



PREMIOS DEFENSA 2013  
TRABAJOS SELECCIONADOS

PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE  
QUEROL Y LOMBARDERO

*LA CONTROVERTIDA NATURALEZA  
DEL DERECHO DISCIPLINARIO  
MILITAR*

JOSÉ MIGUEL GONZÁLEZ REYES

TÍTULO:

**LA CONTROVERTIDA NATURALEZA DEL DERECHO  
DISCIPLINARIO CASTRENSE**

PREMIOS DEFENSA 2013

MODALIDAD:

“PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO”

# LA CONTROVERTIDA NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO CASTRENSE

I. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CASTRENSE Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. 1.1. Breve apunte sobre la potestad sancionadora de la Administración. Su peculiaridad militar. 1.2. Intentos de búsqueda del fundamento dogmático del Derecho disciplinario: corrientes canonistas, civilistas y administrativistas. Ausencia de comunidad de origen entre el Derecho disciplinario militar y el Derecho disciplinario común. II. DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO. 2.1. Relaciones entre el ilícito penal y disciplinario: planteamiento de una polémica inagotable. 2.2. Tesis cuantitativa. 2.3. Tesis cualitativa. 2.4. Posición de la doctrina del Derecho militar con especial referencia a la normativa castrense. III. REACCIONES Y POSICIONES INTERMEDIAS A LA Dicotmía clásica. 3.1. La jurisdiccionalización del Derecho disciplinario. 3.2 El Derecho de intervención: entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. 3.3. El llamado Derecho penal de dos velocidades. 3.4. La respuesta unitaria. 3.5. Un criterio práctico: la política legislativa. IV. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR Y EL DERECHO PENAL MILITAR. 4.1. Conexión de los regímenes disciplinario militar y penal militar. 4.2. El Derecho disciplinario militar como parte integrante del Derecho administrativo sancionador: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

## I. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CASTRENSE Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

### *1.1. Breve apunte sobre la potestad sancionadora de la Administración. Su peculiaridad militar.*

La doctrina general del Derecho administrativo se ha ocupado escrupulosamente del estudio de la potestad sancionadora, como base sustentadora de los diversos regímenes disciplinarios, ya sean civiles o castrenses, distinguiéndose entre aquellos estudios propiamente anteriores a la Carta Magna<sup>1</sup> de los realizados ya tras su vigencia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre ellos, cabe reseñar PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, Revista de Administración Pública núm. 67, págs. 41 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 10, págs. 399 a 430, que más tarde se integraría en la conocida obra de colaboración con T. R. Fernández en el *Curso de Derecho Administrativo* ya citado en este trabajo; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Multas administrativas”, Revista de Administración Pública núm. 79, págs. 9 y ss.; GARRIDO FALLA, F., “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, Revista de Administración Pública núm. 28, págs. 11 y ss.; o, MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa*, Nauta, Barcelona, 1965, págs. 328 a 335.

<sup>2</sup> La literatura jurídica sobre este tema se completó con los estudios de SANZ GANDASEGUI, F., “La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución y el Tribunal Constitucional”, Revista de Derecho Privado-EDERSA, Madrid, 1985; SUAY RINCÓN, S., *Sanciones administrativas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1989. ; REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989; LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1997;

La potestad sancionadora de la Administración aparece en varias ocasiones a lo largo del texto constitucional destacando específicamente la contenida en el art. 25. párrafo 1º y 3º al señalar que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente*” y que “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, implique privación de libertad*”, conteniéndose así el principio de legalidad en materia sancionadora y elevando a nivel constitucional una de las garantías fundamentales del Estado de Derecho liberal.

Con ello, también, nuestro texto constitucional se ha inclinado por la concepción del Derecho administrativo sancionador que incluye las dos manifestaciones penal y administrativa, circunstancia que en principio parece entroncarse con la tendencia doctrinal que no admite diferencia cualitativa entre el ilícito penal y el administrativo, cuestión que analizaremos en las páginas siguientes<sup>3</sup>.

De la lectura del precepto invocado, podemos extraer dos importantes consecuencias. En primer lugar, es posible afirmar con rotundidad la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración, puesto que no se prohíbe que la Administración sancione, sino que sancione con penas privativas de libertad. Por otro, *a sensu contrario*, se legitima constitucionalmente a la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad. Si bien, en este último caso, como afirma Sanz Gandasegui, un sistema sancionatorio en el que la Administración militar no estuviere investida de la facultad de privar de libertad sería

---

DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Panorama, que ha sido aumentado recientemente con los destacados trabajos de HUERGO LORA, R., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007; NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, poniendo orden en una bibliografía con una encomiable labor de síntesis, si bien ya abordó concienzudamente el tema desde 1970 con la aparición de “Problemas capitales de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 63, págs. 39 a 83. Finalmente, en el ámbito del Derecho comparado, BETANCOR, A., “Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 19 (edición electrónica), págs. 1 a 21.

<sup>3</sup> Sobre el fundamento de la potestad sancionadora en la Constitución de 1978 y sus límites *vid.*, CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI-Civitas, 1992, págs. 52 a 56. Para una visión general sobre el debate acerca de la organización de la potestad sancionadora puede verse REBOLLO PUIG., M., y otros, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España (Los derechos y las garantías de los ciudadanos)”, *Revista de estudios socio-políticos* núm. 1 (Colombia), págs. 23 a 74; y, GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa* núm. 280-281, págs. 11 a 41.

perfectamente viable dentro de la CE, e incluso puede decirse que tal admisibilidad de sanciones podría presentarse como excepcional, sobre todo si su duración es notable<sup>4</sup>.

En este sentido, Higuera Guimerá señala que la potestad sancionadora de la Administración se diversifica en dos facultades distintas: primero, la facultad correctora, que consiste en imponer sanciones a la generalidad de los ciudadanos, en cuanto que administrados; y segundo, la facultad disciplinaria, que consiste en imponer sanciones a los funcionarios públicos y demás personas sujetas o vinculadas a la Administración por especiales deberes y relaciones jurídicas<sup>5</sup>. Así entendida, la potestad disciplinaria dentro de las FAS se encuentra inserta dentro del ordenamiento jurídico general y, por tanto, incluida en la potestad sancionadora del Estado, que presenta, como hemos puesto de relieve más arriba, algunas notorias y especiales particularidades<sup>6</sup>.

***1.2. Intentos de búsqueda del fundamento dogmático del Derecho disciplinario: corrientes canonistas, civilistas y administrativistas. Ausencia de comunidad de origen entre el Derecho disciplinario militar y el Derecho disciplinario común.***

Tradicionalmente se afirma que el Derecho disciplinario es un fenómeno moderno que surgió en el momento en que el Príncipe perdió la facultad absoluta de separar

---

<sup>4</sup> El art. 17.1 CE, establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la Ley, y el art. 25.3 que no se pueden imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. De ambos artículos se deriva a *sensu contrario* que la Administración militar puede imponer sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos (SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución y el Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 42 y 207 y ss.).

<sup>5</sup> HIGUERA GUIMERA, J.F., *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 43. El citado profesor ha ejercido durante muchos años su labor docente en la Universidad de Zaragoza al tiempo que compartía su vocación como miembro del Cuerpo jurídico militar del ejército del Aire. *Vid.*, también desde la óptica penal esta idea en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 29 y ss. SANZ GANDASEGUI, F., *La Potestad sancionadora de la Administración: La Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 205 y ss., PARADA VÁZQUEZ, J.R., "El Poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública* núm. 67, págs. 41 a 94.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en relación a los Jueces y Magistrados, o en el mismo Estatuto del Ministerio Fiscal, en relación con los miembros de la Carrera Fiscal. Para Úbeda, los injustos disciplinarios militares son aquellos que articulan las infracciones y sanciones que la Administración militar puede imponer a quienes tengan la condición de personal militar y que se contraen a la LORFAS y la LORDGC (ÚBEDA TARAJO, F., "Sanciones disciplinarias de Derecho público: las relaciones entre los ilícitos administrativos y penales", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2033, pág. 1016).

libremente a sus servidores. La razón de esta falta de normas disciplinarias, hasta entonces, se encontraría en que el Gobierno se ha creído siempre lo bastante fuerte para obedecer con la facultad de separar libremente a los funcionarios públicos y no han necesitado de una Ley que le asegure la disciplina y subordinación de sus agentes<sup>7</sup>.

Sin embargo, con el Estado absoluto, la expansión de funciones de la moderna burocracia provocó un aumento prodigioso del número de servidores que propició una tendencia a la inamovilidad que lentamente terminó imponiéndose. Este privilegio (la inamovilidad), se expresó en un documento de nombramiento en el que el *Príncipe* garantizaba a cada funcionario determinadas seguridades contra una posible separación arbitraria<sup>8</sup>.

La inamovilidad arrastró consigo de forma inevitable un enorme desarrollo del Derecho disciplinario en su acepción material lo que llevó necesariamente a la contemplación en la consideración específica de estas infracciones a los *delicta innominata*, esto es, añadir a la lista de infracciones conocidas una nueva serie de

---

<sup>7</sup> Es la opinión tradicionalmente sostenida por la doctrina. *Vid.*, NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales...*”, *loc. cit.*, pág. 48; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, EDERSA, Madrid, 1970, pág. 17; MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, pág. 31; CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, *op. cit.*, pág. 162. Para CARRASCO CANAL, C., *La burocracia en la España del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1975, pág. 147 y ss., y ROCA ROCA, E., “El concepto de funcionario público en la administración Local”, *Revista de Administración Pública* núm. 48, pág. 345 y ss., es posible encontrar servidores públicos o funcionarios incluso en la época romana. Así entendido, el Derecho disciplinario responde a la idea de que para mantener la “*disciplina interna*” de la organización administrativa, en cuanto sumisión a unas normas diferentes y más estrictas que las que afectan al común de los ciudadanos, es preciso disponer de un poder disciplinario que permita de forma, más o menos expeditiva, corregir los patrones de comportamiento que, aunque irrelevantes para el conjunto de la sociedad, resultan inadmisibles en el orden interno de la institución pública (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t.II, Civitas, Madrid, pág. 165).

<sup>8</sup> Parece ser que el primer documento europeo de este tipo es de fecha de 7 de junio de 1529 donde consta que el *Príncipe Elector* le propone solemnemente a sus servidores que en caso de ser denunciado no ha de despedirle sin antes haberle oído para darle una oportunidad de justificarse. En la primera mitad del s. XVII Castillo de Bobadilla sostiene rotundamente -en España- en su obra *Política de Corregidores* que: “*ninguno puede ser privado del Beneficio, Oficio que tiene, o en que fue elegido, si no es por causa bastante, o en los casos expresados en Derecho*”; y un siglo más tarde Fernández de Otero afirma que “*los oficiales no pueden ser separados de sus oficios durante el tiempo para el que fueron nombrados, salvo que medie justa causa*” (*Cfr.*, NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales...*”, *loc. cit.*, pág. 45). Ver también, CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública...*, *op. cit.*, pág.163. En cualquier caso, téngase presente, como punto de partida, para cualquier estudio sobre la configuración del Derecho administrativo sancionador en Europa, la obra de MATTES H. y H., *Problemas de Derecho penal administrativo*, EDERSA, Madrid, 1979; fue precisamente el catedrático de Derecho penal y miembro del Cuerpo Jurídico Militar D. José María Rodríguez Devesa quien con ese título tradujo la obra de Heinz Mattes (*Untersuchungen zur Lehre van der Ordnungswi*) y que acabara póstumamente su mujer Herta Mattes, cuya significación ha sido decisiva en la doctrina.

infracciones no tipificadas expresamente. El problema de estos delitos innominados consistía en determinar si eran en sentido propio delitos o se trataba de simples infracciones disciplinarias<sup>9</sup>.

Desde esta perspectiva, es lógico percibir la estrecha vinculación del Derecho disciplinario con el Derecho penal por su carácter sancionador, y de la similitud del ilícito penal con el disciplinario y de la pena con la sanción disciplinaria, lo que incentivó a la doctrina<sup>10</sup> a determinar los orígenes del Derecho disciplinario a través de diversas explicaciones que pueden resumirse del modo siguiente:

a) *Teoría clásica. El Derecho disciplinario como rama desmembrada del Derecho penal.*

Los partidarios de la teoría sustentada por Stock en Alemania, conciben la existencia del Derecho disciplinario como una rama desgajada del Derecho penal que, en evolución hacia su autonomía jurídica, a pasado por tres etapas fundamentales. En la primera (s.XVIII), no se percibe ninguna diferencia con el Derecho penal; por la segunda (s.XIX), el Derecho disciplinario consigue desligarse del Derecho penal sin lograr su independencia; finalmente, el Derecho disciplinario alcanza su desarrollo autónomo para integrarse al Derecho Público del Estado<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Mientras que Labes les atribuía carácter penal, Behmke, por su parte, explicitaba que los *delicta innominata* se refería exclusivamente a los deberes funcionariales, es decir, que desde el punto de vista material no tenían una naturaleza penal, señalando, además, que su denominación no supone ni mucho menos una penalización antes al contrario: la circunstancia de que tales infracciones no se integrasen en los *delicta innominata*, daba, lógicamente, a entender que no se trataba de delitos propiamente dichos (*Disziplinarrecht und Strafrecht*, en “*Zeitschrift fuer Beamtenrecht*” núms. 9-10, pág. 260, cit. por NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales...*”, loc. cit., págs. 51 y 57).

<sup>10</sup> Como recuerda el profesor Lozano, la necesidad de justificar la descarga al Derecho penal de gran número de ilícitos a favor del Derecho administrativo sancionador hizo surgir numerosas teorías en los países europeos (LOZANO CUTANDA, B., “La tensión entre la eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad”, en AA.VV., *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 42 a 77).

<sup>11</sup> Esta teoría clásica de la evolución del Derecho disciplinario fue criticada por Behmke con base en que en el Código penal prusiano de 1794 se regulaba indistintamente infracciones penales y disciplinarias, tipificando éstas en la parte que aquel Código dedicaba al Derecho penal y que, además, las sanciones disciplinarias eran impuestas por órganos administrativos y por procedimientos distintos a los penales. Sin embargo, el Código prusiano de 1794 (*Allegemeines Preussisches Landrecht*) no dedicaba un capítulo, sección o libro al Derecho penal

b) *El Derecho disciplinario como evolución del Derecho eclesiástico: la inspiración canonista.*

En España, la doctrina clásica evolucionista del Derecho Disciplinario no fue aceptada. La desvinculación del Derecho disciplinario con respecto al Derecho penal transitó por la postura sobre la cual dicho Derecho evolucionó del eclesiástico, tomando como referencia que los consistorios (juntas de Cardenales convocados por el Papa) tenían competencia disciplinaria, expresión que se refiere a la preservación de una vida ordenada por parte de los miembros de la Iglesia y la observancia de los deberes de todos los fieles<sup>12</sup>.

c) *Las tesis civilista y las relaciones contractuales.*

El principal exponente de esta teoría fue Laband<sup>13</sup> y la misma concibe el Derecho disciplinario como una consecuencia de las relaciones contractuales entre el Estado y los funcionarios. La infracción disciplinaria de los deberes funcionariales no tiene su fundamento en el poder sancionador del Estado, sino en la supremacía de servicio, es decir en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores. De lo anterior, las sanciones disciplinarias, no serían penas en el sentido del Derecho penal,

---

exclusivamente, y aquella parte del Código que se consideraba como tal, contemplaba institutos jurídicos muy distintos para pertenecer al Derecho penal, como era por ejemplo, la responsabilidad civil de los funcionarios. Cfr., NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales...*”, *loc. cit.*, págs. 51 y 57.

<sup>12</sup> Elemento que se refleja hoy en el Código canónico de 1983 en el canon 209 que dispone: “*los fieles están obligados a observar siempre la comunión con la Iglesia, incluso en su modo de obrar. Cumplan con gran diligencia los deberes que tienen tanto respecto a la iglesia universal como en relación con la Iglesia particular a la que pertenecen, según las prescripciones del Derecho*”. Esta teoría eclesiástica del Derecho disciplinario, fue defendida por Otto Mayer, quien señaló que las sanciones disciplinarias corresponden a las *Poenae Medicinales* del Derecho canónico. Cfr., MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, 1954, págs. 75 y 76; y, en idéntico sentido, MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, pág. 69 con especial referencia a la nota 12.

<sup>13</sup> Laband (*Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*) no fue el único que subrayó la relevancia civil del Derecho disciplinario, él mismo indica que su tesis es compartida por Dinding, Von List, Hecker, Rehm, Schulza o Dochow, entre otros (Cfr., NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales...*”, *loc. cit.*, nota 47).



sino medios para mantener el orden y la disciplina en las relaciones de servicio y para asegurar el cumplimiento de los deberes oficiales<sup>14</sup>.

d) *La tesis administrativista y las relaciones especiales de sujeción.*

Por último, la inspiración administrativista edifica el moderno Derecho disciplinario basado en la existencia de una potestad disciplinaria originaria de una Ley, en donde el Estado puede sancionar al funcionario público por existir una relación especial<sup>15</sup> de subordinación o mejor conocida como *relación de sujeción especial*.

El Derecho disciplinario tutelaría un interés meramente interno, sin trascendencia social fuera del ámbito en que opera y su "modesto" objeto estaría constituido por la relación de servicios subyacente entre el destinatario del mismo llámese militares u otros colectivos (reclusos, alumnos de centros docentes públicos, etc.) y la Administración pública<sup>16</sup>. De ahí que el Derecho administrativo sea la sede "natural" de esta rama jurídica. En cualquier caso, y a partir de estos postulados, se ha sostenido el carácter administrativo y doméstico del Derecho disciplinario diferenciada de la potestad general de la Administración despejando las dudas sobre su eventual naturaleza penal.

Ahora bien, todas estas teorías sobre el origen dogmático del Derecho disciplinario (centradas en el régimen sancionador de los funcionarios) no parecen poder explicar de un modo satisfactorio, o mejor, acomodarse plenamente a las características del Derecho disciplinario castrense.

El Derecho disciplinario militar, distinto y diferente de todos los demás Derechos disciplinarios, nació con la formación de un ejército diferenciado y subordinado al grupo

---

<sup>14</sup> Fue Panncinotti quien destacó el origen negocial del poder disciplinario de la Administración. Cfr., MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios público*, op. cit., pág. 69, nota 9 y CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública...*, op. cit., pág. 199.

<sup>15</sup> Vid., v.gr., opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso...*, op. cit., págs. 19 y ss., donde se distingue entre dos tipos de relaciones o posiciones del ciudadano respecto a la Administración conforme a la doctrina alemana desde Laband y Mayer: de un lado, la relación llamada, desde la perspectiva administrativa, relación general de poder o de supremacía general o, ya desde la perspectiva del administrado, "relación general de sujeción"; y de otro lado, la llamada relación especial de poder o de supremacía o sujeción especial.

<sup>16</sup> Puede decirse que con el concepto de relaciones de especial sujeción (categoría sometida a intensa crítica actualmente) se alude a aquellos supuestos en los que la relación de sometimiento o sujeción del ciudadano respecto de la Administración tiene una especial intensidad (funcionarios, presos, militares, etc), y el interés fundamental de tal categoría estribaría en que a su través se podría justificar una rebaja en las garantías jurídicas para ese ciudadano. +

social estatal<sup>17</sup>. Y, a pesar de su estrecha y evidente vinculación, no parecen que el Derecho disciplinario común y el militar compartan idéntica comunidad de origen pues desde el punto de vista histórico-jurídico, el Derecho disciplinario de los funcionarios, cuyo surgimiento es parejo al del Estado moderno, no es coincidente con el del Derecho disciplinario castrense, cuya génesis se vincula al nacimiento mismo de la organización militar a la que es consustancial.

## II. DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO

### *2.1. Relaciones entre el ilícito penal y el disciplinario: planteamiento de una polémica inagotable.*

Profundizar en el estudio de lo disciplinario en el Derecho militar es tanto como hacerlo en la interminable polémica en torno a su naturaleza penal o administrativa, donde la dificultad de separar las infracciones que debían castigarse en vía administrativa o penal viene de antiguo y no ha sido pacífica<sup>18</sup>.

La naturaleza de las sanciones administrativas, y su pretendida sustantividad frente a las penales, ha dado lugar a una abundante literatura especializada que permitió hablar, con terminología que cobró carta de naturaleza entre los autores, de un *Derecho represivo prebeccariano*<sup>19</sup>, en el ámbito de la Administración, en cuanto a que persistían

---

<sup>17</sup> GILISSEN, J., “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”, Revista Española de Derecho Militar núm. 8, pág. 28.

<sup>18</sup> El que fuera Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático y miembro de la Real Academia de la Jurisprudencia y la Legislación, Federico Castejón, en su obra ya clásica reconocía la dificultad de deslindar los delitos de las faltas y más aún separar las disciplinarias de las gubernativas y administrativas en el contexto de la organización de los llamados Tribunales de Policía (CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARÍZALA, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, págs. 7 a 33 ). Puede verse en este sentido el prólogo a la obra de CÁNOVAS DEL CASTILLO, E., *De las faltas comprendidas en el libro 3º del Código Penal y en las leyes, decretos y reglamentos administrativos que pueden corregirse gubernativamente y de las que sólo pueden penarse en juicio verbal*, Imprenta de los herederos de Vallejo, Madrid, 1862, págs. 5 a 9. Con igual preocupación, señala Rodríguez-Devesa, al abordar el tema de las faltas militares visto desde el punto de vista del Derecho positivo español, la necesidad de plantear la cuestión sobre si estas pertenecen al campo del Derecho penal o al del Derecho administrativo, y dentro de éste, en particular, al Derecho disciplinario (RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª, “La acción penal y la acción disciplinaria”, Revista Española de Derecho Militar núm. 7, pág. 94).

<sup>19</sup> Suay Rincón atribuye tan feliz expresión al propio Eduardo García de Enterría, incorporada por primera vez en el trabajo “*El problema jurídico de las sanciones administrativas*” ya citado (Cfr., SUAY RINCON J., *La renovación del Derecho Administrativo sancionador: Evolución y actualidad*, loc. cit., págs. 13 a 37). Idéntica paternidad es referenciada por BALADO RUÍZ-GALLEGOS, M., “Derecho disciplinario militar y garantías constitucionales: especial referencia

en sus planteamientos, fórmulas anteriores a la acogida de los principios que desde Beccaria llevaron a la humanización del actual Derecho penal y a la erradicación, en castigos, procedimientos y medios de investigación, de costumbres inquisitoriales propias del Medioevo, siendo la crítica a esa parcela del *ius puniendi* feroz por la doctrina<sup>20</sup>.

La distinción y delimitación entre los conceptos de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo se plantea por primera vez en el Estado liberal<sup>21</sup>, pues éste no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa. Y, para asegurar el cumplimiento de sus mandatos, era necesario un nuevo ámbito del Derecho dado que el penal, tradicionalmente reservado al castigo de conductas no acomodadas al ordenamiento, podía correr riesgo de hipertrofia. De acuerdo con ello, Mozo Seoane refiere la cuestión sobre la discutida naturaleza de las instituciones disciplinarias, en la Europa continental, a un proceso histórico inacabado y permanentemente revivido en el seno de la doctrina y, por ende, a menudo reflejado en los ordenamientos<sup>22</sup> cuyo desenvolvimiento estaría marcado por una sola cuestión: sus relaciones con el Derecho penal<sup>23</sup>.

---

a la tutela judicial en las sanciones por falta leve” en AA.VV., *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho procesal militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa-Subsecretaría de Defensa, 2003, pág. 151.

<sup>20</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso...*, *op. cit.*, pág. 165.

<sup>21</sup> Así lo apunta Cerezo Mir al matizar que es con la llegada del liberalismo y el crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado cuando el problema de la distinción de lo ilícito penal y lo administrativo adquirió una importancia cada vez mayor. En el *Estado-policía* del despotismo ilustrado, no se distingue claramente el Derecho penal del Derecho administrativo. Según el citado profesor, en España, el problema se ha planteado de un modo diferente a lo que ocurre en otros países, (como por ejemplo, Alemania, Francia o Italia), pues el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, como en los países mencionados, sino al desarrollo desmesurado del poder sancionador de la Administración. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena o sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite o línea divisoria ha de ser trazado positivamente por el Legislador (CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, Técnos, Madrid, 1985, págs. 41 y ss.).

<sup>22</sup> Sirva de botón de muestra el ambiguo art. 20 del Código penal del ejército de 17 de noviembre de 1984 en que se establecía que: “*las correcciones que impongan las Autoridades y jefes militares no se considerarán penas, por más que sean de la misma naturaleza que las establecidas en la Ley*”.

<sup>23</sup> Es necesario explicar que lo que Mozo quiere precisar al hablar del proceso histórico inacabado no es otra cosa que lo que explicita Rodríguez Devesa cuando señala que no existe una naturaleza mixta de las faltas militares, puesto que esto está en pugna con el proceso histórico de diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, y porque pone en peligro la seguridad jurídica. Por ello, se propone ahondar en el proceso histórico positivo para agotar todos los argumentos posibles a favor de la tesis unitaria que permiten rechazar *a priori* y como primera conclusión la naturaleza unitaria, penal o administrativa de ambas faltas, esto es,

Este proceso histórico, se caracteriza por la eterna disputa entre dos tesis que se retroalimentan dialécticamente (carácter cuantitativo o cualitativo de la sanción), y que ha alcanzado dimensiones colosales en el ámbito disciplinario *militar*, pues además de ser, con toda seguridad, la que más sanciones produce<sup>24</sup>, es aquella en la que, dada la histórica configuración especializada del Derecho militar, coinciden elementos propios del Derecho penal común, del Derecho administrativo sancionador y de las peculiaridades organizativas de los ejércitos, lo que hace más difícil, si cabe, pronunciarse sobre la esencia y naturaleza última, ya sea penal, administrativa o específica y diferenciada de esta rama del Derecho<sup>25</sup>.

Sobre tal disquisición, tampoco ha sido ajena la jurisprudencia de Sala Segunda y Quinta del Tribunal Supremo, cuyos pronunciamientos se hacen eco de la dificultad de delimitación de los ámbitos penal y administrativo del Derecho disciplinario militar. Así, resulta ilustrativo el voto particular del Magistrado D. Ángel Juanes Peces a la STS de 29 de abril de 2004 (LA LEY 13434/2004) cuando señala: “(...) *la doctrina no es unánime a la hora de marcar las diferencias entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Así, para algunos autores, el matiz diferencial es de carácter cualitativo. Dentro de esta idea general existen variantes. Para unos, el injusto administrativo es un injusto formal, mientras que el ilícito penal es de carácter material al implicar un ataque a bienes jurídicos. Otros consideran que la diferencia es distinta, de matiz, si se quiere, pero de alcance distinto. Así, en el delito existe lesión o peligro inmediato para un bien jurídico, mientras que en el injusto administrativo sólo existe peligro o posibilidad de peligro*”<sup>26</sup>.

---

mixta (Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>., “La acción penal y la acción disciplinaria”, Revista Española de Derecho Militar núm. 7, pág. 97).

<sup>24</sup> Para Calderón, el Derecho disciplinario militar representa frente al Derecho disciplinario en general, “*un plus de rigurosidad, al fijar los comportamientos del militar con un mayor recorte de sus derechos y libertades cívicas y con una mayor gravedad de las sanciones, que pueden llegar a la privación de libertad, lo que en principio nunca se alcanza en el ilícito administrativo común a los funcionarios*” (CALDERON SUSIN, E., “*Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar*”, ponencia-seminario), Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, 1980, citado en JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho penal militar*, op. cit., pág. 62 nota 23.

<sup>25</sup> Córdoba Roda por su parte, ya señaló en su día que la doctrina se halla dividida entre quienes defendían la existencia de una diferencia cualitativa entre ambos ilícitos y quienes sólo reconocen una diferencia cuantitativa (Cfr., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 78).

<sup>26</sup> Según reza su FJ 2º: “(...) *tipificada la conducta objeto de análisis en el ámbito penal y como constitutiva del expresado delito de desobediencia, al reunir todas las características y requisitos del mismo, concurriendo la acción típica de desobedecer o negarse a obedecer una orden legítima y relativa al servicio dirigida por un superior, teniendo el sujeto activo, como*

En cualquier caso, la preocupación viene de antiguo y la dificultad que expresamente reconoce la doctrina ha sido concretado en el ámbito del Derecho militar por autores como Rodríguez Devesa<sup>27</sup>, Valenciano Almoyna<sup>28</sup> y Mozo Seoane<sup>29</sup>, entre otros, cuyos trabajos hemos tenido inexcusablemente presentes en la elaboración de este estudio<sup>30</sup>.

## **2.2. Tesis cuantitativa.**

Los partidarios de esta teoría sostienen la identidad sustancial entre las sanciones penales y administrativas, pues los ilícitos de ambos órdenes presentan la misma estructura y elementos, y las sanciones respectivas son manifestaciones del mismo poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva, el Derecho disciplinario no sería más que

---

*miembro de la Guardia Civil, la condición de militar, orden que fue reiterada, manteniéndose la actitud contumaz de oposición a su ejecución por el obligado a su cumplimiento, lo que, habida cuenta de la indubitada relación con el servicio y de la carencia de causas de justificación desde el punto de vista técnico-legal, venía a configurar la gravedad de la conducta y su oportuna ubicación en sede penal y no disciplinaria”.*

<sup>27</sup> Como ha señalado Rodríguez Devesa la gran dificultad que representa trazar la línea fronteriza entre el Derecho penal militar y el disciplinario viene con extrema frecuencia determinado porque el uno como el otro utilizan conceptos jurídicos indeterminados (RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., “La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar Español”, *loc. cit.*, págs.73 a 106).

<sup>28</sup> VALENCIANO ALMOYNA, J., *Introducción al Estudio de las faltas en el Derecho Militar Español*, Madrid, 1980, págs. 1 a 129. En este trabajo, se mantenía la tesis de llevar al futuro Código penal militar aquellas falta leves disciplinarias que tuvieran o participaran de la naturaleza penal. Don Jesús Valenciano Almoyna fue Auditor militar, Diplomado en Derecho penal militar, Jefe del Grupo de Derecho penal militar de la Escuela de Estudios Jurídicos del ejército de Tierra y miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y Derecho de la Guerra.

<sup>29</sup> Sobre la naturaleza penal o administrativa del Derecho disciplinario militar este autor se refiere hasta en cuatro trabajos: MOZO SEOANE A., “La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar”, *La Ley* (Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía), año 1, núm. 1929, jueves 20 de septiembre, págs. 1 y ss.; “Límites al principio *bis in idem*”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, págs. 69 a 76; “Sobre la naturaleza del Derecho disciplinario. Referencia especial al Derecho disciplinario militar”, en AA.VV., *La jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 289 a 308; e, “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal militar*, *op. cit.*, págs. 177 a 196.

<sup>30</sup> Con igual preocupación Fortún Esquifino y Alvarez Roldán señalan –sin pretensiones de establecer y resolver una tradicional polémica- la transcendencia e importancia que tiene la configuración de la naturaleza de las faltas en el ámbito del Derecho disciplinario militar (ÁLVAREZ ROLDÁN, L., y FORTÚN ESQUFINO, R., *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, págs. 30 y ss.).

una "rama desgajada" del Derecho penal; luego, entre ambas esferas, no existe más que una diferencia de grado o *cuantitativa*<sup>31</sup>.

El criterio cuantitativo es mayoritario en la doctrina<sup>32</sup> en la que han destacado los posicionamientos de Suay Rincón<sup>33</sup>, Parada Vázquez<sup>34</sup> o Martín Retortillo<sup>35</sup>, reclamando este último la urgente desadministrativización de la materia represiva del Estado y la entrega de las facultades represivas al juez penal. Por su parte, García de Enterría<sup>36</sup> sostiene la imposibilidad de intentar justificar los principios sustantivos del Derecho sancionatorio administrativo (a los que señala nadie parece conocer) y que no son otros que los que sistematizan el Derecho penal<sup>37</sup>.

Entre los penalistas, rompió lanza a favor de esta posición Cerezo Mir quien afirmaba que las únicas diferencias posibles no eran cualitativas sino cuantitativas, en relación a la gravedad de los ilícitos<sup>38</sup>. De igual manera, dentro la doctrina penal, Rodríguez Mourullo<sup>39</sup> (desde el punto de vista de la separación) y Dorado Montero<sup>40</sup>

---

<sup>31</sup> NIETO GARCÍA, A., "Problemas capitales..." *loc. cit.*, pág. 56, idea que recoge también MOZO SEOANE, A., "Ilícito penal e ilícito disciplinario", *loc. cit.*, pág. 184.

<sup>32</sup> Sumándose a este planteamiento el profesor Navarro señala que es doctrina casi unánime la que sostiene que las diferencias entre la infracción administrativa y penal son sólo cuantitativa (NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001, pág. 84).

<sup>33</sup> Para Suay, la asimilación entre las sanciones administrativas y penales ha de ser mantenida y defendida como criterio esencial; o, lo que es lo mismo, la identidad sustancial entre ambas figuras (SUAY RINCÓN, J., "La renovación del Derecho administrativo sancionador: evolución y actualidad", *loc. cit.*, pág. 35).

<sup>34</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública* núm. 69, págs. 41 y ss..

<sup>35</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Multas administrativas", *Revista de Administración Pública* núm. 79, págs. 9 a 65.

<sup>36</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso...*, *op. cit.*, pág. 164.

<sup>37</sup> Este es precisamente el criterio mantenido entre los penalistas por Cerezo Mir que, tras estudiar los criterios cualitativos para intentar hallar una diferencia en los Derechos penal y administrativo, llega a la conclusión de que hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo (CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXVIII, págs. 159 a 175, que fue precisamente el objeto de su ponencia en las *III Jornadas de Derecho penal* celebradas en Santiago en 1975). *Vid.*, también la opinión del citado autor sobre esta cuestión en *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*, págs. 45 y ss..

<sup>38</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*, págs. 165 y ss.. En esta línea, véase CASABO RUÍZ, J.R., *Comentarios al Código penal*, t.II, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 92 y ss..

<sup>39</sup> El primero se diferencia del segundo en la consecuencia que lleva asociada, que es una pena criminal en el primer caso y una sanción administrativa en el segundo, a lo que habría que añadir otras diferencias formales, como que la pena viene impuesta en un juicio contradictorio por un Tribunal y la sanción viene impuesta por un órgano administrativo en un expediente sancionador (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General* voz "Legalidad" en NEJ SEIX (t.XIV), Barcelona, 1978).

(desde el punto de vista de la unión) afirman que no hay diferencia ontológica entre ilícito penal y administrativo. La teoría de la diferencia cuantitativa fue sustentada en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Londres en 1.950<sup>41</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional acogió esta teoría al propugnar que las diferencias entre el ilícito penal y el administrativo son de grado, es decir, cuantitativas, y por supuesto, meramente formales<sup>42</sup> (contenidas en textos punitivos y sancionados con penas o por el contrario, previstas en leyes no penales y castigadas con sanciones o correcciones administrativas o disciplinarias) sin que el legislador, la jurisprudencia o la doctrina hayan podido descubrir un criterio cualitativo diferenciador entre los delitos y faltas penales y las infracciones administrativas y sus sanciones. Así, la STC 77/1983, de 3 de Octubre (LA LEY 205-TC/1984) señala al efecto que:

*“(...) no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar con exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediatez de la Autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”.*

De lo anterior se desprende, para los partidarios de esta teoría, que la sanción será administrativa si se impone en virtud de las facultades correctivas y disciplinarias de la Administración (incluyendo la militar) y será una pena si se impone en virtud del *ius puniendi* que corresponde al Estado y es aplicada por el poder judicial. Es decir, lo único que diferenciaría al Derecho penal del Derecho administrativo sancionador sería que el primero se ocupa de las sanciones graves y el segundo de las no graves, y como

---

<sup>40</sup> DORADO MONTERO, P., voz “Derecho penal” en NEJ SEIX, Barcelona, 1978. Así, señala que las faltas administrativas ocupan una posición intermedia entre las faltas penales y los hechos lícitos por lo que conforme al art. 603 del CPM sólo podrían castigarse con penas que serían inferiores a las previstas para las faltas.

<sup>41</sup> Del citado congreso pueden extraerse dos conclusiones: el Derecho penal y el disciplinario son de idéntica naturaleza; y, los principios del Derecho disciplinario han de sustentarse en el Derecho penal pues no son sino dos variedades del derecho social de castigar que se ejerce en medios diferentes (LORENZO DE MENBIELA, J.B., *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 38).

<sup>42</sup> Idea sostenida ampliamente por RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L., “Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias militares (art. 2)”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, op. cit., págs. 43 y ss., que es compartida por gran parte de la doctrina del Derecho militar.

consecuencia de ello y del principio de proporcionalidad, que el Derecho penal se ocupa de las infracciones graves y el Derecho administrativo sancionador de las que no lo son<sup>43</sup>.

Ahora bien, como apunta Cid Moliné, si entre las sanciones formalmente penales y las administrativas no existen diferencias cualitativas (o esenciales), las garantías que rodean su imposición han de ser idénticas o por lo menos semejantes<sup>44</sup>. Y, en este sentido, un mero examen de los principios que cristalizara en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común permite cuestionar un entendimiento meramente cuantitativo donde no cabe duda de que ya en la actualidad existe un diferente nivel de garantías en los ámbitos penal y administrativo sancionador<sup>45</sup>.

### **2.3. Tesis cualitativa**

La reacción doctrinal a esa supuesta comunidad de origen del Derecho disciplinario con el penal fue la de afirmar la clara independencia entre uno y otro ámbito del Derecho. Así, la llamada tesis cualitativa sostiene con rotundidad que ambos órdenes (penal y disciplinario) protegen, respectivamente, intereses diferenciados cualitativamente, es decir, de diversa naturaleza<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> De todo ello se puede deducir que la delimitación entre un hecho delictivo y una infracción administrativa, empleando el principio de subsidiariedad, depende en un amplio margen de la decisión legislativa y no tiene un contenido legal obligatorio, pero que en el ámbito central de los hechos delictivos graves, su punibilidad está marcada por criterios de contenido. En definitiva, la decisión la toma el legislador. Dado que la estructura de la norma es idéntica, la adscripción jurídica sólo puede deducirse de la denominación de la consecuencia jurídica. *Vid.*, GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo Derecho penal español” en AA.VV., *Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 386.

<sup>44</sup> CID MOLINÉ, J., “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre sanciones punitivas”, *Revista de Administración Pública* núm.140, pág. 135. Por su parte, Sanz Gandasegui señaló que aunque la menor gravedad del ilícito administrativo justifica la potestad sancionadora de la Administración (por razones de eficacia represiva y mayor inmediatez) el Derecho administrativo sancionador no puede regirse por unos principios cualitativamente diferentes de los penales (SANZ GANDASEGUI, F., “La potestad administradora de la Administración...”, *loc .cit.*, págs. 66 y ss.).

<sup>45</sup> GOMEZ TOMILLO, M., “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal”, *Actualidad Penal* núm. 4, pág. 81.

<sup>46</sup> *Vid.*, UBEDA TARAJANO, F., “Sanciones Disciplinarias de Derecho Público: las relaciones entre los ilícitos administrativos y penales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2033, págs. 985 a 1030.



Esta posición ha sido mantenida, entre otros, por Garrido Falla<sup>47</sup>, Nieto<sup>48</sup>, Villar Palasí<sup>49</sup>, y Montoro Puerto<sup>50</sup> y allende nuestras fronteras por Ranelletti y Girola en la doctrina italiana<sup>51</sup>.

Según la tesis cualitativa, el Derecho disciplinario tutela únicamente un interés meramente interno, sin trascendencia fuera del ámbito “doméstico” en el que opera, atacando el ilícito administrativo una disposición normativa, mientras que el Derecho penal refiere su protección a intereses socialmente relevantes de naturaleza externa, atacando el ilícito penal a bienes jurídicos diversos, si bien existen matizaciones entre los partidarios de esta tesis<sup>52</sup>. Para unos, el injusto penal es un injusto material pues implica un ataque a bienes jurídicos, en tanto que el injusto administrativo es un injusto formal que supone simplemente la infracción de una disposición normativa<sup>53</sup>. Otros, consideran que la diferencia cualitativa entre ambos injustos es que en el penal existe lesión o peligro inmediato para un bien jurídico, mientras que en el injusto administrativo sólo existe peligro o posibilidad de peligro. No falta, tampoco, quienes consideran, simplemente, que el injusto penal protege bienes jurídicos y el administrativo sólo intereses administrativos<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, Tecnos, Madrid, págs. 197 y ss..

<sup>48</sup> NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, págs. 151 a 200.

<sup>49</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo”, *Revista de Administración Pública* núm. 16.

<sup>50</sup> MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa*, Nauta, Barcelona, 1965, págs. 112 a 130.

<sup>51</sup> Ambos autores italianos citados por GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

<sup>52</sup> Dentro de esta teoría cualitativa existen matizaciones entre los autores así como ha señalado convenientemente Rojas Caro, recogiendo en gran medida los postulados de Córdoba Roda, y al que tampoco somos ajenos, quien matiza las posiciones entre quienes dentro de la teoría cualitativa señalan las diferentes posiciones del injusto y el carácter autónomo e independiente de las sanciones penales y administrativas. *Cfr.*, FERNÁNDEZ MUIÑOS, B., “El cambio normativo en el Derecho disciplinario militar”, *Boletín de Información del Ministerio de Defensa* núm. 258, pág. 69; ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, *op. cit.*, pág. 31; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pág. 78; y, MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, págs. 91 a 96, con especial atención a la bibliografía que en ella se cita.

<sup>53</sup> Goldschmidt, a quien se le atribuye la paternidad del Derecho penal administrativo, creyó encontrar la diferencia ontológica en que el Derecho penal protege bienes jurídicos individualizados, mientras que el Derecho administrativo debe proteger frente a la desobediencia de los mandatos emitidos por la Administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público y del bienestar y que por ello no contienen un desvalor ético (NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, *op. cit.*, pág. 172).

<sup>54</sup> *Vid.*, en este sentido la opinión de Nieto al hablar de las distintas inspiraciones en la construcción del concepto y el *supraconcepto* de ilícito y la recapitulación de posiciones dentro

Desde la concepción cualitativa, el poder disciplinario tendría su fundamento en la supremacía especial sobre algunos particulares, poder que no es ilimitado y permanente como el poder sancionador de la Administración (que tiene su fundamento en la soberanía estatal), sino limitado a ciertas personas y temporal, es decir, circunscrito al tiempo que dure la relación. Ello hace, que exista una separación cualitativa entre lo penal y lo disciplinario e impide la vigencia del *non bis in idem*, así como que el Derecho disciplinario se rija por sus propios principios, que podrán ser o no análogos a los del Derecho penal<sup>55</sup>.

La quiebra de la tesis cualitativa empieza a manifestarse en el reconocimiento sobre que el Derecho penal y el Derecho administrativo protegen ambos auténticos “bienes jurídicos”, es decir, intereses socialmente relevantes lo cual constituye campo abonado para una postura absolutamente opuesta a la que hemos venido comentando, no existiendo una diferencia ontológica por su contenido, sino por la naturaleza de la sanción propuesta por cada uno de ellos<sup>56</sup>.

#### ***2.4. Posición de la doctrina del Derecho militar con especial referencia a la normativa castrense.***

Tradicionalmente, se consideró la naturaleza penal del Derecho disciplinario militar como rama originariamente desgajada del Derecho penal militar, en relación al análisis realizado en la regulación de la parte disciplinaria contenida en el derogado

---

de las tesis cualitativa, señalando, con el ánimo de ser completivo, además, aquellas que tratan de la infracción administrativa como manifestación de desobediencia frente a la norma y aquellas otras que suponen una agresión al “orden” creado por el ordenamiento jurídico independientemente de su contenido (NIETO GARCÍA, A., “Problemas capitales...”, *loc. cit.*, pág. 62 y ss.).

<sup>55</sup> Vid., MOZO SEOANE, A., “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal militar, op. cit.*, pag. 183. De esta suerte, la esfera interna cuya protección constituye el objetivo del Derecho disciplinario integrado por la relación de servicios existentes entre la Administración pública y sus funcionarios y empleados, podría ampararse en la denominada categoría de las relaciones especiales de sujeción como título jurídico publico que legitima los poderes excepcionales de la Administración respecto de quienes se encuentran en esa situación de “sujeción especial”, no solo funcionarios en sentido estricto sino también *v.gr.*, los militares. A partir de ahí, la dicotomía pasaría a ser, no ya potestad punitiva penal *versus* potestad administrativa disciplinaria, sino potestad represiva penal (judicial) frente a poder sancionador general de la Administración (relación general de poder).

<sup>56</sup> Idea que desde el campo penal también sustenta BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 236 y ss..

CJM de 1945<sup>57</sup> de la que fue su máximo exponente Rodríguez Devesa<sup>58</sup>. Aunque este planteamiento puede considerarse hoy superado, lo cierto es que ha condicionado el desarrollo de la polémica de la naturaleza del Derecho disciplinario castrense.

Desde el punto de vista comparado, bajo el auspicio del *I Congreso de Derecho penal militar*<sup>59</sup>, se puso de manifiesto que un gran sector de la doctrina militar acoge la identidad de los principios penales y los disciplinarios militares siendo las diferencias meramente formales y cuantitativas, nunca materiales o de cualidad, donde los rigurosos principios que regulan el Derecho penal militar y las garantías procesales fundamentales

---

<sup>57</sup> El origen de la controversia parece deberse a la tantas veces mencionada en este trabajo confusión histórica que regulaba conjuntamente delitos y faltas en un mismo texto normativo (CJM de 1945), sin distinción entre unas y otras, y que según algunos autores gozaban todas de carácter penal. Tal tradición se rompió con la separación formal entre delitos y faltas en 1985 con la promulgación de la LORDFAS y el CPM. Para De Querol en virtud del derogado art. 239.6 del CJM de 1945 no era técnicamente posible distinguir entre el delito y la falta penal al contemplarse la posibilidad de bajar al límite mínimo de la pena señalada al delito castigando no sólo como falta sino atribuyéndole tal consideración (DE QUEROL Y DURÁN, E., *Las faltas ante el Derecho procesal militar*, inédita, Diploma Derecho militar, Madrid, s.f., pág. 13). Según Rojas, esto implica únicamente que el hecho se considera falta sólo a efectos de punición y la técnica de considerar falta los delitos cuando había que bajar la pena de prisión se remonta al Código penal del ejército de 1884 (ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, op. cit., pág. 32 y 33).

<sup>58</sup> En este sentido, Cabrales apunta que la pretendida diferenciación entre la acción penal y disciplinaria en el CJM fue analizada con su clarividencia habitual por un Auditor y penalista de la talla de Rodríguez Devesa, en la Revista Española de Derecho Militar de 1959, llegando a la conclusión el insigne profesor que, en aquel momento, no podía hablarse en el Derecho español de una especialidad militar que pudiera responder al título de “*Derecho disciplinario*”, dado que las faltas militares allí definidas presentaban notables caracteres comunes con los delitos, argumentando contundentemente que, a pesar de la existencias de insoslayables preceptos sustantivos que señalaban las diferencias entre unos y otras, singularmente en cuanto a la punición de estas últimas y el procedimiento para su castigo, la naturaleza de las faltas militares era indiscutiblemente penal y no administrativa, pues descartando las tesis eclécticas sobre una pretendida *naturaleza mixta*, y analizando pormenorizadamente los tipos de las faltas, se obtenía como única conclusión la de la identidad sustancial entre delitos y faltas militares, que diferían sólo por su desigual gravedad, al igual con lo que ocurría con las faltas comunes del Código penal ordinario (CABRALES ARTEAGA, F.J., *La figura del instructor disciplinario*, inédito, Diploma de Derecho penal, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 2002, pág. 17).

<sup>59</sup> La precitada cuestión sobre la naturaleza del ilícito disciplinario militar fue objeto de estudio en el Congreso Inaugural de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y Derecho de la Guerra celebrado en Bruselas entre los días 14 y 16 de mayo de 1959, algunas de cuyas ponencias han sido reproducidas íntegramente por la Revista Española de Derecho Militar. Como señala Gomes Carneiro. Dicho Congreso señala el inicio de un movimiento de renovación del Derecho penal militar por la revelación que se hace implícitamente en su programa de la clasificación del Derecho disciplinario militar incorporado al Derecho penal militar buscando cuáles son las relaciones entre la acción penal y disciplinaria así como sus límites respectivos y cuyo enunciado se interpreta como una manifestación de la opinión de los organizadores del Congreso respecto del carácter penal del Derecho disciplinario militar, lo que implica rechazar todo sistema de codificación que separe el Derecho disciplinario del penal con un claro reconocimiento de paternidad de ésta (GOMES CARNEIRO, M.T., “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”, Revista Española de Derecho Militar núm. 8, págs. 76 y 77).

deben ser aplicables en el Derecho disciplinario militar. Así configurados, las fronteras entre lo penal y lo disciplinario son meramente convencionales pudiendo afirmarse la unidad sustancial del Derecho sancionador castrense (penal y disciplinario)<sup>60</sup>.

En esta línea, Rodríguez-Villasante afirma que las diferencias entre el ilícito penal y disciplinario son de grado (cuantitativas) y formales (el texto punitivo contiene penas y las leyes no penales contienen correcciones administrativas). Y ello, porque no hay faltas con naturaleza intrínsecamente penal. Es más, se plantea el autor, incluso, si el Derecho penal militar tiene verdadera naturaleza penal o meramente disciplinaria concluyendo que la decisión es, pues, constitucional y la distinción puramente formal (inclusión en uno u otro texto). Sin embargo –continúa diciendo– aunque la menor gravedad del ilícito administrativo justifica la potestad sancionadora de la administración (por razones de eficacia represiva y mayor inmediación) el Derecho administrativo sancionador no puede regirse cualitativamente diferente a los ilícitos penales<sup>61</sup>.

Para Valenciano Almoyna, “*el legislador del Código de Justicia Militar de 1945 sufrió un notable desenfoque en el tratamiento de las faltas debido a su deseo de potenciar las facultades gubernativas de las Autoridades militares, perdiendo en profundidad técnica el tratamiento de las faltas, dando entrada a un excesivo arbitrio,*

---

<sup>60</sup> Vid., ampliamente, GILISSEN, J., “Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar”, Revista Española de Derecho Militar núms. 33-34, pág. 22, para quien la cualificación de un gran número de infracciones disciplinarias se asemejan a algunos delitos militares y el particularismo de ambos ordenamientos deriva de la propia razón de ser de las FAS; de este mismo autor, “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”, *loc. cit.*, págs. 25 a 41; GOMES CARNEIRO, M.T., “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”, Revista Española de Derecho Militar núm. 8, págs. 75 a 138. Para VENDITTI, R., *Il Diritto Penale Militare del sistema penal italiano*, Milán, 1985 pág. 128, en el delito militar el elemento subjetivo es por regla general el dolo en la infracción disciplinario no se distingue entre dolo y la culpa donde el elemento subjetivo es la mera voluntariedad de la conducta; VERRI, P., “Militari e Diritto dell’uomo”, *Revue Penale Militaire el Droit de la Guerre XII-2*, Bruxelles, 1974, págs. 205 a 215; VEUTRO, V., “Problemas de Derecho penal planteados por la cooperación internacional”, Revista Española de Derecho Militar núm. 8, págs. 43 a 63. Un análisis sobre las conclusiones del Congreso Inaugural de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y Derecho de la Guerra celebrado en Bruselas en 1959 puede verse en JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho penal militar*, *op. cit.*, págs. 52 a 75. La tesis cuantitativa parece ser acogida plenamente en los ordenamientos militares disciplinarios de América del Sur según de DE VALENZUELA COSSÍO, F., *El Derecho disciplinario militar en España y México...*, *op. cit.*, págs. 113 a 122.

<sup>61</sup> Cfr., RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L., “El Código Penal Militar”, Revista General de Derecho núm. 499, págs. 5700 y ss.; y, de este mismo autor, “Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias”, *loc. cit.*, pág. 44.

*confundiendo lo penal con lo gubernativo o disciplinario en sentido amplio*“ presentando su texto una *“poco adecuada mezcla de lo penal y lo disciplinario”*<sup>62</sup>.

En la actualidad, se ha deslindado perfectamente los actos ilícitos penales, que están recogidos en el CPM, y los actos ilícitos disciplinarios que están recogidos en la LORDFAS o en la LORDGC. Así, el art. 6 del CPM explicita que *“el presente Código no comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas”*; en coherencia con ello, el concepto de falta disciplinaria viene definido en la normativa disciplinaria castrense, y no en el CPM, que explícitamente señalan *“son faltas disciplinarias las acciones y omisiones previstas en esta Ley”*<sup>63</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del CJM de 1945 establecía en su DF 2ª que el Gobierno establecería un proyecto de Ley con los principios fundamentales del régimen disciplinario, que cristalizó en la LORDFAS 12/85, que reguló íntegramente la materia disciplinaria en las FAS hasta su modificación por la LORDFAS 8/1998.

En este contexto, la Exposición de Motivos del primitivo proyecto del CPM establecía que: *“para la distinción del ilícito penal y el disciplinario no hay notas internas diferenciadoras debiendo, desde luego, despenalizarse las infracciones en las que la desvalorización ética es mínima y atenderse para la ubicación de delitos y faltas en uno u otro campo a criterios de mayor o menor gravedad de los mismos, o a las necesidades de una pronta represión, prevaleciendo, en definitiva, el criterio formal que*

---

<sup>62</sup> VALENCIANO ALMOYNA, J., *Introducción al estudio de las faltas en el Derecho militar español* (inédito), Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 1980, pág. 2.

<sup>63</sup> En esos términos se expresan el art. 2 de la LORDFAS 8/1998 y 5 de la LORDGC 12/2007. Las acciones y omisiones a que se refiere estos artículos pueden ser tanto dolosas como culposas; así, la STS de 15 de octubre de 1996 (LALEY 10246/1996) reconoce de manera general que: *“(…) todas las infracciones disciplinarias admiten en principio la comisión culposa, salvo aquellas en que el propio tipo del injusto incorpore en la descripción legal de la infracción algún elemento subjetivo que por su propia significación requiera la presencia del dolo”*. Para referirse de forma expresa a “las faltas” utiliza la LORDFAS los términos de “faltas leves” y “faltas graves” respectivamente. El tercer tipo de “causas” (art. 17 en la LORDFAS 8/1998) que suponen vulneraciones de los preceptos protegidos por esta ley, no son considerados en ningún momento faltas o infracciones en el sentido general del término, sino “causas” que originan la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias definidas en los arts. 18 al 21, impuestas por las autoridades competentes, mediante la incoación del oportuno expediente. La Exposición de Motivos de la LORDFAS 8/1998, en este mismo sentido, expresa que: *“resulta ser una constante histórica la preocupación de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y en caso de quebrantamiento, la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos”*.

*deja exclusivamente los delitos dentro del Derecho penal militar, excluyendo las faltas militares que van a pasar a un nuevo y cuidado Derecho disciplinario castrense”<sup>64</sup>.*

De este modo, la realidad positiva vigente, supone la separación formal entre los ámbitos penal y disciplinario militar si bien desde el punto de vista material se acogen plenamente la tesis cuantitativa<sup>65</sup>. En esa misma sintonía, y siguiendo la tradición normativa, la Exposición de Motivos del nuevo APLORDFAS de 2012 ha establecido plenamente el criterio cuantitativo entre el reproche penal y disciplinario y señalando la compatibilidad de ambas responsabilidades con plena sujeción al principio *ne bis in idem*, al de proporcionalidad y al de mínima intervención del Derecho penal.

### III. REACCIONES Y POSICIONES INTERMEDIAS A LA DICOTOMÍA CLÁSICA

#### 3.1. La jurisdiccionalización del Derecho disciplinario.

La partición del total poder sancionador del Estado (administrativo y penal) provocó consecuencias relevantes desde el punto de vista jurídico, particularmente en

---

<sup>64</sup> El CPM fue aprobado por la Ley Orgánica 13/85, de 9 de diciembre. Ambos textos entran en vigor el mismo día, esto es, el 1 de junio de 1986. Posteriormente, el Ministerio de Defensa publicaría la Orden Ministerial 43/86, de 27 de mayo, que aprobó las *Instrucciones para la aplicación del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*.

<sup>65</sup> Para Rojas Caro implica también la adscripción, únicamente nominal, a la teoría cualitativa apuntada. Y, decimos que la separación es sólo nominalmente porque en gran medida protegen bienes jurídicos tutelados por tipos delictuales del CPM y estos no son sino la concreción venial de aquellos (ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar, op. cit.*, pág. 34). Como única excepción a este criterio cuantitativo algún autor ha considerado que la derogada LORDGC 11/1991 (por LORDGC 12/2007) que, formalmente, se inspiraba en el llamado criterio cualitativo, si bien en gran medida contiene las modalidades veniales de muchos delitos militares sin que deba olvidarse que el CPM todavía le es aplicable a los miembros del Instituto de la Guardia Civil en determinadas circunstancias con arreglo a la redacción de un nuevo apartado *bis* al art. 7 del CPM previsto en la LORDGC 12/2007. La distinción parece ser puramente formal y no material como incide la STS de 17 de enero de 2005 (LA LEY 11172/2005) cuando señala:“(…) en efecto, el art. 1, "in fine" de la LO 11/91, en su inciso final, tras establecer el ámbito objetivo de aplicación del régimen disciplinario de la Guardia Civil, hace referencia a que todo ello se dará con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda". Sobre la inspiración cualitativa de régimen disciplinario de la Guardia Civil *vid.*, OLMEDO RUBIO, N., “Sobre la reforma del régimen disciplinario de la Guardia Civil” en AA.VV., (Coord. F. de León y Villalba), *Derecho penal y disciplinario militar*, Cursos de Verano de la Universidad de Castilla La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 133 y ss.; y, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas”, *loc. cit.*, pág. 419.

materia de garantías del sancionado<sup>66</sup>. Surge entonces como reacción un movimiento tendente a recuperar para el Derecho sancionador la vigencia de tales postulados. Este movimiento fue traduciéndose en lo que se ha llamado judicialización o jurisdiccionalización de aquel, y muy particularmente del Derecho disciplinario, de reciente actualidad y creciente impulso, cuyo acercamiento al Derecho penal es evidente.

Así, frente a la superposición entre lo penal y lo administrativo generado por lo disciplinario y a fin de corregir los problemas constitucionales, el *proceso de jurisdiccionalización* pretende abarcar un doble frente: por un lado *sustantiva*, reclamando la incorporación al ámbito de las sanciones disciplinarias de los principios y garantías penales; por otro, de modo *adjetivo*, reconociendo la potestad disciplinaria de la Administración pero arbitrando cauces de control jurisdiccional sobre la actividad sancionadora.

Dicha postura, ha sido sostenida, entre otros, por Octavio de Toledo y viene a defender con la posición ecléctica que postula: frente a la teoría cualitativa, la común naturaleza (o sustancial identidad) entre Derecho penal y Derecho disciplinario, siendo el dato común o “puente de unión” entre ambos el de proteger bienes jurídicos; frente a la teoría cuantitativa, en el sentido de que siendo la frontera entre ambos órdenes “mucho más fluida”, el posible traspaso de bienes jurídicos protegidos por el Derecho disciplinario al ámbito del Derecho penal no autoriza a hablar de identidad entre los nuevos tipos de delitos o faltas y los delitos de funcionarios, sino que hay una diferencia cualitativa en la medida en que cada uno de esos delitos se refiere a un bien jurídico distinto<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Frente a la rigidez del principio de legalidad penal, el principio de legalidad administrativa aparecía mucho más relajado (eso es lo que trata de justificar la teoría de las relaciones especiales de sujeción) de forma que en la imposición administrativa de sanciones no operaban, u operaban de manera muy débil principios como el de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc..

<sup>67</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 267. Tesis recogida por Mozo Seoane si bien, como señala, la evolución natural de esta corriente doctrinal ha desembocado, de nuevo, en el mismo punto de partida al considerarse que las diferencias vienen a ser únicamente de grado, del mayor o menor desvalor que se le atribuya al ilícito que en cada caso se trate, reduciéndose las diferencias a la gravedad de la conducta y a la consecuencia jurídica que acarrea, que en el ámbito penal tienen “*un plus infamante*”. Sin embargo, no se trataría de simple *cantidad* porque el bien jurídico protegido no es el mismo en cada caso sino *cualitativamente* distinto: la nota común entre ambos ilícitos sería que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico pero no coincidente, sino distinto en muchos casos (Cfr., MOZO SEOANE, A., “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar”, *loc. cit.*, pág. 184; y, del mismo autor, acerca del proceso de jurisdiccionalización, “Sobre la naturaleza del Derecho disciplinario...”, *loc. cit.*, págs. 292 y ss. ). *Vid.*, el comentario a la

### *3.2 El Derecho de intervención: entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.*

Desde la Escuela de Frankfurt, encabezada por el profesor Hassemer, se ha construido una nueva visión que concibe al Derecho penal moderno caracterizado por la continua creación de nuevos tipos penales destinados a protección de bienes jurídicos universales, diferidos de forma imprecisa, donde abundarían los delitos de peligro abstracto, desvaneciendo el concepto mismo de bien jurídico, provocando una fisura en la base del Derecho penal de corte liberal<sup>68</sup>.

Desde esta perspectiva, se hace necesario controlar la desmedida expansión del Derecho penal, reconduciéndose a un Derecho penal nuclear donde pasarían a un primer plano los bienes jurídicos individuales proponiendo un Derecho de intervención a medio camino entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, con intervención del poder judicial, unas garantías menos intensas que en el ámbito penal y una reacción punitiva menos grave en la que se pudieran reconducir muchos comportamientos hoy ubicados en el Derecho penal<sup>69</sup>.

---

posición de Octavio de Toledo en CASTILLO BLANCO, F., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, op. cit., págs. 202 a 208.

<sup>68</sup> Sobre este planteamiento puede verse a grandes líneas HASSEMER W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal* núms. 46-47, 1, pág. 277; “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal* núm. 51, pág. 28; y, junto con MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 56.

<sup>69</sup> En este contexto, no hay que perder de vista que entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena. Este principio resulta plenamente aplicable al Derecho penal militar de modo que la sanción penal está injustificada cuando la amenaza de la sanción militar aparece adecuada al rango del bien jurídico que se ha de tutelar, *v.gr.*, en el caso de utilizar la vía disciplinaria como respuesta a un caso de desobediencia reducida al ámbito interno de la organización, sin proyección exterior y sin resultado efectivo más allá de la desobediencia misma, sin puesta en peligro próximo o remoto de otros bienes jurídicos relevantes que no sean el de la disciplina en el ámbito interno, nunca debe ser llevada al área penal, pues la respuesta disciplinaria es suficientemente contundente.



### 3.3. *El llamado Derecho penal de dos velocidades.*

Se trata de la inserción en el ordenamiento español de un modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal. Entre los partidarios de esta corriente destaca Silva Sánchez propugnando una configuración dualista del Derecho penal. Por un lado, el Derecho penal se correspondería con el sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, con sujeción extrema a las reglas y principios procesales que denomina “clásicos”. Por otra parte, la segunda velocidad, vendría constituida por las infracciones en la se impondrían otra clase de sanciones, donde es posible flexibilizar las reglas procesales de imputación<sup>70</sup>.

A las dos velocidades propuestas, algún autor añade una tercera coincidiendo con el concepto de *Derecho penal de enemigo* en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y flexibilización de principios político-criminales<sup>71</sup>.

### 3.4. *La respuesta unitaria.*

Frente a lo anterior, modernamente se ha querido concebir un sistema que aboga por percibir que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador poseen idéntica naturaleza jurídica y sobre la que se asientan muchas de las teorías expuestas anteriormente. Así, ante la deficiente regulación característica del Derecho administrativo sancionador, se procede a la aplicación analógica del Derecho penal, cuyas garantías seculares, además, deben operar como freno de la expansión sancionatoria administrativa, característica de nuestras sociedades<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades preindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>71</sup> Vid., GANCIO MELIÁ, M., en coautoría con JAKOBS, G., *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid y Buenos Aires, 2006, pág. 115. Para el profesor Lascuraín Sánchez la propuesta de reservar al Derecho penal su sentido más tradicional y generar un nuevo Derecho penal de segunda velocidad evidencia que la idea de diferencia cualitativa planea en el subconsciente jurídico colectivo (LASCURÁN SÁNCHEZ, J.A., “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, 2005, págs. 587 a 626).

<sup>72</sup> Y ello se apoya con argumentos de tipo histórico, la protección de bienes comunes, la función común, la fluidez entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, la definición común del delito e infracción administrativa como acción antijurídica y culpable, la conexión matemática entre algunas figuras de delito e infracciones administrativas, entre otras.

De la asunción de la teoría unificadora deriva Gómez Tomillo dos ventajas esenciales. De una parte, se abre la puerta a la aplicación de los elaborados principios de Derecho penal a un sector caracterizado por una regulación positiva deficiente; de otro, se cierra el paso a intelecciones escasamente garantistas, en la medida en que, siendo fenómenos sustancialmente iguales, desde el punto de vista jurídico, deben evidenciar garantías que sean también sustancialmente iguales<sup>73</sup>.

En contra de esta teoría se ha argumentado, en relación con la finalidad de uno u otro tipo de Derecho, que las sanciones administrativas no podrían contribuir a la función de prevención especial<sup>74</sup>.

### ***3.5. Un criterio práctico: la política legislativa.***

En la Europa continental, el devenir histórico de la polémica transmutabilidad de lo disciplinario entre lo penal y lo administrativo ha generado una literatura inagotable. Pero como señala acertadamente Nieto en materia de infracciones administrativas se ha hablado demasiado de su naturaleza y bastante menos de su régimen jurídico, olvidando que el Derecho es el arte de solucionar los conflictos concretos y no la brillante ciencia de definir conceptos y de sistematizarlos a la manera de la entomología clásica. Si la naturaleza de las instituciones interesa a los juristas es únicamente porque gracias a ella se determina su régimen jurídico, que es lo que de verdad importa<sup>75</sup>.

Esta propuesta pudiera tener singular relevancia para el Derecho castrense, donde ya hemos dicho que lo penal militar y lo disciplinario militar se encuentran reguladas por separado (LORDFAS 8/1998 y CPM). En el ámbito jurídico militar, es muy difícil la separación entre el delito y la llamada falta delictual y sólo se diferencian por la

---

<sup>73</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y práctica del Derecho penal administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 81.

<sup>74</sup> *Ídem*.

<sup>75</sup> Tal vez ocurra, como señala Nieto, que se hace necesario configurar un *supraconcepto* pues desde hace varios años se viene insistiendo en un falso problema (identificación o diferenciación entre faltas administrativas y penales) que se aborda con un planteamiento monótono: unos autores afirman la identidad de estas dos figuras mientras que otros la niegan por entender que les separa diferencias de naturaleza cuantitativa o cualitativa. No obstante, en un trabajo de estas características no puede dejarse de reproducir y ayuda, en cualquier caso, a comprender el fondo del asunto, reflexión que queremos retener de momentos hasta no ver terminado el análisis sobre la naturaleza del Derecho disciplinario militar. *Vid.*, NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador, op. cit.*, pág. 23.

gravedad o intensidad del resultado<sup>76</sup>. En definitiva, se defiere lo disciplinario al Derecho administrativo, principalmente y por razones de política legislativa<sup>77</sup>, pero sometiendo el ejercicio de la potestad sancionadora a control jurisdiccional y brindando protección penal a los bienes en uno y otro caso afectados<sup>78</sup>.

De esta manera, sólo existe una posibilidad legal –no doctrinal- de distinguir lo penal de lo disciplinario; posibilidad que no es otra que el acatamiento a los criterios político criminales seguidos por el legislador<sup>79</sup>, esto es, si está en el CPM es delito y si está en la normativa disciplinaria castrense es falta.

#### **IV. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR Y EL DERECHO PENAL MILITAR.**

##### ***4.1. Conexión de los regímenes disciplinario militar y penal militar.***

La doble manifestación del *ius puniendi* del Estado adquiere, sin ningún género de dudas, especiales caracteres en el ámbito castrense pues, aunque la disciplina constituye el principal objeto de protección del Derecho disciplinario militar, ni éste se limita a ella, ni a él le corresponde en exclusiva la protección de aquella.

El régimen disciplinario en las FAS tiene por objeto “*garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la institución militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico*”<sup>80</sup>, pero ello con

---

<sup>76</sup> MOZO SEOANE, A., “Sobre la naturaleza del Derecho disciplinario. Referencia especial al Derecho disciplinario militar”, *loc. cit.*, págs. 177 a 196. Sin embargo, nótese, que ciertos ilícitos militares (v.gr., el de desobediencia) considerado como falta disciplinaria y a la vez delito, tienen una estructura idéntica.

<sup>77</sup> Para Rojas, dichas razones de política legislativa no pueden ser otras que la necesaria preponderancia que para esta rama del Derecho tiene la disciplina. Lo que a su vez explica el carácter eminentemente ético del Derecho disciplinario militar, toda vez que “*su objetivo primordial no es tanto el restablecimiento del orden jurídico quebrantado sino salvaguardar el prestigio y la dignidad corporativa, así como garantizar la correcta y normal actuación del personal en la doble vertiente del eficaz funcionamiento del servicio y de que su actividad se desarrolle siempre en el marco que fija la ley*” (ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, *op. cit.*, pág. 47).

<sup>78</sup> En este esquema el criterio de política legislativa tiene virtualidad puesto que el legislador a su conveniencia puede alterar la regulación positiva sobre una determinada materia: lo que ayer era infracción administrativa hoy lo convierte en delito y al revés, es decir, convertir los ilícitos penales en infracciones disciplinarias.

<sup>79</sup> *Vid.*, FERNANDEZ AREAL, J.R., “Notas sobre Derecho disciplinario”, *Revista Española de Derecho Militar* núm. 52, págs. 89 a 98.

<sup>80</sup> *Vid.*, arts. 1 de la LORDFAS 8/1998 y 5 de la LORDGC 12/2007.

independencia de la protección penal y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales. No hay que olvidar, tampoco, que a través de la tipificación de muchos delitos se está persiguiendo, también, la protección de aspectos importantes de la disciplina<sup>81</sup>.

En este sentido, la vinculación de las FAS a la Defensa Nacional hace que tanto el Derecho penal militar como el Derecho disciplinario militar defiendan valores de carácter general que podrían incardinarse en el marco del Derecho sancionador o en el penal respectivamente. Desde esta perspectiva, la coexistencia de ilícitos penales (CPM) y disciplinarios (LORDFAS y LORDGC) implica la dificultad de determinar la trascendencia penal o administrativa de ciertas conductas que atentan contra un determinado bien jurídico<sup>82</sup>.

Dicha dificultad, afecta especialmente al Derecho disciplinario militar, pues la naturaleza especial de éste procede precisamente del ejercicio de la potestad jerárquica estrictamente distribuida en las FAS como organización piramidal para el resguardo de los valores fundamentales de obediencia, subordinación y disciplina<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (especial consideración del Régimen disciplinario de la Guardia Civil)”, Documentación Administrativa núms. 282-283, pág. 417.

<sup>82</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, op. cit., pág.180. En este sentido, se trae a colación la STSJ de Canarias de 28 de mayo de 2001 (LA LEY 106322/2001) cuyo FJ 3º reza: “(...) tal y como refleja la propia Constitución y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales (...) Esta progresiva andadura jurisprudencial, felizmente constitucionalizada, encontró eco en otros ámbitos supranacionales y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, se pronunció en el mismo sentido tres años después. La S. 21 /2 /1984, adoptada por el Pleno (Caso Ozturk) se abre con una advertencia preliminar: el de la potestad penal (judicial) y la sancionadora (administrativa), sin que la calificación del ilícito como delito o infracción sea decisiva al respecto, para evitar que al socaire de tal opción pueda eludirse las garantías establecidas en los arts. 6 y 7. El concepto de "materia penal" según el Tribunal está dotado de autonomía y en su virtud hay que atender con preferencia a la verdadera naturaleza de la contravención conectada por supuesto a la sanción que se le asigne. El Derecho penal y el administrativo, en ese aspecto, no son compartimentos estancos y, por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones, cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado”.

<sup>83</sup> Sin embargo, para Alli Turillas, en base a la anterior normativa disciplinaria militar (LORDFAS 12/1985) el objeto del Derecho administrativo sancionador y el militar no son exactamente coincidentes, pues además el régimen disciplinario se encargaría del derecho premial (ALLI TRILLAS, J.C., *La profesión militar...*, op. cit., pág. 387). Sobre la idea de que el Derecho disciplinario no es sólo sancionador vid., ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, op. cit., pág. 63 y 235. Acerca de la idea de que son los principios de jerarquía y autoridad los que sustentan el Derecho disciplinario puede verse CASTILLO BLANCO, F., *Función pública...*, op. cit., págs. 211 a 226; también, en esos mismos términos, la STC 21/1981, de 15 de junio (FJ 9º).

En vista de ello, cabría preguntarse, entonces, si el Derecho disciplinario castrense forma parte, definitivamente, del Derecho penal (militar) o por el contrario se subsume dentro del genérico Derecho administrativo sancionador.

La incardinación en uno u otro ámbito no es cuestión baladí y, más allá del puro debate doctrinal, puede tener importantes efectos prácticos, pues si consideramos al régimen disciplinario militar dentro del *penal* le serían de plena aplicación los principios garantistas que informan a éste; por el contrario, su consideración como *administrativo-sancionatorio* podría implicar la amortiguación o gradación de aquellas garantías<sup>84</sup>.

Sobre la dificultad de su deslinde y la permanente tensión de ambos ilícitos ha sido plenamente consciente la doctrina militar<sup>85</sup>, que incluso ha llegado a señalar el carácter híbrido (penal-administrativo) que pudiera corresponder al Derecho disciplinario castrense<sup>86</sup>. Por su parte, la propia Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en no pocas ocasiones, ha matizado la dificultad de separar la frontera de lo penal y lo disciplinario en el ámbito militar, y de la que resulta enunciativa la STS de 17 de enero de 2005 (LA LEY 11172/2005) cuando señala:

*“(...) Pues bien, la Ley no hace sino expresar la opción de política legislativa consistente en la expresión formal de los ámbitos sancionadores disciplinario y penal; opción que, además de ser la generalmente adoptada en los sistemas comparados, ofrece evidentes ventajas de orden práctico y aún de claridad en su aplicación, pero no prejuzga la cuestión sustantiva que subyace sobre los límites entre Derecho penal y Derecho disciplinario. Como establece la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de Diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, supletoria de la LO 11/91, de conformidad con la Disposición Adicional Primera de ésta última, se ha venido a señalar que la separación entre el ámbito penal y disciplinario es puramente convencional y responde a criterios de funcionalidad, recogiendo en sede disciplinaria “aquellas conductas que, con independencia de su naturaleza y por su mayor venialidad, se reserva su sanción y castigo al mando militar como instrumento para el mantenimiento de la disciplina”.*

---

<sup>84</sup> SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración...*, *op. cit.*, pág. 210.

<sup>85</sup> V.gr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>, “La acción penal y la acción disciplinaria...”, *loc. cit.*, pág. 94; ÁLVAREZ ROLDÁN, L., y FORTÚN ESQUFINO, R., *La Ley Disciplinaria Militar*, *op. cit.*, págs. 30 y ss.; MOZO SEOANE, A., “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho milita”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal militar*, *op. cit.*, pag. 183; ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, *op. cit.*, págs. 30 a 34; SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración...*, *op. cit.*, págs. 210 a 216; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, *op. cit.*, pág. 180.

<sup>86</sup> PAÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>, *Presupuestos constitucionales de la función militar*, *op. cit.*, pág. 374. Además, por ese doble carácter la jurisdicción militar tendría atribuido la función contencioso-disciplinaria y la penal militar.

*“(…) Esta partición del ámbito punitivo plantea en ocasiones problemas interpretativos o más precisamente de subsunción de la conducta a sancionar, entre los ilícitos de uno y otro carácter, además de que en ocasiones se venga a delimitar la concurrencia de ilícito disciplinario por vía negativa a los casos en que no concurren los requisitos que vendrían a constituir delito, además de que en todo momento ha de tenerse en cuenta el principio de intervención mínima penal. Hacemos referencias a este paralelismo e interrelaciones, entre el ámbito penal y el disciplinario, por cuanto la Ley disciplinaria de la Guardia Civil no es en sí misma una norma completa, sino que ha de ser interpretada teniendo en cuenta otras normas generales o reglamentarias, a las que ha de acudir para su aplicación como derecho supletorio y, en este sentido, además de la fuente constitucional, del derecho común y de las Reales Ordenanzas, existen conceptos disciplinarios cuyo origen se encuentra precisamente en el derecho penal”.*

En este contexto, es posible hablar de la similitud o conexión entre el régimen disciplinario castrense y el de represión penal militar, como una más de las especialidades que venimos apuntando a lo largo de este trabajo, apreciado en los siguientes matices:

- Ambos se inclinan a asegurar el castigo de algún comportamiento reprehensible en contra de la disciplina en la organización de las FAS o la Guardia Civil. Así, un breve examen del CPM permite poner de manifiesto que a través de la tipificación de muchos delitos se está persiguiendo la protección de aspectos importantes de la disciplina<sup>87</sup>.
  
- Ambos sistemas sancionadores utilizan la restricción de la libertad del militar como una forma de sancionar los ilícitos penales o disciplinarios, aunque la represión disciplinaria se asegura por la inflicción de sanciones derivadas del incumplimiento de determinados deberes militares<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso de la falta grave prevista en el art. 8.15 LORDFAS 8/1998 (utilizar para usos particulares medios de carácter oficial) que es la expresión venial del art. 190 del CPM (el militar que empleare para usos particulares medios asignados al servicio); la falta grave del art. 8.17 LORDFAS 8/1998 (impedir el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos) que es la concreción a falta disciplinaria del delito contenido en el art. 103 del CPM. Y, sin duda, el ejemplo más palmario lo constituye la falta grave contenida en el art. 8.20 LORDFAS 8/1998 y 8.5 de la LORDGC 12/2007 (la falta de subordinación cuando no constituya delito) que se corresponde plenamente con el delito del art. 102 CPM de desobediencia. Todos estos son ejemplos de que la falta tipificada en la normativa disciplinaria castrense (administrativa) no es sino la gradación venial de la figura delictual contenida en el CPM (penal).

<sup>88</sup> Estos deberes son los concretados en las RROFAS de 2009 y la Ley 9/2011 de derechos y deberes de los militares.

- En materia penal, las penas son siempre pronunciadas por un Tribunal y las sanciones disciplinarias las juzga la autoridad administrativa con potestad y competencia para hacerlo<sup>89</sup>.

- La dicotomía entre delitos militares e infracciones disciplinarias castrenses no deja lugar para las “faltas penales militares” que además son prácticamente inexistentes en la inmensa mayoría de los Códigos o leyes penales militares extranjeros<sup>90</sup>.

Todo ello determina la interconexión normativa histórica que durante muchos años ha existido entre el Derecho disciplinario militar y el Derecho penal militar.

#### ***4.2. El Derecho disciplinario militar como parte integrante del Derecho administrativo sancionador: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.***

Pues bien, sobre la definitiva naturaleza penal o administrativa del Derecho disciplinario militar, el Tribunal Constitucional tuvo la necesidad de manifestarse tempranamente a partir de la STC de 15 de junio de 1981 (LA LEY 156/1981), consciente de las peculiares condiciones del régimen disciplinario castrense y su

---

<sup>89</sup> En el ámbito normativo común existen dos clases de normas: las penales y las administrativas. En las administrativas se castigan unos ilícitos que se denominan delitos o faltas y en las segundas se describen y castigan otros ilícitos que se denominan infracciones administrativas. Y ello, sin perjuicio de que las normas penales se remitan ocasionalmente a las administrativas, de la misma forma que las administrativas se remiten a las leyes penales en torno a los delitos y las faltas. En una y otras normas se encomienda el castigo de cada uno de grupos de ilícitos a órganos diferentes: los delitos y las faltas a los Jueces y Tribunales penales; las infracciones administrativas a los órganos administrativos cuyas decisiones son luego revisables por órganos judiciales no penales. Excepcionalmente, puede encomendarse a los jueces el castigo de infracciones administrativas pero jamás a los órganos administrativos el castigo de delitos. La represión ha de ajustarse a procedimientos distintos según se trate de delitos o infracciones administrativas. Las decisiones en materia penal están sujetas a las consultas y recursos jurisdiccionales establecidos en la ley procesal penal; los actos administrativos sancionadores disciplinarios son factibles de revisión por los recursos administrativos y agotados estos quedan sujetos a instancia del agraviado al control del juez contencioso-administrativo articulándose el procedimiento contencioso disciplinario militar como específico y singular del régimen disciplinario castrense.

<sup>90</sup> Así, el CPM no contiene faltas y las únicas sanciones que pueden imponerse de este género se encuentran contenidas en la LORDFAS 8/1998 y en la LORDGC 12/2007. Sobre una visión en Derecho comparado *vid.*, GARCÍA BALLESTER, P., “Los principios de la disciplina en el Derecho Disciplinario Militar Comparado”, Revista Española de Derecho Militar núm. 37, págs. 93 a 181; y, LORENZO PONCE DE LEÓN, R., “La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el Derecho militar de Estados Unidos de América”, Revista Española de Derecho Militar núm. 82, págs. 149 a 196.

relación con el Derecho penal militar, respecto del cual no puede trazar una *nítida línea divisoria*.

En la citada Sentencia, el recurrente, sobre la base de una sanción de arresto impuesto conforme al entonces vigente CJM de 1945, dilucida el carácter penal y no administrativo del procedimiento en base a que la falta que le había sido impuesta se encontraba regulada en el CJM, que sería una Ley penal, y que la Autoridad que la impuso –según el CJM - era una “autoridad judicial” y, en consecuencia, le debieron ser reconocidas las garantías que el ordenamiento reserva para este tipo de procedimiento. Así, reza la Sentencia:

*“(…) El recurrente entiende que estos derechos son de aplicación inmediata y si bien reconoce que «la Constitución no impide que el Estado, en el cumplimiento de su función de guardián del interés público, establezca una distinción entre Derecho penal y Derecho disciplinario, así como que trace la línea divisoria entre uno y otro», ello, a su juicio, no obliga a concluir que nos encontremos ante un supuesto de Derecho disciplinario al que no sería aplicable el derecho a la jurisdicción y a las garantías que el mismo conlleva, dado el carácter judicial que el Código de Justicia Militar reconoce al procedimiento seguido en el caso de faltas graves”*

En base a ello, el supremo intérprete de la CE, en el caso que nos ocupa, adaptó las disposiciones del CJM especificando la naturaleza administrativa del “expediente judicial” en base a tres criterios<sup>91</sup>:

*a) Para el Tribunal Constitucional, las sanciones recaídas en el procedimiento denominado “expediente judicial” no tiene el carácter de “penas”, sino de sanciones.*

Las penas son únicamente las que se imponen por los Tribunales y el propio art. 207 del entonces vigente CJM de 1945 establecía que no se consideraran penas las correcciones judiciales *aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en la Ley*, siendo posible interponer, desde el punto de vista de la potestad disciplinaria, sanciones privativas de libertad de acuerdo con la interpretación ya apuntada del art. 25 CE. Así, argumenta el Tribunal Constitucional:

*“(…) Es preciso señalar, sin embargo, que la vía judicial a que alude el art. 1003 del Código de Justicia Militar y que se concreta en el expediente judicial regulado en el art. 1004 no corresponde al concepto de procedimiento judicial al que alude el art. 207 del mismo Código (...). El art. 207 distingue entre ambos conceptos al recoger la distinta naturaleza de las infracciones que dan lugar a uno y otro*

---

<sup>91</sup> SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración...*, op. cit., págs. 211 a 216.



*procedimiento y afirmar que «solo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial. Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley» (...) Los arts. 851 y 852 del Código de Justicia Militar distinguen también entre ambos procedimientos al señalar que las Sentencias son las resoluciones definitivas de los procedimientos judiciales, mientras que los expedientes de esta índole han de resolverse por Auto”.*

Para Valenciano Almoyna, el CJM carecía de un concepto de falta casi deliberadamente (salvo la imprecisa y paralela al CPM contenida en el art. 181). Dicha circunstancia provocaba una incongruencia legal: en dicho precepto se definen las faltas militares como acciones y omisiones “penadas” en el CJM, mientras en el Título XV del Tratado Segundo (“*Faltas y correcciones*”) se abstiene de toda referencia al término “pena” y utiliza siempre expresiones como castigar, corregir u otros sinónimos<sup>92</sup>.

*b) El expediente judicial tiene un carácter disciplinario y no judicial donde la “autoridad judicial” no lo es en sentido estricto.*

Para el supremo intérprete de la Constitución, el procedimiento para la represión de las faltas no goza de los caracteres procesales del penal teniendo connotaciones administrativas:

*”(...) la propia estructura del expediente judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal, sino que se corresponde perfectamente con*

---

<sup>92</sup>VALENCIANO ALMOYNA, J., *Introducción al estudio de las faltas en el Derecho militar español*, op. cit., págs. 1, 2 y 153 a 162. Esta dificultad se complica por la poca desafortunada denominación de “disciplinario” dado a las faltas cometidas en funciones judiciales (art. 168 CJM) lo que hace reservar a las verdaderas faltas el concepto de gubernativa, desenfocando su auténtico sentido. El argumento fundamental sobre la naturaleza las faltas militares con arreglo al CJM de 1945 la suministraba el supracitado artículo 207, que ponía un extremo cuidado en no denominar nunca penas a las sanciones que el texto punitivo señalaba para las faltas militares, al que se unía, desde la perspectiva procesal, el dato de que el procedimiento que se establecía para sancionar aquellas no era judicial al no haber acusación y defensa, ni concluir con Sentencia impuesta por Consejo de Guerra. En cambio, en favor de la tesis penal, se argüía de contrario que era posible el castigo de delitos sin sentencia de Tribunal Militar (en supuestos de fallos de conformidad), y que además en determinados supuestos (art. 790 regla 5ª ) el Consejo de Guerra podía sancionar faltas militares penales apreciadas incidentalmente. Tales argumentos se contrarrestaban unos a otros, suministrando datos en favor de tesis mixtas o conciliadoras. El citado autor tiene en mérito el estudio y deslinde de aquellas faltas que, integradas en el CJM, tienen naturaleza penal de aquellas otras que, con mismo tratamiento y denominación, serían puramente administrativas. Por su parte, Rodríguez Devesa ya señaló que el Derecho disciplinario militar estaba contenido en las disposiciones del CJM que regulaban las faltas militares (RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., “La acción penal y la acción disciplinaria en Derecho militar español”, loc. cit., pág. 78).

*la de los expedientes administrativos en el ámbito civil, con una fase de instrucciones en la que el Instructor reúne funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal, y una fase de resolución en la que el órgano a quien corresponde la decisión no está especializado y coincide con la propia autoridad administrativa (...). Las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho penal, sino del régimen disciplinario, y así se reconoce expresamente en la reserva contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.*

Hay que señalar, no obstante, que la citada Sentencia se enmarcaba dentro de los llamados expedientes judiciales del CJM de 1945 en un tiempo en el que todavía existía la doble cualidad, judicial y administrativa, de las autoridades militares; y, en un momento, en el que el Tribunal Constitucional todavía iniciaba su andadura en materia de traslación y pleno reconocimiento, aunque con adaptaciones, de los principios penales que eran de aplicación al procedimiento disciplinario<sup>93</sup>.

*c) La reserva de España al CEDH avala el carácter administrativo de la normativa disciplinaria militar y no el penal.*

España al ratificar el CEDH, como hemos puesto de relieve en el Capítulo anterior, realizó diversas reservas que afectaban a los artículos 5 y 6, en concreto a las competencias disciplinarias mantenidas en el Título XVIII del CJM , así como limitaciones al derecho de sindicación de las FAS o Institutos sometidos a disciplina militar. En la reserva al instrumento de rectificación del CEDH este procedimiento se denomina como “disciplinario”.

De todo lo dicho, se desprende que el Tribunal Constitucional considera esencial una nítida división entre Derecho disciplinario y Derecho penal militar, que constituyen

---

<sup>93</sup> *Vid.*, la crítica a la STC 15 de junio de 1981 en PRIETO SANCHÍS, L., “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 4, págs. 118 a 120. Así, de la citada Sentencia parece desprenderse que Tribunal Constitucional aboga decididamente en favor de la extensión al orden sancionador civil de las garantías penales y procesales establecidas en el artículo 24, pero cuando se trata de la disciplina militar la cuestión parece estar mucho más dudosa. La Sentencia citada denegó el amparo solicitado contra una sanción privativa de libertad por falta grave, declarando, entre otros pronunciamientos de interés, que: “*el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos penales*”. Afirmación, a juicio de Prieto demasiado rotunda, ya que si la comparamos con la STC de 8 de junio del mismo año, resulta que el carácter militar o civil es motivo suficiente para transformar la naturaleza de los principios del Derecho sancionador.

ramas jurídicas separadas, siendo el Derecho penal militar una especialidad del común, donde el carácter administrativo (sancionador) del Derecho disciplinario castrense es innegable.

Ello, además, es coherente con la idea sobre que el Derecho disciplinario general se nutre del Derecho administrativo sancionador, tal como se puede observar del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, donde se evidencia la esencia administrativa sancionadora para el resguardo del cumplimiento de los deberes de dichos funcionarios.

Ahora bien, la naturaleza singular del régimen disciplinario castrense, procede del ejercicio de la potestad jerárquica estrictamente distribuida en las FAS y la Guardia Civil como organizaciones piramidales y jerarquizadas para el resguardo de los valores fundamentales de obediencia, subordinación y disciplina de aquellas. El propio Tribunal Constitucional, consciente de esta realidad, se da cuenta de las especiales cautelas que han de observarse en el ámbito de los principios que han de informar el procedimiento sancionador (que será objeto de estudio en el Capítulo siguiente) cuando matiza:

*“(...) En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar. 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 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”.*

En consecuencia, la citada Sentencia determina el carácter administrativo-sancionador del régimen disciplinario militar, rechazando su consideración de Derecho penal militar. No obstante aceptarse esta distinción, parecen existir zonas imprecisas en que los límites de uno y otro se difuminan o confunden, como se pone de relieve en los mismos hechos enjuiciados por el Tribunal Constitucional.

## CONCLUSIONES

- I. La doctrina militar ha sido mayoritariamente partidaria de la asunción de un criterio cuantitativo afirmando que las diferencias entre el ilícito penal y el disciplinario son de grado (cuantitativas) y formales (el texto punitivo contiene penas y las leyes no penales contienen correcciones administrativas). De esta manera, sólo existe una posibilidad legal –no doctrinal- de distinguir lo penal de lo disciplinario; posibilidad que no es otra que el acatamiento a los criterios político criminales seguidos por el legislador, esto es, si está en el CPM es delito y si está en la normativa disciplinaria castrense (LORDFAS y LORDGC) es falta, con la peculiaridad que el CPM no contiene faltas, teniendo que buscarse la forma venial de los tipos penales militares precisamente en la normativa disciplinaria. El legislador, guiado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, será el que determinará la opción penal o administrativa.
- II. En cuanto a la relación del Derecho disciplinario castrense con otras ramas, tanto el Derecho penal militar como el Derecho disciplinario militar tienen en común la tutela de bienes considerados como esenciales para el funcionamiento y eficacia de la organización militar. Por su parte, el Derecho disciplinario militar comparte con el Derecho disciplinario común la idea de autorregulación interna de los miembros de una determinada organización para el cumplimiento de los deberes formalmente impuestos. Sin embargo, añade un plus de rigurosidad, cuya fundamentación última se deriva de la explícita formalización de los deberes impuestos y la especial intensidad y rigor con que son sentidos y exigidos. El régimen disciplinario común y el castrense no comparten idéntica comunidad de origen histórico.
- III. Finalmente, existe un orden jurisdiccional propio para la tutela del Derecho disciplinario castrense y aunque no hay duda de su consideración como parte integradora del Derecho administrativo sancionador (como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional), todas estas circunstancias constituyen peculiaridades respecto al régimen disciplinario general que ahonda, sin duda, en la idea de singularidad y sustantividad del Derecho disciplinario castrense.

## BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- BETANCOR, A., “Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 19 (edición electrónica).
- CALDERON SUSIN, E., “*Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar*, (ponencia-seminario), Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, 1980.
- CÁNOVAS DEL CASTILLO, E., *De las faltas comprendidas en el libro 3º del Código Penal y en las leyes, decretos y reglamentos administrativos que pueden corregirse gubernativamente y de las que sólo pueden pensarse en juicio verbal*, Imprenta de los herederos de Vallejo, Madrid, 1862,
- CARRASCO CANAL, C., *La burocracia en la España del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1975.
- CASABO RUÍZ, J.R., *Comentarios al Código penal*, t.II, Ariel, Barcelona, 1972.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARÍZALA, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.
- CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI-Civitas, 1992.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, Técnos, Madrid, 1985.
- CID MOLINÉ, J., “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre sanciones punitivas”, *Revista de Administración Pública* núm.140
- CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 78).
- DE VALENZUELA COSSÍO, F., *El Derecho disciplinario militar en España y en México: una perspectiva comparada*, Tesis Doctoral, Universidad CEU-San Pablo, Madrid, 2011,
- DE QUEROL Y DURÁN, E., *Las faltas ante el Derecho procesal militar*, inédita, Diploma Derecho militar, Madrid, s.f..
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., “De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los Tribunales de Honor militares de nuestro Ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 33.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., y NEVADO MORENO, P.T., “Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar”, en AA.VV., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- : “Derecho a la asistencia de letrado en el ejercicio por la Administración de potestades sancionadoras”, Actualidad Administrativa vol. 3.
- FERNÁNDEZ MUIÑOS, B., “El cambio normativo en el Derecho disciplinario militar”, Boletín de Información del Ministerio de Defensa núm. 258, pág.
- CABRALES ARTEAGA, F.J., *La figura del instructor disciplinario*, inédito, Diploma de Derecho penal, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 2002.
- GANCIO MELIÁ, M., en coautoría con JAKOBS, G., *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid y Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, EDERSA, Madrid, 1970, pág. 17;
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, Documentación Administrativa núm. 280-281.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 10.
- GARRIDO FALLA, F., “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, Revista de Administración Pública núm. 28.
- GILISSEN, J., “Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar”, Revista Española de Derecho Militar núms. 33-34.
- GOMES CARNEIRO, M.T., “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”, Revista Española de Derecho Militar núm. 8, págs. 76 y 77).
- GOMEZ TOMILLO, M., “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal”, Actualidad Penal núm. 4.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990.
- HUERGO LORA, R., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- LASCURÁN SÁNCHEZ, J.A., “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, 2005.
- LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LORENZO DE MENBIELA, J.B., *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*, Thomson-Aranzadi, 2006.
- MARINA JALVO, B., “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio del *non bis in idem*”, Revista de Administración Pública núm. 162.
- : *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Multas administrativas”, *Revista de Administración Pública* núm. 79, p
- MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa*, Nauta, Barcelona, 1965.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (especial consideración del Régimen disciplinario de la Guardia Civil”, *Documentación Administrativa* núms. 282-283.
- MOZO SEOANE, A., “La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar”, *La Ley* núm. 1929.
- : “Límites al principio *bis in idem*”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*.
- : *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985.
- : “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar” en AA.VV., *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988.
- : “Sobre la naturaleza del Derecho disciplinario. Referencia especial al Derecho disciplinario militar”, en AA.VV., *La jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- : “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal militar*.
- MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 56.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- : “El derecho como límite de poder”, *Revista de Administración Pública* núm. 91.
- : “El principio *non bis in idem*”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 28.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 267
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de Administración Pública* núm. 67.
- PRIETO SANCHÍS, L., “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 4.
- REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989.
- REBOLLO PUIG., M., y otros, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España (Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, *Revista de estudios socio-políticos* núm. 1 (Colombia).

- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>, “La acción penal y la acción disciplinaria”, *Revista Española de Derecho Militar* núm. 7, pág. 94).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977,
- ROCA ROCA, E., “El concepto de funcionario público en la administración Local”, *Revista de Administración Pública* núm. 48,
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar”, en *La Jurisdicción Militar, op. cit.*.
- : “Régimen disciplinario militar”, *Ejército* núm. 672.
- : (coord.) *Comentarios a la Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.
- : “Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias militares (art. 2)”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, op. cit.*,
- : *Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil*, (dos tomos), Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2002.
- ROJAS CARO, J., *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990.
- : *Derecho procesal penal militar*, Bosch, Barcelona, 1991.
- : “Faltas leves disciplinarias militares”, *Ejército* núm. 672.
- : “El maltrato de obra a un inferior en el Código de Justicia Militar”, *Revista General de Derecho* núms. 493-494.
- SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución y el tribunal Constitucional*, *Revista de Derecho Privado*, EDERSA, Madrid, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades preindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- SUAY RINCÓN, S., *Sanciones administrativas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1989.
- UBEDA TARAJANO, F., “Sanciones Disciplinarias de Derecho Público: las relaciones entre los ilícitos administrativos y penales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2033,
- VALENCIANO ALMOYNA, J., *Introducción al estudio de las faltas en el Derecho militar español* (inédito), Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 1980.
- VENDITTI, R., *Il Diritto Penale Militare del sistema penal italiano*, Milán, 1985 pág. 128,
- VEUTRO, V., “Problemas de Derecho penal planteados por la cooperación internacional”, *Revista Española de Derecho Militar* núm. 8,
- VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo”, *Revista de Administración Pública* núm. 16.







