

LAS FALTAS LEVES EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR (1)

Félix José HIDALGO PRADO
Comandante de Infantería DEM
Licenciado en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS: DERECHO ADMINISTRATIVO. 2. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR. 3. LA DISCIPLINA MILITAR. II. EL ACTUAL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS: 1. BREVE RESUMEN HISTÓRICO. 2. INTRODUCCIÓN. 3. OBJETO DE LA LODM. 4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR: A) *Legalidad*. B) *Tipicidad*. C) *Non bis in idem*. D) *Prescripción*. E) *Tutela judicial efectiva*. F) *Interdicción de la indefensión*. G) *Otros principios*. 5. LA POTESTAD DISCIPLINARIA. III. LAS FALTAS LEVES: 1. LOS TIPOS. 2. LAS SANCIONES A IMPONER. 3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: A) *Objetivos*. B) *Obligación de proceder*. C) *El parte*. D) *El instructor*. E) *Fase de instrucción*. F) *Fase de resolución*. 4. LAS GARANTÍAS DEL SANCIONADO: A) *Regulación por ley orgánica*. B) *Respeto de los derechos constitucionales*. C) *Proporcionalidad entre conducta y sanción*. D) *Individualización de la sanción*: a) *Circunstancias que concurren en las personas*. b) *Atenuantes específicas militares*. c) *Referencia a la afección al interés del servicio*. E) *Condición personal del infractor*. F) *Las RR. OO. FAS*. G) *La LODM*: a) *El artículo 8º*. b) *El artículo 9º*. c) *Los artículos 19 a 32*. d) *El artículo 37*. e) *Título IV, Capítulo V de la LODM*. f) *Disposición adicional Cuarta de la LODM*. H) *Notificación de la resolución recaída al interesado*. 5. LOS RECURSOS: A) *En las RR. OO. FAS*. B) *En la LODM*: a) *Artículo 49*. b) *Artículo 50*. c) *Artículo 51*. d) *Artículo 53*. IV. RECAPITULACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS: DERECHO ADMINISTRATIVO

Como por todos es conocido, la transgresión del orden establecido para el buen gobierno de una sociedad da lugar al nacimiento del ilícito; el ordena-

(1) Abreviaturas usadas en el presente artículo:

- LODM: LO 12/1985, de 2 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Modificada por LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y por LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
- CPM: LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

miento jurídico reacciona frente a él mediante la imposición de penas, si el ilícito es penal, o de sanciones administrativas, si la norma conculcada es administrativa.

La Administración tutela su organización, y el orden que ésta requiere, mediante un acto característico: las sanciones administrativas de autoprotección, cuyo núcleo fundamental lo constituyen las sanciones disciplinarias que, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRIA, se pueden definir como a aquéllas que se imponen a las personas que están sometidas a una relación de sujeción especial con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación» (2). Algunos autores, como MOZO SEOANE y OCTAVIO DE TOLEDO, someten a crítica esta teoría de las relaciones de sujeción especial.

Dentro de estas sanciones disciplinarias estudiaremos una parcela limitada de las mismas, las sanciones disciplinarias militares, que forman parte, en nuestra opinión, del Derecho Administrativo, como trataremos de demostrar a continuación.

Las sanciones disciplinarias militares, por la singular caracterización jurídica de las FAS, pueden afectar la esfera de la libertad personal de sus componentes; por ello deben gozar de unas especiales garantías que pondremos de manifiesto seguidamente. Por afectar a derechos fundamentales —cual es la libertad— la regulación del régimen disciplinario militar debe hacerse mediante ley orgánica, según dispone el artículo 81 de la vigente Constitución española de 1978. Ello nos brinda una especial garantía desde el nacimiento mismo de la norma reguladora de las sanciones dis-

— FAS: Fuerzas Armadas.

— STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

— STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

— DDM: Derecho Disciplinario Militar.

— RR.OO.FAS.: L. 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

— TC: Tribunal Constitucional.

— OM: Orden Ministerial.

— RR. OO.: Reales Ordenanzas.

— CP: Código Penal.

— CJM: Código de Justicia Militar (de 1945).

— CE: Constitución española (de 1978).

— LOPM: LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

— LPA: Ley de Procedimiento Administrativo.

— DALPA: Decreto 1408/1986, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos militares.

(2) GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1983, 4.ª Edición, tomo II, págs. 148 y 149.

ciplinarias militares y es la de su aprobación por mayoría absoluta del Congreso.

Además, y por esa configuración especial de las FAS, es en nuestra Carta Magna en donde se autoriza *a sensu contrario* a imponer sanciones que puedan implicar privación de libertad, facultad, por otra parte, vedada a la Administración civil; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 25: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.»

Las sanciones disciplinarias militares se regulan en la LODM y cumplen los requisitos exigidos en la vigente lex superior, como quedará probado a lo largo del presente trabajo, en el que se intentará demostrar la existencia de un procedimiento sancionador, la institucionalización de los recursos en materia sancionadora y la existencia de unas garantías para el sancionado.

En la actualidad no hay duda de que las sanciones disciplinarias militares son realmente sanciones administrativas puras, y ello por el carácter exclusivo del artículo 6º del vigente CPM, que dice: «El presente Código no comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas» (3).

Esta era una idea muy clara en la voluntad del legislador según puso de manifiesto en el preámbulo del mencionado CPM al puntualizar:

«Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la Ciencia del Derecho Penal son factores que requerían, no ya una nueva reforma de las leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar en el que se acojan las más depuradas técnicas sobre la materia. De acuerdo con este planteamiento, vienen a separarse del presente Código las materias procesales y disciplinarias para limitar su contenido al Derecho Penal material.»

Con ello se consigue, en palabras de ROJAS CARO, la superación del Código-vademécum, «al que el aplicador del Derecho militar acudía porque allí estaba todo el Derecho que había que aplicar» (4).

(3) Teoría opuesta sostienen los profesores GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ al manifestar que «el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar» (*op. cit.*, pág. 149). ROJAS CARO se pronuncia en este sentido al sostener «no se puede compartir, sin embargo, la afirmación de GARCÍA DE ENTERRIA cuando sostiene que en el Derecho constituido las sanciones disciplinarias militares no son susceptibles de ser incluidas dentro de la categoría de las sanciones jurídico-administrativas (...) no hay duda de que las infracciones y sanciones previstas para los militares en la LD son estrictamente administrativas».

(4) ROJAS CARO, J. *Derecho Disciplinario Militar*. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 29.

MOZO SEOANE defiende la existencia de una *diferencia cualitativa* entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario al afirmar «el Derecho disciplinario tutela un interés meramente *interno*, sin trascendencia fuera del ámbito “doméstico” en el que opera, mientras el Derecho penal refiere su protección a intereses socialmente relevantes, de naturaleza *externa*. Dado ese diferente campo de referencia, los ilícitos respectivos son, por tanto, de distinta entidad cualitativa» (5).

Para dejar suficientemente claro que el Régimen Disciplinario de las FAS es Derecho Administrativo se puede acudir al artículo 7º de la LODM: «Constituirá falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal», o a su Disposición Adicional Cuarta: «La Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley Procesal Militar serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta Ley.»

La doctrina actual se va a inclinar mayoritariamente por esta conclusión, y así lo sostienen los profesores ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO al incluirlo dentro del «Derecho Sancionador» (6) o LÓPEZ RAMÓN cuando afirma «... interesa resaltar la primera distinción, entre lo sancionatorio-penal y lo sancionatorio-disciplinario (o administrativo). Separación de materia difícil, sin duda, de apoyar dogmáticamente pero que cuenta con una plasmación jurídico-positiva muy clara. Leyes diferentes, para evitar confusiones»; para poner de manifiesto, posteriormente, la existencia de un «recurso contencioso-disciplinario militar» que aparece en el artículo 52 de la LODM: «... pondrá fin a la vía administrativa y contra la misma podrá interponerse, en el plazo de dos meses, recurso contencioso-disciplinario militar» (7). En este sentido véase la STC de 15 de junio de 1981: «La separación entre Derecho Disciplinario y Derecho Penal Militar adquiere así un relieve especial, pues dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplinaria para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías. De aquí la preocupación que se manifiesta

(5) BLECUA FRAGA, R. y otros. *Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 182.

(6) ALVAREZ ROLDÁN, L. B. y FORTÚN ESQUIFINO, R. *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 37.

(7) LÓPEZ RAMÓN, F. «El recurso contencioso-disciplinario militar», en *Documentación Administrativa*, número 220, octubre-diciembre de 1989, pág. 86; y también en «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista española de Derecho Administrativo*, número 54, abril-junio de 1987, págs. 165-166.

en la doctrina y se refleja en las más recientes reglamentaciones disciplinarias militares, por restringir el campo de la acción disciplinaria, bien reduciendo los supuestos sometidos a dicha acción, bien limitando el tipo de sanciones que a través de ella pueden imponerse, bien exigiendo para determinadas sanciones un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales.»

Después de todo esto y de acuerdo con los autores citados se podría decir que nos encontramos ante una nueva regulación de los ilícitos disciplinarios militares y de sus sanciones, ante un Derecho Administrativo Sancionador Militar, alcanzando el principio de «unidad jurisdiccional» que proclama la Constitución en su artículo 117.5, teniendo en cuenta la peculiaridad de la «jurisdicción militar» recogida en el mismo precepto, retornando al sistema anterior a 1890, en cuanto a forma de regulación (normas independientes), pero dando un paso adelante en cuanto a tecnicismo. Esta doctrina es rechazada por mi maestro el profesor LÓPEZ RAMÓN al afirmar que «el alcance del artículo 117.5 de la Constitución no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional para la Jurisdicción Militar. (...) La legalidad no puede atribuir competencias a la Jurisdicción Militar fuera del ámbito castrense, pero sí puede sustraerle las que encajan en tal ámbito. No todo lo castrense es necesariamente para la Jurisdicción Militar, sino sólo lo que, dentro de lo castrense, decida la Ley.

Esta interpretación es la que resulta más acorde con el principio de unidad jurisdiccional...» (8).

2. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Establecido que los ilícitos administrativos puramente militares constituyen el Derecho Administrativo Sancionador Militar —parte del Derecho Administrativo Sancionador del Estado—, este Derecho encierra un concepto muy amplio susceptible de ser dividido, para su mejor comprensión, en:

- *Un Derecho Administrativo Sancionador*, que atribuye a la Administración militar la facultad de imponer sanciones a los ciudadanos en general dentro del ámbito de su competencia. Piénsese, por ejemplo, en todas las sanciones que se derivan del incumplimiento de la Ley de Servicio Militar o su Reglamento o de aquellas otras que pueden estable-

(8) LÓPEZ RAMÓN, F. «El recurso contencioso-administrativo militar», en *Documentación Administrativa*, número 220, octubre-diciembre de 1989, pág. 100.

cerse para sancionar los ilícitos previstos en la Ley de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

— *Un Derecho Disciplinario Militar*, entendido como el conjunto de normas que regulan la potestad del Mando para sancionar, en vía disciplinaria, con correcciones que implican situaciones restrictivas o privativas de libertad, y que afectan al personal militar en determinadas situaciones militares (9).

Acuñado este término, de Derecho Disciplinario Militar, a él nos referiremos desde este momento considerándolo como elemento comprensivo de todas las normas que lo regulan, pero no olvidando que, como Derecho especial que es, supone una mayor gravosidad para quienes deben soportarlo: así, en palabras de HIGUERA GUIMERA «el Derecho Disciplinario Militar, en relación con el Derecho Disciplinario general, supone notoriamente un “plus” de rigurosidad y de dureza (...) puesto que al concretarse los actos o comportamientos ilícitos disciplinarios, éstos suponen un mayor recorte de los derechos y de las libertades cívicas y, por otra parte, las sanciones previstas son más graves...» (10).

Es, llegado a este punto, necesario la referencia a otro término para el mejor conocimiento del tema.

3. LA DISCIPLINA MILITAR

Que los Ejércitos sean una organización estructurada de modo peculiar es una noción tan común y extendida que nos resulta familiar, siendo difícil concebir su existencia bajo formas distintas de las que la tradición ha modelado a través de su experiencia secular. Y la exigencia de actuar en condiciones de cohesión, rapidez y de eficacia que la misión de las FAS requiere, sería imposible aflojando los lazos jurídicos, permitiendo la discusión de las órdenes y reduciendo, en fin, la disciplina a una «difusa» obligación general de subordinación.

Disciplina definida por nuestro diccionario de la Lengua Española como «doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral» y también como

(9) Las situaciones militares se encuentran contempladas en la OM 43/86, de 27 de mayo, por las que se aprueban las Instrucciones para la Aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la L 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y en el RD 1385/1990, de 8 de noviembre, del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.

(10) HIGUERA GUIMERA, J. F. *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990, I Parte General, págs. 52-53.

«observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto», sirviéndonos ambas acepciones, ya que son válidas para la disciplina militar.

FRANCISCO VILLAMARTIN (1833-1872), Comandante de Infantería y eminente tratadista militar, en su obra «Nociones de Arte Militar» (11) nos proporciona este concepto de la disciplina: «La disciplina es el respeto al ciudadano, a la propiedad; es el aprecio de sí mismo, el aseo, los buenos modales, la aversión a los vicios, la puntualidad en el servicio, la exactitud en la obediencia, el escrupuloso respeto a las leyes y reglamentos, la austera dignidad en la subordinación; sin ella el Ejército es odiado en su mismo país; con ella es amado hasta del enemigo; ella conserva en toda su fuerza las demás virtudes; al relajarse, se relajan todas; por consiguiente, celando y fomentando ésta se asegura el imperio de las demás».

En el artículo 11 de la RR. OO, se preceptúa: «La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada»; para señalar en el artículo 28: «la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado...»; y en el artículo 34: «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Hemos visto que la disciplina constituye uno de los pilares fundamentales de las FAS y por ello debe defenderse, pero también hemos de señalar que disciplina y obediencia ciega no son equivalentes, sino que más bien se encuentran reñidas, y así se hace saber en esa corta andadura, antes emprendida, por los primeros artículos de las RR. OO.

Podemos afirmar que la LODM es de trascendencia evidente por estar inspirada, en gran parte, en la doctrina creada por nuestro Tribunal Constitucional que ya en su temprana sentencia de fecha 15 de junio de 1981 decía: «En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la Disciplina constituyen valores esenciales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas en los procesos judiciales, pues su RAZON DE SER reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar.»

(11) MINISTERIO DE LA GUERRA. *Obras selectas de Don Francisco Villamartin*. Madrid, 1883.

El Derecho Disciplinario Militar, a la vista de lo expuesto, va a constituir un «punto de equilibrio» entre la DISCIPLINA, valor supremo y esencial de las FAS, y las garantías individuales previstas en la Constitución y las Leyes que la desarrollan.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo dice: «la disciplina es así, pues, una exigencia estructural que garantiza el cumplimiento de las órdenes emanadas del mando y ha de ejercitarse de forma eficaz e ininterrumpida, en cuyas exigencias radica *la ratio legis* del derecho disciplinario, que ...» (12).

Podemos concluir, por todo lo expuesto, que la disciplina militar va a constituir el principal bien jurídico protegido por la LODM.

II. EL ACTUAL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS

1. BREVE RESEÑA HISTORICA

El castigo de las faltas disciplinarias y delitos militares en territorio español tienen una vasta tradición; así se puede hablar de instituciones como la *devotio* instaurada por los iberos, o la *decimatio* romana, aunque en esta época no existía una clara delimitación entre infracciones penales y disciplinarias.

En tiempo de los godos en el Libro IX del *Liber iudiciorum* se establecen nuevas normas sancionadoras para los ilícitos cometidos por las tropas. La invasión árabe va a suponer un retroceso en la legislación sancionadora militar.

Hasta la finalización de la Reconquista los castigos se recogen en los diferentes fueros (en el de Teruel ya se sancionan los delitos contra el Derecho de gentes, por ejemplo) al principio, para ir cristalizando posteriormente en normas de carácter más general, como *el Fuero Juzgo*, o la *Compilación de Huesca* de 1247, para llegar al texto más trascendental de la alta edad media: LAS SIETE PARTIDAS; en el Reino de Aragón se dan, en 1354, las *Ordinaciones*, primera regulación de la disciplina de la Marina de Guerra.

Con la unificación española conseguida por los Reyes Católicos llegan los ejércitos con carácter de estabilidad y se hace necesaria la regulación de la dis-

(12) STS 5ª número 8 de 1 de octubre de 1990, Ponente Sr. Tejada González. (Recurso de casación 2-5-90, del Ministerio Fiscal por infracción de las normas del ordenamiento jurídico contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 1990, dictada por la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero en procedimiento contencioso disciplinario militar preferente y sumario número 6/89.)

ciplina en el ámbito militar, apareciendo la figura de los Auditores que acompañan a los ejércitos en campaña, y dictándose diferentes «ordenanzas» que tratan de corregir la creciente relajación de la disciplina militar.

La llegada de los Borbones al trono de España va a proporcionarnos en el siglo XVIII, las Segundas de Flandes, ordenanzas, del más puro estilo francés que instauran en nuestro Ejército la figura del *Consejo de Guerra*. Otro Borbón, Carlos III, nos dotará en 1768 de las famosas ordenanzas, que llegan hasta nuestro días (son sustituidas por las de Juan Carlos I en 1978).

Llega la codificación a España en el XIX, pero el primer Código Penal Militar no verá la luz hasta 1884 y cuatro años más tarde lo hará el Código Penal de la Marina de Guerra (texto que permanecerá vigente hasta el CJM de 1945). Coetánea de aquel primer Código Penal del Ejército será la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales militares, para nacer dos años después la Ley de Enjuiciamiento Militar; todos ellos de efímera duración, pues en 1890 aparece el Código de Justicia Militar (texto que reúne las tres normas derogadas), y que será derogado por el CJM de 1945.

El CJM sigue un criterio unificador, constituyendo un texto único y de aplicación general para los tres Ejércitos, regula las normas procesales, las orgánicas, las penales y las disciplinarias; en él se regulaba todo el Derecho sancionador militar a aplicar. Sufre algunas reformas hasta su total derogación, siendo las más importantes las de 1949, 1978, 1980 y 1981.

Como consecuencia de los pactos de la Moncloa se va a reformar la legislación militar en varias fases aplicando los principios constitucionales reforma que se verá finalizada con la próxima publicación de la nueva regulación penitenciaria militar; en lo que a disciplina y faltas leves se refiere el texto fundamental será la LODM.

2. INTRODUCCION

El actual Régimen disciplinario de las FAS se encuentra recogido, fundamentalmente, en la ya citada LODM y en las instrucciones que, para su aplicación, dictó el Ministro de Defensa. Pero ¿qué se persigue con esta normativa? La respuesta a este interrogante nos la proporcionan ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO cuando le atribuyen las siguientes finalidades: «Dotar a las FAS de un instrumento legal suficiente que garantice, en la esfera no delictiva, el imperio de la disciplina y el estricto cumplimiento de los deberes castrenses (cumpliendo su misión y acatando las RR. OO.) y en el cotidiano cumplimiento del Servicio Militar (obligatorio, voluntario o pro-

fesional) el respeto a la dignidad de las personas y no conculcar los derechos individuales inalienables» (13).

Los mismos autores van a darnos la pista en el ámbito de aplicación. En cuanto al ámbito material, «abarcará toda infracción ordenancista no delictiva», conclusión a la que llegan estudiando la LODM dentro del ordenamiento: haciéndolo de forma excluyente o negativa mediante la fijación de un techo superior, el CPM; y de forma integradora o positiva al marcar un lindero inferior, las RR. OO. FAS. En cuanto al ámbito personal de aplicación, en el artículo 3º de la LODM se dice que son «los militares», concepto no definido en esta Ley y que debe: ... extraer del artículo 8º del CPM; además lo encontramos aclarado por la OM 43/86, significando que los alumnos de los centros de enseñanza militar, en la «esfera escolar», quedan excluidos de la aplicación de esta Ley (véase su Disposición Adicional Tercera) (14).

3. OBJETO DE LA LODM

El objeto de la LODM viene expresado en su artículo primero y se encuentra aclarado y esquematizado en la OM 43/86 de la siguiente forma:

GARANTIZAR:

- a) La observancia de las RR. OO. y demás normas que rigen la institución militar.
- b) El cumplimiento de las órdenes del mando —poder u autoridad que tiene sobre las personas subordinadas—: se debe acudir al artículo 12 del CPM para encontrar el concepto de «superior» y al artículo 19 para extraer el de «órdenes».
- c) El respeto al orden jerárquico (en este caso viene definido en el art. 12 de las RR. OO. FAS.: «el orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares...»).

Debemos señalar, para completar el análisis del objeto de la LODM, lo que queda excluido de su ámbito:

- a) Los delitos militares y sus penas (recogidos en CPM).
- b) Los delitos y faltas comunes (en CP, y legislación penal especial).

(13) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. y ... *Op. cit.*, pág. 28.

(14) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. y ... *Op. cit.*, pág. 29.

- c) Las sanciones por faltas cometidas en el desempeño de funciones judiciales, que pertenecen a la potestad disciplinaria judicial.
- d) La responsabilidad civil (el perjudicado por la falta deberá acudir a la vía civil o penal según corresponda).

Con todo ello queda delimitado el objeto de la LODM.

4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Los principios que operan en el Derecho Disciplinario Militar son los generales que rigen y orientan el Ordenamiento Jurídico español con algunas matizaciones, que intentaremos poner de relieve en las líneas siguientes en las que hablaremos de los más importantes.

A) Principio de Legalidad

Considerado básico en la formulación del Estado de Derecho, es un logro de la cultura contemporánea respetado tradicionalmente en los Ejércitos; así en el artículo 182 del CJM se afirmaba: «No será castigado ningún delito ni falta militar con pena o correctivo que no se hallen establecidos en Ley anterior a su perpetración.»

En el mismo sentido las RR. OO. FAS, en su artículo 198, sostienen que «los delitos y faltas cometidos por militares, así como las conductas deshonorosas e indignas, se corregirán o juzgarán con arreglo a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar y demás Leyes Penales, según proceda».

Este principio es exigido en nuestra Carta Magna en sus artículos 9º.3 y 25.1 y se puede contemplar en una triple vertiente:

Legalidad de la infracción, según se recoge en el artículo 7º de la LODM: «Constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal.»

Legalidad de la sanción, establecida en el artículo 2º de la LODM: «Las infracciones disciplinarias en los Ejércitos darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones establecidas en esta Ley.»

Legalidad sancionadora, que viene recogida en el artículo 5º de la LODM: «La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas se atribuye a (...) y Mandos a quienes por su función o cargo corresponda, según lo regulado en la presente Ley.»

Se desarrolla para cada Autoridad o Mando en los artículos 18 a 32 (a. i.). Sólo determinadas personas pueden sancionar —no por el empleo sino por el cargo o función desempeñados—; el resto no puede hacerlo.

B) Principio de Tipicidad

Es consecuencia de los mismos preceptos constitucionales y tiene su expresión para las infracciones en los artículos 8º (faltas leves), 9º (faltas graves) y 59-60 (conductas que dan lugar a la instrucción de expediente gubernativo); y para las sanciones en los artículos 10 a 16 (para las faltas leves y graves) y 61 a 64 (que regulan las sanciones disciplinarias extraordinarias).

La observancia concreta de estos principios (Legalidad y Tipicidad) en la LODM, como acabamos de ver, se efectúa escrupulosamente en cuanto que tipifica las infracciones, delimita las sanciones aplicables a las mismas, asigna facultades concretas para su imposición a órganos militares-administrativos determinados delimitando sus atribuciones respecto a cada infracción y a cada sanción y establece el procedimiento sancionador adecuado a cada supuesto.

Especial referencia al artículo 8º.33: Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ ponen de manifiesto el peligro que suponen «ciertas cláusulas abiertas que han pretendido calificar como sancionable cualquier infracción normativa de cualquier especie», ya que «esta técnica genérica de calificación del ilícito volatiliza en rigor el principio de tipicidad que exige determinaciones más acotadas y precisas y no una remisión en blanco que puede llevar a cualquier norma mínima...»; lo mismo dicen de «las infracciones puramente deontológicas de apreciación abierta virtualmente» (15).

Pues bien, podemos transcribir su teoría al contenido del artículo 8º.33 de la LODM: «Las demás que, no estando castigadas en otro concepto, constituyen leve desobediencia o ligera irrespetuosidad para los jefes y superiores. infieran perjuicio al buen régimen de los ejércitos o consistan en la infracción u olvido de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas y demás disposiciones que rigen la Institución Militar.»

Y sostener que quedaría en entredicho el principio de seguridad jurídica que el artículo 9º.3 del título preliminar de nuestra Lex Superior proclama, si esa indefinición de las conductas que constituyen el ilícito a sancionar persistiese al imponer el correctivo oportuno; pero nos encontramos ante una ley penal en blanco porque la conducta (acción u omisión) a sancionar se encuentra definida en otra norma a la que la LODM se remite, y que es preceptivo citar a la hora de sancionar, por lo que los principios de legalidad y tipicidad quedan salvaguardados.

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA y ... *op. cit.*, tomo III, págs. 165-166.

C) Principio *non bis in idem*

Aunque no se encuentra recogido explícitamente en la Constitución, es un principio general del Derecho cuya vigencia recoge el TC en varias sentencias, entre ellas la de 30 de enero de 1981 y la número 94, de 8 de julio de 1986, que establecen «la prohibición expresa y concluyente de que Autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionen repetidamente una misma conducta».

También prohíben «la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos en los cuales exista coincidencia de identidad del sujeto, hecho y de fundamento». En este sentido se ha pronunciado, también, el TS (STS 2ª de 12 de mayo de 1986, de 2 de junio de 1987 y de 27 de abril de 1989, entre otras).

Para abrir la vía a la doble sanción en aquellos supuestos «derivados de la relación de supremacía de la Administración», en los que esté justificado el ejercicio del «IUS PUNIENDI» del Estado y a la vez la potestad sancionadora de la Administración.

Ello nos lleva a afirmar que este principio es de aplicación no tan tajante, ya que es posible la doble punición (sanciones penal y administrativa) si los bienes jurídicos vulnerados, por una misma conducta, son diferenciados; por ejemplo: reyerta entre un militar, vistiendo uniforme, y un paisano con resultado de lesiones para el segundo.

Existen diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales que confirman la anterior afirmación; por todas valga la de al AP de Bilbao de 28 de febrero de 1988 (Ponente Sr. Carrera Ibarzábal) que afirma: «Puede válidamente sostenerse que no es aplicable el principio *non bis in idem* en lo referente a las faltas administrativas de los funcionarios en el cumplimiento de su obligación o desempeño de sus funciones y las infracciones de las mismas personas, contenidas en el CP, y ello, no tan sólo al amparo de la especial relación que une al funcionario con el Estado, derivada de la realidad del servicio público que desarrolla, y, de otro lado, la cualidad de ciudadano que le es inherente en plano de igualdad con los demás, lo que justificaría el *ius puniendi* de los Tribunales y la potestad disciplinaria de la Administración, sino también por cuanto no existe una identidad de ámbitos o contenidos normativos entre la jurisdicción penal y la administrativa propiamente dicha.»

En el ejemplo anterior el hecho puede constituir un delito (o falta) penal y a la vez una infracción disciplinaria militar; en efecto, podría tipificarse como un falta leve de lesiones prevista y penada en el artículo 582 del Código Penal, precepto que sería aplicado por el Juez Ordinario del lugar (bien jurídico

protegido la integridad personal), y como falta leve militar (bien jurídico protegido el buen nombre y prestigio de la Institución militar) prevista en el artículo 8º.29: «El trato incorrecto con la población civil»: o, en su defecto, acudir al epígrafe 33 del mismo artículo para sancionar el incumplimiento del artículo 43 de las RR.OO.FAS. que prescribe «Será cortés y deferente en su trato y relaciones con la población civil, en particular con aquella a la que más directamente pueden afectar sus actividades, evitando toda molestia innecesaria»; también podría acudirse, si no se aplican los preceptos 8.29 u 8.33, al 8.25 que establece: «... comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de la FAS».

Sólo habría, en nuestra opinión, posibilidad de sanción disciplinaria, impuesta por los mandos naturales del infractor a éste, basándose, exclusivamente, en uno de los tres supuestos mencionados con el que quedaría agotada o extinguida la falta militar.

Este principio se recoge en el artículo 4º de la LODM: «La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme...»

También se encuentra, implícitamente, este principio recogido en los artículos 42 y 44 de la LODM.

D) Principio de Prescripción

Se encuentra recogido en la LODM, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico; principio o institución que viene definida en el Diccionario de la Lengua Española como «extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, contado desde la comisión del delito o falta o desde la imposición de la pena».

Es un principio de «orden temporal» ligado al transcurso del tiempo, consecuencia directa del principio de seguridad jurídica y es una institución de Derecho material (opera de oficio).

En la LODM se recoge tanto para las faltas como para las sanciones. Veámoslo esquemáticamente:

Prescripción de las faltas:

- LEVES: El plazo es de dos meses (art. 17.1) y no existe ninguna causa que «interrumpa» ese plazo, es decir, transcurrido el mismo no pueden ser corregidas.

- **GRAVES:** Seis meses: si existen causas legales de «interrupción de la prescripción», desde que se dirige el procedimiento contra el presunto responsable y durante un plazo de tres meses, pasado el cual volverá a operar este principio. (Art. 17.2).
- **EXTRAORDINARIAS:** Dos años (art. 65): las causas legales de «interrupción» se dan en los mismos términos que las faltas graves pero durante un período de seis meses, y además la causa prevista en el artículo 456 de la LPM: interposición de un recurso contencioso-disciplinario militar hasta que la sentencia firme sea notificada y comunicada.
- **CAUSA PENAL SOBRESEIDA:** Si el hecho constituye falta disciplinaria militar, el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento judicial hasta la firmeza del auto de sobreseimiento no se computará para la prescripción de la falta disciplinaria (art. 246-2. LOPM).

Prescripción de las sanciones impuestas:

- **POR FALTA LEVE O GRAVE:** Está contemplada en el artículo 33 de la LODM que prescribe idénticos plazos a los establecidos en el artículo 17 para la prescripción de las correspondientes faltas objeto de la sanción.
- **POR FALTA EXTRAORDINARIA:** Viene establecida en el artículo 65 de la Ley y es de cuatro años.

En todas ellas la prescripción actúa cuando la resolución sancionatoria sea firme; en caso contrario operaría la prescripción del ilícito (falta).

EXCEPCIONES:

A) La prescripción instantánea

Algunos autores han denominado *prescripción instantánea* a la que se produce por cambio de situación administrativa, sin que actúe el transcurso del tiempo; recuérdese lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 3º de la LODM: «A los militares “no profesionales” les será de aplicación (la presente Ley) mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas.»

En este sentido se ha pronunciado también ROJAS CARO al sostener: «es claro que, si dejan de estar en actividad, la Ley deviene inaplicable» (16).

(16) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 89.

B) *El artículo 47*

Establece una excepción a la prescripción instantánea, ya que impide el pase a la situación de reserva a todo sancionado (militar no profesional) con arresto (por falta leve o grave) hasta el total cumplimiento del mismo (17).

C) *El artículo 46*

Prescribe una presunción IURIS ET DE IURE al manifestar: «... siéndole de abono el tiempo de privación o restricción de libertad sufrido por los mismos hechos y el transcurrido desde el día de la notificación». Es de señalar que puede no coincidir, en fecha, el comienzo del cumplimiento de la sanción con el acto de la notificación; también puede haber existido la corrección previa del artículo 18 si carece de competencia sancionadora el mando que observa la falta.

D) *El artículo 48*

De este precepto se deriva otro problema: que puede favorecer la prescripción de sanciones, cuando no sea posible el cumplimiento simultáneo de las mismas ya que establece el siguiente orden de cumplimiento:

- 1º Los arrestos de mayor a menor gravedad; si su suma sobrepasa los seis meses, el exceso no se cumplirá.
- 2º Las demás sanciones por el orden cronológico de su imposición.

En nuestra opinión se prima al soldado díscolo, ya que si se le imponen uno o varios arrestos por falta grave y otros por falta leve, no cumplirá éstos últimos si la duración de aquéllos excede de dos meses y tampoco cumplirá ninguna otra sanción por falta leve que no sea susceptible de cumplimiento simultáneo; sin que este análisis suponga una crítica a la limitación impuesta, por este artículo, a la sanciones disciplinarias en *cascada*, se debe dejar claro ese *favoritismo* con el menos disciplinado.

E) *Principio de tutela judicial efectiva*

Este principio se encuentra recogido en nuestra Lex Superior en su artículo 24.1 como derecho fundamental y así lo ha puesto de manifiesto nues-

(17) Se produce una situación anómala ya que el artículo 33 del CPM establece que el tiempo de prisión sufrida por los militares no profesionales se les abona como tiempo de servicio efectivo.

tro TC en reiterada jurisprudencia: así las STC, s, de 22 de abril de 1981, de 8 de mayo de 1981, 18 de junio de 1981, de 12 de mayo de 1982, de 18 de octubre de 85, entre otras; por su claridad, merece destacarse la 61/1984, de 16 de mayo de 1986, que establece: «la tutela de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24.1 de al CE comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un plazo razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

Dice ROJAS CARO que «la tutela judicial supone sustancialmente tres cosas: derecho a la jurisdicción, derecho a una resolución fundada y derecho a los recursos legalmente establecidos» (18).

Pero en el Derecho Disciplinario Militar este principio se encuentra, al menos aparentemente, truncado por el artículo 51, que veda el acceso al control judicial de los actos administrativos que, causando estado, imponen sanciones por falta leve; esta cuestión será tratada más extensamente en su momento.

F) *Principio de interdicción de la indefensión*

Este principio aparece *in fine* en el artículo 24.1 de la CE; cuando analicemos las garantías del procedimiento veremos que éstas persiguen evitar que, en todo momento, se produzca indefensión. Así en los artículos 37 (faltas leves), 40, 41 (faltas graves) y 69, 72 (faltas extraordinarias) se da audiencia al interesado o se le proporciona la vista del procedimiento.

También cuando se le autoriza al encartado a proponer pruebas para su defensa (faltas graves y extraordinarias) o a contar con el debido asesoramiento en los procedimientos que por estas faltas se instruyen y además a obtener una sanción coherente con el ilícito imputado y no por hechos diferentes a los contemplados en el procedimiento y, finalmente, a interponer los recursos que se encuentran establecidos en la LODM.

G) *Otros principios*

Se dan, además, en la aplicación de la LODM, otros principios tales como los de oficialidad, publicidad, *favor acti*, *in dubio pro actione*, por supuesto el

(18) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 99.

de gratuidad, el de conservación a favor del perjudicado de todas las acciones penales y civiles que le asistan, el de la inadmisión de la *reformatio in peius* (que se contemplaba en el artículo 424 del derogado CJM), los de culpabilidad, igualdad ante la Ley, celeridad, irretroactividad... y también el de la presunción de inocencia, en la actualidad elevado al rango de derecho fundamental por el artículo 24.2 de la CE de 1978.

5. LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El fundamento de esta *potestas* se encuentra en esa supremacía especial, de la que hemos hablado anteriormente, del Estado sobre las personas especialmente vinculadas a la Administración (19).

En el DDM la encontramos regulada en los artículos 5º y 19 a 32 de la LODM y decir que, a modo de recordatorio, comprende las facultades de corregir y sancionar, se atribuye por cargo o función (no por empleo), no es para todos igual, en principio es indelegable (existen excepciones en caso de Unidades aisladas o destacadas) y que, además, todo militar tiene la obligación de corregir y sancionar, en su caso, las faltas que observe según prescribe el artículo 18 de la LODM y el artículo 90 de las RR.OO.FAS. que dice: «velará por la fiel observancia de la disciplina en su Unidad y caso de hallar falta será responsable de ella si no tomare la providencia correspondiente para evitarla o corregir a los culpables».

Debemos distinguir entre:

POTESTAD DISCIPLINARIA: Aquella que tiene el que ostenta un cargo o ejerce una función determinada (art. 5º de la LODM).

COMPETENCIA SANCIONADORA: Se exige como un «plus», a aquellas personas investidas de potestad disciplinaria, para poder imponer correctivos. Requiere que el presunto infractor le esté subordinado directamente, y además por la categoría de éste pueda sancionarle (no se puede sancionar a todos los subordinados directos, en algunos casos) y que la sanción esté dentro de las atribuciones que la LODM le confiera (sobre todo en cuanto a tipo de correctivo y duración o extensión del mismo). (Arts. 19 a 32 de la LOMD.)

(19) Véanse las sanciones de autoprotección en epígrafe I.1 de este trabajo.

III. LAS FALTAS LEVES

1. LOS TIPOS

Las conductas que se consideran faltas leves se recogen en los 33 epígrafes del artículo 8º de la LODM, cumpliendo los principios de legalidad y tipicidad expuestos.

2. LAS SANCIONES A IMPONER

Para los infractores, por acción u omisión, de las conductas tipificadas como faltas leves en el artículo 8º, se establecen en el artículo 10 unas sanciones determinadas; éstas son:

- Reprensión (definida en el art.12).
- Privación de salida de la Unidad o de permisos discrecionales (contemplada en el art. 13).
- Arresto de uno a treinta días (desarrollado en el art. 14).

Es un *numerus clausus* y toda sanción no descrita anteriormente que, excluida la amonestación verbal o advertencia que, según previene el artículo 12, no constituye sanción disciplinaria, pudiera imponerse por una Autoridad o Mando, constituiría una infracción del ordenamiento jurídico o una desviación de poder por su parte.

Merece la pena destacar la supresión por la LODM de las sanciones previstas en el artículo 416 del CJM tales como «el recargo en el servicio mecánico», acertada decisión ya que se devaluaba la categoría del servicio pues lo prestaba el personal que por turno le correspondía y además el arrestado, rompiéndose el principio de equidad que debe presidir el nombramiento para cualquier servicio o función durante el cumplimiento del Servicio Militar.

3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) *Objetivos*

Tiene este procedimiento administrativo fundamentalmente dos objetivos:

- Restablecer la disciplina quebrantada en el seno de la Institución Militar.
- Respetar las garantías y derechos que tiene el presunto infractor.

El lograrlos es el fin del Título IV de la LODM; a continuación, trataremos de exponer cómo lo intenta.

B) Obligación de proceder

Los artículos 18 y 34 de la LODM imponen a todo militar el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores y además le obliga, si tiene competencia sancionadora, a sancionarlas si lo considera oportuno; en caso contrario deberá dar parte a quien la tenga. En el mismo sentido se contempla en el artículo 90 de las RR.OO.FAS. (20).

Al ser una obligación genérica debe cumplirla pues en caso contrario podría, él mismo, ser objeto de una sanción por violar la norma establecida (art. 8º.1 ó 8º.33, ambos, en relación con el artículo 90 de las RR.OO.FAS.).

C) El parte

A efectos del DDM viene definido en el artículo 35 de la LODM; no obstante, ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO nos recuerdan el concepto tradicional de parte en la milicia: «Toda noticia comunicada, de palabra o por escrito, a un superior jerárquico acerca de un hecho relacionado con el servicio» (21).

— SUJETO ACTIVO:

Debe formularlo un militar, el paisano formularía una denuncia.

Recordemos que el parte tiene como finalidad poner en conocimiento del Mando con competencia sancionadora sobre el presunto infractor su conducta para castigarla —si es merecedora de ello—, si el militar que tiene conocimiento de ésta carece de aquélla.

— REQUISITOS:

- Se dirigirá a la Autoridad o Mando con competencia sancionadora, nunca a un militar de inferior empleo; si se desconoce a esa Autoridad se dirige al Mando de la Región o Zona Militar.
- Se redactará por escrito y se cursará por conducto reglamentario; este requisito puede sustituirse por un informe verbal si la Autoridad o Mando que lo reciben lo consideran suficiente.
- Contendrá:

(20) El contenido de este artículo figura en el epígrafe II.5 de este trabajo.

(21) ÁLVAREZ ROLDÁN y... *Op. cit.*, pág. 288.

- Un relato claro y escueto de los hechos.
- Las circunstancias concurrentes en esos hechos y en el presunto infractor.
- Su posible calificación.
- La identidad del presunto infractor, o los datos tendentes a su posible identificación.
- La identificación y firma del emisor del parte.
- Estos requisitos se encuentran desarrollados en el epígrafe XIV de la OM 43/86.

D) El instructor

Será la Autoridad o Mando que tenga la competencia sancionadora necesaria para imponer el correctivo que merece la conducta analizada (art. 37 de la LODM).

E) Fase de instrucción

La instrucción del procedimiento será preferentemente oral y sumaria, para un pronto restablecimiento del quebranto sufrido por la disciplina.

El instructor:

- Verificará la exactitud de los hechos, si los conoció mediante parte o denuncia.
- Los esclarecerá, si tuvo conocimiento personal de los mismos, por observación directa.
- Oirá al presunto infractor.
- Comprobará la tipificación de la conducta, y
- Caso de ser necesario, impondrá la sanción correspondiente.

Todo ello aparece regulado en el artículo 37 de la LODM y en el epígrafe XIV-2 de la OM 43/86.

F) Fase de resolución

Esta fase será, preceptivamente, escrita.

Contendrá:

- Breve relato de los hechos.

- Manifestaciones del infractor.
- Calificación de los hechos. citando el epígrafe del artículo 8º que los tipifica.
- Sanción impuesta, si procede.
- En su caso, lugar y circunstancias de cumplimiento.
- Recursos que procedan, plazo hábil y Autoridad o Mando ante quien interponerlos.

Autoriza el artículo 38 *in fine* la sustitución de la notificación personal que previene el artículo 36 cuando el infractor sea «no profesional» por la publicación en el cuadro de arrestos de la Unidad, notificación que, acertadamente, ROJAS CARO y FORTÚN ESQUIFINO denominan «edictal»; los mismos autores exigen, en esta notificación, citar el apartado del artículo 10 en el que cita la sanción, circunstancia exigida por la letra de la LODM y por la de OM 43/86, que da normas para su aplicación, y que es consecuencia del principio de tipicidad de las sanciones ya estudiado (22).

No debemos olvidar, tampoco, la obligación, de la persona que instruye este expediente, de notificar la resolución adoptada, sea cual fuere —sancionar o no—, además de al presunto infractor, al que dió el parte y a la persona que deba, en su caso, anotar la sanción en la documentación personal del sancionado.

4. LAS GARANTIAS DEL SANCIONADO

Cuando entran en juego situaciones *restrictivas* de libertad, siendo ésta uno de los bienes más apreciados por el hombre después de su propia vida, se debe tender a proporcionar el máximo de garantías posibles al infractor teniendo en cuenta que la disciplina y la subordinación jerárquica son valores protegidos, en el seno de las FAS, por el TC en sentencias de 15 de junio de 1981 y de 24 de mayo de 1983 (23).

A) Regulación del DDM por Ley Orgánica

La primera garantía que tiene el sancionado viene impuesta por la propia CE, según ha quedado expuesto anteriormente (24). Esta garantía la proporciona el legislativo cuando promulga la LODM.

(22) ROJAS CARO... *op. cit.*, págs. 174-301, y véase el epígrafe II.4.B de este trabajo.

(23) El texto de la jurisprudencia que interesa de las mismas se encuentra recogido en el epígrafe I.3 de este trabajo.

(24) Véase el epígrafe I.1 de este trabajo.

B) *Respeto de los Derechos constitucionales*

La propia *norma normarum* lo establece y exige y así se contempla en la propia LODM y normas desarrolladas de la misma; por su importancia debemos destacar tres derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la CE, a saber: la presunción de inocencia, la no obligación a declarar contra sí mismo y la no obligación de confesar su falta.

C) *Proporcionalidad entre conducta y sancion (25)*

Consecuencia del artículo 6º de la LODM que dice «las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con las conductas que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar no profesional para graduar las sanciones con menor rigor».

A la hora de imponer la sanción se tendrá en cuenta:

- La gravedad de la conducta.
- El perjuicio sufrido por la Institución (imagen, descrédito, desprestigio,...).
- Conducta pública o privada.
- Mal ejemplo impartido...

En este sentido la Sentencia del Tribunal Territorial Primero Sección Segunda, de 2 de febrero de 1990, confirmada por la STS 5ª número 8/90, de 1 de octubre, proclama: «es doctrina consolidada en el ámbito sancionador civil, desde luego extensible al castrense, que la facultad de graduación de la corrección disciplinaria debe estar presidida por el principio de proporcionalidad entre falta y sanción».

D) *Individualización de la sanción (25)*

Es la segunda consecuencia del artículo 6º de la LODM, que recoge, en su espíritu, las disposiciones del artículo 14 de la CE, y que debemos poner en relación con el artículo 21 del CPM, que dispone: «serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximente...».

(25) He preferido incluir como garantías estos conceptos, aunque quizá pudieran incluirse en el apartado de sanciones, porque también son *in fine* una garantía personal en el tratamiento de su conducta (ilícito administrativo).

De este precepto se deduce la existencia de unas:

a) *Circunstancias concurrentes en la persona*

Hemos observado esa remisión a las circunstancias (de carácter objetivo o subjetivo) eximentes y atenuantes del CP, recogidas en sus artículos 8º y 9º, a las agravantes previstas en el 10, así como la circunstancia mixta establecida en el artículo 11. Todas ellas deberán ser tenidas en cuenta por el Mando a la hora de evaluar conductas tipificadas, como faltas leves, en el artículo 8º de la LODM para sancionarlas en persona concreta.

b) *Atenuantes específicas militares*

De nuevo es preciso acudir al CMP, en este caso a su artículo 22, que previene: «en los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes...»; y en su texto menciona a presencia menor de 30 días en el cuartel desde su incorporación o la existencia de provocación, inmediata y anterior a la conducta delictiva, por parte del superior o situación similar, circunstancias que deberán estar presentes en la mente del sancionador antes de imponer cualquier correctivo.

c) *Referencia a la afección al interés del Servicio*

Tercera de las imposiciones del precepto que se está analizando, debemos señalar que se trata del daño *efectivo* que el servicio sufra como consecuencia de la falta, y que será el único a tener presente a la hora de establecer la sanción correspondiente.

E) *Condición personal del infractor*

La última de las consecuencias del artículo 6º, es que se tiene en cuenta la condición de NO PROFESIONAL para que el sancionador tenga «menor rigor» al graduar la sanción a imponer.

En este aspecto se ve que la *profesionalidad* es una condición personal que implica mayores deberes y también, a efectos disciplinarios, mayor responsabilidad. Piénsese en el mal ejemplo que puede proporcionar un Mando al cometer una falta ante sus subordinados.

CALDERÓN SUSÍN critica, al analizar el artículo 35 del CPM, esta posición del legislador, al afirmar: «se convendrá que existe un granado mazo de argumentos en contra del criterio que se acoge en el último inciso del párrafo 1º del artículo

35 del Código Penal Militar y que cierra el denso catálogo de los ofrecidos al juzgador, añadiendo al mismo un elemento perturbador e incoherente» (26).

Creo que el minucioso estudio del profesor CALDERÓN SUSÍN debe ser modulado en cuanto a su aplicación en el seno de la LODM ya que se debe buscar corregir conductas desviadas y no sancionar duramente al infractor no profesional que no conoce en profundidad la normativa militar.

F) Las RR.OO.FAS.

Que, como se sabe, constituyen la norma moral que rige a la Institución Militar, en su texto articulado establecen una serie de obligaciones, amparadas por la propia LODM; y así en su artículo 35 se previene: «... no prodigará las reprensiones, sino que las usará con un fundado motivo y siempre con justicia»; se observa que es coherente con la idea de *justicia* que inspira todo el ordenamiento jurídico estatal y, además, que pide al militar que sea parco al reprender; en la misma idea insiste el artículo 91.

El artículo 171 debe tenerlo presente, en todo momento, cualquier mando y más a la hora de sancionar; por su importancia lo reproducimos a continuación: «la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir el mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquiera otra vejación o limitación indebida de sus derechos», precepto que no se debe olvidar pues podría, el sancionador, incurrir, si lo violase, en una de las faltas que la misma LODM contempla (art. 8º.33 en relación con el 171 de las RR.OO.FAS.).

En el artículo 185 se prohíbe, en el seno de las FAS, cualquier tipo de discriminación, también a la hora de sancionar; para obligar, en el artículo 198, a corregir las faltas con arreglo a lo dispuesto por las leyes (está vedando de raíz las posibles extralimitaciones en las sanciones disciplinarias).

El artículo 73 encarga al oficial el «cuidado de sus subordinados», para obligar el artículo 75 al Mando de cualquier Unidad a que todos tengan «buen trato, pronta justicia...».

G) La LODM

Es la propia ley disciplinaria la que establece el mayor número de garantías para los propios sancionados, estableciendo unos *tipos* en los que pueden

(26) BLECUA FRAGA, R. y otros. *Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 542 a 545.

incurrir los sancionadores si no tienen en cuenta los derechos de los sancionados.

a) *El artículo 8º*

Contiene los siguientes tipos:

- 8º.11: «La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto...»
- 8º.14: «Corregir a un subordinado de forma improcedente, o imponerle una sanción desproporcionada.»
- 8º.15: «Ofender a un subordinado con hechos o palabras indecorosas o indignas.»
- 8º.33: (27).

Estos tipos señalados protegen contra un presunto desvío de poder por parte del Mando sancionador o contra la imposición de una sanción improcedente o desproporcionada.

b) *El artículo 9º*

Recoge la siguiente conducta como falta grave:

- 9º.11: «Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar grave perjuicio al subordinado o...»

La conducta expresada protege al inferior de cualquier arbitrariedad, incluso sancionatoria, del superior al imponer a éste, si la comete, una grave sanción.

c) *Los artículos 19 a 32*

Al establecer una competencia sancionadora, para cada Autoridad o Mando, proporcional a su preparación y grado de responsabilidad, teniendo en cuenta la función o cargo que desempeñan, protegen al *infractor* de sufrir graves sanciones por las faltas leves que cometa, ya que los mandos inferiores están investidos de menor competencia en cuanto a tipo de sanción y duración de la misma.

(27) El contenido de este epígrafe figura en el epígrafe II.3.B de este trabajo.

d) *El artículo 37*

Precepto, ya estudiado, y que obliga a graduar la sanción, nueva garantía para el presunto incumplidor de la normativa militar; además establece, bajo nulidad de la resolución sancionadora que se adopte, la obligación de dar audiencia al infractor, lo que dará ocasión de alegar cuanto estime oportuno para su defensa, o descargo.

e) *Título IV, Capítulo V de la LODM*

Está dedicado en su totalidad a regular los recursos que se estudiarán seguidamente y que constituyen la última garantía que esta Ley otorga a su infractor cuando, por ello, es sancionado.

f) *Disposición Adicional Cuarta de la LODM*

Remite a la Ley de Procedimiento Administrativo y a la Ley Orgánica Procesal Militar, para su utilización, como normas subsidiarias, en toda cuestión de procedimiento o recurso no contemplada en la LODM, tratando de evitar lagunas en estos aspectos garantes de todo infractor.

H) *Notificación de la resolución recaída al interesado*

Además de las imposiciones establecidas en el artículo 38 de la LODM juegan, en esta notificación, las señaladas en la LPA artículo 79.1 en cuanto a la notificación: que deberá ser por escrito (artículo 41.1) y la resolución sancionadora deberá estar motivada según exige el artículo 43.1. a del mismo texto legal.

5. LOS RECURSOS

Como ha quedado expuesto anteriormente los recursos constituyen la última de las garantías que, el ordenamiento jurídico en general y la LODM en particular brindan al sancionado que, como consecuencia de las disposiciones previstas en esta Ley, considere no ajustado a Derecho el correctivo que se le ha impuesto.

Podemos decir que tradicionalmente, en los Ejércitos, el militar podía acudir hasta el Jefe del Estado con la representación de su agravio; así se recogía, a efectos disciplinarios, en el artículo 1007 del CJM.

Esta tradición se ha mantenido en las actuales RR.OO.FAS. en su artículo 201; de esta manera «el militar que se sintiese agraviado podrá promover recurso, haciéndolo por sus Jefes y con buen modo y cuando no lograse de ellos la satisfacción a que se considere acreedor, podrá llegar hasta el Rey con la representación de su agravio».

Este derecho, no obstante, queda vedado *expresamente* en todo lo que se refiere a disciplina militar por la disposición adicional cuarta de la LODM.

Veamos ahora cómo se encuentran regulados los recursos en materia disciplinaria militar:

A) EN LAS RR.OO.FAS.

La norma moral de la Institución Militar establece en su artículo 200: «todo militar podrá interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a Derecho»; para imponer en su artículo 204: «todo Jefe deberá recibir y tramitar con el informe que proceda o resolver, en su caso, los recursos, peticiones o partes formulados por un subordinado en ejercicio de sus derechos».

Como vemos, la primera norma autoriza a recurrir a quien se considere perjudicado y la segunda le protege contra la obstrucción en sus recursos o quejas y le garantiza que sus recursos serán tramitados o resueltos por sus jefes.

B) En la LODM

Esta norma ha querido dar especial relieve e importancia a estos actos de *última garantía* para los sancionados al dedicar todo un Capítulo a regularlos.

a) Artículo 49

Prescribe: «el militar al que se haya impuesto sanción disciplinaria podrá recurrir por escrito contra ella sin perjuicio de su cumplimiento. Los recursos serán siempre motivados y en ningún caso podrán hacerse de forma colectiva».

En este artículo se establece una garantía que permite revisar la resolución sancionadora, cuando el corregido no la considere ajustada a Derecho o lesiva para sus intereses.

SUJETO ACTIVO: Debe interponerlo, precisamente, el militar sancionado: así se pronuncia ROJAS CARO cuando sostiene: «el curso reglamen-

tario (...) exige implícitamente la actuación personalísima del propio interesado, sin intermediario» (28).

Cuatro requisitos deben tener estos recursos:

- **Formularse por ESCRITO:** Veda esta disposición la oralidad y ello es debido, en nuestra opinión, aparte de una imposición del artículo 114 de la LPA y del precepto en estudio, a la decisión de establecer una mayor «seguridad» en esta garantía, ya que permitirá a la Autoridad *AD QUEM* conocer la petición tal como se ha formulado, además de dejar constancia escrita de la misma.

El escrito no está sometido a forma específica concreta, salvo los requisitos que establece el artículo 114 del DALPA, y que se refieren a datos personales y de destino a efectos de notificación y comunicaciones, fundamentalmente.

- **MOTIVADO:** Es una imposición del artículo 115 del DALPA y debe fundarlo, el militar sancionado, en «cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluso en la desviación de poder»: por tanto, se puede fundamentar la impugnación en la negación de los hechos imputados (por no ser ciertos o no haberlos cometido el recurrente), en la calificación dada a los mismos por el sancionador (alegando ser errónea), o en la misma sanción (que puede considerarse improcedente o desmesurada).

Para una mejor fundamentación deberán hacerse constar el motivo de la impugnación, los preceptos legales que la amparan, la jurisprudencia existente al respecto e incluso los pronunciamientos doctrinales sobre el tema (estos últimos datos caso de conocerlos, por supuesto).

- **INDIVIDUAL:** El artículo en estudio impide el recurso colectivo para el caso de varios sancionados; no debe olvidarse que el artículo 9º.14 de la LODM establece un tipo de falta grave consistente en «hacer reclamaciones (...) o formularlas con carácter colectivo», y ello es debido a la especial configuración jurídica de la Institución Militar lo cual no impide que el escrito de recurso sea idéntico para todos, variando los datos personales nada más, si hay identidad en los hechos recurridos.

(28) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 177.

b) *Artículo 50*

Este artículo presenta el siguiente texto: «el recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico señalado en el artículo 19 y, en su caso, lo previsto en el artículo 32. Podrá interponerse en un plazo que se iniciará el día siguiente al de la notificación de la sanción y finalizará a los quince días de su cumplimiento cuando entrañe la restricción o privación de libertad, o de su notificación en los demás casos.

Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa el recurso procedente será el de súplica, que se podrá interponer ante dicha Autoridad en la forma y plazos señalados en el párrafo anterior».

A continuación procederemos a su estudio.

- **CONDUCTO REGLAMENTARIO:** Es una imposición de este artículo y del apartado XVII de la OM 43/86 y también por lo dispuesto en el artículo 123.1 del DALPA.

El tradicional curso reglamentario puede hacer coincidir en una misma persona la calidad de sancionador y de receptor del recurso, lo cual no constituye, en contra de lo que pudiera pensarse, un detrimento en las garantías del recurrente, ya que podría aquélla, en caso de no darle curso a la reclamación, incurrir en la falta leve 8.13, que establece: «interceptar o devolver a su origen, sin dar el curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por sus subordinados». De nuevo la propia norma tiene sus propios recursos para garantizar, plenamente, su cumplimiento sin perjuicio para terceros.

- **AUTORIDAD *AD QUEM*:** Para conocerla debe acudirse al escalonamiento jerárquico que establecen los artículos 19 ó 32 de la LODM y ver quién es ese inmediato superior.

Excepciones:

- Si el sancionador es el Ministro de Defensa el recurso se planteará ante esa Autoridad y será un recurso de súplica.
- Caso del segundo recurso que establece el artículo 51 de esta Ley, podrá darse un salto y acudir, en su caso, ante el Jefe de la Unidad.

No constituye ningún problema para el recurrente el desconocer quién es la Autoridad *AD QUEM* ya que, por imperativo de la LPA, el DALPA y del

conducto reglamentario, la persona que reciba el recurso deberá tramitarlo a quien deba resolverlo.

- **PLAZO DE INTERPOSICION:** Establece la norma un plazo de 15 días a contar desde:
 - el siguiente al de la notificación si no estamos ante un arresto privativo o restrictivo de libertad.
 - el total cumplimiento de esos arrestos.Debe acudirse a la LPA (norma supletoria) para entender qué se entiende por días hábiles, concepto determinado por su artículo 60.
- **PLAZO DE RESOLUCION:** La LODM y la OM 43/86 guardan silencio al respecto; el problema lo ha solventado el legislador en el artículo 466 de la LOPM, que dice: «las Autoridades y Mandos competentes para resolver los recursos en vía disciplinaria, dictarán resolución en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la recepción de la interposición».

Este plazo establecido evita la inseguridad jurídica y agiliza los plazos para conocer las diferentes situaciones personales de los recurrentes; además en el artículo 467 de la misma LOPM se establece *el silencio negativo*, si han transcurrido más de «dos meses» sin recibir contestación al recurso interpuesto.

c) *Artículo 51*

Establece este precepto: «contra la resolución por la que se impone sanción por falta leve, sólo cabrá el recurso establecido en el artículo anterior, excepto cuando la resolución del mismo haya correspondido a un Mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque, o Unidad similar, que podrá interponerse, en su caso, un segundo recurso ante dicho Jefe o Comandante en el plazo de quince días a partir de la notificación de la resolución que se recurre, quien deberá resolver en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo sin resolución, el sancionado podrá acudir a la Autoridad superior que corresponda de las incluidas en el artículo 22.

Contra las resoluciones dictadas en el párrafo anterior no cabrá recurso alguno».

Nos encontramos en el estudio de uno de los artículos que más polémica ha suscitado entre la doctrina, y en el que trataremos de poner de manifiesto

la mayor parte de las posturas conocidas por el que ejecuta el presente trabajo.

Se establece, en primer término, en este artículo un segundo recurso que debemos entender es de ALZADA, como el del artículo anterior, aunque nada diga al respecto la LODM o la OM 43/86; pero así se denominan en el artículo 122 de la LPA y así los ha llamado, por fin, el artículo 465 de la LOPM.

El sistema establecido es idéntico al analizado en el artículo anterior y a él nos remitimos, pero en éste se establece desde el principio un plazo para su resolución y, además, en caso de silencio se abre automáticamente la vía para poder acudir al Superior jerárquico.

En la denominación de este recurso se divide la doctrina, pues mientras FORTÚN ESQUIFINO lo considera como tal, ROJAS CARO lo califica de auténtica queja, postura que justifica sobradamente en su libro *Derecho Disciplinario Militar* (29).

Quizá sea esta una garantía adicional ya que, según vamos a ver a continuación, no cabrá recurso judicial posterior —en principio— según la letra de la LODM.

El por qué de esta segunda alzada podríamos encontrarlo en la LPA, así como en la mayor madurez y formación de la persona que ejerce como Jefe de Unidad y en su mayor alejamiento —físico— del sancionador y sancionado, lo que permite, si cabe, mayor objetividad.

Esta es nuestra opinión a la vista de todo lo dicho anteriormente y lo que exponemos a continuación.

Y ahora entra en juego el párrafo final del artículo 51, que veda cualquier tipo de recurso ulterior. ROJAS CARO mantiene, en principio, la no posibilidad del recurso judicial normal —el contencioso-disciplinario militar— contra las sanciones por falta leve, en base a la propia LODM, la memoria de la legislatura del Ministerio de Defensa y la doctrina del TC; dice el citado autor, a continuación, que «la STC de 15-6-1981 se inspiró en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Engels y otros de 8-6-1976», para finalizar su razonamiento diciendo «son contrarios al recurso judicial en faltas leves, pues éstas —que no conllevan privación de libertad sino sólo restricción de libertad— permiten, sin escrúpulo alguno, la inaplicación del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE» (30).

(29) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 179.

(30) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 180.

El legislador español, años después, al promulgar la LOPM, es coherente con estos principios y excluye a las faltas leves del contencioso-disciplinario militar (art. 468.b).

Pero, volviendo al mismo autor, vemos cómo pone de manifiesto la ilusoriedad de ese veto, ya que siempre se podrá interponer el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario regulado en los artículos 453.3 y 518 de la LOPM, «porque siempre se encontrará un derecho fundamental teóricamente lesionado que permita fundamentar con éxito la admisión a trámite de este recurso» (31).

Por cierto, que ambos preceptos han sido impugnados ante el TC mediante una cuestión de inconstitucionalidad (la 2117/1989, admitida a trámite por providencia de 13 de noviembre del TC, por poder infringir el artículo 53.2 de la CE, BOE número 279 de 21-11-1989), planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Un estudio amplio sobre este artículo fue realizado por LÓPEZ RAMÓN en su artículo: «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar». En él lo presenta como «quiebra del sistema de control judicial de la Administración» y entra seguidamente a estudiar la presunta inconstitucionalidad del presente artículo de la LODM (32). Su preocupación por el tema le llevó a realizar un nuevo artículo después de la promulgación de la LOPM bajo el título «El recurso contencioso-disciplinario militar» (33), en el que dedica un epígrafe a «La ausencia de garantía judicial en las sanciones por faltas militares leves»; de su lectura, y a la vista de las nuevas leyes militares, se deduce que sus planteamientos del primer artículo resultan ciertos y salen reafirmados, prueba de ello es su párrafo final, que dice: «En definitiva, el artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar y el artículo 468.b) de la Ley Procesal Militar, al excluir el recurso judicial contra las sanciones disciplinarias militares por falta leve, son inconstitucionales, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución. Vicio que cabe esperar se declare en breve por el Tribunal Constitucional, ante quien pende cuestión de inconstitucionalidad contra el primero de los preceptos citados».

El artículo 51 ha sido motivo de otras cuestiones de inconstitucionalidad; así la nº 229/1989, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

(31) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 180.

(32) LOPEZ RAMÓN, F. «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 54, abril-junio de 1987, págs. 178 y ss.

(33) Véase en nota número 8 de este trabajo.

de la Audiencia Territorial de Burgos, por vulneración del artículo 24.1 de la CE que fue admitida a trámite por providencia del TC, de 6 de febrero de 1989 (BOE nº 41, de 17-02-89) (a ella se refiere el profesor LÓPEZ RAMÓN en el texto de la anterior cita), y que declaró extinguida, el mismo Tribunal, por AUTO de 17 de octubre del mismo año (BOE nº 256, de 25-10-89). Y ello lo hace en base a su reiterada jurisprudencia al respecto (véanse en este sentido las STC.s de 18 de junio de 1981, de 12 de mayo de 1982 y AUTO de 25 de enero de 1984). También la STS, de la Sala Quinta, de 23 de septiembre de 1987, en su fundamento de derecho primero sostiene «se trata, por tanto, de una sanción disciplinaria impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas por su Jefe respectivo dentro del ámbito estrictamente castrense, que la CE (art. 117.5) reserva a la jurisdicción militar y cuya revisión, por tanto, está sustraída al conocimiento de la jurisdicción administrativa».

La STS 5ª nº 8/90, de fecha 1 de octubre de 1990, antes mencionada, en su fundamento de derecho SEGUNDO sostiene: «... acudió a solucionar el tema planteado al promulgar la Ley Procesal Militar (...) De esta forma quedaba completo el sistema normativo y se producía la siguiente situación legal:

- A) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.
- B) Se instaure la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumario, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten el ejercicio de los Derechos Fundamentales. Con esta innovación la normativa procesal militar se ciñe al mandato constitucional, contenido en el artículo 53.2 y se completa el artículo 51 de la Ley de Régimen Disciplinario, cumpliendo una exigencia insoslayable al regular la tutela de los Derechos Fundamentales, en vía jurisdiccional».

Por todo lo analizado, y a pesar de la opinión de gran parte de la doctrina (LÓPEZ RAMÓN, FERNÁNDEZ SEGADO, MILLÁN GARRIDO, SANZ GANDESEGUI, ROGRÍGUEZ VILLASANTE Y NAVARRO BELMONTE) que considera inconstitucional este inciso final del artículo 51 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, creemos que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tri-

bunal Superior de Justicia de Andalucía será desestimada por el TC, resolución que, por otra parte, aportará un poco de claridad a tan oscuro tema.

Nos encontramos ante un artículo bastante polémico, por lo menos en cuanto a su último párrafo se refiere, y así lo ha entendido la doctrina que dirige, preferentemente, hacia él sus estudios.

d) *Artículo 53*

Este precepto señala: «La Autoridad ante la que se recurre comprobará si se ha respetado el procedimiento establecido, llevará a cabo las averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos, su calificación y la sanción impuesta, que podrá anular, disminuir o mantener. La resolución adoptada se notificará al recurrente y a la Autoridad que impuso la sanción.»

Se establecen en este artículo nuevas garantías, tanto para el procedimiento como para el sancionado, ya que la Autoridad *AD QUEM* deberá revisar tanto la forma como el fondo de la resolución sancionadora objeto del recurso que se presenta.

— En cuanto a la **FORMA**:

- Deberá comprobar si se han respetado escrupulosamente tanto las normas que regulan el procedimiento como todas las garantías que amparan al sancionado, intentando descubrir si existe algún defecto o vicio que pueda invalidar lo actuado.

— En cuanto al **FONDO**:

- Revisará o reconsiderará los **HECHOS** para comprobar que son los que figuran en el procedimiento, o bien si han sido desfigurados o variados durante su intrucción.
- Analizará la **CALIFICACION** que de los mismos ha hecho el mando sancionador.
- Repasará la **SANCION IMPUESTA** para ver si se adecúa a las normas legales, si guarda proporción con la conducta sancionada y si ha sido objeto de individualización.

— Actuación de la Autoridad *AD QUEM*:

- Si se ha respetado la forma y los hechos concuerdan, se fijará en la sanción impuesta:
 - Si la considera adecuada la mantendrá.
 - Si la considera excesiva la disminuirá.

- Si considera que no ha existido motivo para sancionar la anulará.
- Si considera que no se ha respetado la forma:
 - Ordenará que el expediente se retrotraiga al momento, inmediatamente anterior, al fallo que lo invalida, dejando sin efecto el resto, sanción incluida.
- Si considera que el sancionador se ha excedido o ha incurrido en desviación de poder, además de tomar la providencia que considere oportuna, respecto del sancionado y su sanción, adoptará las medidas disciplinarias con el sancionador.
- Finalmente todas las resoluciones que adopte las notificará al recurrente y al Mando sancionador.

IV. RECAPITULACION FINAL

El presente trabajo ha obviado, pues no era este su objeto, las normas relativas al cumplimiento de las sanciones y las referentes a la anotación de las mismas y su cancelación, cuando proceda, en el expediente personal del infractor, que podrían ser objeto de un trabajo posterior.

Todo el problema planteado, tan candente y de actualidad, proviene en nuestra opinión del contenido del artículo 14 de la LODM, en el que al hablar del arresto como sanción prevista para faltas leves de uno a treinta días lo califica de **RESTRICCIÓN DE LIBERTAD**, término en el que radica el origen de la polémica y por si fuera poca la confusión creada surge la controvertida sentencia del TC, de 5 de marzo de 1985, que referida a un caso bastante particular y concreto vino a establecer el siguiente criterio: «el arresto domiciliario es **PRIVACIÓN DE LIBERTAD**, aun sin perjuicio del servicio».

No conocemos que, posteriormente, se haya pronunciado tan alto Tribunal en el mismo sentido.

El TC se ha apartado con la misma de su doctrina elaborada en las sentencias de 15 de junio de 1981 y de 24 de mayo de 1983, ya citadas anteriormente, puesto que, en base a ellas, se podría sostener que las garantías analizadas anteriormente quedan bastante cubiertas con los mecanismos de revisión establecidos en la LODM, haciéndolas compatibles con la ejemplaridad y prontitud que persiguen las sanciones para restablecer el quebranto de la disciplina militar y de la subordinación, valores considerados como primordiales en la Institución Militar por la doctrina del alto Tribunal, en las sentencias mencionadas.

La STS 5ª 8/90, ya mencionada, sostiene: «La sentencia recurrida entra a examinar cuestiones de legalidad ordinaria que se salen de la órbita de los De-

rechos Fundamentales invocados, que no pueden ser decididas en este procedimiento por no ser objeto de la tutela y protección jurisdiccional establecidos en el mismo.»

También sostiene, en el fundamento de Derecho SEXTO 3ª): «por ello se ha entendido ya que la simple retención en el domicilio durante períodos limitados y cortos de tiempo, así como la permanencia en la propia Unidad, no implican ataques al derecho a la libertad que proclaman los textos constitucionales. Esto ya lo subrayó una vieja sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 8 de junio de 1976 (caso Engel). Y ha tenido oportunidad de confirmarlo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos posteriormente». Por ello:

Creemos que la polémica queda abierta, pero si hemos podido aportar algo de luz con estas líneas nos daremos por satisfechos.