

REPRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTADO EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR

Inmaculada Peinado Aguilera
Teniente auditor

Resumen

La aplicación de los principios y garantías penales en el procedimiento administrativo-sancionador y, más concretamente, en el procedimiento disciplinario militar ha sido una cuestión debatida. La no traslación completa de los mismos ha dado lugar a la llamada aplicación «adecuada» de los principios. Entre estas situaciones, encontramos la especial consideración que implica el tratamiento del derecho de asistencia letrada. Al no extrapolarse plenamente el constitucionalmente consagrado derecho a la defensa, el encartado puede contar con el asesoramiento de abogado en ejercicio o militar. Ello da lugar, desde el punto de vista práctico, a determinadas problemáticas, especialmente en el ámbito de las notificaciones, así como a la necesidad de designación formal.

Palabras clave: Aplicación «adecuada», Asistencia letrada, Notificaciones, Designación formal.

Abstract

The application of criminal principles and guarantees in the administrative sanction proceedings, and more specifically, in the military disciplinary proceedings has been a controversial issue. The complete non-transla-

tion of these has led to the so-called “proper” application of the principles. Among these situations, we find the special consideration implied by the treatment of the right to legal assistance. Since the constitutional right to defence is not fully extrapolated, the accused may rely on the advice of a practicing lawyer or a military officer. From a practical point of view, this raises certain problems, in particular with regard to notifications and the need for formal designation.

Key words: “Proper” application, Legal assistance, Notifications, Formal designation.

SUMARIO

1. Aplicación de los principios penales en el procedimiento administrativo sancionador. 2. Aplicación al procedimiento disciplinario militar de los principios penales: la aplicación «adecuada». 3. Tratamiento normativo de las garantías constitucionales en el procedimiento disciplinario militar: evolución legislativa. 4. Asistencia letrada o de militar de confianza en el procedimiento disciplinario militar: régimen de notificaciones y necesidad de designación formal. 5. Conclusión.

1. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En la enumeración de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 (CE) encontramos el derecho de defensa y asistencia letrada. Esta asistencia se configura como esencial para evitar la indefensión en el procedimiento. Únicamente es posible que una parte en el procedimiento no ejerza su derecho a la asistencia letrada cuando lo permita la ley y las normas procedimentales aplicables al caso. Sin embargo, estos principios son propios del procedimiento judicial, y más específicamente, del procedimiento penal. La duda de si son aplicables a otros ámbitos, como es al derecho administrativo sancionador, ha sido despejada por numerosas sentencias. Esta aplicación concreta en el ámbito administrativo sancionador de los principios penales ha sido bastante analizada por la jurisprudencia. Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia 459/2017 de 15 marzo, fundamento jurídico octavo, establece:

De otro, la necesariamente matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitu-

cionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución» [...].

De modo que la traslación de las garantías del proceso penal al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal «sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3)»; y se condiciona a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador». La Sala Tercera del Tribunal Supremo en la citada Sentencia 459/2017, fundamento jurídico octavo, acerca de la aplicación en el procedimiento sancionador de los principios penales condiciona a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador». Por ello, las propias limitaciones en la aplicación de los derechos fundamentales a los derechos de defensa y asistencia letrada, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, así como al principio de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 del texto constitucional, provienen de la propia naturaleza y reglas del procedimiento administrativo sancionador. A este respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido esta plena aplicabilidad en la Sentencia 243/2007 de 10 diciembre, fundamento jurídico tercero, al resolver favorablemente la demanda de amparo con los siguientes fundamentos jurídicos:

[...] pues desde la STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18) (F. 2), hemos declarado la aplicabilidad a las sanciones administrativas, no solo de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE (considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado), sino que también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. En particular, respecto del derecho a la pre-

sunción de inocencia, este Tribunal ha declarado con reiteración que «rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador, garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad» (por todas, STC341/1993, de 18 de diciembre [RTC 1993, 341], dictada en el recurso de inconstitucionalidad relativo a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero [RCL 1992, 421], de protección de la seguridad ciudadana, aplicada en el procedimiento administrativo sancionador aquí sometido a enjuiciamiento).

2. APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR DE LOS PRINCIPIOS PENALES: LA APLICACIÓN «ADECUADA»

En el ámbito disciplinario militar, esta traslación de derechos también ha sido recogida jurisprudencialmente. En este sentido, la Sala Quinta del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 abril 2001 (RJ 2002\603), fundamento jurídico primero, dispone: «[...] en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución». No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dada las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional –fundamento jurídico 2.º de la Sentencia TC 18/1981 (RTC 1981, 18)–, lo que con referencia al procedimiento militar de carácter disciplinario se reitera en la sentencia del Tribunal Constitucional 21/1981 (RTC 1981, 21), al decir que «si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24 CE no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal».

La aplicación «adecuada» de los principios constitucionales de los artículos 24 y 25 en el ámbito administrativo sancionador, no solo viene determinada por el tipo de principio, pues veremos que no todos tienen su manifestación directa, sino también por las circunstancias especiales del procedimiento administrativo sancionador que hace que la intensidad de la plasmación de las garantías constitucionales se vea más limitada o ceda en mayor medida que en la manifestación más palmaria del *ius puniendi* estatal, que es el derecho penal. Las circunstancias especiales del procedimiento administrativo sancionador hacen que no se apliquen directamente

los principios constitucionales enunciados por la intensidad de esas garantías. En este sentido, la Sentencia 1828/2003 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (Sección 3.^a) de 17 de marzo de 2003, entendió que la aplicación en vía administrativa sancionadora de los principios generales del derecho penal no es total, pues en el ámbito criminal la intensidad de esas garantías es muy superior a la que pueda observarse en otros ámbitos del derecho, dado el carácter fundamental de los bienes jurídicos afectados por el proceso penal. No solo puede entenderse que, la aplicación diferenciada se fundamenta en la propia naturaleza de los principios protegidos en el ámbito penal, pues se protegen los bienes más dignos de protección de nuestro ordenamiento jurídico, sino también por otros motivos. En estos últimos pueden incluirse las «consecuencias» del procedimiento administrativo-sancionador son menos nocivas para el expedientado. Así, exceptuando el ámbito militar, por aplicación constitucional del artículo 25.3, la administración civil, nunca podrá privar de libertad al sancionado. Igualmente, las sanciones administrativas, con carácter generalmente económico, se entienden menos graves siempre que las penas. Por todo ello, es entendible esta diferencia de manifestación de los principios constitucionales en ambos ámbitos.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el ámbito en el que vamos a centrarnos, en el derecho disciplinario militar, hemos de analizar el tratamiento legal y expresión de los derechos de tutela judicial efectiva. Sin olvidar el ámbito disciplinario de la Guardia Civil, cuya aplicación jurisprudencial es esencial también para el entendimiento de la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas, en este caso vamos a incidir en el ámbito propio disciplinario castrense. Haciendo un recorrido legislativo dentro del paraguas constitucional de la legislación disciplinaria, encontramos que varias han sido las normas que regulado esta materia. A este respecto, nos encontramos tres normas, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; y la actualmente vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. La Ley Orgánica 12/1985 no establecía un precepto

concreto destinado a enumerar los derechos que asistían al encartado. El artículo 40 disponía:

[...] A la vista de las actuaciones se formulará por el instructor el correspondiente pliego de cargos, si hubiere lugar, en el que se hará constar los hechos que le sirven de funcionamiento, la calificación de los mismos conforme a esta ley y la responsabilidad en que por ello pudiera incurrir el encartado. El pliego de cargos se notificará al encartado con entrega de copia para que, [...] pudiendo proponer las pruebas que estime convenientes a su defensa.

De ello, podían identificarse los derechos a ser informado de la acusación y de plantear pruebas necesarias para la defensa del encartado. El precepto siguiente, el artículo 41, establecía que el informe sería notificado al encartado, dándole vista del procedimiento, lo que implica una aplicación del derecho fundamental de un proceso con todas las garantías. En lo relativo a la posibilidad de recurso contra la resolución sancionadora del artículo 43 de este texto legal, encontrábamos un derecho fundamental dentro del derecho al procedimiento con todas las garantías. De manera más velada y al final de un párrafo, en el artículo 41, estaba el derecho al asesoramiento de letrado o militar designado. Es importante destacar que esta ley orgánica, al igual que la posterior, hablaba del expediente gubernativo, lo que actualmente puede identificarse, no sin diferencias, con el procedimiento por faltas muy graves. Dada la mayor entidad de las infracciones que daban lugar a este procedimiento, si se quiere, mayor «intensidad» como hemos venido hablando *ut supra*, no solo se otorgaba al expedientado derechos como la proposición de pruebas pertinentes para su defensa (ver artículos 69 y 73 de la L.O. 12/1985); o el derecho a recurrir la sanción (artículo 76 de la norma); sino que también se regulaba en un precepto propio y solo dedicado a esta cuestión, la posibilidad del derecho de asesoramiento de letrado o militar designado al efecto. Ello se preveía en el desaparecido precepto 75. Como veremos posteriormente, este derecho en el ámbito disciplinario militar tiene un tratamiento específico con importantes consecuencias prácticas. Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, se mantuvo el procedimiento por faltas leves y por faltas graves, así como el expediente gubernativo. Las referencias a los derechos del expedientado son mayores que en la norma anterior, aunque todavía no existía una enumeración o lista incluida en un solo artículo, como ocurre en la actual Ley Orgánica 8/2014. En las Disposiciones Generales de Tramitación de los procedimientos de acuerdo con esta norma, encontramos

el principio de legalidad y tipicidad, que además en el momento de entrada en vigor de esta segunda ley sancionadora, se regulaban en el artículo 134 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por su parte, el procedimiento por faltas leves, en relación con el artículo 49 de la Ley Orgánica 8/1998, disponía que se debía seguir un procedimiento eminentemente oral, en el que se verificarán los hechos y se oír al presunto infractor en relación a los mismos, lo que es señal del derecho fundamental a ser informado de la acusación. Asimismo, el artículo 50 hablaba del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, indirectamente, al regular la posibilidad de recurso. En cuanto al procedimiento por faltas graves, el derecho fundamental a proponer pruebas estaba incluido en el 56.3; además de otra importante manifestación del derecho fundamental al proceso con garantías que es el conocer en cualquier momento el estado de tramitación del procedimiento (artículo 57). Por su parte, el derecho de asistencia letrada o por militar en esta norma orgánica iba más allá que en la ley de 1985. Así, su artículo 53.1 disponía: «El expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar este procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar que designe al efecto». Este mayor garantismo es palmario, en tanto que la norma anterior confería este derecho en un artículo diferenciado para el expediente gubernativo. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/1998 lo daba por supuesto al no tenerlo que regular diferenciadamente y remitir en su aplicación a un procedimiento de menor entidad, que es el procedimiento por faltas graves, procedimiento del que bebe el expediente gubernativo en este caso tramitado según esta norma, de acuerdo con el extinto artículo 63: «La incoación, tramitación y resolución del expediente gubernativo se regirá por las disposiciones establecidas en el capítulo anterior». En la norma actualmente vigente, la Ley Orgánica 8/2014, los artículos 46 y 50 enumeran, ya sí, los derechos de los que cuenta el presunto infractor para el procedimiento por faltas leves, y para el procedimiento por faltas graves y muy graves. El artículo 46 expresamente dispone:

Para la imposición de una sanción por falta leve la autoridad o mando que tenga competencia para ello seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oír al presunto infractor en relación con los mismos, informándole en todo caso de su derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, comprobará después si están tipificados en alguno de los apartados del artículo 6

y, si procede, impondrá la sanción que corresponda, graduándola de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22. 2. En el trámite de audiencia el presunto infractor será notificado de que podrá instar la práctica de pruebas, alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes, así como de que podrá contar con el asesoramiento y la asistencia a que se refiere el artículo 50.2.

En el ámbito del procedimiento por faltas graves y muy graves, que es el que más conocemos los Oficiales del Cuerpo Jurídico, porque son los que solemos ser designados instructores, los primeros no de manera preceptiva, pero si por mayor conocimiento y familiaridad con la norma, y los segundos por imperativo legal, se estima necesario remitirse siempre al actual artículo 50. Por ello, ya en expedientes de menor entidad, como son los expedientes por faltas leves, se reconoció expresamente este derecho, lo que evidencia ya el ánimo del legislador en cuanto a una mayor protección del expedientado.

4. ASISTENCIA LETRADA O DE MILITAR DE CONFIANZA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR: RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES Y NECESIDAD DE DESIGNACIÓN FORMAL

Adentrándonos en este derecho de todo expedientado en el procedimiento sancionador, es importante ver su significado, aplicación y consecuencias. Este derecho no lo encontramos únicamente en el derecho disciplinario militar. Otros ámbitos sancionadores administrativos lo prevén. Es de la aplicación jurisprudencial en diversos sectores jurídicos lo que ha permitido definir los límites de la aplicación de esta prerrogativa al expedientado. En este sentido se pronuncia la precitada Sentencia 1828/2003 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (Sección 3.^a) de 17 de marzo de 2003, fundamento de derecho cuarto, al no entender plenamente extrapolables los principios del derecho penal al derecho administrativo, expresando lo siguiente:

[...] Debemos ahora recordar, que, aunque los principios de derecho penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, la aplicación en vía administrativa no es idéntica a la operada en un proceso penal. En este la intensidad de las garantías es muy superior a la que pueda observarse en la aplicación de las normas en otros ámbitos jurídicos, y ello, dado el carácter fundamental de los bienes ju-

rídicos que se verán limitados y afectados en el proceso penal. Únase ello a lo dicho anteriormente, y téngase en cuenta para lo que se dirá a continuación. No existe un derecho, en cuanto indisponible, a la asistencia letrada durante la investigación, y, en general, tampoco existe un derecho a la asistencia letrada en vía administrativa –aunque sí en la investigación penal, donde es un derecho plenamente garantizado– y ello sin perjuicio de que el interesado pueda, voluntariamente nombrar letrado que le asista. No es pues, imprescindible la presencia de letrado en la investigación realizada por el Servicio, aunque puede estar presente a instancias de la interesada. Pero lo que es cierto, es que, tanto en el expediente administrativo como ahora en vía judicial, la actora pudo, y lo hizo, usar de todos los medios de defensa que le reconoce el ordenamiento jurídico, lo que impide apreciar la alegada indefensión.

En derecho administrativo sancionador, el derecho fundamental de asistencia letrada tiene, por tanto, bastantes matices. El actual artículo 50.2 de la Ley Orgánica 8/2014 dispone: «El expedientado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un militar de su confianza con la formación adecuada que elija al efecto». La aplicación práctica de este derecho ha dado lugar a importantes sentencias al respecto. Una cuestión recurrente sobre la asistencia letrada (lo que es más común) o de militar de confianza es la práctica de notificaciones. A este respecto, la Ley Orgánica 8/2014 se pronuncia en los siguientes términos en su artículo 53:

1. Las notificaciones que deban llevarse a cabo en el procedimiento se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, por quienes les presten asesoramiento y asistencia para su defensa a que hace referencia el artículo 50 de esta ley, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto. Las notificaciones se realizarán de tal manera que queden siempre garantizados los derechos a la intimidad y dignidad personal y a la protección de datos.
2. Cuando el interesado rehusare la notificación de una resolución o de un acto de trámite, se hará constar en las actuaciones, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el mismo siguiéndose el procedimiento.
3. Cuando no se pueda practicar una notificación, por no ser localizado el interesado en su unidad o en su domicilio declarado, se efectuará por medio de la publicación de edictos en el tablón de anuncios de su unidad y en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, continuan-

do las actuaciones. El trámite de notificación domiciliaria se entenderá cumplimentado una vez efectuados, en el plazo de tres días, dos intentos llevados a cabo en días y horas diferentes.

Sobre esta materia existe una importante sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la Sentencia 14/2019, fundamento jurídico segundo punto quinto, que sobre este derecho del encartado enuncia lo siguiente: «[...]Ciertamente, la redacción del artículo 53.1 LORDFAS no puede tildarse de afortunada». En efecto, una lectura rápida pudiera llevar al absurdo y concluir que las notificaciones se practicarán por quienes les presten asesoramiento y asistencia para su defensa. Igualmente, como resulta ayuno el precepto de una conjunción copulativa o de una disyuntiva, pudiera deducirse también que se ha introducido una notificación alternativa, sea al expedientado sea a su letrado o asesor. El artículo dice que «las notificaciones que deban llevarse a cabo en el procedimiento se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, por quienes les presten asesoramiento y asistencia para su defensa a que hace referencia el artículo 50 de esta ley...», tal como lo hace el artículo 41.3, párrafo segundo de la ley 39/2015 (RCL 2015, 1477). Sin embargo, ello resulta a todas luces inviable al no estar prevista la representación en el procedimiento disciplinario militar ni otorgarse la condición de parte al letrado o asesor militar. Por todo cuanto antecede y anudando el contenido de los artículos 50 y 53.1 de la Ley 8/2014 (RCL 2014, 1620), es evidente que tan luego un expedientado designe abogado o militar de su confianza con la formación adecuada, las notificaciones que deban llevarse a cabo en el procedimiento se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, y también por quienes les presten asesoramiento y asistencia para su defensa, y a tal fin, deberán facilitar dirección postal, números de teléfono, de fax y correo electrónico, para la práctica de notificaciones por vía telemática. También deberá constar la fecha, la identificación y el contenido del acto. Asiste la razón, en consecuencia, al recurrente cuando sostiene que se ha omitido la notificación obligada a su asesor militar, tanto de la propuesta de resolución como de la resolución sancionadora, con las consecuencias que se expondrán.

De todo lo anterior se infiere, como hemos ido adelantando, que en el ámbito disciplinario militar (aunque no solo) no existe el derecho de representación por letrado o militar que designe el expedientado. Es una asistencia. Asistencia que a efectos prácticos complica en mayor medida la práctica de determinadas diligencias porque no permite la sustitución total del expedientado en cuanto a la práctica de notificaciones, en aplicación de la jurisprudencia anterior. Ambos, interesado y «asistente», entenda-

mos con carácter general letrado, deben de recibir las notificaciones del procedimiento disciplinario. Todo ello se complica, como es normal, en los casos en los que no se pudiese practicar la notificación a alguno o a ambos. El artículo 53 en su apartado tercero permite recurrir a la notificación edictal, en el *Boletín Oficial de Defensa*, siempre que se hayan realizado los dos intentos de notificación en el domicilio en los plazos dispuestos. Cuando el asesor tiene la condición de militar y fuese a este a quien fuese imposible practicar la notificación, cuestión que en la práctica es bastante improbable, sí se estima necesario poder recurrir a la notificación edictal. La improbabilidad de este supuesto viene referida en tanto que, al ser un militar, está sometido él mismo al régimen disciplinario militar, por lo que, en caso de incumplimiento de esta obligación, si bien voluntaria, con un compañero, podría recurrirse a él como medio de compulsión para desmotivar comportamientos inadecuados a este respecto y que generan en todo caso, aquí sí, una auténtica indefensión al militar que ha depositado la confianza de su asistencia en él. Sin embargo, el supuesto más común es que la asistencia la ejerza un letrado. Las comunicaciones entre el instructor y el letrado son en el seno de estos expedientes, con carácter general y en pro siempre del expedientado, bastante dinámicas y fluidas. Los profesionales del derecho que asisten a los encartados en su amplia mayoría actúan con una diligencia exquisita en cuanto a sus clientes. No obstante, y aunque de un supuesto de laboratorio pudiese tratarse, puede darse el improbable y desafortunado caso que sea al letrado a quien no se le puedan practicar las notificaciones del expediente. Ante esta tesitura, el instructor puede encontrarse ante una encrucijada. Parece no ser procedente la notificación edictal vía *Boletín Oficial de Defensa*, en tanto que estos profesionales no suelen tener acceso al mismo. En este escenario, se podría, utilizar medios de notificación telemática. El artículo 14.2.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone:

«2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles».

Los abogados, en tanto que se les exige una colegiación obligatoria para ejercer su actividad profesional, tienen la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. Es importante advertir que la Ley Orgánica 8/2014 habla de «abogado en ejercicio», a diferencia de las normas anteriores, que hablaban de letrado, por lo que se entiende necesaria su colegiación. Por su parte, el artículo 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula la práctica de las notificaciones electrónicas. En el primer apartado de este artículo se establece que las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo. A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación, momento en que se considerarán practicadas. Sería obligación del letrado comparecer ante la sede electrónica habilitada y, si no se hiciese en el plazo legalmente establecido, esto es, el de diez días naturales desde la puesta a disposición, se entenderá rechazada. En este caso, al considerarse rechazada, se podrá proceder de acuerdo con el artículo 53.2 de la Ley Orgánica 8/2014, establecer las circunstancias del intento de notificación y continuar con el procedimiento. No olvidemos que, en todo caso, las normas del procedimiento administrativo común son aplicables de manera supletoria por imperativo de la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 8/2014.

Estos problemas de aplicación práctica hacen que en muchos casos los instructores den lugar a expedientes repletos de documentación. En cualquier actuación procedimental, en la que el instructor se haya puesto en contacto con el expedientado o su asesor y/o ha acordado la práctica de alguna diligencia, se puede considerar una buena opción el enunciar copiando, esto es, transcribiendo literalmente, ciertos artículos para manifestar su presencia a lo largo del disciplinario. Así, no es poco habitual ver que cada vez que el encartado plasma su firma y fecha en las notificaciones, estas vienen acompañadas de un párrafo que contiene el artículo 24, muchas veces el artículo 25 también, de la CE, y 50 de la Ley Orgánica 8/2014. Incluso, hay ocasiones en los que se incluyen los artículos 25 y siguientes de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. En todo caso, y de manera efectiva, además de incluir formalmente esta lista de artículos y derechos del expedientado, los instructores deben de preservarlos a lo largo de la llevanza de los expedientes.

Volviendo a la obligación de practicar las notificaciones al asesor del expedientado, existe una reciente sentencia, que puede considerarse bastante aclaratoria, que exige que la designación del asesor sea realizada formal. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (Sección 1.^a) en su Sentencia n.º 110/2021, de 15 diciembre (RJ 2022\374) en su fundamento jurídico tercero dispone:

Como se ha dicho en la fundamentación jurídica de la presente sentencia, no ha existido en el expediente disciplinario designación formal del brigada don Serafín como asesor militar de confianza del hoy demandante, por lo que ninguna obligación tenían el instructor y el secretario del procedimiento sancionador de notificar nada a dicho suboficial. De acuerdo con la jurisprudencia que analiza el derecho de defensa en el marco de los expedientes disciplinarios militares (SSTS de 13 de abril de 2013, 11 de noviembre de 2016 y 12 de febrero y 12 (RJ 2019, 1483) y 26 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1636) incumbe a los poderes públicos velar por la virtualidad del derecho de defensa para evitar situaciones de indefensión constitucionalmente proscritas, si bien la actuación del derecho a la asistencia letrada o asesoramiento equivalente en el ámbito disciplinario militar se hace depender de la voluntad de los encartados que tengan interés en su ejercicio, dado su carácter no preceptivo. Por ello, solo corresponde al interesado decidir si desea defenderse en las actuaciones disciplinarias administrativas con la asistencia de un abogado en ejercicio o de un guardia civil o militar, de manera que una vez tomada tal decisión esta habrá de ser respetada y asumida por el Instructor en la tramitación del expediente.

Para la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la designación formal es *conditio sine qua non* para que se haga preceptiva la notificación al asesor de las notificaciones a que se refiere el artículo 53.1 de la Ley Orgánica 8/2014, que en el caso a la vista no ha resultado infringido. Si no existe tal designación formal, la no notificación del asesor no implica ninguna indefensión para el expedientado.

A estos efectos, el instructor en el acto de comunicación de la Orden de Incoación y lectura de derechos al expedientado que, como hemos mencionado, también se puede dar con carácter práctico en otros momentos procedimentales, podría recabar la expresa voluntad del encartado de hacer uso del derecho de asistencia o no. En caso afirmativo, se le podría solicitar los datos (dirección, nombre, apellidos, colegiación si es letrado, correo electrónico) para que obren en el expediente y, solo así, entender que la

designación es formal. En el supuesto contrario, puede entenderse que el expedientado ha renunciado a la posibilidad de asistencia, si bien, se le podría dar la oportunidad de que hiciera uso de este derecho en un momento posterior, siempre que, se comunique formalmente y obre en el expediente.

En todo caso, no se considera improcedente, precisamente por la sentencia última de la Sala Quinta del Tribunal Supremo citada, la presencia en los actos del procedimiento del asesor acompañando al expedientado, aunque no haya designación formal. En este caso, en aras a un mayor derecho de tutela y a evitar la indefensión, se considera que el Instructor actuó correctamente cuando se permitió, en este caso al «acompañante» (véase que no se habla de «asesor») asistiese a un acto procedimental junto con el encartado.

La postura adoptada por la Sala Quinta en cuanto a la obligatoriedad de la designación formal del asesor parece plenamente coherente con la propia norma disciplinaria. El artículo 50.2 de la vigente norma habla de abogado en ejercicio o militar que el expedientado elija al efecto. Pero este nombramiento no era desconocido en las normas anteriores, pues tanto la norma de 1985, en sus artículos 41 y 75, como la de 1998, en su artículo 53, exigen que el letrado o militar se «designase al efecto».

5. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, el instructor en los actuales expedientes disciplinarios militares y en plena aplicación del mandato legal ínsito en el precepto 50.1 segundo párrafo de la vigente Ley Orgánica 8/2014, deberá informar y hacer efectivos todos los derechos del expedientado en toda la tramitación del expediente. Concretamente, en cuanto al derecho de asistencia del encartado, o de abogado en ejercicio o militar de su confianza, deberá practicar las notificaciones a ambos, siempre que la designación del asesor sea formal. En todo caso, se le podrá, recordar este derecho a lo largo de la tramitación en caso de no haber hecho uso del mismo desde un inicio.