a un derecho fundamental del sancionado: SSTS Pleno 25 octubre 2002 (RJ 2002, 9832); STS 5.ª 14 marzo 2003 (RJ 2003, 5106); 15 noviembre 2004 (RJ 2004, 8012).

to de sanción⁸¹. Del criterio seguido por la jurisprudencia resulta que, a la postre, lo esencial es el juicio retrospectivo de apariencia que debe realizarse caso por caso, de manera que la aplicación de uno u otro término de prescripción está condicionado a la valoración histórica, ubicada cronológicamente en el momento inmediatamente anterior al inicio del expediente disciplinario, de manera que si el juicio de apariencia concluye que la falta debía ser calificada como de menor entidad, se aplica el término de prescripción derivado de la infracción aparente, en tanto que si existen dudas, por la vigencia del principio de seguridad jurídica, debe estarse a los plazos de tramitación correspondientes al procedimiento seguido.

III. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Militar se materializa a través del recurso contencioso-disciplinario, contemplándose en la legislación procesal dos cauces como son el ordinario, limitado normativamente a las faltas graves y las impuestas en expediente extraordinario, y el de tutela de derechos fundamentales, que incluye también la impugnación de las faltas leves.

En este ámbito, deben destacarse tres puntos de especial interés, que serán objeto de análisis: 1) la redefinición de la actividad administrativa impugnabile, especialmente en lo que se refiere al control de infracciones de legalidad ordinaria en faltas leves; 2) la extensión del control jurisdiccional, especialmente intenso tratándose del control de la potestad disciplinaria; y 3) la responsabilidad patrimonial de la Administración Militar por la anulación de actos sancionadores, que presenta singular interés por la naturaleza de las sanciones y la regla general de ejecutividad sin esperar a la firmeza de la resolución administrativa.

1. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE LAS SANCIONES POR FALTA LEVE

La evolución legislativa de la impugnación jurisdiccional de las sanciones disciplinarias militares por falta leve tiene un primer punto de inflexión en su inclusión en el proceso de tutela de derechos fundamentales, lo

⁸¹ SSTs 5.ª 21 diciembre 2004 (RJ 2005, 76613 marzo 2006 (RJ 2006, 5330). y 19 mayo 2006 (RJ 2006, 3269), entre otras.

cual se produce con la promulgación del Código Procesal Militar. Por tanto, quedaban al margen del control jurisdiccional las infracciones de legalidad ordinaria, por cuanto los art. 453 y 468.b) del Código Procesal Militar restringen el cauce ordinario a la impugnación de las faltas graves. La existencia de este ámbito de inmunidad jurisdiccional se justificó en la misma levedad de la sanción y en la singularidad del régimen disciplinario militar, lo cual llevó a mantener tal exclusión tanto en la LRDGC de 1991 como en la LR DFA de 1998⁸².

Ello fue ampliamente contestado por la doctrina mayoritaria⁸³, que subrayó la incompatibilidad de la existencia de dicha zona de inmunidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y con el control de legalidad de la actuación administrativa que declara el art. 106.1 de la CE, argumentos que resultan expresados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2002, de 28 de octubre, que planteó al Pleno la denominada «autocuestión» de inconstitucionalidad de los arts. 453.2 y 468.b) del Código Procesal Militar, aún hoy pendiente de resolución. No obstante, el planteamiento de la cuestión y la doctrina emanada de la citada sentencia, determinó un cambio de orientación jurisprudencial de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, declarando la admisión del recurso ordinario en el caso de sanciones por falta leve⁸⁴; paralelamente, algunos Tribunales Militares han

⁸² La solución legal del art. 77.3 de la LR DFA de 1998 se justificaba en la relevancia constitucional de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y en la venialidad de la punición legalmente prevista, apoyándose en la doctrina del TC contenida en la Sentencia 18/1994, de 20 de enero (RTC 1994, 18) en relación al citado precepto. Más ampliamente, CARCELES NIETO, A. («Principios generales que informan la LR DFA»). Revista Española de Derecho Militar. Núm. 73. 1999, págs. 32-34) quien ya expresaba sus dudas sobre si efectivamente quedaba salvaguarda la tutela judicial efectiva, pese a ser uno de los principales protagonistas de la reforma en la tramitación parlamentaria.

⁸³ MILLAN GARRIDO, A. «Ley Procesal Militar». Ed. Tecnos. Madrid. 1989, pág. 24-25; y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. Prólogo a la obra de ROJAS CARO «Derecho disciplinario militar». Ed. Tecnos. Madrid. 1990, pág. 24. Más recientemente, entre otros, en sentido crítico en relación a la limitación legal de la impugnación de las sanciones por falta leve por motivos de legalidad ordinaria, considerando que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: ALCANTARILLA HIDALGO, F.J. «La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio». Justicia Administrativa. Enero 2002; pág. 43; ESCRIBANO TESTAUT, P. «Los militares ¿sujetos de derechos capitidismos? (en torno al limitado control jurisdiccional de las sanciones leves en el régimen disciplinario militar)» en la obra colectiva «La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario». Ed. Bosch. Barcelona. 2003, págs. 850-851; RODRIGUEZ TEN, J. «Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas». Ed. Aranzadi. Pamplona. 2000, pág. 255.

⁸⁴ En este sentido, SSTS Sala 5.ª 24 septiembre 2004 (RJ 2004, 6639); 25 febrero 2005 (RJ 2005,3172) y 24 febrero 2006 (RJ 2006, 1704), entre otras.

planteado cuestiones de inconstitucionalidad sobre los citados arts. 453 y 468.b), admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional⁸⁵.

Por tanto, en el momento actual, la jurisprudencia ha declarado la admisibilidad del recurso ordinario contra las sanciones por falta leve, con fundamento último en el carácter vinculante de la interpretación del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, aún cuando subsiste la pendencia de la autocuestión de inconstitucionalidad, con un claro pronóstico estimatorio, dados los contundentes términos en que se pronuncia la STC 202/2002.

En este punto, pueden destacarse dos claves que determinarían la inconstitucionalidad de la restricción: una primera, es el nulo margen que tiene el legislador para crear zonas de inmunidad jurisdiccional en la actividad administrativa; y la segunda, es que los fines que justifican la intensidad de la potestad disciplinaria, incluso en el caso de faltas leves, no resultan desvirtuados por el control jurisdiccional de dicha potestad, pues los mismos se cumplen por otros mecanismos legales como son el incremento de la potestad cautelar y la inmediata ejecutividad de la sanción impuesta.

Por último, debe subrayarse que, en la hipótesis de declaración de inconstitucionalidad, el efecto de tal declaración se extendería a los preceptos legales que restringen la tutela cautelar en las faltas leves, singularmente al art. 513 CPM, en tanto que la tutela cautelar integra con carácter fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, del cual es componente inescindible⁸⁶.

2. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL

Un segundo punto de interés destacado es la extensión del control jurisdiccional en la impugnación de las resoluciones sancionadoras de

⁸⁵ Son numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Entre las primeras que se admitieron, las cuestiones seguidas con el número 42303/2003 y 5219/2003 (BOE 11-10-2003), planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña, y entre las más recientes la seguida con el número 11075/2006 (BOE 6-2-2007) planteada por el Tribunal Militar Territorial de Sevilla.

Aparentemente, la solución más técnica es la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad dada la vigencia de la norma legal, pero lo cierto es que la admisión directa tiene fundamento en el art. 5.1 de la LOPJ, debiendo ponderarse, por una parte, los claros términos que resultan de la interpretación sostenida en la STC 202/2002 y, por otra parte, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los interesados.

⁸⁶ Lógicamente, el hipotético efecto de una declaración de inconstitucionalidad del art. 453.2 y 468.b) CPM alcanzaría no sólo a las normas que restringen la tutela cautelar en vía jurisdiccional, sino también en vía administrativa, concretamente al art. 81 LRDFAS, que limita la suspensión en esta vía a las faltas graves y extraordinarias.

naturaleza disciplinaria, el cual se caracteriza por el rasgo de la plenitud, de manera que el margen de intangibilidad de discrecionalidad administrativa es muy escaso.

A la hora de delimitar la extensión del control jurisdiccional en el ámbito disciplinario, siempre ha de tenerse en cuenta un límite infranqueable cual es la inmodificabilidad de los hechos probados en la resolución sancionadora, como derivado de la garantía básica de defensa de la inalterabilidad de los hechos imputados⁸⁷.

Fuera de este límite, el control jurisdiccional de fondo se extiende a los hechos, cumplimiento de garantías procedimentales y al ejercicio mismo de la actividad sancionadora, revisando tanto el sustrato fáctico como el juicio de tipicidad de los hechos probados y la individualización de la sanción. Eventualmente, la jurisdicción militar es competente para conocer del pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial si se acumula la pretensión, lo cual es facultativo para el demandante como posteriormente examinaremos.

De forma instrumental a la plena cognición del órgano jurisdiccional, entra en juego el ensanchamiento del derecho a la prueba en el recurso contencioso-disciplinario⁸⁸, de manera que la misma no se encuentra limitada por la propuesta y practicada en el procedimiento disciplinario previo, y ello en tanto que el procedimiento administrativo no es una primera instancia jurisdiccional.

Pero, sin duda, lo que determina la plenitud del control jurisdiccional es el control de la proporcionalidad en el ejercicio de la actividad administrativa sancionadora, lo cual alcanza a los aspectos dosimétricos en la imposición de la sanción⁸⁹. La intensidad de este control se ve incremen-

⁸⁷ Como indica el Tribunal Supremo, el tribunal actúa con plena cognición al decidir el recurso contencioso-disciplinario (STS Sala 5.ª 24 septiembre 2004 (RJ 2004, 7984), si bien ello no le faculta a modificar los hechos probados en la resolución sancionadora (SSTS Sala 5.ª 11 marzo 2002 (RJ 2002., 4675); 9 marzo 2005 (RJ 2005, 3358), entre otras).

⁸⁸ Sobre los caracteres genéricos del derecho a la prueba, puede verse STS 7 abril 2006 (RJ 2006, 4772, Ponente Excmo. Sr. Julián Hernán), fundamento segundo.

⁸⁹ La doctrina subraya que la actividad sancionadora de la Administración no es discrecional, por cuanto el control jurisdiccional se efectúa también por el principio de proporcionalidad. En este sentido, CASTILLO BLANCO, F.A. «Función pública y poder disciplinario del Estado». Ed. Civitas. Madrid. 1992, pág. 321; SUAY RINCON, J. «Potestad disciplinaria». Libro Homenaje a Villar Palasí. Ed. Civitas. 1989, págs. 1379 y ss. En el ámbito del control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, MARTÍNEZ MICÓ, J.G. («El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares». Revista Española de Derecho Militar. Nú., 74. 1999, págs. 55 y ss.) indica que la elección de la sanción a imponer no es discrecional, siendo revisable tanto en vía contencioso-administrativa por la jurisdicción militar, conforme al art. 465 CPM, como en vía casacional, cuando es motivo de recurso la correcta aplicación del criterio normado.

tada por la evolución legislativa tendente a limitar la potestad discrecional de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora, estableciendo criterios para la graduación de las sanciones, que alcanzan también a las circunstancias individuales del sancionado.

Finalmente, debe hacerse una sucinta referencia a la tutela cautelar, la cual se ve muy atenuada por el interés público, especialmente intenso, en la inmediata ejecutividad de la sanción⁹⁰ y por el mismo diseño procedimental del recurso administrativo, que en muchas de las ocasiones determina que la sanción ya se haya cumplido cuando se acude a la vía jurisdiccional⁹¹. Ello explica lo restringido de la tutela cautelar en sede jurisdiccional, aún cuando la regulación del art. 513 CPM, para el proceso ordinario, y art. 518.f) CPM, para el de derechos fundamentales, lo sea en términos que cabe considerar amplios.

La otra cara de la moneda de la restricción en la tutela cautelar es el mayor pronóstico de conflictividad en sede de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos sancionadores, por cuanto, una vez ejecutada la sanción, la reparación de los daños y perjuicios sufridos sólo puede realizarse por esta vía.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA ANULACIÓN DE RESOLUCIONES DISCIPLINARIAS

Una última cuestión relacionada con el ejercicio –patológico– de la potestad disciplinaria, es la posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos sancionadores.

El fundamento legal de dicha responsabilidad está en el régimen establecidos en los arts. 139 a 145 de la Ley 30/1992, contemplando específicamente el art. 142.4 el supuesto de hecho de responsabilidad por anulación de actos administrativos.

La cuestión reviste especial interés tratándose de anulación de sanciones disciplinarias impuestas por la Administración militar por dos motivos: a) por una parte, es un ámbito objetivo donde rompe la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativo en materia de responsabili-

⁹⁰ Esta intensidad del interés público en la ejecutividad inmediata de la sanción se infiere de lo dispuesto en el art. 81 de la LRDFAS, precepto que dispone preceptivamente la denegación de la suspensión en el caso que se cause perjuicio a la disciplina militar.

⁹¹ La inmediatez es tal que está previsto incluso que el cómputo del plazo del recurso administrativo se inicie a partir del cumplimiento cuando se trata de sanciones de arresto (art. 76.4 LRDFAS).

dad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el caso que se acumule la pretensión indemnizatoria a la anulatoria en el recurso contencioso-disciplinario ordinario, tal como autoriza expresamente el art. 469 y 495.b) del Código Procesal Militar; y b) por otra parte, las singularidades del régimen disciplinario militar, con un amplio abanico de sanciones de naturaleza no económica, y dada la vigencia del principio de ejecutividad inmediata, determinan un pronóstico conflictual amplio en esta materia.

En relación al primer punto de interés enunciado, debe subrayarse que la acción de responsabilidad patrimonial es acumulable potestativamente a la pretensión anulatoria en el proceso ordinario, tal como se desprende del art. 469 y 495.b) del Código Procesal militar, de manera que estamos ante un supuesto de acumulación de acciones potestativa para el demandante. En caso de acumularse las acciones, el pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial lo realiza el órgano jurisdiccional militar, en tanto que el mismo está dentro del objeto del recurso contencioso-disciplinario, por lo que se rompe la exclusividad jurisdiccional establecida a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹².

Caso de no acumularse acciones y prosperar la pretensión anulatoria, el perjudicado tiene la opción de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial por la vía de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, iniciando el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Defensa y, en su caso, interponiendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El ejercicio autónomo de la acción de responsabilidad patrimonial está sujeto al plazo de prescripción establecido en el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de manera que el derecho prescribe al año de haberse dictado la sentencia –o resolución– definitiva.

En relación a la segunda cuestión enunciada –singularidades de la responsabilidad de la Administración militar en la materia–, debe indicarse que, en el ámbito de la anulación de resoluciones disciplinarias en los funcionarios civiles, los conflictos son muy atenuados, por cuanto en la mayor parte de las ocasiones se trata de sanciones con contenido económico, por lo que, generalmente, no hay propiamente pronunciamiento de responsabilidad patrimonial, sino que la indemnización deriva del efecto mismo de la anulación, lo que se concreta en el abono de las retribuciones dejadas de

⁹² Son numerosos los supuestos en que se ha pronunciado la jurisdicción militar sobre la responsabilidad patrimonial derivada del pronunciamiento anulatorio en el recurso contencioso-disciplinario, incluso difiriendo el «quantum» para el trámite de ejecución de sentencia (vid. por ejemplo SSTS 5.ª 9 mayo 1998 (RJ 1998, 4950) y 17 febrero 2006 (RJ 2006, 1702).

percibir incrementadas con los intereses. Por el contrario, en el ámbito militar, el conflicto en esta materia puede verse incrementado considerablemente en tanto que, en la mayor parte de las ocasiones, estamos ante sanciones de contenido no económico, incluso privativas de libertad, que además, por regla general, ya han sido ejecutadas cuando se dicta la sentencia en el recurso contencioso-disciplinario. Ello puede generar un amplio campo de situaciones conflictuales en el caso de patologías en el ejercicio de la potestad disciplinaria, que pueden derivar en el ejercicio de acciones –acumuladas o autónomas– de responsabilidad patrimonial contra la Administración militar, cuando la actividad administrativa objeto de anulación haya ocasionado un daño antijurídico al funcionario.

En este ámbito, se plantean dos temas de especial interés, que trataremos sucintamente, a modo de apunte.

Por una parte, un primer tema de especial relevancia sería el deslinde genérico de los supuestos en que, en hipótesis, el daño derivado de la anulación puede ser indemnizable⁹³, lo que presenta especial controversia en los casos en que la anulación de la sanción se funda en infracciones formales. En concreto, la cuestión esencial es determinar si, al margen del pronunciamiento anulatorio, la conducta del perjudicado puede tener relevancia para valorar la antijuridicidad del daño, es decir, si la conducta dolosa o culposa del interesado puede romper el nexo causal entre el funcionamiento anormal de la Administración que supone el ejercicio patológico de la potestad sancionadora y el daño sufrido por el sancionado.

Este problema presenta varias facetas de discusión muy interesantes, por lo que sólo apuntaremos, a modo de síntesis, tres cuestiones que podrían dar algún motivo de reflexión sobre esta materia: a) en primer lugar, la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto no está exceptuada del régimen general establecido en el art. 139 de la Ley 30/1992, por lo que la conducta del perjudicado puede romper el nexo causal en los casos en que ha actuado con dolo o negligencia; b) en segundo lugar, habría de distinguirse las anulaciones que dejan imprejuizado el hecho (v.gr. infracción esencial del procedimiento) de aquellas otras en que es posible fijar los hechos probados (v.gr. prescripción o caducidad); en este último caso, la conducta dolosa o culposa del perjudicado podría ser relevante para romper el nexo causal; y c) por último, el pronuncia-

⁹³ Como es sabido, la anulación de un acto administrativo no presupone el derecho a la indemnización, tal como expresa el art. 142.4 de la Ley 30/1992. De ahí que sea necesario que en el caso concreto se cumplan los requisitos establecidos en el art. 139 de la misma Ley, especialmente, la conexión causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño sufrido, y la antijuridicidad del daño.

miento de responsabilidad patrimonial es un pronunciamiento de plena jurisdicción, si bien limitado por los efectos de la cosa juzgada si hubo un proceso anterior, por lo que no puede volverse a juzgar el acto anulado cuando la acción se ejercita de forma autónoma.

Un segundo tema que suscita especial controversia es el de la definición del daño indemnizable, especialmente en el caso del daño moral. En relación a esta cuestión, la jurisdicción militar viene manejando criterios más amplios en orden a la apreciación del daño moral, indicando que la prueba del daño moral es innecesaria, fundamentándolo en que el cumplimiento de una sanción a la postre anulada supone una innegable aflicción moral, así como un perjuicio y descrédito profesional para el sancionado⁹⁴. Lógicamente, esta mayor amplitud de criterios también está en relación con las peculiaridades del régimen militar, donde el componente ético tiene un juego aplicativo de especial intensidad, lo cual debe ser valorado a la hora de fijar el daño moral.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS

Del breve examen realizado sobre las garantías formales y el control jurisdiccional del procedimiento disciplinario militar, pueden concluirse, como aspectos destacados, ciertas deficiencias en el diseño del procedimiento por faltas leves, así como una falta de sintonía entre la regulación

⁹⁴ Puede verse ampliamente desarrollada la doctrina jurisprudencial de la Sala 5.^a sobre la indemnizabilidad del daño moral en la STS 3 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9962, Ponente Excmo. Sr. Ruiz-Jarabo), fundamento tercero, en relación a las sanciones de arresto domiciliario. Esta doctrina de la Sala de lo Militar se ha seguido por la Audiencia Nacional de forma reiterada: vid. SAN 10 de junio de 2005 (JUR 2005, 238586) y las sentencias que en ella se citan.

Por el contrario, la jurisdicción contencioso-administrativa maneja criterios de mayor rigidez en este punto, exigiendo en ocasiones la acreditación del daño moral [vid. STS 3.^a 29 abril 2004 (RJ 2004, 2659)], o utilizando argumentos heterogéneos tales como la reparación derivada de la misma sentencia anulatoria o la causa misma de la anulación, entendiéndose que no existe daño moral cuando la anulación no se produce por inexistencia de hechos o porque los hechos no son constitutivos de falta. Este criterio interpretativo tiene cercanía con los supuestos contemplados en el art. 294.1 de la LOPJ en relación al derecho a indemnización por prisión provisional indebida, si bien la misma Sala Tercera ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la regulación legal, extendiendo el derecho a la indemnización a los supuestos de «inexistencia subjetiva» o imposibilidad de participar en los hechos suficientemente probada (vid. STS 3.^a 27 abril 2005 (RJ 2005,4977) o a supuestos de terminación anticipada del proceso por falta de acusación (STS 20 febrero 1999 (RJ 1999, 1089)). En cualquier caso, parece que los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado juez y de la responsabilidad patrimonial de la Administración haría que los supuestos de hecho no fueran equiparables.

legal y el cuadro de sanciones disciplinarias correspondientes a estas infracciones.

En el ámbito del procedimiento por faltas leves, debe subrayarse la insuficiencia de la regulación procedimental, donde falta el reconocimiento de derechos básicos como el de asistencia técnica del expedientado, a la vez que la parca reglamentación del expediente puede generar problemas de inseguridad jurídica. Lo mismo cabe decir del control jurisdiccional, el cual debe ser reconducido a los términos constitucionales, eliminando cualquier zona de inmunidad jurisdiccional en la impugnación de las faltas leves.

Lógicamente, esta ampliación de la tutela jurisdiccional debiera tener, como consecuencia inmediata, una reestructuración de los recursos administrativos por falta leve, puesto que su vigente diseño —exacerbado— toma como base la no impugnabilidad de la resolución administrativa.

Por su parte, la problemática que generan las sanciones privativas de libertad, bien puede evitarse mediante una redefinición del cuadro de sanciones⁹⁵, o con la regulación de mecanismos procedimentales y procesales que permitan un control jurisdiccional ágil, previo a la ejecución, a cuyo efecto la atribución de competencias en sede contencioso-disciplinaria a los Juzgados Togados podría ofrecer ventajas desde el punto de vista de la celeridad y de la eficacia⁹⁶. De esta forma, podría compatibilizarse definitivamente el régimen disciplinario militar con las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin que ello deba suponer merma en la eficacia de la disciplina militar, en tanto que la eficacia se encuentra en el incremento de la potestad cautelar y en la previsión de mecanismos que permitan la ejecución de la sanción con inmediatez, y no tanto en la naturaleza de las sanciones.

⁹⁵ Como se ha indicado anteriormente (supra I.1), el modelo profesional de Fuerzas Armadas admite un mayor juego de las sanciones no privativas de libertad sin merma de la eficacia del régimen disciplinario.

⁹⁶ Esta cuestión fue apuntada por MILLAN GARRIDO, A. («Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional en «Comentarios a las leyes procesales militares». Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid. Tomo I. 1995, pág. 278) quien indicaba que sería conveniente implantar un recurso de tramitación simple ante el Juzgado Togado Militar para los sancionados por falta leve.

En cierto modo, tanto el diseño organizativo como el procesal de la jurisdicción militar en la faceta contencioso-disciplinario es un reflejo de la Ley de Jurisdicción de 1956, vigente al tiempo de la promulgación del Código Procesal Militar. Sin embargo, el modelo ha sido modificado en sede de jurisdicción contencioso-administrativa, con la creación de los Juzgados Contencioso-Administrativos, puestos en funcionamiento por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. En este punto, la constatada eficacia del nuevo modelo orgánico de la Ley de 1998, quizás haría conveniente trasladarlo en alguno de sus aspectos al ámbito de lo contencioso-disciplinario militar.

Finalmente, y como retos de futuro en el ámbito procedimental, el derecho disciplinario español debe progresar en la línea del estrechamiento de los matices con el proceso penal, redefiniendo los conceptos de puesta en conocimiento de la imputación y acusación formal, delimitando de forma más precisa el concepto de prueba de cargo y estableciendo un marco normativo que garantice de forma plena la imparcialidad del órgano sancionador, sin perder de vista otras tendencias que pueden observarse en el marco de los ordenamientos comparados, como es el progresivo alejamiento de los órganos de la Administración activa en el ejercicio de la potestad disciplinaria o la regulación del instituto de la conformidad en el marco del procedimiento disciplinario⁹⁷.

Un derecho disciplinario militar moderno requiere de una regulación que minimice las patologías en el ejercicio de la potestad sancionadora, lo cual sólo se puede lograr por el diseño de procedimientos plenamente respetuosos con las garantías constitucionales y por la eliminación de cualquier atisbo de inmunidad jurisdiccional en el ejercicio de esta potestad administrativa.

En esta línea de modernización se ha progresado –y mucho–, tal como se ha sostenido en este estudio. Desde esta perspectiva, la única finalidad de las propuestas y opiniones planteadas en este trabajo es la de que puedan ser de alguna utilidad para seguir progresando.

⁹⁷ Aquí podría apuntarse, de «lege ferenda», la conveniencia de introducir el instituto de la conformidad en el procedimiento disciplinario como mecanismo de pacificación de las relaciones jurídicas alteradas por la comisión de la infracción disciplinaria y por su contenido «resocializador» para con el infractor, tal como se ha venido realizando la legislación disciplinaria de otros países europeos, como es el caso de Italia (cfr. Decreto 29/1993).