

**¿DEBIÓ CLAUSURARSE EL RICK'S CAFÉ?
DEL ARBITRIO DEL JEFE A LA POTESTAD DISCRECIONAL
EN UN ESTADO DE DERECHO**

*Pedro María Pinto y Sancristóval
Comandante auditor*

Resumen

La especialidad de la condición militar con respecto a cualquier otra relación de servicios exige que la potestad disciplinaria que ejercen los mandos sea discrecional. De ahí que como tal se defina en nuestro derecho vigente, en consonancia con el histórico. Igualmente el principio está presente, de una u otra forma, en el derecho comparado, porque no es una particularidad española, sino algo consustancial a lo militar. Con la que de hecho se vive.

Eso no reduce sino amplía los mecanismos de control judicial del ejercicio de la potestad, pues permite a los tribunales, más allá del control superficial de los elementos reglados, una revisión integral de la motivación y la finalidad de la sanción, y por ello obliga al mando a expresarlas con detalle. De ahí la paradoja de que la más eficaz batalla contra la arbitrariedad se luche en el campo de la discrecionalidad.

Palabras clave: potestad disciplinaria, discrecionalidad, control judicial, Estado de derecho.

WAS RICK'S CAFE CLOSURE UNLAWFUL?

From Commander's sole discretion to the discretionary power under rule of Law

Abstract

The commander's disciplinary power is discretionary, due to the speciality of the military status, different from any other service relationship. Thus, as such it is defined in our current law, in accordance with the historical one, and likewise the principle is present, in one way or another, in comparative law, because it is something inherent to the military, rather more than a Spanish particularity. And so it is in daily life.

This does not reduce but rather broadens the scope of judicial review of the exercise of that power, since it allows the courts to comprehensively analyse the motivation and purpose of the sanction imposed, and therefore forces the commander to express them in detail. Hence the paradox that the most effective battle against arbitrariness is fought in the field of discretion.

Keywords: disciplinary action, discretion, judicial review, rule of Law

SUMARIO

Introducción 1. Legalidad y discrecionalidad en la potestad sancionadora. 1.1. Potestad disciplinaria y competencia sancionadora. 1.2. Algo de historia sobre la potestad discrecional. 1.3. Potestad sancionadora reglada y discrecional. 2. Esencia discrecional de la potestad disciplinaria militar. 2.1. La singularidad de la condición militar. 2.2. El derecho positivo español. 2.3. Antecedentes históricos. 2.4. Derecho comparado. 2.4.1. Francia. 2.4.2. Canadá. 2.4.3. Reino Unido. 2.4.4. Alemania. 2.4.5. Italia. 2.4.6. Estados Unidos. 3. Las manifestaciones concretas de la discrecionalidad. 3.1. Los tipos solapados. 3.2. El tipo de acumulación de faltas leves. 3.3. El tipo de embriaguez o consumo reiterados de drogas. 3.4. Los tipos disciplinarios de negligencia, inexactitud, descuido. 4. La paradoja de la garantía. 5. Herramientas para un intenso control de legalidad. 5.1. La competencia del órgano y del titular. 5.2. La concurrencia de los hechos determinantes. 5.3. La motivación. 5.4. Control del fin y desviación de poder. 5.5. Derechos fundamentales y principios generales del derecho: igualdad y confianza legítima. 6. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Poca exageración cabe en la ponderación de la disciplina como pilar fundamental (junto al honor, el patriotismo y el valor) del adecuado funcionamiento de los ejércitos, resaltada con insistencia en la mejor doctrina militar, que suele definir una relación directa, por lo demás puramente intuitiva, entre la disciplina que observa una fuerza y la eficacia en el logro

de sus objetivos. Sin embargo, pese a su troncalidad, esta virtud militar ha sido con frecuencia mal comprendida, pensando en ella como virtud que se ejerce solo mediante el acatamiento de las órdenes recibidas, pese a que su noción legal señala desde antiguo su carácter sinalagmático. Que conserva hoy, pues el artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar la define, reproduciendo su precedente directo, el artículo 28 de las Reales Ordenanzas de 1978, como factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. Fernández Campo¹ expresa una posición muy interesante acerca de esa esencia dialéctica: «Como dice Jorge Vigón en su obra *El Espíritu Militar Español*, disciplina, que viene de *discere*, ‘aprender’, es un género de relación que supone la existencia de discípulos y maestros, de quienes obedezcan y de quienes enseñen a obedecer y sepan mandar. Esta es la razón de que la obediencia del inferior en grado al superior sea el principio esencial de la subordinación. Y la subordinación obliga por igual a todos, al superior como al inferior, al que manda como al que obedece».

Con acierto dice Ortega² que «mandar no es simplemente convencer ni simplemente obligar, sino una exquisita mixtura de ambas cosas. La sugestión moral y la imposición material van íntimamente unidas en todo acto de imperar». La idea de equilibrio es crucial, porque ni la autoridad ni la potestad del jefe se bastan por sí solas como presupuesto de la disciplina, de modo que la dicción legal resulta extraordinariamente sugestiva, en cuanto pone de manifiesto que la disciplina obliga, antes de a obedecer lo mandado, a mandar con responsabilidad.

Como todo hábito, la disciplina ha de ser educada, pues es contraria al instinto de libertad del hombre, que naturalmente tiende a hacer su voluntad. Buena parte de la enseñanza militar, singularmente la de formación, persigue inculcar en el soldado y marinero el hábito de ser disciplinado, que por regla general este acaba adquiriendo. Estaríamos, con todo, negando la realidad si olvidásemos la existencia de vulneraciones de los deberes profesionales del militar, lo que nos adentra en el campo propio no ya de la disciplina como valor castrense, sino de la potestad disciplinaria como poder de actuación de las Fuerzas Armadas en cuanto parte de la Administración General del Estado.

Como toda potestad pública, la disciplinaria militar está creada por la ley y sometida a reglas legales de ejercicio, pero no por ello es potestad

¹ FERNÁNDEZ CAMPO, S. (1997), «Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 74, Madrid, p. 180.

² ORTEGA Y GASSET, J. (1921) *España Invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Calpe, Madrid, p. 23-24.

reglada. Me propongo justificar que la esencia de esa potestad es discrecional. No es esta una noción revolucionaria, antes bien tiene hondo arraigo en nuestro derecho histórico, está presente en el comparado, se expresa en nuestras normas positivas, y, lo que es más importante, es la que más conviene al logro de los fines —la preservación de la disciplina y la garantía de los derechos del sancionado— que persigue la ley al atribuir la potestad a la Administración y al deslindar la competencia de cada órgano.

De hecho, la vida cotidiana de las unidades militares revela claramente el ejercicio discrecional de esta potestad y, sin embargo, su formulación teórica encuentra reparos, que, siendo en apariencia diversos, comparten como raíz común la creencia infundada de que la discrecionalidad es enemiga de la seguridad jurídica. En el mundo castrense es clásica la referencia a la justicia que ha de imperar en los ejércitos, para que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad. La arbitrariedad, efectivamente, es contraria a la justicia, pero la discrecionalidad resulta imprescindible para la acción administrativa en un campo plagado de valores, reglas morales, principios, ideas y conceptos cuya definición legal para cada caso en concreto es sencillamente imposible. Y, por extraño que parezca, contra la arbitrariedad se lucha más eficazmente si la potestad disciplinaria se concibe como discrecional.

Como decía más arriba, no se puede cerrar los ojos a una realidad: que en todo cuartel o buque se observan diariamente centenares de conductas que sería posible calificar como faltas disciplinarias; la referencia al tipo residual de las leyes consistente en inobservancia leve o inexactitud en el cumplimiento de alguna de las obligaciones que las normas de todo rango en vigor imponen a cualquier militar, exime de justificar esta afirmación. Pues bien, con la misma certeza podemos afirmar que todas esas conductas son sancionadas solo en una ínfima porción, pese a ser advertidas por quien tiene competencia para ello. Esa correlación numérica solo puede explicarse o bien afirmando que los jefes incumplen sistemáticamente un pretendido deber de ejercer una potestad disciplinaria reglada, o bien admitiendo sin ambages que su competencia no es medida de potestad reglada, sino discrecional.

La desconfianza teórica de la discrecionalidad es tan universal como su aplicación práctica. Cualquier militar —como cualquier jurista— tiende, instintivamente, a rechazar la posibilidad de una acción disciplinaria militar discrecional: el mando, porque prefiere la cómoda sencillez de lo reglado y puede, además, ver en la discrecionalidad un pretexto para que los mandos inferiores relajen el mantenimiento de la disciplina, y el sancionado, por creerse indefenso frente a la acción del mando cuando no vie-

ne tasada por la ley. Mi convicción es que ambos reparos son infundados, si se usa correctamente la discrecionalidad administrativa como técnica de configuración de la potestad y como forma de garantizar el control de su ejercicio. Tanto el mantenimiento de la disciplina como la garantía de los derechos del sancionado obtienen mejor y más completa satisfacción a través del ejercicio de una potestad discrecional. Porque quienes la prefieren reglada han de aceptar como correcta la clausura del Rick's Café de *Casablanca*, una vez verificado que en él se juega, aunque sepamos a ciencia cierta que la motivación del capitán Renault es otra menos noble.

El régimen disciplinario militar es especial dentro del derecho administrativo sancionador, no solo por la entidad de las sanciones, sino también por la naturaleza de las faltas, pues no pocas son contravenciones que en cualquier otro orden de la vida serían atípicas y solo tienen transcendencia jurídica por razón de la condición militar. Solo ella explica, por ejemplo, que la inasistencia al puesto de trabajo se castigue con privación de libertad o que la observancia de las reglas de urbanidad trascienda a la ordenación puramente social, de manera que lo que en la vida civil sería solo descortés (no saludar, cortar la proa o vestir inadecuadamente) adquiera caracteres de falta disciplinaria si sucede entre militares. Lo que singulariza el derecho disciplinario militar dentro del sancionador es la fuerte presencia de valores y principios morales, que forman parte no solo de un código deontológico gremial cuya contravención comporta reproche social intracorporativo, sino verdaderas normas jurídicas de cumplimiento exigible —y corrientemente exigido— a través del ejercicio regular de las facultades del mando, incluidas las punitivas. Porque no son escasos los tipos disciplinarios —y aun penales— cuya única acción típica es el mero incumplimiento de esas normas morales: los delitos de cobardía constituyen el reverso de la virtud del valor; los delitos de desobediencia y faltas de subordinación son claras dejaciones de la virtud de la disciplina; la manifestación de tibieza en el servicio, los actos contrarios al decoro, la falta de interés en la instrucción, las acciones contrarias a la dignidad militar, entre otras muchas, no son sino el negativo de esas virtudes morales exigibles al militar.

En ocasiones, el derecho comparado ofrece mejor formulación de un razonamiento que ninguna extraída del propio ordenamiento nacional. Tal ocurre en la cuestión de las virtudes castrenses como bien jurídico protegido por las infracciones disciplinarias, en tanto no se trata de una noción exclusiva de las Fuerzas Armadas españolas. Así, el párrafo 59 c de la Parte IV del Manual de Consejos de Guerra de los Estados Unidos explica la naturaleza de la infracción definida como «conducta impropia de un

oficial y caballero» aludiendo a que no puede exigirse a todo oficial el cumplimiento de unos niveles morales inalcanzables, pero sí aquéllos sin los cuales es irreconocible como un oficial y un caballero³.

Si es clásico definir el Código Penal como la Constitución en negativo, con la misma razón cabe afirmar que el derecho disciplinario castrense no es más que el reverso de los deberes jurídicos del militar, y la presencia en él de conceptos de marcado carácter moral son expresión de la naturaleza simultáneamente jurídica de los deberes y virtudes morales exigibles al soldado.

1. LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD EN LA POTESTAD SANCIONADORA

1.1. POTESTAD DISCIPLINARIA Y COMPETENCIA SANCIONADORA

Como poder jurídico, la potestad está siempre atribuida a una persona. En el caso de las potestades públicas, la atribución se hace a la Administración, cuya personalidad jurídica es el dogma fundacional del derecho administrativo contemporáneo. La configuración de la Administración como persona jurídica obliga a articular su estructura como organización, de modo que esa persona única opera en el tráfico jurídico a través de órganos; de ahí que sea preciso atribuir a cada órgano en concreto la facultad de ejercer válidamente la potestad de la que la Administración es titular. Como resultado de esa atribución aparece la noción de competencia administrativa, que es la medida de la potestad atribuida a cada órgano.

El principio de legalidad, determinante del lícito obrar administrativo, no puede quedarse en la epidermis de la Administración; ha de penetrar en todo el organismo administrativo, y por ello la atribución competencial es igualmente definida por la Ley, que así deslinda los ámbitos de actuación válida no ya de la Administración, sino de cada órgano. La vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuer-

³ «There are certain moral attributes common to the ideal officer and the perfect gentleman, a lack of which is indicated by acts of dishonesty, unfair dealing, indecency, indecorum, lawlessness, injustice, or cruelty. Not everyone is or can be expected to meet unrealistically high moral standards, but there is a limit of tolerance based on customs of the service and military necessity below which the personal standards of an officer, cadet, or midshipman cannot fall without seriously compromising the person's standing as an officer, cadet, or midshipman or the person's character as a gentleman».

zas Armadas —con una notable mejora de técnica legislativa con respecto a su precedente⁴, pues da a la potestad y a la competencia el tratamiento unitario que por su naturaleza les corresponde— en un título rubricado «Potestad disciplinaria y competencia sancionadora» dedica sendos capítulos consecutivos a la atribución de cada una de ellas.

A mi juicio, el hecho de que la ley mencione la potestad como disciplinaria y la competencia como sancionadora da a entender que la potestad disciplinaria no se agota en la imposición de sanciones. Abona esta tesis el que en el capítulo de la potestad disciplinaria se incluya el relevante artículo 30, que permite desdoblar la acción disciplinaria en dos facultades complementarias pero distintas: la corrección de las faltas y la imposición de las sanciones. Y lo confirma el que el artículo 24 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil especifica que «todo mando tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, aunque no le estén directamente subordinados, sin que ello suponga sanción alguna». Este desdoblamiento de la acción disciplinaria en las competencias de corregir y sancionar es la clave de la tesis que defiendo: que, frente al carácter reglado del deber de corrección, la potestad de imponer sanciones disciplinarias (o la de dar parte) tiene carácter esencialmente discrecional. Antes, sin embargo, es precisa una digresión histórica sobre la noción de potestad discrecional que, si tiene cuestionada su legitimidad de origen, es susceptible de legítimo ejercicio.

1.2. ALGO DE HISTORIA SOBRE LA POTESTAD DISCRECIONAL

Advierte Garrido Falla⁵ que «la construcción del Estado de Derecho que, a lo largo de los dos últimos siglos, parece ser —con todas sus imperfecciones— una meta alcanzada por un privilegiado y reducido grupo de países, ofrece curiosos elementos de reflexión acerca de aquella famosa observación psicológica de Montesquieu: “Quien tiene el poder tiende a abusar de él” [...] y —añadamos por nuestra cuenta—, sobre todo, se opone a reducirlo». La reflexión es oportuna, porque el recelo doctrinal generalizado hacia la potestad discrecional se explica por su utilización en el pasado como valladar para un adecuado control jurisdiccional. Sin embargo, la discrecionalidad no es en sí misma una herramienta peligrosa, si se emplea

⁴ Que llamativamente no se destaca en la exposición de motivos ni se menciona en el dictamen del Consejo de Estado.

⁵ GARRIDO FALLA, (1992), «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 128. p. 10.

adecuadamente. Negar la existencia de elementos de discrecionalidad en la actuación administrativa está solo al alcance del más recalcitrante positivista ilustrado, que cree en la ley como fuente del derecho perfecta, omnicompreensiva y autosuficiente para regular las relaciones jurídicas, de manera que su aplicación no requiere intermediación alguna. Para él, el órgano administrativo no es más que, en expresión archiconocida, *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁶, y la aplica mecánicamente, actuando como mero instrumento de la norma.

Evidentemente, ese no es el funcionamiento real de las cosas. Rarísimo es el caso en el que procede la aplicación puramente automática de un precepto legal sin margen alguno a consideraciones particulares, porque la ley no puede, por su propio carácter general, expresar todos los matices que la realidad jurídica presenta. La discrecionalidad, pues, es un elemento natural en la norma jurídica, por lo que los imprescindibles mecanismos de control de su ejercicio han de ser correctamente ideados y utilizados. En otras palabras, admitir la naturalidad de las manifestaciones discrecionales del obrar administrativo es el primer paso para generalizar y mejorar sus mecanismos de control. El reto es sugestivo y a la vez ineludible para la vigencia de un genuino Estado de derecho: la constitución y funcionamiento de los mecanismos de control necesarios para evitar lo que sí es un efecto no ya anómalo sino perverso del ejercicio de potestades: la arbitrariedad. Porque la arbitrariedad no tiene nada que ver con la potestad discrecional en un Estado de derecho. No en vano, ya en 1962 advirtió García de Enterría⁷ que «se ha dicho del poder discrecional —la frase es del excelente jurista suizo Hans Huber— que es el verdadero caballo de Troya en el seno del derecho administrativo de un Estado de Derecho».

Que siempre ha existido discrecionalidad en la aplicación de las normas es una obviedad; de entrada, hasta épocas muy recientes el autor de la norma no tenía control efectivo sobre su aplicador, de manera que había que: a) confiar en el buen criterio del ejecutor de las potestades conferidas, y b) proveer los adecuados mecanismos de control del ejercicio de estas potestades, en interés de los particulares y de la integridad de la hacienda real, en la certeza de que esa confianza sería alguna vez traicionada. Sin esa discrecionalidad, habría sido imposible la creación pretoriana de buena

⁶ TIMSIT, G. (2000) «La métaphore dans le discours juridique», *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-117 2000, mis en ligne le 17 décembre 2009, consulté le 31 octobre 2013.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962). «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, p. 167.

parte del derecho romano conocido; y en buena medida —admitiendo la ucronía terminológica— la actuación de los tribunales del Antiguo Régimen (tanto los medievales como los modernos) en el control de la legalidad de la actuación administrativa no es sino control judicial de la discrecionalidad. ¿Qué es, en definitiva, el juicio de residencia sino una causa general acerca del recto uso de la discrecionalidad concedida al merino, al corregidor, al virrey?

El disfavor doctrinal de la discrecionalidad no surge, pues, hasta el advenimiento del Estado liberal; el adanismo de sus ideólogos los llevó a creer que, hecha tabla rasa de la legalidad veterorregimental, la racionalidad ilustrada iba a ser capaz de elaborar un derecho positivo completo y perfecto que no dejase resquicio a la creatividad de su aplicador. Tal concepción de las normas jurídicas es eficazmente impugnada por Kelsen⁸:

«La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir».

La realidad se impone a los apriorismos ideológicos: la discrecionalidad, lejos de ser propia del Antiguo Régimen, es consustancial a la existencia de *cualquier* ordenamiento jurídico, no solo por la incapacidad de la ley para prever con exhaustividad todas las situaciones posibles, sino porque incluso el legislador puede querer, deliberadamente, otorgar un margen de decisión a la norma subordinada o a su aplicador. Como es natural, ello requiere articular un eficaz sistema para controlar al aplicador de la norma; «este es el gran tema del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular, porque es aquí, indiscutiblemente, donde se juega día a día esa batalla eterna entre el Poder y la Libertad»⁹.

El control de su ejercicio, en garantía de los derechos del interesado, es crucial para aceptar como normal una potestad discrecional. Por eso, la doctrina del siglo pasado aplaudió unánimemente en este aspecto la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, primera que en España permitiría la revisión de los actos discrecionales, justificándolo así su Exposición de Motivos:

⁸ KELSEN, H. (2009) *Teoría pura del Derecho*, traducción de M. NILVE de la edición francesa, cuarta edición, Buenos Aires, pp. 129-130.

⁹ FERNÁNDEZ, T. R. (2012). «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 187, p. 144.

«[...] la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, o un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un <<prius>> respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.

»La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar a cerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público», certera definición de la discrecionalidad a la que prestaré atención más adelante.

El proceso de objetivación de la potestad discrecional ha proseguido desde entonces, y a él no han sido ajenos los principios sobre el control de los poderes públicos incorporados a la Constitución. El juego combinado de dos preceptos constitucionales es interesante como justificación de la licitud de estas competencias. Por una parte, el sometimiento pleno a la ley y al derecho que el artículo 103 de la CE impone a las Administraciones no causa problema alguno a este respecto, pues ya sabemos que en España, desde 1956, la discrecionalidad no supone derogación sino aplicación de la ley. Mayor transcendencia tiene el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24, que se traduce en una jurisdicción contencioso-administrativa (y contencioso-disciplinaria, en lo que nos interesa) definitivamente plenaria, en un juicio de instancia y no meramente revisor y, lo que es más relevante, con la potestad de hacer ejecutar lo juzgado que el artículo 117 atribuye a todo órgano jurisdiccional.

1.3. POTESTAD SANCIONADORA REGLADA Y DISCRECIONAL

Con la agudeza que caracteriza sus diagnósticos, sostiene Nieto¹⁰, en una sección de su manual significativamente titulada «Sarcasmos y paradojas», que las irregularidades en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ponen en entredicho todos los esfuerzos hechos por depurar la técnica jurídica del derecho administrativo sancionador: La injusticia empieza con la arbitrariedad en la persecución, pues cuando la

¹⁰ NIETO, A. (2008) *Derecho administrativo sancionador*, cuarta edición, editorial Tecnos, Madrid, pp. 28 y 29.

Administración sanciona a un solo infractor y no a quienes le acompañan en la irregularidad, de nada le sirve a este alegar la notoria injusticia cometida, pues la jurisprudencia afirma, con unanimidad y perseverancia dignas de mejor causa, que la igualdad solo es invocable dentro de la legalidad, por lo que el sancionado no puede escudarse en los incumplimientos no sancionados de los demás.

A eso se añade que

«el repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer. En estas condiciones, el requisito de la reserva legal y el de la publicidad de las normas sancionadoras son una burla [...]. Nadie —cuando es detenido en la carretera por la policía de tráfico o visitado en su casa o empresa por los inspectores— puede estar seguro de salir ileso [...]. Dicho en una palabra: el ciudadano vive entre la arbitrariedad y el azar: unas condiciones que convierten en un sarcasmo [...] las garantías del Derecho Administrativo Sancionador y permiten sospechar razonadamente de las pregonadas virtudes del Estado de Derecho»¹¹.

Se comprende que tras la exposición de tan desolador panorama, la defensa de cualquier atisbo de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora resulte llamativa. De hecho, la discrecionalidad es mayoritariamente desterrada del derecho sancionador en nuestra doctrina administrativa. Así lo expone Lozano¹², quien, tras invocar el principio de oficialidad en el castigo de las infracciones penales que se deriva de los artículos 3 y 4 del Código Penal, se manifiesta en los siguientes términos:

«Nos adscribimos, por ello, con la que puede considerarse doctrina mayoritaria, a la defensa del principio de oficialidad u obligatoriedad sin excepciones del ejercicio de la potestad sancionadora. Pueden destacarse en este sentido, además de las opiniones ya reflejadas de M. Rebollo Puig y de A. Sabán Godoy, las de Iñaki Lasagabaster y de E. García de Enterría y T. R. Fernández, autores estos últimos que afirman taxativamente que “en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Adminis-

¹¹ NIETO (2008). Op. cit., p. 135.

¹² LOZANO CUTANDA, B. (2003) «El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 161, pp. 93 y 94.

tración”. Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, la única defendible en cuanto consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración y es la única, además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados».

Ninguno de los dos enfoques reseñados me parece del todo aceptable, aunque ambos son extraordinariamente sugestivos, el primero como descripción certera de un estado de cosas y el segundo como expresión de un criterio general razonable, aunque sujeto a matices. La afirmación de que la potestad sancionadora de la Administración es, por principio, discrecional o, como sostiene Nieto¹³, de ejercicio facultativo, tiene más de constatación resignada que de definición dogmática. De hecho, el profesor Nieto no expresa un juicio precisamente favorable sobre la discrecionalidad, sino al contrario, pues critica acerbamente —con razón— la jurisprudencia que, afirmando que la igualdad solo cabe en la legalidad, confirma ejercicios de la potestad sancionadora no ya discrecionales, sino abiertamente arbitrarios. A mi entender, las potestades regladas no pierden tal condición porque su ejercicio devenga total o parcialmente imposible en un momento dado ni porque sus titulares no la ejerzan ni, finalmente, tampoco porque decidan sancionar solo a algunos infractores. Todo esto no son sino descripciones de situaciones de hecho que solo podrían traducirse en definiciones científicas si se aceptasen como correctas, lo que Nieto no hace. Cosa diferente es propugnar que el legislador deje de empeñarse en publicar mandatos de imposible atención no ya por los particulares, sino siquiera por los poderes públicos encargados de guardarlos y hacerlos guardar, porque, como certeramente apunta el autor, el derecho irreal o irrealizable no es derecho, afirmación que, se comparta o no en su radical literalidad, tiene un sólido fundamento.

La clave de la caracterización de las potestades no puede estar sino en la ley atributiva. Si la potestad solo puede ser conferida por la ley, es obvio que a sus términos habrá de estarse para calificar como reglada o discrecional una concreta potestad. Por eso, negar que la potestad sancionadora sea esencialmente discrecional no hace inaceptable *cualquier* discrecionalidad en este campo de la acción administrativa; la potestad sancionadora de la Administración no es esencialmente discrecional, pero no existe ningún obstáculo para que lo sea, si la norma atributiva así la configura. Volvamos a la feliz fórmula de la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional

¹³ NIETO (2008) op. cit., p. 131 y ss.

de 1956: hay discrecionalidad cuando el ordenamiento atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Por eso, la norma atributiva de la competencia es clave para definir su carácter reglado o discrecional. Aunque lo habitual es que sea reglada, no es anómalo encontrar preceptos legales que atribuyan a órganos administrativos una competencia sancionadora discrecional. Cabe mencionar, a título de ejemplo, los números 6, 8, 9 y 10 del artículo 312 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, que regulan la imposición de sanciones accesorias a las multas que prevén los números anteriores. Y, así como la imposición de estas es imperativa, la potestad para imponer las sanciones accesorias es discrecional, atendiendo a la redacción de los preceptos. Porque, mientras el n.º 7 impone como medida accesoria incondicionada para cierto tipo de infracciones la anulación de la homologación concedida, los demás apartados *permiten* imponer las sanciones accesorias *valorando* la concurrencia de diferentes circunstancias en cada caso concreto, es decir, atribuyen una genuina potestad discrecional. La discrecionalidad en la potestad sancionadora, aun no siendo desde luego la regla general, tampoco es insólita.

2. ESENCIA DISCRECIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA MILITAR

2.1. LA SINGULARIDAD DE LA CONDICIÓN MILITAR

La condición militar es diferente de cualquier otra relación de servicio. Fernández Rodera¹⁴ comienza su exposición sobre la configuración de la vida militar como carrera profesional afirmando que «la organización y diseño de la carrera militar ha ido de la mano con la edificación de nuestro Estado moderno¹⁵, fundamentalmente a raíz del acceso borbónico al trono», y propugna¹⁶ que, aun con las inevitables asimilaciones al régimen ordinario de la función pública, ha de quedar siempre una reglamentación

¹⁴ FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (2018) *La carrera militar en España*. Marcial Pons, Madrid, p. 13.

¹⁵ Señala con su habitual agudeza Martínez Esteruelas (*La agonía del Estado* [2000], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 41) la paradoja de que el Estado moderno, que necesitó de los ejércitos permanentes para nacer, tenga precisamente el carácter civil como rasgo de oposición a las formas políticas que lo precedieron en la historia. Podemos decir gráficamente que a partir del Renacimiento las legiones cruzan de nuevo a la otra margen del Rubicón.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODERA, op. cit., p. 98

que conserve ciertos rasgos institucionales imprescindibles para asegurar la continuidad histórica de las Fuerzas Armadas como uno de los pilares del Estado.

Suele decirse que esta singularidad de la condición militar se basa en la disposición que debe tener el soldado para afrontar con éxito las exigencias de la guerra, lo que implica su adhesión a unas reglas de conducta que incluyen mandatos jurídicos entreverados de principios morales y normas de pura cortesía¹⁷. Profundizando en esta idea hallamos el fundamento último de esa especialidad: el militar es el único empleado público para quien la muerte es una prestación profesional jurídicamente exigible. El acercamiento a la muerte forma parte, sí, de la ética y la lírica castrenses, pero su impronta no se limita a un desahogo poético ni a la exaltación romántica de un valor, porque la muerte, para el militar, es un verdadero deber jurídico, del que nace todo su régimen legal¹⁸. En este sentido, la muerte no es el final, sino el principio. Todo el peculiar régimen jurídico del militar gira en torno a esta idea crucial: para el militar la muerte, así propia como ajena, es una prestación profesional. Evidentemente, hay funcionarios que tienen trato cercano con ella, porque el riesgo vital propio o ajeno es inherente a su quehacer, pero siempre como un efecto no deseado producido por azar, por un designio inexorable o aun a causa de un error involuntario. Sin embargo, para el militar ir deliberadamente a la muerte propia o causar la del enemigo es un deber jurídico. La exigencia normativa comienza con la incorporación del militar a las Fuerzas Armadas, que el artículo 1.º de la Ley de la Carrera Militar supedita a la prestación de un juramento ante la bandera que incluye el compromiso de entregar, si preciso fuera, su vida en defensa de España. Aun sacrificada en el altar de la modernidad la exigencia de derramar hasta la última gota de la sangre, ese juramento expresa el compromiso moral y jurídico de dar la propia vida por la patria.

Como recordatorio constante del valor jurídico de ese compromiso, el artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar y el 6 de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas enuncian, como primera de las reglas esenciales de conducta del militar, la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario. Esta disposición permanente es definida como su primer y más fundamental deber, y el hecho de que se añada que «ha de

¹⁷ Reuniendo así en un solo régimen los tres órdenes normativos clásicos, cuyo deslinde ocupa bibliotecas enteras. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA (1972) *Filosofía del Derecho*, 4a Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, pp. 444 y ss.

¹⁸ Vid. PINTO Y SANCRISTÓVAL. P. (2020). «A España ofrecida tengo muerte y vida», en la publicación digital *Revista Jurídica Militar*, febrero de 2020.

tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley», en absoluto hace otra cosa que recalcar su carácter netamente jurídico. No son pocos los preceptos que recogen esta idea, pero a mi parecer es el artículo 90 de las Reales Ordenanzas, no por casualidad procedente de las de 1768, la más sublime expresión, en su feliz laconismo castrense, de esa exigencia de entregar la vida cuando se ordene: «El que tuviere orden de conservar su puesto a toda costa, lo hará».

La discrecionalidad en la aplicación de un régimen disciplinario fundado sobre esa base resulta natural; no es casual que solo en las dos leyes disciplinarias militares se confiera abiertamente al mando la potestad de juzgar cuándo una falta ha de ser sancionada, de manera que la inacción de esta potestad no obedece —necesariamente— a razones espurias ni a dejación de funciones, pues es fruto de una decisión más o menos deliberada, pero lícita en ejercicio de una potestad genuinamente discrecional.

Y tampoco es una excentricidad española, sino algo propio de cualquier organización militar. Y es que, como explican Filbert y Kaufman¹⁹, «la disciplina, el orden, la moral, la disuasión, la celeridad, la disponibilidad para las operaciones y el planeamiento de fuerza son factores que inciden en las decisiones sobre potenciales infracciones de los deberes del soldado. En equilibrio con esos factores está la necesidad de asegurar a los acusados las garantías procedimentales a que tienen derecho. En razón del número y la naturaleza de todos esos intereses, el comandante necesita flexibilidad y discreción para escoger el mejor modo de lidiar con una posible infracción. Esto, hasta cierto punto, explica por qué el sistema punitivo castrense contiene tal variedad de medidas administrativas, disciplinarias y penales con las que intimar al soldado el cumplimiento de sus deberes. Explica a este propósito el Tribunal Supremo [norteamericano]²⁰ que el Derecho punitivo castrense regula la conducta de los militares con mucha mayor precisión que cualquier Código Penal Común de aplicación a los paisanos, pero al mismo tiempo las medidas punitivas militares incluyen, junto a las penas, sanciones disciplinarias y medidas de corte administrativo, lo que se explica por la multiplicidad de las relaciones entre el Estado y el militar. Porque, así como el Estado se limita a ser legislador de la conducta del paisano, en el caso del militar es a la vez legislador, empleador, casero, suministrador y proveedor de servicios».

¹⁹ FILBERT, B. G. y KAUFMAN, A. G. (1998). *Naval law. Justice and procedure in the Sea Services*, tercera edición, Naval Institute Press, Annapolis, Maryland, p. 49. (Traducción del autor).

²⁰ Parker V. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

2.2. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

El artículo 30 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas dispone:

«Todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el ejército o cuerpo al que pertenezcan. Si además las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene competencia sancionadora y, si no la tuviera, dará parte directa e inmediatamente a quien la tenga, informando de tal circunstancia a su inmediato superior».

El tenor literal de la norma no permite duda: la potestad para corregir las infracciones es reglada, pues la corrección de las faltas observadas es un deber legalmente impuesto a todo militar en términos de imperativo categórico, y reforzado por varios tipos disciplinarios y penales que sancionan la tolerancia de conductas ilícitas de subordinados. Sin embargo, el propio texto legal continúa diciendo que «si, además, las juzga merecedoras de sanción, lo hará [...] o dará parte [...]», expresión con la que la ley atribuye al órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público, es decir, la competencia discrecional para apreciar cuándo procede sancionar.

El contraste entre las expresiones empleadas por el legislador en cada una de las oraciones de este artículo evidencia la atribución de dos competencias diferentes: reglada la de corregir, discrecional las de sancionar o dar parte. Eso es lo que resulta del sentido propio de las palabras de la norma, y es coherente con su espíritu y finalidad, según vimos en el apartado anterior. Cerrando el círculo de la interpretación, vayamos al contexto legislativo de este precepto:

1. El artículo 53 de las Reales Ordenanzas define así el estilo de mando: «el militar que ejerza mando se hará querer y respetar [nótese el orden] por sus subordinados; no les disimulará jamás las faltas de subordinación [...]». Lo que exige este artículo es que el jefe no *disimule* las faltas de sus subordinados, no que esté presto a sancionarlos. Opuestos semánticos de *disimular* son *advertir* o *enmendar*, pero no *castigar*.
2. Para quienes vean la reflexión anterior más filológica que jurídica, el artículo 51 de las mismas ordenanzas, rubricado «Forma de corregir», dispone que: «Cuando aprecie una falta la corregirá y, si proce-

de, impondrá la sanción que corresponda o informará de ella a quien tenga la potestad sancionadora». De nuevo se admite expresamente que hay faltas que no procede sancionar, en acusadísimo contraste con el incondicionado «la corregirá», como ya vimos que hace también el artículo 24 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil

Así las cosas, podemos afirmar que la configuración como discrecional de la potestad de imponer sanciones disciplinarias —y de la de dar parte, si se carece de la de sancionar— es una opción deliberada del legislador. Hemos visto que esa caracterización de la potestad sancionadora es la que más conviene a la conservación de la disciplina castrense. A continuación veremos, en apartados consecutivos, que siempre ha sido así entre nosotros, que igualmente la discrecionalidad está presente en el derecho comparado y que, además, la discrecionalidad no supone merma alguna de la garantía de los derechos del encartado, antes bien hace surgir muy sugestivas vías de control de la legalidad del ejercicio de la competencia.

2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La discrecionalidad disciplinaria es una constante en el análisis histórico de las facultades del mando militar. No siempre la idea aparece expresada mediante la voz *discrecionalidad* porque, por extraño que pueda parecer al lector contemporáneo, hasta épocas muy recientes —tanto como 1989— la Jurisdicción Militar y la de Marina estaban unidas al mando, sin que las facultades gubernativas y jurisdiccionales estuvieran perfectamente deslindadas; al contrario, estaban mezcladas en un todo confuso que hace que ciertas apelaciones al arbitrio judicial de la autoridad militar deban ser imputadas a lo que actualmente entendemos como discrecionalidad administrativa²¹.

Es posible mencionar los siguientes antecedentes de la vigencia del principio de discrecionalidad sancionadora en los Ejércitos:

I. Prescindiendo de los antecedentes romanos, visigodos y altomedievales, en el proceso moderno de afirmación real frente a los magnates aparecen las Partidas. En concreto, la Partida II, Título XXVIII, Ley II:

²¹ De hecho, la actual renuencia a admitir la discrecionalidad en este ámbito tiene mucho de movimiento pendular frente a un inveterado estado de cosas en el que las facultades del mando para sancionar a sus subordinados eran no ya discrecionales, sino omnimodas y, en consecuencia, exentas de todo control. Sin embargo, es esta ausencia de control, y no la discrecionalidad, lo que resulta incompatible con nuestro ordenamiento constitucional.

«Otro sí pusieron que si fallasen de su parte o de otra algunos que se iban a los enemigos, de que entendiesen que les podría venir daño, et yendo los prisiesen, que los toviesen presos fasta que acabsen su fecho, et después deso que les diesen pena por alvedrio del rey o del cabdiello mayor con consejo de Homes buenos de la hueste o de la cabalgada, segunt fuese el mal que entendiesen que les podría venir de lo que aquellos querían faceer» [sic].

Igual criterio se sigue en otras leyes de este título. Así, la Ley VIII: que el culpable de ciertos hurtos en campaña sea «metido su cuerpo en poder del Rey, para lo escarmentar, segun entendiese el, que era derecho, catando todas aquellas cosas por alvedrio, que son dichas en algunas otras leyes deste libro» [sic].

Es, sin embargo, la Ley III la que incorpora este principio en su esplendor, porque habilita al caudillo a imponer cualquiera de estas sanciones tan variadas en intensidad al que se desmandare, sin más concreción de la falta:

«por ende fue puesto antiguamente, quel que derranchasse, que le pudiesse el Cabdillo amenazar, o maltraer de su palabra, non le diziendo cosa a sabiendas, de que entendiese que podría ser desfamado. E puede otrosi ferir a el, o al cauallo, con palo, o con asta de lansá; assi que se demuestre mas por castigo, que por saña, ni por malquerencia que del ouiesse, de que se quisiesse del vengar»²² [sic].

II. Modernamente, también este principio de discrecionalidad estuvo incorporado a nuestro derecho. La ordenanza dispuesta el 13 de mayo de 1587 por Alejandro Farnesio, capitán general de los Estados de Flandes, sobre lo que toca al cargo del auditor general dispone en su artículo 6 que, en su ausencia, cualquier «desorden o motín de soldados que convenga ser luego castigado, para que sirva a otros de exemplo, sin que sufra dilación; en tal caso, el más principal Ministro de Guerra, y cualquier Auditor que allí se hallare, podrá hacer la justicia que convenga» [sic].

En cuanto a las genuinas faltas disciplinarias, el artículo 33 obliga a los oficiales de los Tercios a que «de aquí en adelante se moderen en el castigo de los soldados, y que sea de manera que no los maten, ni los manquen de sus miembros necesarios para el servicio de S.M.», pero sin fijar tasa alguna para el ejercicio de su potestad.

²² Como se ve, se incorpora al precepto, *avant la lettre*, la desviación de poder como elemento de control del ejercicio de la potestad discrecional.

III. Por su parte, la ordenanza promulgada por el mismo Farnesio el 22 de mayo siguiente confiere, en su artículo 4, al preboste general la potestad de «prender a todos los que hallare desmandados, o fuera de sus cuarteles sin licencia, y otros que hicieren desordenes è insolencias [...] para que en exemplo de otros sean castigados según la importancia del caso»²³ [sic].

IV. La Real Ordenanza de 28 de junio de 1632 sobre la disciplina militar, mando, sueldos, ventajas, provisiones de empleos y otras cosas, dispone en su artículo 67 que «el que de hecho o de palabra diere ocasión de afrenta, sea rigurosamente castigado al arbitrio del Capitán General, hasta poder llegar à darlo por infame, según las circunstancias, y calidades del caso» [sic].

V. La Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701 que llaman de Flandes, en que se concede a los Regimientos los Consejos de Guerra, dispone, en su artículo 46, que «siempre que los Soldados de Infanteria, Caballeria o Dragones, cometieren algún desorden, mandamos a todos los Oficiales, de cualquiera Regimientos que sean procuren embarazarle, castigandoles, si lo hallaren a proposito, ò haciendolos prender (...)» [sic], precepto reproducido a la letra en el artículo 8 del Título II del Libro II de las Reales Ordenanzas de 12 de julio de 1728.

VI. Las Ordenanzas de Su Magestad para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval de 1748, aunque tasa la pena que corresponde a determinadas infracciones, y exige que en estos tipos los consejos de guerra fallen con arreglo a las penas previstas, se remite en varios artículos al arbitrio prudencial del mando. Así,

a) Tratado Segundo Título II. Del Comandante General de un Departamento. Artículo XXXI. «Podrá suspender de sus empleos a los Oficiales de guerra que sirvan a su orden en cualesquiera Cuerpos, castigarlos con prisiones en el Arsenal, Navios o Castillos, y proceder contra ellos, según convenga [...]»

b) Tratado Segundo. Título V. Del Capitán Comandante de un Navio o otra Embarcacion. Artículo LX.

«Podrá el Capitán arrestar a qualquiera Oficial que navegue en su navío para corregirle algún defecto o castigar alguna falta, de que deberá dar parte a el Comandante de la esquadra cuando navegue en cuerpo de ella, que passen veinte y quatro horas, si el tiempo y la ocasión lo permitieren; y no soltará el preso hasta que lo mande el referido

²³ Aparece aquí el principio de proporcionalidad como límite a la discrecionalidad.

Comandante: pero quando estuviere solo, podrá soltarle quando crea purgada la causa de la prisión [...]» *[sic]*.

c) Tratado Quinto. Título I De la policía y disciplina que debe observarse a bordo de los vajeles de guerra. Artículo L. «El que moviere pendencia será castigado a discreción del Capitán, según lo requiera el caso».

d) Título IV. De los crímenes que deben examinarse en consejo de guerra y penas que les corresponden. Artículo LXXVIII.

«Considerando que pueden ocurrir diversos casos no prevenidos en estas Ordenanzas concernientes a la disciplina militar, exactitud del servicio y acierto de las operaciones en que sea indispensable que los Commandantes no carezcan de la facultad de juzgar delitos que requieran prompto executivo castigo, y de cuya impunidad pudieran resultar perjuicios a mi servicio: concedo a dichos Commandantes Generales que examinadas las circunstancias maduramente y con consulta de los Oficiales Generales o Particulares sus subalternos, de cuya integridad y prudencia tengan conocidas pruebas, impongan la pena que pareciere correspondiente a los delitos que pretendan atajar» *[sic]*.

e) Título quinto. Del modo de sustanciar las causas a los oficiales de guerra de la Armada. Artículo XL.

«Las faltas que los Oficiales cometieren contra el servicio en materias de su obligación, las infracciones de estas Ordenanzas, desobediencias a sus Commandantes y faltas de respeto o atención a sus superiores, se examinarán en consejo de guerra por el qual se juzgarán con reflexión a la gravedad de estas culpas, y según ella, se determinarán los castigos que convenga aplicarles». *[sic]*

VII. Las Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, de 1768, recogen el principio de discrecionalidad en la sanción disciplinaria en muy diversos preceptos; en la base de todos ellos está el deber de cada jefe de mantener la disciplina en la fuerza de su mando, resultado a cuya consecución se le otorga un amplísimo arbitrio, no reñido con la exigencia de proporcionalidad, ni con la tasa legal de las penas para ciertas infracciones:

a) Tratado II, Título I, artículo 32: «El que se embriagase estando de servicio, se remitirá en derechura a su Cuartel, pidiendo el relevo con

noticia de su falta, para que el Gefe de su Cuerpo le castigue con pena arbitraria».

b) Tratado II, Título XVI, artículo 7: «Sin permiso del Coronel no podrá separarse del Regimiento Oficial ni individuo alguno de él; y al que lo ejecutare podrá mortificarle a su arbitrio o suspenderle de su empleo, según el carácter del súbdito y las circunstancias de su falta».

c) El artículo siguiente otorga al coronel la facultad de arrestar a los oficiales de su regimiento, sin más tasa de extensión que la cuenta que ha de dar al gobernador si excede de las veinticuatro horas, precepto en cuya aclaración la real Orden de 29 de septiembre de 1780 se limita, sin negar su naturaleza discrecional, a exigir a los jefes prudencia en el arbitrio y ciertas garantías procedimentales.

d) Pero, como es natural, es el Tratado VIII, al regular las materias de justicia, el que más ampliamente se refiere al arbitrio del mando para castigar las infracciones de sus subordinados: sería tedioso enumerar todos los artículos del Título X que se refieren a la discrecionalidad con expresiones como «el castigo corporal de que según las circunstancias, fuere digno», «pena arbitraria» o, sin más concreción, «severamente castigado».

e) Paradigmático e indiscutible es el artículo 11 de este Título y Tratado, que permite castigar la inobediencia de los soldados, cabos segundos y cabos primeros a las órdenes de sus sargentos, si no están de facción, «con pena arbitraria».

f) El artículo 21 es, si cabe, más expresivo cuando manda a los oficiales que procuren contener a los soldados que cometieren algún desorden, «castigándolos si lo creyeren conveniente, o mandándoles prender».

VIII. El Código de Justicia Militar de 1890 dispone en su artículo 338 que «las faltas leves no castigadas expresamente en esta ley serán corregidas según el prudente arbitrio de los jefes respectivos», y tampoco en vía de recurso había tasa legal, pues en este, según el artículo 701, la autoridad judicial, oído su auditor, dictará no la resolución que proceda en derecho, sino «la providencia que estime justa».

IX. Igual prevención sobre la facultad de los jefes de sancionar las faltas leves se contiene en el artículo 1007 del Código de Justicia Militar de 1945.

X. Ya en el régimen constitucional contemporáneo, el artículo 18 de la Ley Orgánica 12/1985 era idéntico al artículo 26 de la actualmente vigente.

2.4. DERECHO COMPARADO

La discrecionalidad en la acción disciplinaria militar no es una peculiaridad específicamente española, antes bien, obedece a las exigencias de cualesquiera ejércitos y marinas con vocación de eficacia, por lo que está presente en diversos ordenamientos.

2.4.1. Francia

El régimen de las sanciones disciplinarias es diferente del español, porque allí es reglada la potestad de dar parte de las infracciones observadas. En efecto, el artículo R4137-13 del Código de la Defensa²⁴ dispone que todo superior tiene el derecho y el deber de solicitar que los militares inferiores en el orden jerárquico sean sancionados por las faltas o contravenciones que cometan. Sin embargo, los artículos siguientes atribuyen a los titulares de la potestad disciplinaria la facultad de decidir si imponen una sanción o no.

La discrecionalidad del mando sancionador no se agota en la imposición de la sanción, sino que se extiende incluso a su cumplimiento. Así, dispone el artículo R4137-21 del *Code* que el levantamiento de sanciones disciplinarias privativas de libertad puede ser dispuesto por la autoridad competente para imponerlas, sea en razón de un suceso concreto, sea en razón de la conducta del militar sancionado.

2.4.2. Canadá

Explica Cysique²⁵ que el ordenamiento sancionador canadiense experimentó una profunda reforma en el año 1999, a raíz de ciertas disfunciones

²⁴ Code de la Défense. Article R4137 Créé par Décret n°2008-392 du 23 avril 2008 - art. (V).

²⁵ CYSIQUE, T. (2013) *Les droits militaires en France et au Canada. Étude sociologique sur leur évolution comparée depuis un siècle*, Universidad Laval, Quebec, pp. 188-190: «Avant la réforme, un commandant jouissait en matière de poursuites, même pour des infractions graves, d'une discrétion absolue qui lui permettait de ne pas porter d'accusation contre un contrevenant. La Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie a révélé un usage abusif de cette discrétion pendant vingt ans pour les commandants successifs du régiment aéroporté. Maintenant, des accusations de nature disciplinaire pour les procès sommaires peuvent être portées par un commandant (article 107.02 des ORFC). Mais, elles peuvent aussi être déposées par un officier ou un militaire du rang sur avis d'un avocat militaire (article 107.03 des ORFC) ou par le Service national

en su cumplimiento observadas en 1993 durante el despliegue en Somalia del Regimiento Aerotransportado. Antes de esa reforma, el comandante gozaba de una discrecionalidad absoluta para la decisión de sancionar o no a sus subordinados cuando hubiesen cometido cualquier clase de infracciones. Actualmente, esa facultad discrecional subsiste, aunque sometida en su ejercicio (y especialmente, en su no ejercicio, pues ese fue el principal problema de 1993) a riguroso control de legalidad, de acuerdo con el artículo 107 de las Ordenanzas y Reglamentos de las Fuerzas Canadienses.

2.4.3. Reino Unido

También el derecho disciplinario británico ha sido objeto de reciente reforma, aunque no debida a sucesos escandalosos, sino a la necesidad de acomodarlo a las exigencias de la doctrina del TEDH en torno a las garantías jurídicas de la privación de libertad. Hasta la reforma, el derecho punitivo castrense estaba regulado en tres normas diferentes: las Leyes del Ejército y la Fuerza Aérea de 1955 y la Ley Disciplinaria Naval de 1957, todas ellas derogadas por la Ley de las Fuerzas Armadas de 2006. Salvando las particularidades de cada ejército, la regla general para el castigo de los delitos consistía en la constitución *ad hoc* de unos consejos de guerra, cuya sentencia estaba sometida a aprobación por el mando militar²⁶. Naturalmente, tratándose del sistema —es un decir— legal británico, la discrecionalidad en materia tanto delictiva como disciplinaria era máxima.

En el régimen actual de la Ley de las Fuerzas Armadas sigue existiendo esa discrecionalidad, si bien limitada a los asuntos penales de menor

des enquêtes de la police militaire. Le commandant doit alors décider s'il y donne suite ou non. S'il décide de ne pas procéder avec l'accusation, le Service national des enquêtes peut, à ce moment, renvoyer l'accusation directement à une autorité compétente qui doit alors la faire parvenir au Directeur des poursuites militaires. Ce dernier étudiera la possibilité de déférer l'accusation à une cour martiale. Les accusations devant une cour martiale sont alors portées par le *Directeur* des poursuites militaires (article 165(1) de la LDN).

»Ainsi, la réforme législative de 1999 a encadré et défini le rôle du commandant en subordonnant l'exercice de ses pouvoirs à des mécanismes de contrôle. Cependant, compte tenu de la nature particulièrement attentatoire des pouvoirs d'arrestation, de perquisition et de détention conférés au commandant, on peut se demander si la validité constitutionnelle des procès sommaires est bien réelle».

²⁶ Con ello se aunaban dos principios clásicos del derecho castrense: la jurisdicción unida al mando militar y el juicio de los pares, que estaban igualmente en la base del sistema de justicia militar español tradicional hasta su profunda reforma de los años ochenta, precisamente para acomodarlo a las exigencias derivadas de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

entidad (artículo 131 de la ley)²⁷ —en cuyo caso se prevén controles de su ejercicio— y, por supuesto, a las infracciones disciplinarias leves, con una discrecionalidad muy amplia.

La acción disciplinaria está regulada, en desarrollo de la Ley de las Fuerzas Armadas, por la Publicación Conjunta 833 sobre acción disciplinaria, cuyo capítulo 3, apartado 4 ofrece una enunciación de las facultades discrecionales del mando militar en esta materia, que esencialmente se traducen en poder optar a su discreción entre simplemente corregir la falta o sancionarla disciplinariamente²⁸.

2.4.4. Alemania

En el derecho militar alemán contemporáneo, la discrecionalidad del mando militar para sancionar se afirma sin ambages. El Código Disciplinario Militar de 2001²⁹ así lo estatuye en diversos artículos:

a) Artículo 15.2, rubricado «Medidas disciplinarias. Principio de discrecionalidad» dispone que cumpliendo su deber, el superior disciplinario decidirá, de acuerdo con esta ley, si y, en su caso, en qué grado, debe tomarse alguna medida para sancionar una infracción disciplinaria cometida, teniendo en cuenta para ello la conducta general del interesado, tanto en el servicio como fuera de él.

b) Por su parte, el artículo 35 confirma el carácter discrecional de esa potestad, al definir, bajo la rúbrica «Independencia del superior disciplinario», que este decide bajo su exclusiva responsabilidad sobre la imposición de medidas disciplinarias, sin que nadie pueda ordenarle que sancione una infracción. Por si quedase alguna duda, se afirma de modo expreso que si el jefe, pese a considerar probada una infracción, estima

²⁷ Armed Forces Act, Section 131: Summary hearing.

«(1) This section applies where a commanding officer hears a charge summarily.

(2) The commanding officer may dismiss the charge at any stage of the hearing; but this is subject to subsection (4) and to any provision of rules under section 153».

²⁸ Joint Service Publication 833. Minor administrative Action. Chapter two: Disciplinary and Administrative Action:

«The chain of command must use powers and authority appropriately and effectively in the context of the offence or misconduct and the operational circumstances. The existence of an administrative action regime does not prevent proceeding directly to disciplinary action where it is more appropriate. Similarly, good management practice may require that some professional failings will be more appropriately dealt with without recourse to either regime, such as minor transgressions that the chain of command should correct more informally and immediately».

²⁹ Wehrdisziplinarordnung (WDO)

improcedente imponer una medida disciplinaria, ningún superior suyo puede alterar esta decisión.

c) Naturalmente, esta potestad disciplinaria está sujeta, si se ejerce, a control; el artículo 35.2 permite que el superior jerárquico del mando sancionador revise la sanción impuesta, y el artículo 40 somete la imposición de la sanción privativa de libertad a aprobación judicial previa.

2.4.5. Italia

La letra de la ley da pie a pensar que impone al jefe el deber de sancionar a sus subordinados, de modo que la discrecionalidad se defiere a la fase de ejecución, para la que el artículo 74 del Reglamento de Disciplina Militar³⁰ prevé expresamente la potestad de suspender la ejecución de la sanción impuesta con libertad de apreciación de las motivaciones que justifican la medida. Y, desde luego, discrecional del todo es la facultad de condonación que en el apartado segundo se confiere a diferentes autoridades para las sanciones de confinamiento.

Ello no obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado³¹ desmiente ese carácter aparentemente reglado de la potestad disciplinaria, y la define inequívocamente como discrecional.

2.4.6. Estados Unidos

El derecho norteamericano regula con detalle el ejercicio de la potestad discrecional que concede a los comandantes para decidir si y cómo, en su caso, sancionar. La n.º 306 de las Reglas de Consejos de Guerra del De-

³⁰ Regolamento di Disciplina Militare -Decreto del Presidente della Repubblica 11/07/1986 Num. 545 (in Gazz. Uff., 15 settembre, n. 214).

³¹ Sentencia n. 5759 de la Sección IV del Consejo de Estado de 2 de octubre de 2006, citada en la página http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2006/3-4/Legislazione+e+Giurisprudenza/04_Giustizia_Amministrativa.htm, consultada el 24-6-14:

«In diritto, si deve rilevare che, come ripetutamente affermato dalla Sezione (*cf.*, Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2705; 15 maggio 2003, n. 2624; 30 ottobre 2001, n. 5868; 12 aprile 2001, n. 2259; 31 luglio 2000, n. 3647) e ribadito anche di recente (Sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5682), la valutazione della gravità di un comportamento ai fini disciplinari e della proporzione tra la sanzione disciplinare irrogata e la gravità dei fatti contestati, costituisce manifestazione del discrezionale apprezzamento dell'amministrazione, suscettibile di sindacato di legittimità solo per macroscopici vizi logici che nella specie non sussistono».

partamento de Defensa³² atribuye expresamente y sin complejos al comandante la potestad discrecional de proceder o no contra un subordinado que haya cometido una infracción y, en este caso, de sancionarlo disciplinariamente o trasladar el asunto a un consejo de guerra, e incluye la mención de los elementos de juicio que ha de considerar para formarse su criterio discrecional: la naturaleza de las infracciones, circunstancias eximentes o atenuantes, el carácter y servicios militares del acusado, el punto de vista de la víctima, el interés de la justicia, el bien del servicio y el efecto de la decisión en el acusado y la unidad.

3. LAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA DISCRECIONALIDAD

3.1. LOS TIPOS SOLAPADOS

Buena parte de los tipos disciplinarios militares describen sus acciones típicas con amplias zonas de intersección entre sí, e incluso con delitos militares. A estos tipos se refiere el informe al anteproyecto de la vigente ley evacuado por el Consejo fiscal: «La mayor parte de las observaciones de carácter particular del informe ponen de manifiesto solapamientos entre algunas faltas disciplinarias y determinados tipos del Código Penal Militar».

Lejos de ver este fenómeno como una anomalía, me parece uno de los grandes aciertos legislativos, por el que se atribuye al comandante la facultad de escoger el *quantum* de reproche que estima procedente hacer a una conducta antijurídica acaecida en su unidad. Aunque es cierto es que si el comandante recibe un parte suscrito por otro militar —subordinado suyo o no— en el que califica la conducta como posible falta grave o muy grave, carece de competencia para juzgar si concurre o no y debe necesariamente remitir el parte a la autoridad competente, en el caso habitual en el que se trata de una infracción cometida en el seno de su unidad y percibida por los mandos naturales, la existencia de esos tipos solapados permite que, lícitamente, la acción disciplinaria se gradúe. Excede del objeto de este artículo la exposición detallada de los tipos disciplinarios en concreto, pero basta para advenir mi afirmación la referencia a unos tipos no precisamente marginales en las Fuerzas Armadas como son aquellos cuyo bien jurídico protegido es la obediencia. Sabido es que el artículo 44 del Cód-

³² *Rules for courts-martial*, de aplicación para las cinco ramas de las Fuerzas Armadas norteamericanas.

go Penal Militar tipifica el delito de desobediencia. Pues bien, la vigente ley disciplinaria prevé como falta leve «la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores», como faltas graves, «la inobservancia de las órdenes o instrucciones de los superiores» o «la falta de respeto o subordinación» y, si se quiere, hasta «realizar reiteradamente actos contrarios a la disciplina y subordinación debida a los superiores» como falta muy grave.

Así las cosas, cuando una orden no ha sido cumplida del modo perfecto que cabe esperar entre militares, el jefe, que conoce al autor de la orden; su transcendencia para el servicio; el tiempo y la forma en que se transmitió hasta el encargado de obedecerla; a su incumplidor y sus circunstancias; el modo como el defectuoso cumplimiento de la orden ha afectado al servicio o comprometido el éxito de una operación; el grado de tolerancia generalmente observado en la unidad para con las infracciones de esta naturaleza; el deterioro que al servicio pueda suponer prescindir de los servicios del incumplidor durante la ejecución de un arresto por falta grave y cualquier otra circunstancia que pueda imaginarse, tiene la potestad inicial de calificar el hecho como falta leve e imponer la condigna sanción, o cursar los partes por las faltas que están fuera del ámbito de sus atribuciones.

Así funcionan las unidades en la práctica diaria. El comandante es el responsable de mantener la disciplina en la unidad de su mando, de manera que es lógico que la ley ponga en sus manos las herramientas para hacerlo, optando legítimamente entre una sanción inmediata por una falta leve o la incoación de un expediente por falta grave. Y la razón de la preferencia no estriba en el capricho del jefe ni en su deseo de proteger al infractor, sino en la preservación de la disciplina. Nadie mejor que el comandante (con el asesoramiento jurídico que quiera recabar) puede apreciar todas las circunstancias que han rodeado el hecho ilícito para poder valorar si ha habido inexactitud, inobservancia o negativa abierta a cumplir la orden recibida.

3.2. EL TIPO DE ACUMULACIÓN DE FALTAS LEVES

La Ley vigente tipifica en su artículo 7.41 la falta grave de «Cometer falta leve teniendo anotadas y no canceladas tres faltas leves, sancionadas con arresto». De una lectura de este precepto ligera y poco respetuosa con la libertad ajena se desprendería un automatismo sancionador que determinaría inexorablemente la comisión de una falta grave por el solo hecho de tener anotadas tres faltas leves, cualesquiera que hubieran sido sus entida-

des y sanciones. Sin embargo, ese automatismo se desmiente con facilidad, contemplando la realidad a la que esta norma ha de ser aplicada: pensemos en un militar de historial inmaculado a quien repentinamente se imponen, en muy poco tiempo, tres sanciones de un día de arresto por sendas infracciones nimias, quizás incluso de comisión generalizada en la unidad. De modo que, cuando a la semana siguiente lleva desabrochado un botón de la guerrera o las botas sucias, en lugar de corregir esa falta o sancionarla como leve, se le imputa la falta grave de acumulación. Cualquier jurista se revolvería ante esta persecución y trataría de hallar la base legal precisa para entender que unos hechos así descritos, salvo que se acredite que el sancionado ha entrado repentinamente en una espiral de indisciplina, no pueden constituir esta falta grave.

La base que buscamos está en el análisis del bien jurídico protegido por la norma, consideración que no es sino el modo de expresión, en el derecho sancionador, de la necesidad de interpretar toda norma jurídica atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. Lo que la ley disciplinaria persigue con este tipo es considerar grave la conducta de quien, inmune a la prevención especial, es contumaz en la comisión de infracciones; por eso, el número y la entidad de las infracciones cometidas son criterios relevantes a la hora de determinar si la última de ellas integra o no el tipo de acumulación. En otras palabras, dado que este tipo lo que hace es convertir en grave una falta leve, esa conversión no puede hacerse sin discriminar cuáles —y cuántas—, de entre las infracciones que puede cometer un militar, justifican la agravación de esa última falta leve cometida.

Si la discrecionalidad veda cualquier automatismo en la aplicación del derecho disciplinario militar, obliga a actuar aún con mayor cautela en el caso de la acumulación, ya que este tipo está llamando al mando a valorar si la nueva falta cometida por el denunciado ha de ser otra leve más o, por el contrario, por acumulación se ha de convertir en grave. En consecuencia, al ejercer esa potestad discrecional es preciso justificar por qué una determinada falta, de suyo leve, va a ser sancionada como grave. Esa justificación, como todas, puede expresarse sucintamente cuando es notoria, pero, según las circunstancias, puede ser precisa una motivación extensa, que de ordinario deberá referirse al número de faltas anotadas, a la extensión de los correctivos impuestos, a la homogeneidad de los bienes jurídicos protegidos, a todos, en suma, los elementos accidentales que, añadidos a la conducta esencialmente leve del denunciado justifican ese agravamiento querido por la ley.

Este razonamiento, de estricta justicia, es congruente con lo dispuesto por la ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que en

sus artículos 7.26 y 8.32 regula la acumulación tasando las faltas acumulables por referencia a su gravedad, con la notable particularidad de que para que una conducta leve se trate como grave por acumulación es preciso que el infractor ya tenga anotadas faltas graves, es decir, que la anotación de faltas leves nunca determina, por sí sola, el agravamiento de la conducta últimamente imputada al infractor.

3.3. EL TIPO DE EMBRIAGUEZ O CONSUMO REITERADOS DE DROGAS

El artículo 8.8 de la Ley considera falta muy grave «estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él». La reiteración surge, de acuerdo con el artículo 10, «cuando la conducta se realiza en tres o más ocasiones en el periodo de dos años».

Hasta hace muy pocos años la discusión estaba servida, porque la descripción del hecho típico en el artículo 17.3 de la ley anterior producía no poca perplejidad al encartado, ya que el concepto disciplinario de habitualidad que se empleaba difiere notablemente del manejado en la clínica médica en relación con las adicciones. El *Glosario de términos de alcohol y drogas* de la Organización Mundial de la Salud, edición española del Ministerio de Sanidad y Consumo³³, no contiene una definición, y cuando habla de consumo, embriaguez o intoxicación habituales se refiere a otros términos del mismo campo semántico como «repetidos» o «recurrentes», con los que se hace referencia si no a un consumo cotidiano, sí, al menos, a una incorporación a las rutinas de la vida. Y se convendrá en que no podemos llamar fumador, lector o borracho habitual a una persona que fume, lea unas páginas o se embriague una vez cada ocho meses, que es lo que resulta de la cadencia requerida por este tipo disciplinario: difícilmente nada que se haga solo tres veces en el curso de dos años puede describirse como actividad habitual.

Por eso, conviene obrar con gran precaución en el manejo de los términos legales, porque un militar que llene el tipo reglado de embriaguez reiterada, puede perfectamente no ser bebedor habitual. No existe una regla fija de cuantificación de los patrones de abuso de alcohol que permitan fijar una cadencia mínima a partir de la cual poder calificar una pauta como

³³ Disponible en la página web de la organización: http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, consultado el 31 de enero de 2020, a las 11.55.

habitual. Se trata, en definitiva, de aplicar un criterio de lógica: el hábito de lectura no requiere dedicar un tiempo a ella todos los días sin excepción, pero es absurdo considerar que alguien lo tiene adquirido solo porque lee más de una vez al año; y ningún padre responsable creería haber inculcado en su hija un correcto hábito de estudio porque repasa un día cada ocho meses. Los ejemplos pueden multiplicarse hasta el infinito, y no hay razón alguna para no aplicar esa misma regla de sentido común a los patrones de abuso de alcohol.

Por eso, aun saludando como acertadísimo el afortunado cambio de la habitualidad por reiteración, la ratonera del tipo subsiste, porque de su literalidad, si se estima que la potestad disciplinaria es reglada, se sigue la necesidad de sancionar a todo militar tan pronto se tenga noticia del tercer episodio de exceso en la bebida en cada bienio, e incluso debería sancionarse a los jefes que no den cuenta inmediata de haber visto embriagado a cualquier subordinado más de una vez al año, que es donde el tipo pone el límite de lo tolerable.

Obvio es que esa aplicación reglada del tipo ni ocurre ni sería razonable que ocurriese, sencillamente porque eso supondría que, como denunciaba Nieto, el legislador habría colocado virtualmente a todos los militares fuera de la ley, dadas las pautas de consumo y abuso corrientes en España, sin que haya razón alguna que permita pensar que en este aspecto los militares no responden al patrón de conducta generalizado en la sociedad en la que viven³⁴. La conceptualización de la potestad disciplinaria como reglada conduce, pues, a un callejón sin salida. Todo lo contrario que la discrecional, que por su naturaleza obliga a razonar en torno al número y entidad de los episodios de abuso computados, así como el resto de las circunstancias del caso y del autor.

El factor numérico ha de ser considerado, porque la definición legal de reiteración menciona el cómputo de «tres o más ocasiones», abriendo expresamente la opción de actuar no al tercer episodio sino al cuarto o al quinto, naturalmente en función de todas esas consideraciones que es preciso plantearse cuando se va a ejercer una potestad discrecional. Porque cuando el efecto al alcanzar una cifra es automático e incondicionado, se emplea una expresión taxativa: así, la ley no dice que se sea mayor de edad cuando se tienen dieciocho años o más, ni que las cosas muebles se adquiera-

³⁴ Me estoy refiriendo, claro, a la embriaguez en el tiempo de ocio, no durante el servicio, puesto que esta sí es en la actualidad un fenómeno marginal; de hecho, incluso el consumo moderado en aquellas situaciones relacionadas con el servicio en que está normativamente permitido es, en mi experiencia, un fenómeno minoritario y además muy escasamente conflictivo.

ran por la posesión durante tres años *o más*, ni que un acto administrativo sea firme cuando hayan pasado dos meses *o más*, sencillamente porque llegado cada uno de esos momentos se produce de modo automático el efecto previsto por la norma. Por esa razón, cuando la ley habla de «tres o más ocasiones», sin duda alguna está legitimando, desde luego, que la actuación disciplinaria se inicie tras la tercera ocasión, pero también que, si el mando sancionador ha decidido no iniciarla en ese momento, pueda hacerlo tras la cuarta, la quinta o la sexta ocasión en la que, en dos años, ha tenido noticia de la embriaguez de su subordinado.

A propósito he orillado el consumo de drogas en el razonamiento, porque pensando en el abuso del alcohol se percibe con claridad el disparatado resultado que se obtendría con una aplicación automática, reglada, sin matices, de este tipo disciplinario. Dado que un mismo tipo no puede ser conceptualizado como discrecional para el alcohol y reglado para las drogas, todo cuanto se ha dicho de aquel es aplicable al consumo de estas, aunque en la aplicación discrecional del tipo, la naturaleza de la sustancia sea, por supuesto, un factor relevante. Porque mientras las bebidas alcohólicas son objeto de lícito comercio, las drogas son sustancias prohibidas, diferencia de la que trae causa la opción del legislador de otorgar a cualquier consumo de estas sustancias la relevancia disciplinaria que en el caso del alcohol reserva para el consumo abusivo, y que justifica, sin abandonar la discrecionalidad, que se pueda aplicar criterios diferentes para los casos de consumo de drogas y abuso de alcohol.

3.4. LOS TIPOS DISCIPLINARIOS DE NEGLIGENCIA, INEXACTITUD, DESCUIDO

En estos tipos, el carácter discrecional de la potestad se manifiesta con gran claridad, en relación con los márgenes de tolerancia. Ya vimos la imposibilidad de exigir a todo el mundo una acrisolada moralidad en su actuación, aunque existen ciertos estándares mínimos exigibles para poder reconocer al militar como tal. Pues bien, algo similar ocurre en los tipos relativos al grado de pericia con que se desarrollan las actividades del servicio o a su actitud ante él, que incluyen referencias a conceptos como *negligencia*, *falta de interés*, *inexactitud*, *inobservancia* o *descuido*.

La ley es aquí muy clara, y residencia cada tipo de negligencia o descuido en su lugar³⁵: así, todas son faltas leves, excepto las que pueda co-

³⁵ Y lo explica en el Preámbulo (Apartado III): «Los verbos que describen la acción típica sancionada como falta leve se coordinan con mayor precisión en relación por los

meter el comandante en la preparación, instrucción y adiestramiento de la fuerza de su mando, que en razón de su responsabilidad como jefe recibe reproche como falta grave. El carácter discrecional de la potestad disciplinaria tiene su relevancia, sobre todo, en la fijación de márgenes de tolerancia ante este tipo de infracciones, pues es evidente que no todo militar en todo momento de su vida actúa con la pericia exacta del experto, es proactivo ante las exigencias del servicio, presenta una imagen impecable ni, en fin, es exquisito en el cumplimiento de sus obligaciones ni en el trato con jefes o subordinados. Hay, sí, virtudes binarias, como la lealtad, que solo pueden poseerse o no y no admiten matices, pero en otras muchas existe una escala graduable. Así, por lo general, el militar se halla en algún lugar intermedio entre el entusiasmo y la indolencia, entre la exquisitez y la ramplonería, entre la proactividad y la incuria. Misión del comandante es maximizar la cercanía de sus subordinados a cada una de esas virtudes, para lo cual fijará, de modo inconsciente e implícito casi siempre, umbrales de tolerancia, de modo que cuando alguien lo traspase podrá dar lugar a la acción disciplinaria. En la fijación de ese margen de tolerancia, y en el modo como puedan cuestionarse tanto su existencia en general como su aplicación al caso concreto, tenemos un eficacísimo mecanismo de control de la legalidad de la acción disciplinaria.

4. LA PARADOJA DE LA GARANTÍA

Los derechos del sancionando deben garantizarse con igual intensidad que el mantenimiento del orden, pues aquellos se integran en este; sin su observancia no hay genuina disciplina, porque esta no implica obediencia ciega ni ejercicio de poder despótico, sino adhesión racional a unas reglas de conducta legalmente definidas para todo militar³⁶. Pues bien, la definición de la potestad sancionadora como discrecional, lejos de restar garantías del sancionando, amplía el campo de acción en defensa de su interés. Esta afirmación es paradójica, y por eso la contradicción es solo aparente, como demostraré.

utilizados en la tipificación de las faltas graves, Así, se utilizan expresiones como “falta de consideración, inexactitud en el cumplimiento, descuido o leve inobservancia” (faltas leves) frente a “Incumplimiento, falta de subordinación, extralimitación o infracción de deberes” (faltas graves)».

³⁶ La consideración de que uno mismo puede, llegado el caso, ser sujeto pasivo y no activo de la potestad disciplinaria lleva a apreciar en todo su valor unas garantías procedimentales que desde otra perspectiva es posible considerar como ridículas trabas a la acción eficaz del mando.

Nada más ilustrativo para ello que hacer una referencia al ejercicio de la potestad anverso de la disciplinaria: la derivada de las normas del derecho premial³⁷. La sanción y la recompensa tienen la misma finalidad, pues ambas son instrumentos que la ley da al mando para incentivar en sus subordinados la voluntad de cumplir cabalmente sus deberes, consideración de puro sentido común que ya fue expresada como pórtico del Título XXVIII de la Partida Segunda: «Ca de otra guisa non seria justicia derecha, como de suso diximos, si los malos non ouiessem escarmiento del mal que fiziessen, assi como los buenos gualardon por bienes» [sic].

Cuando el reglamento general de recompensas militares habilita a ciertas autoridades a distinguir méritos concretos no está sino confiriendo una potestad discrecional, que fuerza a cada uno de los intervinientes a formular una apreciación real, concreta y detallada de los méritos que concurren, o no, para justificar el sentido de cada una de sus intervenciones en el procedimiento y, a la postre, el otorgamiento o no de la recompensa en cuestión. Cuando la potestad es reglada —como lo es la atribuida para conceder los distintivos de permanencia en ciertas unidades o misiones, por poner un ejemplo de fácil aprehensión— la acción del mando es infinitamente más sencilla: basta, para justificar el sentido de la resolución, con expresar la concurrencia del supuesto de hecho, en este caso el transcurso de ciertos plazos.

A mi juicio, la misma naturalidad con que se contempla el ejercicio discrecional de la potestad premial ha de destinarse al ejercicio de su reverso: la potestad disciplinaria. Esa naturalidad no implica desatender las necesarias garantías del sancionando, sino al contrario; es evidente que cuando la discrecionalidad opera en el ámbito de los actos de gravamen, las garantías del interesado han de reforzarse, máxime en una materia en la que, por ser constitucionalmente lícita la privación gubernativa de libertad, la infiltración en el procedimiento administrativo de las garantías que el artículo 24 de la CE confiere al imputado ha de tener lugar con singular intensidad.

En la sanción disciplinaria, la discrecionalidad opera como paradójico refuerzo de la garantía del sancionando, porque ni puede ser impuesta por la mera concurrencia de tasados requisitos normativamente previstos, ni al revisarla puede el juez limitarse a constatar su concurrencia: es preciso

³⁷ *Vid.*, en GARCÍA MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. (2010). «Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al Derecho premial», en *Emblemata: Revista Aragonesa de Emblemática*, núm. 16. Zaragoza, pp. 205-235, una cabal y documentadísima justificación de la estrecha relación entre el derecho premial y el punitivo como dos formas complementarias de perseguir la rectitud en el obrar de las personas, con especial referencia, en la p. 210, al ámbito castrense.

justificar, como en el caso de las recompensas, por qué razonamientos procede o no el ejercicio de la competencia disciplinaria en este caso concreto y, lo que es crucial para los derechos del sancionado, esa justificación puede ser revisada en los recursos que contra el acto sancionador procedan.

Basta, para apercibirse de la idea que intento transmitir, una referencia a la sanción administrativa que a prácticamente todos se nos ha impuesto alguna vez: la de tráfico. Una vez detectada la infracción, la sanción es inexorable, a poco rigurosa que sea la Administración en el acopio del acervo probatorio. Así, el procedimiento acaba siendo una garantía puramente formal, vacía de todo contenido material, sin otro efecto que cubrir las apariencias de un expediente contradictorio, pero cuyo resultado está predeterminado por la denuncia, pues entre la presunción de veracidad del agente denunciante —en la práctica, *iuris et de iure*—, la motivación estandarizada y el nulo caso a sus alegaciones, el expediente sancionador, lejos de ser un medio de defensa, constituye una burla al interesado, al que condescendentemente la Administración permite un desahogo ineficaz. Ese es el desolador —y realista— panorama de la sanción impuesta en ejercicio de potestad reglada.

Volviendo a las unidades militares, configurar la potestad disciplinaria como reglada supondría que los medios de defensa del sancionado —y los mecanismos de control de la resolución— se reducirían a comprobar si concurren los presupuestos tasados de la sanción. Si estos existieran, la sanción procedería inexorablemente —como el distintivo de permanencia o la sanción de tráfico—, lo que permitiría convertir, de hecho, el expediente disciplinario en una hoja de cálculo en la que por mera introducción de datos se obtendría la sanción disciplinaria procedente. Hay un ejemplo que en su sencillez resulta perfecto por expresivo: las normas de uniformidad en las Fuerzas Armadas³⁸ regulan como parte de ella el rectángulo con el nombre de cada militar, que ha de llevarse en la guerrera o en la camisa de los uniformes de trabajo, diario o especial relevancia. Pues bien, una inveterada costumbre naval hace que prácticamente ningún miembro de la Armada lleve su rectángulo identificativo. A pesar de ello, si se defendiera una concepción de la potestad disciplinaria como reglada, cualquier día cualquier marino correría el riesgo de verse sancionado por el incumplimiento de esta norma de uniformidad y, lo que es peor, podría obtener de los tribunales de justicia la respuesta estándar acerca de la igualdad dentro de la norma, porque su omisión cabe sin dificultad alguna en la falta leve

³⁸ En concreto, la norma 15.ª de las aprobadas por la Orden DEF/1756/2016, de 28 de octubre, por la que se aprueban las normas de uniformidad de las Fuerzas Armadas.

descrita en el número 15 de la Ley Disciplinaria: infracción de las normas que regulan la uniformidad, y no podría alegar eficazmente los incumplimientos ajenos para excusar el suyo. Obviamente, es un resultado cuya injusticia clama al cielo, y por eso no podemos resignarnos a él; antes bien, hay que articular una configuración de la potestad disciplinaria que evite tan repudiable resultado, y esa no es otra que su definición como discrecional, para que el control de la acción del mando vaya más allá de la verificación automática de hechos tasados, haciendo entrar en juego los mecanismos mucho más sutiles —y complejos, para qué negarlo— que posibilitan el control de los elementos discrecionales del acto administrativo; es decir, habrá que explicar por qué un día se sancionó a ese concreto teniente de navío, y solo a él, por no portar el rectángulo que nunca había llevado ni él ni nadie más de la dotación del barco.

En definitiva, solo porque la potestad de imponer una sanción disciplinaria militar es discrecional, es preciso justificar en cada resolución por qué se sanciona en cierto día a una persona determinada en razón de un concreto hecho, y sobre todo, solo por ello un tribunal puede revocar o modificar la sanción impuesta aunque concurran todos los elementos reglados del tipo disciplinario.

5. HERRAMIENTAS PARA UN INTENSO CONTROL DE LEGALIDAD

Si un Estado de derecho no puede renunciar a la potestad discrecional de la Administración, sí ha de arbitrar potentes y eficaces mecanismos de control de su ejercicio. Solo si el poder se somete en su actuación a normas y principios jurídicos puede hablarse en serio de Estado de derecho, si no se quiere que esta expresión se reduzca a fórmula tautológica y por lo tanto sin utilidad alguna. Por definición, todo Estado actúa por medio del derecho; lo que caracteriza al genuino Estado de derecho es su sometimiento a él.

Esta aspiración garantista fue tempranamente sentida en el derecho administrativo español. El clásico trabajo de García de Enterría elocuentemente titulado *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, publicado por primera vez en 1962, da buena cuenta de ello, sin que el tiempo transcurrido desde entonces haya modificado el panorama. Porque, dado que la legitimidad democrática del Estado no se traslada a la Administración, el paso de un Estado autoritario a otro democrático se manifiesta solo en la mutación de la fuente material del derecho

al que está sujeta la actuación administrativa, pero en nada cambian ni esa sujeción, ni la necesidad de asegurarla mediante técnicas de heterocontrol, pues las pulsiones expansionistas de la Administración y de sus servidores están en la naturaleza de las cosas. En cuanto a las técnicas de control, la Constitución contiene mecanismos adicionales a los previamente establecidos. En efecto, la vigencia de los derechos fundamentales —muy señaladamente el derecho a la tutela judicial efectiva— y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos han servido para profundizar en el control de esta parcela de la actividad pública.

La revisión jurisdiccional es un elemento esencial para el control de la actuación administrativa. No porque los jueces y magistrados sean mejores jurisperitos que los funcionarios administrativos³⁹, sino porque la revisión judicial es el único medio para ventilar ante un órgano imparcial la controversia entre el interesado y la Administración, una vez desnaturalizado el recurso administrativo como garantía y convertido, estadísticamente, en una carga del interesado, al que se obliga a agotar la vía administrativa antes de poder pedir la tutela judicial.

Como bien señala Fernández⁴⁰ tras cuatro décadas dedicado a ello, la búsqueda de formas de control de la discrecionalidad no tiene fin, pues responde a la tensión constante entre la libertad que quieren ejercer los gobernantes y la que quieren mantener los gobernados, por lo que lo que a continuación se diga responde al estado actual de la cuestión, pero quedará superado a medida que la jurisprudencia, la doctrina y las leyes arbitren mecanismos adicionales de control que logren someter a racionalidad el uso de las potestades con elementos de discrecionalidad.

5.1. LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO Y DEL TITULAR

La discrecional, como toda competencia, solo puede ser ejercida por quien la tiene atribuida por la norma. En el caso de la potestad disciplinaria militar la cuestión deviene extraordinariamente relevante, dada la taxonomía competencial de los órganos administrativos investidos de potestad que la ley opera en sus artículos 32 y siguientes, en los que enumera los órganos y define sus respectivas competencias por referencia a quienes

³⁹ Consideración que, si es razonable con carácter general, en el caso de las Fuerzas Armadas es estrictamente indiscutible, puesto que los asesores jurídicos y los vocales de los tribunales militares y fiscales pertenecemos a un mismo cuerpo que sirve indiferencialmente los destinos de asesoría, jurisdicción y fiscalía.

⁴⁰ FERNÁNDEZ, T. R. (2012) op. cit., p. 148.

están sujetos a ella y a las concretas sanciones que pueden imponer, con expresa mención en muchos casos de la extensión máxima de cada una de ellas, cautelas muy razonables si se aspira a que nadie tenga nada que temer de la arbitrariedad.

La lectura de esos preceptos pone de manifiesto que su redacción contempla solo las unidades del Ejército de Tierra, y, dentro de este, principalmente las de Infantería, pues ni siquiera se habla de escuadrones, baterías o grupos, sino solo de compañías y batallones. Desde luego, el historial de la Infantería española —y un cierto eco de la célebre cita apócrifa de Spengler— explica esta preferencia más o menos inconsciente del legislador a la hora de deslindar la competencia, pero ello no debería haber supuesto ignorar la existencia de otras muchas unidades de las Fuerzas Armadas —no digamos en la estructura ajena a ellas del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos— que no responden al esquema orgánico de regimiento, batallón, compañía, sección y pelotón. Los cuarteles generales, los Estados Mayores, las academias y escuelas, las residencias militares, las estructuras centrales del Apoyo a la Fuerza, las intendencias, las delegaciones de Defensa, el establecimiento penitenciario, los arsenales y bases aéreas, los aeródromos, los escuadrones de vigilancia aérea, las asesorías jurídicas, los hospitales militares y centros médicos... no responden a este esquema; en todos esos centros solo puede hallarse acomodo a su jefe, y solo cuando lo sea de unidad independiente, concepto por lo demás vidrioso.

En estas condiciones, las alternativas son dos:

a) Restringir la titularidad de la competencia sancionadora a estos jefes de unidad independiente. Es, sin duda, la opción correcta, pero tiene el inconveniente práctico de que concentra toda la competencia sancionadora en, pongamos por caso, un vicealmirante jefe de Arsenal o un general de brigada jefe de Estado Mayor, impidiendo que las faltas leves puedan ser sancionadas por mandos inmediatos, que no es posible entender incluidos en la enumeración legal.

b) Admitir la competencia sancionadora de casi cualquier militar que ejerza mando de unidad o dependencia, forzando la analogía por razón del empleo con los enumerados en el artículo 27, criterio que me parece no solo contrario a la ley —porque si esta hace una enumeración taxativa, no es de recibo ampliar sus términos analógicamente—, sino de difícil justificación constitucional, por la tremenda inseguridad jurídica que introduce en la determinación del órgano investido de competencia sancionadora, que incluye la privación de libertad.

Desde mi punto de vista, la tramitación de la ley vigente bien podría haber sido la ocasión propicia para mitigar esta disfunción, atribuyendo expresamente competencia para sancionar por falta leve a algunas autoridades integradas en unidades que no responden al esquema orgánico de la Infantería.

Sea como fuere, de esa definición competencial que la ley se molesta en practicar se desprende que los mandos militares que no están relacionados en ninguno de esos preceptos —y no son pocos, comenzando por una figura con perfiles tan definidos como los segundos comandantes de buques— carecen no ya de competencia, sino de potestad disciplinaria, o, dicho en la terminología que emplea el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, resultan manifiestamente incompetentes por razón de la materia, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución que hubieran podido dictar. A mi juicio, la posibilidad de apreciar una incompetencia jerárquica (subsancionable por convalidación en los términos previstos por el artículo 52 de la misma ley) requiere que el órgano haya obrado con exceso pero esté entre los mencionados en los artículos 32 y siguientes como titulares de alguna competencia sancionadora, es decir, de potestad disciplinaria.

5.2. LA CONCURRENCIA DE LOS HECHOS DETERMINANTES

García de Enterría⁴¹ recoge como primera de las técnicas de control de la legalidad de la actuación discrecional la verificación de que concurren los hechos determinantes de su ejercicio.

«Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra».

La habilitación para decidir lo que sea de interés público en que consiste la competencia discrecional no incluye, como es natural, la de determinar si los hechos han ocurrido o no, porque la realidad fáctica es inexorable. En la primigenia configuración de la potestad discrecional como un todo que permitía evitar el control jurisdiccional, los hechos carecían de relevancia,

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962) op. cit., pp. 170 y 171.

porque, además, la configuración del recurso contencioso-administrativo como revisor no daba cabida a la verificación de la concurrencia de los hechos. Hay que esperar a 1956 para que la ley jurisdiccional conciba el proceso como un juicio de instancia en el que se practica la prueba precisa para advenir la concurrencia de los hechos, fenómeno que, al socaire del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha profundizado. En la práctica contemporánea, la prueba en el recurso contencioso-administrativo es absolutamente normal, y se practica siempre que exista disconformidad en los hechos relevantes, especialmente en materia disciplinaria.

En el campo del derecho disciplinario militar, la verificación de los hechos determinantes del ejercicio de la potestad se traduce en control judicial sobre la prueba de los hechos imputados al sancionado, lo que a su vez incide en el derecho fundamental a la llamada⁴² presunción de inocencia. En consecuencia, el derecho fundamental a la presunción de inocencia vincula a la Administración desde el mismo inicio del procedimiento sancionador. Así, el mando competente para sancionar la falta leve tiene (artículo 46) que verificar la exactitud de los hechos, y el instructor del expediente por falta grave o muy grave está obligado, tras la práctica de la prueba (artículo 56), «a formular su propuesta de resolución en la que fijará con precisión los hechos».

Es obvio que el modo como la Administración ha acreditado la concurrencia de estos elementos fácticos puede ser y de hecho es controlado en todas las instancias de recurso, así administrativos como jurisdiccionales. En cuanto a los primeros, el artículo 71.2 de la ley dispone que «la autoridad ante la que se recurre [...] llevará a cabo las averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos», precepto que sin grandes esfuerzos interpretativos exige la comprobación de que la prueba obrante en el expediente ha sido practicada con todas las garantías y es objetivamente de cargo.

⁴² Con notable impropiedad técnica. Aunque su consagración universal aconseja el uso de esta expresión, se debe reparar en que no se trata de una presunción. Esta es el mecanismo intelectual que permite dar por probado un hecho (el presumido) a partir de su relación lógica con otro (el indicio) que sí se ha probado de modo directo. La llamada presunción de inocencia, pues, no es una verdadera presunción; es (sin olvidar su virtualidad como límite al legislador) la regla de juicio que obliga a considerar inocente a todo acusado hasta que su culpabilidad quede acreditada con arreglo a una actividad probatoria mínima practicada con todas las garantías y que objetivamente pueda considerarse de cargo. La impropiedad conceptual se arrastra, como suele suceder, al lenguaje común e incluso al técnico, pues son comunes las referencias al presunto asesino o al presunto ladrón, cuando lo que se «presume» es justamente que no lo son aun cuando lo parezcan.

Finalmente, también en vía de recurso contencioso-disciplinario la jurisdicción militar vela por la corrección de la apreciación que el mando sancionador ha efectuado de los hechos determinantes, como lo prueban los centenares de sentencias en que se confirman, anulan o modifican sanciones impuestas tras analizar la regularidad de la prueba practicada en el expediente.

5.3. LA MOTIVACIÓN

El proceso de maduración de las personas tiene un hito trascendental en el paso, desde una primera etapa de aceptación acrítica de la realidad tal como viene, al cuestionamiento del porqué de las cosas. En la etapa preintelectual no es preciso que los padres, ni en general quienes ejercen autoridad sobre los niños, den razón de sus decisiones, que son o aceptadas por estos sobre la base de una —por lo general, merecida— confianza en su rectitud de juicio, o rechazadas de modo visceral, sin atender a razones. Del mismo modo, el infante no da explicación alguna sobre sus apetencias, que fluyen como puros deseos, por lo general caprichosos, y forma parte de su proceso educativo aprender a justificar qué quiere y por qué.

Algo así ocurre con los pueblos. Es propio de aquellos que han alcanzado su madurez política la exigencia de motivación de los actos de la autoridad⁴³, pues solo ella permite el adecuado control del ejercicio de las potestades. En efecto, la motivación de cualquier decisión es un presupuesto lógico de la verificación de su acierto. Nada hay que enerve más al destinatario de una decisión que la negativa de su autor a explicar sus motivos, o una salida de pata de banco que le escamotee el conocimiento de la motivación real, sobre todo porque en su trato con los poderes públicos la relación del ciudadano no es de confianza, sino de saludable recelo.

Los poderes públicos están obligados, todos, a motivar el sentido de sus decisiones, pues solo mediante la expresión de la adecuada motivación puede controlarse el acierto de lo decidido, en el caso de la Administración, su actuación con arreglo a derecho. La motivación del acto administrativo sirve para que el interesado conozca las razones por las que la Administración ha actuado, le permite discutir las y, a la postre, hace que los órganos jurisdiccionales puedan controlar su corrección. Como en los demás órde-

⁴³ Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1996) op. cit., p. 541, Cómo el deber de motivar tanto sentencias como resoluciones gubernativas es de aparición tardía en la doctrina y en las leyes.

nes de la vida, el afectado puede perfectamente comprender, si se le explican, las razones que justifican un pronunciamiento adverso. Por eso, desde la doble experiencia práctica de asesor jurídico y de interesado, defiende que la adecuada motivación de un acto de gravamen produce normalmente un efecto balsámico en el afectado, que, si permanece naturalmente contrariado por la adversidad, al menos no experimenta la indignación de que no le tomen en serio. E incluso, en algunos casos, la expresión de una motivación sólidamente fundada puede disuadirle de impugnar la resolución, ya sea por quedar convencido de que, aunque le pese, no tiene razón, ya porque crea que con la motivación construida por la Administración no va a lograr que se la den.

Así expuesta la utilidad de la motivación, se comprende que su exigibilidad sea universal y que, además, se la considere no como un requisito puramente formal, sino como parte del fondo, porque no es solo la exteriorización de la decisión, sino su armazón lógico, que le da su consistencia y que es previo e indisociable de ella⁴⁴. Por eso, el primer requisito de toda motivación, y especialmente en relación con los elementos discrecionales del obrar administrativo, es su coherencia interna, porque cuando el razonamiento abandona la lógica, la motivación deja de ser aceptable y se convierte en la vestidura puramente formal de la arbitrariedad.

Dice a este respecto Fernández ⁴⁵ que:

«el eje de esa teoría [del control de la discrecionalidad] no puede ser otro que el de la motivación de las decisiones discrecionales, una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables».

En esta misma línea, asienta la jurisprudencia el fundamento constitucional del deber de motivar los actos de gravamen en el derecho de defensa y la interdicción de la arbitrariedad, pues las posibilidades de defensa del sancionado pasan, necesariamente, por conocer la razón por la que se le ha castigado, ya que de otro modo estaría siendo obligado a luchar contra un fantasma.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1996) op. cit., p. 543.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, T. R. (2009) op. cit., p. 146.

Obvio es que motivar no es decir cualquier cosa, sino dar razón completa de la fundamentación de la decisión que se adopta. El artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común permite que se motive sucintamente, y es verdad que la fundamentación que se ofrece al contribuyente puede ser concisa si el caso lo permite, pero ha de ser en todo caso pertinente, en el sentido de que explique eficazmente las razones que justifican la decisión adoptada, porque *sucinto* significa ‘escueto’, e incluso ‘lacónico’, si se quiere, pero no ‘escaso’ ni ‘incompleto’. Dos vicios deben proscribirse: el que, por defecto, omite la expresión completa del razonamiento que está en la base del acto, y el que, por exceso, ofrece una amalgama de argumentos de discutible conexión con el caso resuelto, olvidando que lo determinante para entender cumplido el deber de motivación no es la cantidad de los argumentos ofrecidos ni la extensión con que se formulen, sino su calidad medida por la pertinencia, esto es, su suficiencia para explicitar cabalmente las razones por las que ha obrado la Administración. En el caso concreto de la resolución disciplinaria militar, varias son las referencias imprescindibles en una motivación digna de tal nombre.

5.3.1. Mención detallada y completa del hecho sancionado

Podría parecer una obviedad exigir que en una resolución sancionadora se exprese el hecho sancionado, pero no lo es tanto, pues en el derecho disciplinario militar abundan los tipos abiertos, en los que la conducta no se describe de modo puramente fáctico, sino por referencia a conceptos valorativos: acciones contrarias a la dignidad o al decoro, réplicas desatentas, faltas de respeto, vejación o menosprecio, alteraciones del buen orden⁴⁶... En estos casos, la expresión de la conducta imputada no puede consistir en una mera reproducción del tipo, pues al hacer eso se está subsumiendo, sí, el hecho en el tipo, pero sin describirlo en su pura realidad fáctica. Naturalmente, con ello se impide todo control posterior sobre el acierto con que se ha sancionado la falta, pues falta la expresión de los hechos determinantes del ejercicio de la competencia. Por pura lógica, para poder afirmar que el

⁴⁶ En estos casos en los que el tipo incluye referencias valorativas hay que obrar con exquisito cuidado para evitar consignar como hechos probados conceptos jurídicos que supongan la predeterminación del fallo, estructura de la resolución censurable a tenor del art. 325 de la Ley Procesal Militar en relación con el 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable en virtud de la remisión que a la primera hace la Disposición Final de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

sancionado faltó al respeto a un superior o invadió una competencia del subordinado⁴⁷, hay que haber explicitado cuáles fueron sus exactas palabras, sus gestos o actos concretos, para posteriormente poder valorarlos como objetivamente contrarios al valor protegido por el tipo.

5.3.2. Expresión de los fundamentos de convicción

Dado que los hechos sancionados pueden ser revisados en vía de recurso, resulta trascendental que en la resolución se explique el razonamiento seguido para adquirir la certeza sobre la concurrencia de los que se den por probados, porque también la corrección de ese razonamiento puede ser objeto de revisión.

Cabe, en materia disciplinaria, cualquier medio de prueba, incluida la indiciaria. En concreto, puede valorarse como única prueba de cargo el parte que da origen a las actuaciones, e incluso la percepción directa del propio mando sancionador, a no ser, claro, que haya sido el agraviado por la falta cometida, en cuyo supuesto debería abstenerse de sancionar, en mi opinión discrepante de la posición de la Sala V, que con reiteración (por ejemplo, en su sentencia de 31 enero 2014 [RJ 2014\2853] que cita otras precedentes), considera que la atribución legal de la competencia sancionadora a la misma víctima de la falta «se sustenta en la presunción *iuris tantum* de que la potestad disciplinaria se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder». Podría la sala haber dicho que el superior es, como los españoles doceañistas, justo y benéfico, y el argumento ganaría en belleza lírica sin perder un ápice de su fuerza expresiva. Frente a semejante presunción, sin necesidad de cuestionar las buenísimas intenciones del agraviado-sancionador y en orden a garantizar siquiera su imparcialidad objetiva, me parece preferible apelar a la previsión genérica de artículo 53.5 del Estatuto Básico del Empleado Público y la particular del 23.2 a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incuestionablemente aplicable a la autoridad sancionadora, no solo por virtud de la disposición adicional primera de la ley disciplinaria, sino, además, por coherencia normativa, pues sería absurdo que las causas de abstención que su artículo 49.5 aplica al instructor y al secretario no afectasen a quien ha de resolver el expediente.

⁴⁷ Afirmaciones que no han de incluirse en los hechos probados, sino en la fundamentación jurídica.

5.3.3. Referencia congruente a las alegaciones del interesado

El trámite de audiencia no sería más que la expresión de un inútil derecho al pataleo si el mando sancionador no viniese obligado a referirse, en su resolución, a las alegaciones que haya podido formular el interesado en el expediente. Es claramente censurable —y, cuando ocurre, censurado con la nulidad de la resolución así dictada— el ofrecimiento del trámite de audiencia con la resolución prerredactada, en la que se incluye la simple, vacía e inútil mención de que las alegaciones del sancionado no desvirtúan la veracidad de los hechos. Es, pues, preciso, explicar por qué concretos motivos las alegaciones del interesado no convencen, o no del todo, al mando que las ha recibido.

5.3.4. Justificación de la subsunción del hecho

Ya hemos hablado de los tipos abiertos. Relacionados con ellos están los tipos en blanco, que tipifican como faltas la infracción de deberes impuestos por otras normas. Tanto en un caso como en otro, la subsunción del hecho probado en el tipo requiere una argumentación expresa que explique por qué la conducta descrita atenta contra el concepto valorativo que en su definición incluye el tipo abierto, o cuál es el preciso deber jurídico infringido por la conducta que se pretende incardinar en el tipo en blanco. Es cierto que algunas conductas son tan groseramente contrarias a esos elementos valorativos que, tras su mera enunciación, se requiere muy poco esfuerzo argumental para justificar la transgresión, pero esa argumentación ha de expresarse siempre cumplidamente.

Y, desde luego, en el caso de los tipos en blanco, es necesario identificar con precisión el deber infringido, con cita expresa de la disposición, orden o instrucción vulnerada, y una referencia a la gravedad de ese quebrantamiento, para garantizar que la subsunción del hecho en una falta muy grave, grave o leve sea correlativa a la entidad de la transgresión, por notorias razones de proporcionalidad.

5.3.5. Justificación de la elección de la sanción impuesta y su extensión

El proceso de individualización de la sanción impuesta ha de incluirse también en la motivación. De él forma parte, claro está, la decisión sobre

la extensión en que se impone la sanción procedente, pero también, cuando hay ocasión de escoger, la explicación de por qué se ha elegido una de ellas con exclusión de las demás. Claro es que la motivación habrá de ser crecientemente expresiva cuanto más afflictiva sea la sanción que se escoja, aplicando la doctrina general que permite una motivación extraordinariamente parca cuando se impone en su grado mínimo una sanción única.

Esta exigencia de motivación del proceso individualizador está jurisprudencialmente afirmada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo para todo tipo de sanciones, pero es en relación con las extraordinarias donde la sala ha formulado su doctrina de un modo más completo, porque en estas no solo hay que determinar su extensión, sino, como *prius* lógico, razonar sobre la elección de la sanción impuesta, de entre las diversas que preveía el artículo 18 de la ley derogada, doctrina que es ahora de utilidad, dado que el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas prevé por primera vez, junto a las sanciones privativas de libertad, las económicas, lo que obliga al mando a justificar la elección que haga, en el entendimiento de que deberá haber una correspondencia entre la entidad de la falta, dentro de las leves, y la aflicción propia de cada una de las sanciones.

5.4. CONTROL DEL FIN Y DESVIACIÓN DE PODER

La desviación de poder se define como desajuste entre el fin perseguido por el órgano administrativo al dictar el acto y el querido por la norma para el recto ejercicio de la competencia. En realidad, se trata del trasunto de la doctrina civil del fraude de ley en el derecho administrativo, pues en ambos casos la norma jurídica se toma como ropaje puramente formal con cuyo amparo aparente se pretende conseguir un resultado que el derecho no legitima. Esta doctrina, afirman Villar Palasí y Villar Ezcurra⁴⁸, es la mayor contribución del Consejo de Estado francés al control de las potestades discrecionales. Su gran valor como medio de control radica en que no se limita a corregir solo una disfunción entre los fines públicos y los privados —eso constituye una variante de la desviación llamada abuso de poder—, sino también al desvío del fin querido por la norma para lograr otro, aun público, diferente.

La doctrina elaborada en torno a esta figura ha terminado por cristalizar en una definición normativa incluida en el artículo 70.2 de la Ley Regu-

⁴⁸ VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1987) op. cit., p. 37.

ladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (concordante con el artículo 494 de la Ley Procesal Militar) cuyo párrafo segundo la define como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Naturalmente, ese desajuste entre los fines de la norma y los del autor del acto casi nunca puede acreditarse mediante prueba plena, porque usualmente los funcionarios no expresan sus motivaciones espurias en las resoluciones, de modo que es preciso emplear una argumentación indiciaria, sometida a las reglas generales sobre valoración de la prueba de tal clase, para desvirtuar la apariencia de legalidad del acto en cuestión.

La desviación de poder es la más eficaz cláusula de cierre de un sistema de garantías, y la que más cuesta emplear a los partidarios de las potestades regladas. Porque, cuando los vicios tipificados no resultan eficaces para dar la medida de la ilegalidad del acto, siempre queda el análisis abstracto del contraste entre el fin de la norma y el del acto, como expresión, en el campo de las garantías, de que la Administración no está sujeta solo a la ley, sino también al derecho. En mi experiencia como instructor de expedientes disciplinarios, en algunas ocasiones ha sido precisamente la desviación de poder el argumento esencial por el que he propuesto —con éxito— el archivo sin declaración de responsabilidad de expedientes disciplinarios que, según una concepción reglada de la potestad disciplinaria, habrían estado abocados irremediabilmente a la imposición de una sanción, pues la forma aparente era correcta, aunque la indagación en profundidad sobre lo sucedido llevó a la convicción segura de que con la acción disciplinaria se pretendía obtener una finalidad diversa (o incluso en alguna ocasión frontalmente opuesta) al mantenimiento de la disciplina.

5.5. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: IGUALDAD Y CONFIANZA LEGÍTIMA

Con razón dicen Villar Palasí y Villar Ezcurra⁴⁹ que los principios generales del derecho son el cauce específico de control de la legalidad del ejercicio de las potestades discrecionales, por la flexibilidad de su configuración, que los hace particularmente idóneos para este fin. En expresión clásica hecha suya por la jurisprudencia, citada por Sarmiento Acosta⁵⁰,

⁴⁹ VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1987) op. cit., p. 40.

⁵⁰ SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2013). *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la Justicia Administrativa*, Andavira Editora, Santiago de Compostela pp. 121- 122.

estos principios son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que no es sino otro modo de referirse a la función informadora que les asigna el artículo 1.4 del Código Civil. Dado su carácter gaseoso, son mucho más eficaces que los cuerpos sólidos a la hora de impregnar el ambiente, lo que los convierte en los instrumentos idóneos para ejercer un control jurídico del ejercicio de la discrecionalidad. Porque, por continuar con la alegoría, cuando la ley como cuerpo sólido decide no extenderse a un determinado espacio, no por ello lo extrae de la atmósfera, de manera que allí donde la ley no quiso llegar, sí llegan los principios generales del derecho, que conforme a su naturaleza se expanden hasta ocupar todo el espacio disponible.

Algunos de los principios generales del derecho están constitucionalizados en forma de derechos fundamentales. Nada hay en ello contradictorio, pues los principios no pierden su substancia ni su carácter informador por estar fijados en un precepto positivo (sería absurdo que para desactivar un principio como informador bastase con codificarlo). La positivación cristaliza el principio —lo solidifica para un espacio determinado— pero no por ello lo priva de su poder informador, lo que en el caso de los positivados en derechos fundamentales se traduce no en una degradación, sino en un ascenso axiológico y aun práctico, porque a su carácter informador se añade su invocabilidad ante las jurisdicciones ordinaria y constitucional y su tutela por estas.

De principios generales del derecho he hablado con amplitud en las páginas precedentes, pues hay más y mejor garantía de los derechos de los interesados en los principios generales que en la letra de las leyes positivas. No obstante, en la concreta actuación de la potestad disciplinaria hay dos principios generales (la igualdad y la confianza legítima) que resultan especialmente interesantes, por cuanto delimitan el alcance de un fenómeno al que ya hemos hecho referencia: la tolerancia.

El lector cinéfilo recordará la escena⁵¹ de *Casablanca* en la que el Capitán Renault clausura el *Rick's Café Américaine* hasta nueva orden y ordena su desalojo inmediato, con una clara motivación política y pretextando cínicamente que «en este local se juega». La escena es un compendio perfecto de lo que no debe ser un acto administrativo de gravamen: dictado de plano, sin audiencia, en desviación de poder y con una motivación formalmente correcta pero evidentemente contraria a la confianza legítima en que Rick Blaine se halla, después de centenares de jornadas en que en su local

⁵¹ <https://www.youtube.com/watch?v=cOeFhSzoTuc>, consultado el 28/1/2021 a las 17:46.

se ha jugado abiertamente, a la vista, ciencia y paciencia —generosamente retribuida— del capitán, que un buen día, en razón de una conveniencia política se finge repentinamente escandalizado y reacciona tomando el juego como excusa para la aplicación —seguramente ajustada a la letra— de la norma a la sazón vigente. La escena transmite con gran expresividad la idea de que la Administración del Protectorado actúa vulnerando la confianza legítima creada por su prolongada tolerancia⁵².

La confianza legítima es un principio general del derecho de gran utilidad para el control de la legalidad del ejercicio de las potestades discrecionales, y, desde luego, de la disciplinaria militar, pues, como se dijo unas páginas más atrás, la realidad diaria de las unidades muestra una generalizada tolerancia ante las faltas disciplinarias, sobre todo ante las leves y, dentro de ellas, las de menor entidad: ni la relajación de las formas, ni el moderado descuido en las normas sobre policía, ni la discreta ignorancia de los reglamentos de uniformidad, ni la superación de los límites de velocidad en bases y acuartelamientos, ni el incumplimiento de las normas sobre imagen institucional en la redacción de documentos, ni otras muchas infracciones de semejante tenor reciben, de ordinario, la sanción disciplinaria que la ley les asigna como constitutivas de sendas faltas leves, a causa de los márgenes de tolerancia con que se manejan los jefes en el ejercicio de su mando⁵³.

En estas condiciones, no puedo sino concurrir con Nieto⁵⁴ cuando afirma que una norma cuyo incumplimiento es sistemáticamente tolerado no puede, sin advertencia previa, ser exigida a los particulares ni dar lugar por su incumplimiento a la imposición de una sanción. Esta afirmación no es heterodoxa; al contrario, se asienta en el principio de

⁵² Y de paso la película norteamericana impugna, *pro domo sua*, la independencia real de la llamada Francia Libre, dado que el desencadenante de la clausura del café no es otro que la irritación del comandante Strasser, que, tras el canto de *La marsellesa* orquestado por Laszlo, le ha dicho a Renault que clausure ese local y busque para ello cualquier excusa.

⁵³ Sin embargo, como la competencia del mando militar no es una isla en el océano de la potestad, esa inicial libertad de acción derivada de la discrecionalidad administrativa es modulable por medio de instrucciones y órdenes de servicio, que ninguna razón aconseja excluir para la regulación uniforme del ejercicio de competencias discrecionales por los órganos administrativos. Es claro que sí, de acuerdo con el art. 10.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los órganos superiores pueden avocar la competencia de los que le están subordinados, sin duda alguna pueden darles pautas para el correcto ejercicio de esa competencia por medio de instrucciones, si bien en mi opinión esas eventuales instrucciones no deberían desnaturalizar el carácter discrecional de la potestad de los comandantes, que siempre debe subsistir, como emanación de la responsabilidad derivada del mando (en realidad, como último reducto del viejo principio según el cual quien manda debe juzgar).

⁵⁴ NIETO, A. (2008) op. cit., p. 34.

confianza legítima, porque los interesados (también los militares) tienen derecho a la seguridad jurídica, a saber a qué atenerse, de manera que una situación de tolerancia generalizada no puede revertirse repentina e inmotivadamente.

Ocioso es aclarar que estamos hablando de tolerancia, no de inadvertencia. Por supuesto que si un jefe nunca se ha apercebido de que cierto subordinado llega al destino sistemáticamente tarde, bebe en el cuartel o desempeña una actividad incompatible con la profesión militar, sí puede, cuando lo descubre, sancionar esos incumplimientos, y el interesado no podrá alegar válidamente una tolerancia que no es tal, sino pura inadvertencia. Porque la tolerancia supone conocimiento y consentimiento de la conducta ilícita, esto es, un acto concluyente de la Administración que, conociendo la situación antijurídica, se abstiene de sancionarla. Y por eso, por ser una actitud consciente, le vincula.

Volviendo a Casablanca, imaginemos por un momento que Blaine recurra —a estos efectos, igual da en Francia que en España— la resolución de clausura de su local. Si la decisión se califica como reglada, está perdido, porque el tribunal le contestará muy serio que como la igualdad solo es invocable dentro de la legalidad, es irrelevante si en otros cafés de la ciudad se juega o no, y que, tanto si Strasser estaba molesto como si no, lo único relevante es que se jugaba, con lo que muy bien clausurado el local. Solo si la decisión se configura como discrecional tendrá sentido un planteamiento impugnatorio basado en la igualdad, la desviación de poder y la tolerancia. Creo, pues, haber demostrado que hay más y mejores mecanismos de garantía en lo discrecional que en lo reglado.

BIBLIOGRAFÍA

- CYSIQUE, T. (2013). *Les droits militaires en France et au Canada. Étude sociologique sur leur évolution comparée depuis un siècle*, Université Laval, Quebec.
- FERNÁNDEZ, T. R. (2012). «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Madrid.
- FERNÁNDEZ CAMPO, S. (1997). «Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 74, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (2018). *La carrera militar en España*. Marcial Pons, Madrid.

- FILBERT, B. G. y KAUFMAN, A. G. (1998). *Naval law. Justice and procedure in the Sea Services*, tercera edición, Naval Institute Press, Annapolis, Maryland.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962). «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1987). *Curso de Derecho administrativo II*, 7ª edición, CIVITAS, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999). *Curso de Derecho administrativo I*, 4.ª edición, CIVITAS, Madrid.
- GARCÍA MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. (2010). «Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al Derecho premial», en *Emblemata: Revista Aragonesa de Emblemática*, núm. 16. Zaragoza.
- GARRIDO FALLA, F. (1992). «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 128.
- KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*, traducción de M. NILVE de la edición francesa, cuarta edición, Buenos Aires, pp. 129-130.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- LOZANO CUTANDA, B. (2003). «El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 161.
- MARTÍNEZ ESTERUELAS, C. *La agonía del Estado* (2000). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- NIETO, A. (2008). *Derecho administrativo sancionador*, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1921). *España Invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Calpe, Madrid
- PINTO Y SANCRISTÓVAL. P. (2020). «A España ofrecida tengo muerte y vida», en la publicación digital *Revista Jurídica Militar*, <http://www.paraprofesionales.com/productos/revista%20militar.php?numant=S&cw=1&dw=1>, febrero de 2020.
- PORTUGUÉS, J. A. (1764). Colección General de las Ordenanzas Militares, sus Innovaciones, y Aditamentos, Dispuesta en Diez Tomos, con separación de clases. Tomo I. Imprenta de Antonio Marín, Madrid.

- SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2013). *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la Justicia Administrativa*, Andavira Editora, Santiago de Compostela.
- TIMSIT, G. (2000). «La métaphore dans le discours juridique», *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-117 2000, mis en ligne le 17 décembre 2009, consulté le 31 octobre 2013
- VALLECILLO, A. (1850) *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, ilustradas por artículos con las Reles Órdenes espedidas hasta la fecha de esta edición*. Tomo I. Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, Madrid.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1987). *Principios de Derecho administrativo*, Tomo II, pp. 103 y 104.
- http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2006/3-4/Legislazione+e+Giurisprudenza/04_Giustizia_Amministrativa.htm.
- http://www.mcu.es/archivos/docs/Novedades/Decreta_Documento6_es.pdf