

El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar

JOSE ROJAS CARO
Comandante Auditor.
Abogado.

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Naturaleza jurídica: A) ¿Tiene el Expediente Judicial carácter penal o administrativo? B) La Sentencia del T. C. de 15-6-81 (RA-16). C) La normativa del Expediente Judicial, ¿lesiona los principios básicos del derecho a la defensa?: 1) Breve referencia a los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos y su incidencia en el tema. 2) Los principios básicos del derecho a la defensa. 3) ¿Podría entenderse modificado el artículo 1.004 del Código castrense?—III. ¿Cabe recurso contra la resolución recaída en el Expediente Judicial?: A) El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar; el artículo 200 de las Reales Ordenanzas y el artículo 241 de la Constitución española. B) ¿Recurso ante Tribunal militar o ante Tribunal contencioso-administrativo? C) Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia de 18-2-83, conociendo del recurso contra correctivo impuesto a oficial. D) ¿Es conveniente someter a recurso los correctivos impuestos a militares?—IV. El Expediente Judicial y la prescripción de la acción penal: A) Concepto, naturaleza y fundamento de la prescripción. B) Normativa legal. C) ¿Qué significa la frase «procedimiento dirigido contra el culpable»? D) ¿Es el Expediente Judicial procedimiento dirigido contra el culpable a los efectos de la prescripción?—V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

Los procedimientos llamados judiciales establecidos en el Código de Justicia Militar son tres: las causas penales, previstas para los delitos, los expedientes judiciales previstos para las faltas graves, y los procedimientos previos encaminados a depurar hechos que, pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta grave. Esta clasificación de los procedimientos judiciales

en el ámbito militar resulta claramente del párrafo primero del artículo 517 del Código Castrense; es más: tan pronto como en un procedimiento previo resulte un indicio racional que permita suponer la existencia de un delito o de una falta grave habrá de acordarse, por imperativos del artículo 519, la elevación de lo actuado a Causa o Expediente judicial.

En el presente trabajo, circunscrito al Expediente judicial, trataremos de abordar tres temas fundamentales: su naturaleza jurídica a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-6-81, recaída en recurso de amparo número 16, la posibilidad de recurso contra la resolución recaída en el mismo y, en tercer lugar, el tema de si la incoación de un expediente judicial interrumpe la prescripción de la acción penal, problema éste íntimamente conectado con el primero.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) *¿Tiene el Expediente Judicial carácter penal o administrativo?* El primer problema que se plantea en relación con el Expediente Judicial regulado en el Código de Justicia Militar es si tiene naturaleza administrativa o judicial. Podría pensarse, en principio, que el Expediente Judicial tiene carácter judicial por las siguientes razones:

1.º Porque el artículo 1.003 del Código Castrense señala que «las faltas graves serán corregidas en *vía judicial*, previo esclarecimiento en expediente que tramitarán Instructor y Secretario»; expediente que se termina mediante resolución de una Autoridad, llamada precisamente Autoridad Judicial; expediente éste en el que además se habla de *acusado* en el artículo 1.004.

2.º Porque las faltas graves que en dicho Expediente Judicial se regulan están previstas y penadas en el Tratado II del Código de Justicia Militar que se encabeza con la denominación de «Leyes penales», y ya se sabe la estrecha vinculación existente entre lo penal y lo judicial, vinculación que ha dado lugar a la acuñación del famoso principio de «*nulla poena sine iudicio*» (1).

B) *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-6-81 (RA-16)*

Sin embargo, a pesar de las coincidencias puramente formalistas que se señalan en el anterior apartado, el expediente judicial no responde ni por su concepto ni por su estructura a la idea de

(1) Principio que, juntamente con el de «*nullum crimen sine lege*» y «*nulla poena sine lege*», constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho.

un proceso judicial de carácter penal. Lo ha señalado así con meridiana claridad la citada Sentencia del T. C. de 15 de junio de 1981 recaída en recurso de amparo número 92/80 (RA-16).

En primer término, en cuanto a su *concepto*, hay que significar que el artículo 207 del Código de Justicia Militar distingue entre lo judicial y lo gubernativo al señalar la distinta naturaleza que tiene uno y otro procedimiento y afirmar que:

«Sólo 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».

En segundo lugar porque el artículo 211 del Código Castrense expresa la duración temporal de las penas, las cuales oscilan entre seis meses y un día a treinta años, mientras que las llamadas *correcciones* por falta grave alcanzan una duración temporal máxima de seis meses.

Pero, además, en cuanto a su *estructura*, la del Expediente Judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal sino que, como señala la indicada Sentencia en el 7.º de sus fundamentos jurídicos, «se corresponde perfectamente con la de los *Expedientes administrativos en el ámbito civil*, con una fase de instrucción 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*». Importantísima declaración la que acabamos de subrayar de la que pueden resultar consecuencias trascendentales como luego veremos.

C) *La normativa del Expediente Judicial, ¿lesiona los principios básicos del derecho a la defensa?*

La Sentencia citada más arriba declara que en lo militar —dado que la disciplina y la subordinación jerárquica constituyen valores primordiales— el procedimiento 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 del castigo. Por ello, la separación entre derecho disciplinario y Derecho penal adquiere un relieve especial, pues dado que no existe entre ambos una nítida línea fronteriza (2) «bastaría con calificar de disciplinaria

(2) PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema inicial penal*, «Revista de Administración Pública», núm. 67, enero-abril, pág. 43. En este sentido señala este autor que los pe-

una infracción para sustraer el procedimiento de las debidas garantías procesales». Y en este sentido —añade la Sentencia— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de amplio margen de apreciación. Pero dicho Tribunal ha distinguido en Sentencia de 8 de junio de 1976 recaída en el caso *Engels* y otros (3), entre arrestos que implican una *restricción de libertad* y aquellos que implican una *privación de libertad*, exigiendo en estos últimos las garantías procesales establecidas en el artículo 6.º del Convenio Europeo, extendiendo al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal (Fundamento jurídico 9.º).

En relación con el procedimiento disciplinario militar, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional declara que no parece aplicable el artículo 24-2 de la Constitución, puesto que dicho precepto está orientado hacia el proceso judicial penal y tampoco puede aplicarse el artículo 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la remisión normativa del artículo 10-2 de la Constitución, puesto que España se reservó (4) la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que fueron incompatibles con el régimen de las Fuerzas Armadas, contenido en el Título XV del Tratado II sobre faltas y correcciones y el Título XXIV del Tratado III sobre los procedimientos para las faltas (Fundamento jurídico 10.º).

nalistas repudian el estudio de este tema del poder sancionador de la Administración porque lo consideran zona fronteriza y problemática, carente además de codificación, faltando a la sanción administrativa, por si fuera poco, algunos de los requisitos de la teoría jurídica del delito como, por ejemplo, la tipicidad.

(3) En la citada sentencia del TEDH se hizo aplicación de los artículos 5, 6, 10, 11, 14, 17 y 18 de la Convención. Los casos examinados por la Sentencia fueron los siguientes: caso *Engels* (sargento), a quien se había impuesto un arresto de cuatro días por haberse ausentado de su domicilio donde pernoctaba después del servicio; caso *Van der Wiel* (cabo), a quien se había impuesto un arresto de cuatro días por presentarse con retraso; caso de *Wit* (soldado), a quien se había corregido con destino a unidad disciplinaria por tiempo de tres meses, por conducir de forma inadecuada un vehículo militar y no ejecutar con prontitud una orden recibida; caso *Dona* (soldado), corregido con destino a unidad disciplinaria por tres meses, por haber participado en la edición y difusión de una revista que minaba la disciplina militar; caso *Schul* (soldado), corregido también con destino a una unidad disciplinaria por cuatro meses. El TERH distingue entre *arrestos simples* (los impuestos a *Engels* y *Van der Wiel*) y los *arrestos de rigor* (destino a unidad disciplinaria), añadiendo que si bien los simples no constituyen privación de libertad se consideran en cambio que sí tienen carácter de privación de libertad los arrestos de rigor, entre ellos el destino a una unidad disciplinaria. Corresponde, pues, al Tribunal verificar si el arresto de rigor, entre ellos el destino a una unidad disciplinaria, cuanto privación de libertad, respeta el artículo 5-1 de la Convención.

(4) Este derecho a la reserva viene contemplado en el art. 64 del Convenio, que, por lo demás, no sólo ha sido utilizado por España, sino también por las otras partes contratantes cuya actitud ha sido análoga en este sentido, haciendo uso de la facultad que se les ofrece.

1) *Breve referencia a los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos y su incidencia en el tema.*

De cuanto llevamos dicho resulta la superlativa importancia que después de la Constitución tienen en nuestro derecho interno los Pactos y Convenios internacionales ratificados por España. Singularmente la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4-11-50, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y fue ratificada por España el 27 de abril de 1977 (5), que ha sido completada por cuatro protocolos adicionales, el primero y el cuarto de los cuales añadieron nuevos derechos a los de la Convención.

La Convención Europea ofrece la importante peculiaridad de que el compromiso que en ella asumen las partes contratantes no se limita a sus propios nacionales, sino a toda persona dentro de su jurisdicción (art. 1.º) y, de otro lado, es de aplicación inmediata una vez ratificada, sin que se requiera la promulgación de medidas legislativas complementarias (6).

La Convención —señala García de Enterría— es el instrumento más relevante del Consejo de Europa, de modo que nuestra incorporación formal a sus contenidos obligatorios y a su sistema de protección supone la definitiva consagración de nuestra incorporación europea (7). Incorporación que va a producir efectos muy directos sobre nuestro sistema jurídico. Al menos en tres órdenes diferentes: a) Va a convertirse el derecho interno español, directamente aplicable por los tribunales, a virtud del artículo 96 de la Constitución, derecho además inmune frente a las leyes ordinarias, según el citado artículo del Texto fundamental; b) La Convención tiene, una vez ratificada, un valor interpretativo directo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, según dispone el artículo 10-2 de la Constitución Española; c) La entrada en juego de todo el sistema de protección que la propia Convención ha prescrito (Comisión Europea de Derechos Humanos y Comité de Ministros) (8) y (9).

La Convención, pues, no es una simple declaración de principios abstractos ni evanescentes o de buenos propósitos de los Estados signatarios, sino que encarna un importante sistema ins-

(5) Y que constituye el equivalente europeo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

(6) TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos*, Ed. Technos, Madrid, 1982, pág. 45.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Prólogo al libro «El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos», escrito por este mismo autor con la colaboración de LINDE, ORTEGA y S. MORÓN, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1979.

(8) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit., pág. 13.

(9) Precisamente la gran superioridad de la Convención Europea sobre los Pactos de la ONU radica precisamente en esto, en que la Convención establece esos mecanismos de aplicación que pueden calificarse de revolucionarios en el orden internacional. Vid. TRUYOL, ob. cit., pág. 54.

titudinal europeo de protección de derechos, ofrecido incluso —además de a los Estados— a los sujetos privados, titulares de derechos (10). Sujetos privados que, por cierto, son no sólo los súbditos, sino también los extranjeros. Por ello ha podido decir con razón Truyol que «la Convención de Roma representa el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para tutelar los derechos humanos en el plano internacional (11).

Por lo que se refiere a España, el artículo 96 de la Constitución dice así:

«Los Tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Para la denuncia de los Tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94».

Esto quiere decir que los Tratados forman parte del Ordenamiento jurídico interno y que sus disposiciones no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas más que en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. ¿Quiere ello decir —se pregunta García de Enterría— que se está otorgando a los tratados una jerarquía normativa superior a las leyes? (12). En opinión del citado autor la contestación es afirmativa por lo dispuesto en el artículo 94-1e de la Constitución Española, lo cual significa que los Tratados Internacionales se coordinan por arriba con la Constitución y por abajo con las leyes, ocupando una posición que puede calificarse de supralegalidad formal, esto es, son conformes a la Constitución y jerárquicamente superiores a las leyes (13).

2) *Los principios básicos del derecho a la defensa.*

La tantas veces citada Sentencia del T. C. de 15-6-81, después de decir —como señalábamos más arriba y con ello retomamos el hilo del tema— que al procedimiento disciplinario militar no

(10) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 14.

(11) TRUYOL Y SERRA, A., ob. cit., pág. 54.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 147.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit., pág. 151. Ahora bien, aunque la Convención forma parte del Derecho interno español, reviste carácter subsidiario en relación con el citado Derecho interno. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del 7-12-76, caso *Handsyde*) declaró que «el mecanismo de protección instaurado por la Convención reviste un carácter subsidiario en relación con los sistemas nacionales de garantía de los Derechos Humanos». Ello quiere decir —en palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit., pág. 169)— que «la Convención confía en primer término a cada uno de los Estados contratantes el cometido de asegurar el disfrute de los derechos y libertades que ella consagra; las instituciones creadas por aquéllas contribuyen a dicha felicidad, pero sólo entran en juego por la vía contenciosa y después de haber agotado todos los recursos internos».

es aplicable el artículo 24-2 de la Constitución, puesto que está orientado al proceso judicial penal, ni tampoco el artículo 6.º del Convenio Europeo dado que España se reservó la aplicación de este artículo y del 5.º, establece una importantísima doctrina con estas palabras que no nos resistimos a transcribir literalmente:

«No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un *sistema de valores y principios de alcance universal*, que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos Convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que, asumidos como *decisión constitucional básica*, han de *informar todo nuestro ordenamiento jurídico*. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, *en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa*, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión».

En resumen: de la Sentencia que comentamos podrían extraerse los siguientes puntos básicos: 1.º las faltas militares graves y sus correcciones no constituyen Derecho penal, sino Derecho disciplinario; 2.º el llamado Expediente Judicial no es verdaderamente judicial, sino expediente administrativo; y 3.º en principio el procedimiento disciplinario no puede quedar sometido a las garantías reconocidas para los procesos judiciales por diversas razones: a) porque la razón de ser de aquél reside en la prontitud y rapidez del castigo; b) porque el artículo 24-2 de la Constitución está orientado sólo al proceso judicial penal y no al procedimiento disciplinario, y, c) porque es inaplicable en este punto el artículo 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos a pesar de la remisión normativa del artículo 10-2 de la Constitución, dado que España expresó sus reservas en relación con aquel artículo. No obstante ello, *el Tribunal Constitucional declara que cuando la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad el procedimiento disciplinario ha de respetar el contenido básico del derecho a la defensa*.

La declaración subrayada tiene una importancia trascendental, puesto que las sanciones susceptibles de ser impuestas en expedientes judiciales —procedimiento de frecuente incoación en la Jurisdicción Militar— (14) conllevan siempre prácticamente una privación de libertad. Así en el caso de Oficiales y Suboficiales la sanción a imponer es el arresto militar de dos meses y un día a

(14) En el año 1975 se incoaron 883 Expedientes Judiciales de los cuales 290 terminaron con corrección por falta grave. En 1976 se incoaron 894, de los que 307 terminaron con corrección también por falta grave. En 1977, 909, de los que terminaron con corrección 362. En 1978 fueron incoados 808, de los que terminaron con corrección 359, y en 1979 —última estadística publicada— se incoaron 949 expedientes judiciales, de los que terminaron con corrección por falta grave 493.

seis meses, y en el caso de las clases de tropa o marinería esa misma sanción o el destino a cuerpo de disciplina de uno a dos años. Esa es la normativa contenida en el artículo 415 del Código de Justicia Militar.

Si, por consiguiente, las sanciones previstas por el Código Castrense para ser impuestas en expediente judicial (15) implican todas ellas *privación de libertad* y, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ya expuesta, el procedimiento disciplinario en estos casos ha de responder a los «principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa», importa en grado superlativo saber qué se entiende por estos principios determinantes del contenido básico del derecho a la defensa.

2) *Los principios básicos del derecho a la defensa.*

El artículo 24 de la Constitución, al tratar de la protección judicial de los derechos, señala la tutela efectiva judicial sin que en ningún caso se produzca indefensión (art. 24-1), el derecho al juez determinado por la Ley, la defensa y asistencia de letrado, ser informado de la acusación, derecho a un proceso público con todas las garantías y sin dilataciones indebidas, derecho a utilizar medios de pruebas, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24-2).

Pero todos estos derechos y garantías, que evidentemente constituyen o configuran el derecho a la defensa, no constituyen sin embargo su *contenido básico* conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Pues la Sentencia que venimos citando con tanta reiteración, en su fundamento jurídico 13, señala que los fines esenciales o contenido básico del derecho a la defensa son el *esclarecimiento y la prueba de los hechos y la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción*; «fines esenciales» del derecho a la defensa que, en el caso concreto que la Sentencia del T. C. examinaba, no se habían vulnerado por cierto.

Pero, prescindiendo del caso concreto, ¿puede afirmarse que la normativa legal contenida en los artículos 1.003 y 1.004 del Código de Justicia Militar respeta ese contenido básico del derecho a la defensa? Parece que sí en cuanto a la «determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción» puesto que la llamada *lectura de cargos* cumple esa finalidad. En este sentido dice el artículo 1.004 que:

(15) Y no sólo estas sanciones, sino algunas por falta leve impuestas directamente por los superiores jerárquicos y que no necesitan procedimiento alguno. Véase en este sentido el art. 416 del Código de Justicia Militar.

«El expediente contendrá las pruebas que sea posible recabar de la existencia de la falta y responsabilidad del acusado, a quien se recibirá declaración no jurada y se le dará conocimiento de los cargos que resulten para que, en comparecencia ante el Instructor, los conteste y se defienda».

En cambio, por lo que se refiere a la otra finalidad básica o esencial del derecho a la defensa, consistente en el esclarecimiento y la prueba de los hechos, creemos que fallan rotundamente los principios de igualdad y contradicción, principios que el propio Tribunal Constitucional (16) considera como las dos garantías instrumentales básicas del derecho a la defensa. Y entendemos que no existen no ya sólo por la razón formal de que hay una confusión orgánica entre quien instruye y acusa (ya que el Juez instructor hace también las veces de Fiscal) sino que falla radicalmente la igualdad o paridad de armas —«equality of arms»—, según la expresión anglosajona en el debate contradictorio. Efectivamente, si se lee con detenimiento el artículo 1.004 se observará que, al tratar de la práctica de pruebas, así como el instructor-acusador no tiene límite alguno para practicar las que crea convenientes, no acontece en cambio lo mismo con el encartado, respecto del cual dice el precepto que «si hiciera alguna cita se evacuará en caso de que por el instructor se estime pertinente». Y está claro que si el instructor no lo estima pertinente la prueba evidentemente no se practica, sin que contra el Auto de inadmisión tenga el encartado recurso alguno, con lo cual se le puede colocar en situación de positiva indefensión.

3) ¿Podría entenderse modificado el artículo 1.004 del Código Castrense?

A la vista de cuanto antecede creemos que sí, por lo cual habría de entenderse —a fin de evitar la indefensión del encartado— que contra el Auto de inadmisión de pruebas propuestas por éste pudiera interponerse un recurso que sería resuelto por la autoridad judicial con su auditor, que resolvería el recurso, estimándolo o desestimándolo con arreglo al propio artículo 1.004, que ciertamente no contempla el supuesto pero que, reinterpretado a la luz de la Constitución, podría admitir la interpretación y el sentido que proponemos con base en las propias palabras del mismo, que dicen: «remitiendo el expediente al auditor, quien si lo estimase incompleto o adoleciese de defectos procesales lo devolverá al instructor para que practique las diligencias complementarias o subsane los defectos observados».

Esta tesis que mantenemos, consistente en admitir recursos contra el Auto de inadmisión de pruebas en el expediente judicial —no obstante el silencio legal— a fin de evitar la indefensión, tiene su apoyo en la interpretación que el Tribunal Constitucional

(16) En Sentencia de 20-12-82 (C. I. núm. 411-82).

na hecho del artículo 24-1 de la Constitución y en el llamado *principio de conservación de las normas* anteriores al Texto fundamental proclamado por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido son singularmente significativas las siguientes declaraciones:

1.^a «El artículo 24-1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensión en la medida de lo posible mediante la correspondiente contradicción (STC de 31-3-81, RA-7).

2.^a «La legalidad ordinaria ha de ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales» (STC de 29-11-82).

3.^a «Un criterio de prudencia aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento, y por ello la inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales no puedan interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma» (STC de 2-2-81, R. I.-1).

4.^a Entendemos, pues, que el artículo 1.004 del Código Castrense puede hoy reinterpretarse, a la luz de la Constitución, en el particular relativo a la práctica de pruebas, en el sentido de que contra el Auto de inadmisión cabe recurso ante la autoridad judicial, ya que el precepto no lo prohíbe, y ante su silencio hay que entender que procede el recurso, a fin de evitar la indefensión, y porque en otro caso se produciría en el expediente un grave defecto procesal.

II. ¿CABE RECURSO CONTRA LA RESOLUCION FINAL RECAIDA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL?

A) *El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar, el artículo 200 de las Reales Ordenanzas y el artículo 24-1 de la Constitución Española.*

El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar —que es el último del Capítulo único del Título XXIV dedicado al «procedimiento para las faltas»— establece que «el derecho a recurrir prescribe al mes de extinguido el correctivo, precepto que, por su ubicación sistemática, podría interpretarse en el sentido de que el derecho a recurrir existe tanto en las faltas leves como en las graves porque a ambas se refiere el capítulo.

La interpretación contraria, empero, es la que debe prevalecer porque así resulta con claridad de la simple lectura del artículo 1.004, *in fine*, del Código Castrense, el cual, al referirse al expediente judicial en que se depura una falta grave, establece que «la autoridad judicial de acuerdo con el auditor dictará la *resolución* que estime justa, *la cual será firme*». Y ya se sabe que una resolución solamente es firme cuando contra ella no cabe recurso alguno.

Con lo cual se da evidentemente el contrasentido de que existe recurso contra la sanción por falta leve (que es la otra clase de infracción a la que se refiere el capítulo y por consiguiente el artículo 1.008) y no existe, en cambio, contra la sanción por falta grave. Y ello contra toda lógica elemental, puesto que habiendo recurso en lo menos debería haber recurso en lo más. Pero, a pesar de este contrasentido, del Código no resulta otra interpretación que la expuesta.

Pero el problema se ha complicado jurídicamente después de la publicación de las Reales Ordenanzas de 28 de diciembre de 1978 y de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 (17).

En primer término porque el artículo 200 de las RR. OO. establece lo siguiente:

«Todo militar podrá interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a derecho».

Y aun cuando la Ley que aprobó las citadas Ordenanzas contiene una disposición final derogatoria de todas aquellas disposiciones que se le opongan, sin embargo, dicho artículo 200 no ha tenido ulterior desarrollo legislativo o reglamentario y, por consiguiente, ha quedado sin concretar cuál es el recurso existente contra la resolución sancionadora que afecte a un militar y ante qué autoridad ha de interponerse (18).

Pero es que, además, el artículo 24-1 de la Constitución Española establece que todas las personas tienen derecho a obtener la *efectiva tutela judicial* en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Y está claro que esta indefensión se produce en un expediente que, por cuanto queda dicho, no es expediente judicial, sino expediente disciplinario que puede terminar con seis meses de arresto militar.

Y si las Reales Ordenanzas, como Ley de principios que es, necesitan para su efectividad un ulterior desarrollo normativo no acontece lo mismo con la Constitución que tiene una eficacia normativa directa. Y son vinculantes no sólo los *preceptos* constitucionales sino también los *principios* contenidos en el texto fundamental. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias:

(17) No se olvide que la ciencia jurídica no es otra cosa que una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas. Hoy se ha superado la convencional contraposición entre jurisprudencia de conceptos y de intereses, y toda una dirección reciente de la ciencia jurídica postula una jurisprudencia de problemas. (Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de THEODOR VIEWIEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Sociedad Anónima, traducida al español por Díez-Picazzo, Madrid, 1964.

(18) Obsérvese que, conforme al artículo 200 de las Reales Ordenanzas, puede interponerse recurso contra aquellas resoluciones que afecten a un militar y que considere contrarias a derecho; expresión que permite el recurso tanto en caso de falta grave como en caso de falta leve.

a) La STC de 15-6-81 (RA-16) declara que «los preceptos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9-1 y 53-1 de la C. E.) y son origen inmediato de Derechos y obligaciones y no meros principios programáticos».

b) Las SsTC de 2-2-81 (RI-1) y de 31-3-81 (RA-7) que declaran que la Constitución es Ley posterior y, en consecuencia, da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma de acuerdo con la disposición derogatoria 3.^a, aclarando la STC de 1-6-81 (CI-2) que debe referirse la contradicción con la Constitución, y, en consecuencia, la eficacia derogatoria de ésta, al momento en que se promulgó el Texto fundamental (19).

Y en relación concretamente con el problema de la efectiva tutela judicial que nos viene ocupando, el Tribunal Constitucional —interpretando el artículo 24-1 de la C. E.— ha declarado que:

«... para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro de los límites del marco constitucional, es necesaria la existencia de un sistema de *tutela judicial* que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa» (20).

(19) La actitud, pues, de la autoridad judicial militar en presencia de un expediente judicial es la de aplicar las normas del Código de Justicia Militar que puedan conservarse, como dijimos más arriba a la luz de la Constitución, bien porque no se opongan a la misma, bien porque la elasticidad de la norma permita una interpretación acorde con la Norma Fundamental. Esta tesis —que es de genérica aplicación a toda la normativa preconstitucional— tiene su apoyo en las siguientes declaraciones del Tribunal Constitucional:

1.^a «Los jueces y tribunales deben inaplicar aquellas normas que entiendan han quedado derogadas por la Constitución por oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (STC de 2-2-81, R.I.-1).

2.^a «La defensa de la Constitución corresponde, en primer lugar, a los jueces y tribunales, que deben denegar validez a las normas reglamentarias contrarias a la Constitución, y *están facultados para inaplicar las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución*. No lo están, en cambio, para las postconstitucionales para cuya declaración de inconstitucionalidad ostenta el monopolio el Tribunal Constitucional» (STC de 1-6-8, CI-2). En igual sentido la STC de 2-2-81 (RI-1).

(20) Es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (RA-16), cuyo fundamento jurídico número 15 en su integridad dice así:

«La Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar entiende que la resolución del expediente es firme, pues así lo dispone el artículo 1.004 del Código de Justicia Militar, texto legal aplicable en tanto no se desarrollen y configuren las posibles vías de recurso a que hace referencia el artículo 200 de las Reales Ordenanzas. Frente a esta tesis, y en la línea mantenida por el recurrente y el Ministerio Fiscal, es obligado reconocer, sin embargo, la aplicabilidad del artículo 24.1 de la Constitución respecto a la posible impugnación de las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales. La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que

Es decir que, al amparo del artículo 24-1 de la Constitución —que exige la efectiva tutela judicial y prohíbe la indefensión— *existe derecho a recurso contra la resolución recaída en el Expediente judicial. Y este recurso es de carácter jurisdiccional. Pero, ¿ante qué autoridad?* El Tribunal Constitucional no ha resuelto el problema en la Sentencia que comentamos, en cuyo fundamento jurídico 16 declara lo siguiente:

«El derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales no ha sido vulnerado, pues el recurrente ha tenido acceso a un órgano de la jurisdicción militar, la Sala de Justicia del CSJM, y ha obtenido de la misma una resolución sobre el fondo del asunto...».

B) *¿Recurso ante Tribunal Militar o ante Tribunal contencioso-administrativo?*

¿Quiere decir lo que antecede que la resolución que recae en un Expediente judicial es susceptible de recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar? Entendemos que no. Ya decimos más arriba que el artículo 200 de las Reales Ordenanzas no había tenido ulterior desarrollo normativo y, por consiguiente, no existe disposición que establezca y explicité los recursos que los militares pueden interponer contra las resoluciones que les afecten y consideren contrarias a derecho. Lo que el Tribunal Constitucional quiere decir en la Sentencia que comentamos es que, en el caso concreto de la Sentencia, el derecho a la efectiva tutela judicial no fue vulnerado, pues hubo un órgano judicial —la Sala de justicia del CSJM— que conoció del fondo del asunto. Pero no dice en modo alguno que ese sea el camino a seguir en casos análogos ni, en consecuencia, que ese sea el órgano competente.

Si se examina el artículo 107 del Código de Justicia Militar se observará que la Sala de Justicia del CSJM tiene encomendada, entre otras, la función de conocer de las causas, pero no de los Expedientes judiciales. Si en el caso concreto comentado el CSJM conoció fue porque hubo un recurso de queja del que conoció y, al conocer de éste en virtud del artículo 107-6 del Código Castrense,

resulten estrictamente indispensables al cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido de la acción disciplinada militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita al inculpaado ejercitar plenamente su derecho a la defensa».

se pronunció *además* sobre el fondo del asunto. Pero, si en ese caso concreto aconteció así, ello no siempre ocurrirá puesto que la queja es un recurso formal que se detiene en el examen de la «denegación de recursos u otras garantías legales», pero no tiene por qué (a nuestro juicio no debe) entrar en el fondo del asunto. Insistimos: si en el caso concreto de la Sentencia comentada el CSJM entró en el fondo —y por ello mismo en Tribunal Constitucional tuvo por cumplida la garantía de la efectiva tutela judicial— no siempre ocurrirá así, pues el recurso de queja, caso de existir en un Expediente judicial, se limitará al objeto de la queja; es decir, la reclamación formulada contra la autoridad o Tribunal por haber denegado un recurso y otra garantía.

De modo que ese no es el camino, puesto que, a nuestro juicio, no existe hoy —ahora mismo— ninguna norma legal que atribuya, genérica o específicamente, competencia objetiva al CSJM para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en Expedientes judiciales.

En nuestra opinión hoy, a la luz de la legalidad vigente, y después que el Tribunal Constitucional ha perfilado la naturaleza administrativa del Expediente judicial, pudiera pensarse —y no hace falta ponderar las gravísimas consecuencias que ello podría acarrear en la práctica— pudiera pensarse que el Tribunal contencioso-administrativo, porque estamos en presencia de una sanción disciplinaria y no penal y, por tanto, ante un acto de la Administración pública sujeto al derecho administrativo conforme al artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27-12-56, debiendo inaplicarse, por cuanto implica indefensión, el artículo 40 de la indicada Ley, que excluía de la impugnación judicial determinadas resoluciones recaídas en expedientes y procedimientos militares; y ello en virtud del artículo 24-1 de la Constitución.

Y pudiera pensarse además (con lo que la gravedad del problema aumentaría) que el procedimiento a utilizar no es el general de la indicada Ley Jurisdiccional, sino el procedimiento instaurado por la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, recurso éste caracterizado porque no es necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo previo, y porque la suspensión del acto administrativo es la norma y no la excepción, y porque la pasividad de la Administración en no remitir el expediente o no contestar la demanda en los plazos preclusivos fijados por la Ley en ningún caso suspenderá el curso de los autos (21).

(21) Es muy interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 1982 (RA-383-81). Se trataba de un expediente judicial por falta grave de dejar de cumplir sus deberes militares en cuya resolución definitiva se impuso a un oficial el correctivo de tres meses de arresto militar y accesorias. El Consejo Supremo de Justicia Militar conoció del asunto, desestimando un recurso de queja interpuesto por el corregido. Interpuso éste recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Valencia,

El hecho de que hayan quedado fuera de la Ley de 26-12-78 y del Decreto Legislativo de 20-2-79 (que sirve a aquélla de complemento) los derechos y libertades reconocidos en algunos preceptos de la Constitución, entre ellos el artículo 24 (22), que es el que servir de base al recurso que indica, no constituye obstáculo alguno. Y no lo es por la razón expuesta por García de Enterría de que los derechos comprendidos en ambas disposiciones normativas (Ley de 1978 y Decreto Legislativo de 1979, ya citados) no son todos los incluidos en el artículo 53-2 de la Constitución, y esta falta de coordinación entre estas disposiciones normativas y el Texto Constitucional (por otro lado inexplicable dada la simultaneidad cronológica de la C. E. y la Ley de 26-12-78) debe llevar a considerar que la exclusión operada es anticonstitucional, puesto que el legislador ordinario no está facultado evidentemente para reducir el ámbito de protección determinado por la Constitución para una serie de derechos. Por ello entiende dicho autor que el particular que considere vulnerados derechos contenidos en el artículo 53-2 de la C. E., pero excluidos del ámbito de la Ley de 26-12-78 y el complementario Decreto Legislativo de 20-2-79, podrá interponer el correspondiente recurso aludiendo a la inconstitucionalidad de dicha Ley y Decreto Legislativo, lo cual facultará a la autoridad judicial competente para plantear la cuestión de inconstitucionalidad conforme al artículo 163 de la C. E.

y ésta, mediante Auto de 27-10-81, declaró su falta de jurisdicción para el conocimiento del recurso, sin perjuicio de la vía de amparo, basándose en que, si bien en materia disciplinaria no debe tenerse por excluida en principio la vía contencioso-administrativa, es lo cierto que la vía de recurso debe ser la establecida en el Código de Justicia Militar y en este caso concreto «quedó constatada la intervención y decisión de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar».

El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por el corregido, con base (fundamento jurídico 3.º) en que hubo un recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en que los hechos pertenecen además a un orden estrictamente castrense, cuyo control jurisdiccional puede mantenerse —conforme al art. 117-5 de la Constitución— dentro de la jurisdicción militar «y queda excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa». Y termina afirmando que *habiendo conocido del asunto la jurisdicción militar*, se estima que el derecho a la tutela jurisdiccional del artículo 24 de la Constitución ha quedado satisfecho.

La doctrina, pues, que sienta el Tribunal Constitucional en esta Sentencia es la misma que sentó en la de 15-6-81, RA-16, es decir, se deniega el amparo solicitado por entender que en el caso concreto de Autos se tuvo por cumplida la tutela efectiva judicial, dada la intervención en su día del CSJM en el recurso de queja, y por ello —y sólo por ello— quedó excluida en su día también la jurisdicción contencioso-administrativa.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 161, entiende que han quedado fuera los arts. 14, 15, 16 (parcialmente), 18 (parcialmente), 20-1b, 20-1d, 23, 24, 25, 26, 27, 28-2 y 29.

C) *Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia de 18-2-83, conociendo del recurso contra correctivo impuesto a Oficial.*

La Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia ha conocido ya de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Oficial contra el correctivo de catorce días que le fue impuesto por falta leve de desobediencia. La resolución administrativa final que se impugnaba era una resolución del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército recaída en expediente administrativo. Así titula la Sentencia el expediente en que recayó la resolución impugnada.

El problema es muy importante, por lo inédito desde luego, y singularmente por lo grave, pues lo es este enjuiciamiento extracastrense de la disciplina en el que el único perdedor —lo decimos salvando todos los respetos que haya que salvar— el único perdedor es el Ejército.

En este recurso, el señor Abogado del Estado, al contestar la demanda, interesó la inadmisión del recurso al amparo del artículo 82-c en relación con el artículo 40-d de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, subsidiariamente, se declarase conforme a derecho la resolución impugnada, absolviendo a la Administración demandada.

La Sala en la Sentencia rechazó el motivo de inadmisibilidad alegado por el señor Abogado del Estado y estimó que el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional choca frontalmente con el artículo 24-1 de la C. E. —que concede a todas las personas derecho a la tutela efectiva judicial, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión— por lo que, en consecuencia, «en materia alguna queda excluida la posibilidad del recurrente de obtener este amparo que ahora reclama».

De la Sentencia comentada resulta: 1.º que es posible, según la misma, la impugnación en vía contencioso-administrativa de las sanciones impuestas a militares, tanto por falta grave como por falta leve. Se aplica en ella el procedimiento genérico de la Ley básica de la Jurisdicción contencioso-administrativa y no el específico de la Ley de 1978 y Decreto Legislativo de 1979: La Sentencia señala en el segundo considerando que la sanción que hubiera sido impuesta tendría una inmediata efectividad.

El caso es que en esta Sentencia —rompiendo una tradición constantemente observada que hasta ahora tenía el apoyo normativo del artículo 40-d de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa— se ha entrado a conocer del fondo del asunto en un correctivo impuesto a un oficial aun cuando en este caso concreto se ha declarado conforme a derecho el correctivo impuesto.

D) *¿Es conveniente someter a recurso, y a recurso contencioso-administrativo los correctivos impuestos a militares?*

A nuestro juicio, en el Ejército tan importante o más importante que la Justicia es la *ejemplaridad*. No decimos arbitrariedad, que es siempre rechazable, y que al militar repugna por su propia formación profesional; sino la ejemplaridad, indispensable de todo punto en una institución como la castrense en donde la disciplina es su pilar básico. Un Ejército con disciplina es un Ejército; sin ella es una partida.

En cualquier país civilizado, señala Gratien Gardon, el Ejército se nos presenta como una sociedad fuertemente jerarquizada y en la que todos los elementos —sea cual fuere su número, su importancia o la diversidad de técnicas— concurren para la realización de un mismo fin: *la ejecución de la voluntad del jefe*, que se manifiesta por órdenes a las que la jerarquía asegura su exacta transmisión y ejecución según reglas estrictas y precisas, cuyo conjunto forma la disciplina en su más amplia acepción (23).

Y no se diga, frente a esto, que la Justicia figura en lugar preferente en el artículo 1.º de la Constitución como «valor superior del Ordenamiento», porque el artículo 8.º —que también ocupa un lugar preferente en el Título preliminar— señala las importantísimas funciones que constitucionalmente tiene encomendadas el Ejército como tal; y está claro que difícilmente puede un ejército cumplir esas funciones cuando la disciplina queda menoscabada por ausencia de ejemplaridad o de eficacia o de expeditivos poderes sancionadores de los superiores sobre los inferiores, de inmediata ejecutoriedad incluso en sanciones privativas de libertad.

Es nuestra modesta opinión que si en el ámbito penal ordinario puede mantenerse racionalmente la idea de que la ejemplaridad que acompaña a cualquier sanción por delito o falta debe ceder ante el valor supremo —y hoy constitucionalizado— de la Justicia, en cambio en el ámbito militar creemos que la Justicia debe ceder ante la ejemplaridad, al menos en el ámbito de las faltas o infracciones leves en las que el ejercicio de poderes sancionadores por los superiores jerárquicos sirven para restablecer de inmediato y en forma expeditiva la disciplina conculcada.

Es cierto que la historia y el derecho comparado nos presentan la evolución de este tema en el sentido de una jurisdiccionalización progresiva del poder disciplinario del Jefe militar, pero en las faltas o infracciones menos graves —que de hecho son las más frecuentes— se puede renunciar sin inconveniente al máximo de garantías ofrecido por el procedimiento judicial en provecho de una rápida intervención favorable a la intimidación y a la ejemplaridad (24).

(23) GRATIEN GARDON, *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria*, REDM, núm. 8, julio-diciembre, pág. 11.

(24) GRATIEN GARDON, ob. cit., pág. 17. Es indudable —señala RODRÍGUEZ

No se olvide que el fundamento de las leyes no es sólo la Justicia sino también la necesidad —y en el Ejército es una necesidad imperiosa la disciplina y la ejemplaridad— y por otro lado difícilmente puede el ser humano producir una Ley justa químicamente pura (25).

En cualquier caso, lo que nos parece inconveniente y perturbador es un recurso contencioso-administrativo contra las sanciones impuestas por faltas, y ello aun cuando el procedimiento sea un procedimiento administrativo (26), pues ello introduciría un elemento extraño en las relaciones jerárquicas dentro del Ejército que en nada beneficiarían a la disciplina.

En cuanto a recursos contra las sanciones disciplinarias impuestas por el Jefe militar son tres los sistemas que se contemplan en el derecho comparado: 1.º *Sistema del recurso jerárquico militar*, sistema éste el más extendido, y consiste en que el castigado pueda recurrir, siguiendo la escala jerárquica, a los jefes de aquél que impuso el correctivo. Es el sistema de Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Canadá y también el de España en las faltas leves. 2.º *Sistema del recurso ante la autoridad judicial militar* antes de la decisión. Es el sistema de Inglaterra, de Estados Unidos y Canadá en que no se admite ningún recurso contra las decisiones del Jefe militar; pero el inculcado puede, antes de la decisión, pedir su comparecencia ante el Tribunal militar exigiendo un *Trial by court-martial*, y 3.º *Sistema de recurso ante la Autoridad judicial militar en segunda instancia* que es el que impera en Holanda y en Alemania, en virtud del cual el sancionado puede, en primera instancia, interponer un recurso ante el superior jerárquico de aquel que le sancionó y, más tarde, si no obtiene satisfacción, puede apelar a una Autoridad judicial militar (27).

De estos tres sistemas, el primero de ellos nos parece el idóneo en materia de faltas leves, que además tiene honda raigam-

DEVESA— que la eficacia y buen orden de una unidad militar depende no tanto de la sanción de los delitos graves que en ella se cometan como de la inmediata sanción de una larga serie de pequeñas infracciones (*La acción penal y la acción disciplinaria*, en REDM, núm. 7, enero-junio, pág. 107).

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, J. María, *El Derecho comparado como método de la política criminal*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 35, 1978, pág. 8. Entiende este autor que el Derecho, antes que un producto históricamente condicionado, o un producto racional resultado de una abstracción, es un intento de solucionar los problemas que plantea la convivencia dentro de una comunidad organizada, en el que *la justicia es un elemento esencial pero un elemento adjetivo, no sustantivo*. La injusticia es, a causa de la congénita imperfección del ser humano, un elemento inherente en mayor o menor medida a toda norma jurídica y evidentemente a todo acto aplicativo. Por ello, la meta del jurista, tanto teórico como práctico, es reducir a límites tolerables ese factor de injusticia inherente a todas las leyes humanas por el hecho de ser humano.

(26) Ya RODRÍGUEZ DEVESA, en *La acción penal y la acción disciplinaria*, REDM, núm. 7, pág. 101, señaló que «el procedimiento para sancionar las faltas es meramente administrativo».

(27) JOHN GILISSEN, *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria*, REDM, núm. 8, pág. 37.

bre en nuestra tradición jurídica (28); y el tercero es el que nos parece más adecuado en materia de faltas graves residenciando el recurso en segunda instancia ante nuestro Consejo Supremo de Justicia Militar.

Y de existir facultades de suspensión (29) deberían quedar residenciadas en el superior jerárquico, caso de la falta leve, o en el Consejo Supremo de Justicia Militar caso de recurso contra sanción por falta grave.

En cualquier caso lo que sí es necesario en nuestra modesta opinión es que se legisle cuanto antes, a fin de colmar ese perturbador vacío normativo dejado por la virtual derogación del artículo 40-d de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

IV. EL EXPEDIENTE JUDICIAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

A) *Concepto, naturaleza y fundamento de la prescripción.*

Conceptualmente, según Rodríguez Devesa, la prescripción consiste en la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o a hacer ejecutar la pena ya impuesta (30). En cuanto a su naturaleza «la prescripción es de orden público y de política penal, y tiene como finalidad robustecer el principio de seguridad del Derecho; y se funda en el aquietamiento que se produce en la conciencia social cuando por el transcurso del tiempo se atenúa el estado de intranquilidad que el hecho delictivo produce y en la necesidad para el Orden Social de que pasado un lapso de tiempo se elimine toda incertidumbre en las

(28) Venía recogido en el art. 1.º, Título XVII, Tratado II de las Ordenanzas de Carlos III de 1768, donde se decía: «Todo militar se manifestará siempre conforme del sueldo que goza y empleo que ejerce: le permito el recurso en todos asuntos, haciéndolo por sus jefes y por buen modo; y cuando no lograre de ellos la satisfacción a que se considera acreedor, podrá llegar hasta Nos en la representación de su agravio».

(29) PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, ob. cit., pág. 91. Señala que ningún sentido tiene la sentencia de un tribunal penal por mínima que sea la pena impuesta —dictada por jueces en un proceso con exquisitas garantías— no pueda ejercitarse si está pendiente de un recurso, y que, por el contrario, el acto sancionador dictado por un funcionario, a veces sin sujeción a procedimiento alguno se ejecute incluido su efecto máximo de privación de libertad, no obstante está pendiente la resolución de un recurso. Esta afirmación, que era válida en la fecha en que se escribió, no lo es después de la Constitución, cuyo art. 25-3 establece que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente implique privación de libertad». Y desde luego no es válida en el ámbito castrense, puesto que en éste sí tiene sentido que un acto sancionador se lleve a efecto no obstante el recurso interpuesto en su contra, por los efectos beneficiosos que ello produce en cuanto a la disciplina y la ejemplaridad.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, J. María, *Derecho Penal*. Parte General, 1981, página 649.

relaciones jurídicas» (31). Por este motivo «la prescripción en materia penal se asemeja mucho a la caducidad o decadencia de derechos, pues ha de ser aceptada aunque se pida extemporáneamente o en forma defectuosa, y ha de ser proclamada ex-officio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible» (32).

B) *Normativa legal.*

El artículo 250 del Código de Justicia Militar —siguiendo la expresión de su concordante en el Código penal que es el 114— establece que «el término de la prescripción comenzará a correr el día en que se hubiera cometido el delito; *esta prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*».

De manera que, desde el punto de vista dogmático, en el cómputo de tiempo de la prescripción —aplicable también a las faltas graves y leves conforme al artículo 253-4.º del Código de Justicia Militar— hay que distinguir un *día inicial* —que es aquel en que se hubiera cometido el delito o falta y un *día final* que es aquel en que se cumple o expira el lapso de tiempo señalado en la Ley; día que, según la Jurisprudencia (33) es inexorable, debiendo ser estimada la prescripción cualquiera que sea la causa del transcurso del tiempo, «siendo indiferente que la causa de la inacción procesal se deba a alguna de las partes o a incuria del tribunal, o a la necesidad de resolver una competencia o a sustituciones de funcionarios o al exceso de trabajo, pues basta sencillamente el transcurso del tiempo». Pero, eso sí «el lapso de paralización del procedimiento ha de comprobarse con exactitud y no deducirse de simples conjeturas (34) ni de presunciones» (35).

La inexorabilidad del día final tiene, sin embargo, una excepción: la interrupción de la prescripción. En este sentido el párrafo segundo del artículo 250 del Código de Justicia Militar señala que la interrupción de la prescripción del delito o falta se produce «*desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*». Pero, ¿qué se entiende por esa expresión legal?

C) *¿Qué significa la frase «procedimiento dirigido contra el culpable»?*

El Código penal de la Marina de 19 de agosto de 1888 establecía, en su artículo 107 que la prescripción se interrumpía, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, «*por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito*». Pero éste no es el

(31) Sentencia del Tribunal Supremo de 24-2-64 (R. 871).

(32) S. T. S. de 1-2-68 (R. 721).

(33) S. T. S. de 24-2-64 y 8-4-78.

(34) S. T. S. de 26-12-52 (R. 2654).

(35) S. T. S. de 9-10-57 (R. 2655).

criterio de la legislación actual ni tampoco de la Jurisprudencia que la interpreta. La Ley señala, en efecto, como decimos, que la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable y la Jurisprudencia declara que «ha de entenderse por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa, bastando para que los plazos de la prescripción cesen de correr, que la acción judicial se dirija contra una persona cualquiera, mas sin que sea necesario que haya declaración de procesamiento» (Ss. del T. S. de 24-4-55 y 2-5-63). Así mismo ha declarado la Jurisprudencia que por procedimiento dirigido contra el culpable vale cualquier acto encaminado a la instrucción de la causa, como el acto de conciliación (S. 25-5-77), y la petición de extradición (S. 31-5-77).

En suma: para interrumpir la prescripción no hace falta que se dicte auto de procesamiento, pero sí que la actividad o acción judicial se dirija contra persona determinada en concepto de presunto culpable. En otro caso no se produce la interrupción.

D) *¿Es el Expediente judicial, procedimiento dirigido contra el culpable a los efectos de la prescripción?* (36).

Un auto de 20 de mayo de 1982 del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró que «no hubo procedimiento dirigido contra el culpable hasta que el procedimiento previo fue elevado a expediente judicial» (5.º Considerando). De esta afirmación resulta que para el CSJM de estos dos procedimientos regulados en el Código de Justicia Militar, el procedimiento previo no es «procedimiento dirigido contra el culpable» y en cambio el expediente judicial sí lo es a los efectos de prescripción.

La resolución comentada funda su criterio, en relación con el procedimiento previo, en que durante su tramitación no se está dirigiendo, conforme al artículo 518 del Código de Justicia Militar, procedimiento de carácter criminal contra persona alguna y además porque se está estimando que los hechos que se están investigando no aparecen desde los primeros momentos como delito o falta grave; en cambio seguramente porque encuentra obvio que el expediente judicial es procedimiento contra el culpable no lo razona. Quizá porque hay lectura de cargos.

Hoy no se puede compartir esta tesis: es lógico que el procedimiento previo no interrumpe la prescripción porque no es procedimiento dirigido contra el culpable. Pero en el mismo caso se

(36) ROJAS CARO, José, *El procedimiento previo, regulado en el Código de Justicia Militar, ¿interrumpe la prescripción?*, remitido para su inserción en la «Revista Española de Derecho Militar», actualmente en prensa, que se publicará en homenaje al Coronel Auditor e ilustre profesor, Rodríguez Devesa. En este trabajo se sostiene la tesis de que el procedimiento previo no interrumpe la prescripción puesto que no es «procedimiento dirigido contra el culpable»

halla el Expediente judicial, una vez perfilada su naturaleza jurídica como procedimiento administrativo y no penal por la Sentencia citada más arriba del Tribunal Constitucional de 15-6-81 (RA-16).

En este sentido hay que significar que tanto el artículo 114.2.^a del Código penal como el artículo 250 del Código de Justicia Militar hablan ambos de «culpable» y «condenado», y esta es una terminología técnica referida al perseguido criminalmente y al reo. Por este motivo declara la importante Sentencia del T. S. de 16-10-67 (R. 4575) que «*el único proceso interruptor de la prescripción es el propiamente penal y no otro alguno*».

Si, en conclusión, el único proceso que interrumpe la prescripción es el proceso penal, y el Expediente judicial no tiene carácter penal, sino administrativo, es claro que *el llamado Expediente judicial no es susceptible de interrumpir la prescripción*, y se encuentra en el mismo caso que el procedimiento previo no obstante lo declarado en el auto del CSJM, de 20 de mayo de 1982, citado más arriba.

V. CONCLUSIONES

Primera.—El Expediente judicial tiene carácter administrativo y no penal.

Segunda.—Cuando la sanción disciplinaria conlleve una privación de libertad (lo que acontece siempre en el Expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar) el procedimiento disciplinario ha de responder a los principios básicos del derecho a la defensa. Y en este sentido, por respeto a dichos principios ha de entenderse:

a) En virtud del artículo 1.004, nuevamente interpretado a la luz de la Constitución, debe admitirse en el Expediente judicial, recurso contra el auto de inadmisión de pruebas propuestas por el encartado, y ello para salvaguardar el principio de paridad de armas, entre acusador y acusado, indispensable desde el punto de vista del principio de contradicción.

b) En virtud del artículo 24.2 de la Constitución, debe tenerse por derogado el artículo 1.004, *in fine*, admitiéndose recurso contra la resolución final de fondo en el Expediente judicial. Recurso, que, a la luz de la legalidad vigente, creemos que es recurso contencioso-administrativo, pero propugnamos —de lege ferenda— que se legisle introduciendo en su lugar un recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar

Tercera.—Por ser el Expediente judicial un procedimiento administrativo y no penal carece de virtualidad para interrumpir la prescripción de la acción penal, con lo cual se halla en el mismo caso que el procedimiento previo.