

SINGULARIDADES DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CASTRENSE

José Miguel González Reyes*

RESUMEN

El presente trabajo tiene como presupuesto la especial naturaleza y estructura de la organización administrativa militar como basamento mediante el cual se organizan y vertebran nuestras Fuerzas Armadas. Desde esta perspectiva, la singular configuración de la organización administrativa militar determina que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el seno castrense presente especiales características en el orden cualitativo respecto al régimen general de sanciones. Partiendo de ello, profundizaremos en el estudio de la manifestación del derecho de defensa y la asistencia técnica (por abogado o militar) en el ámbito castrense a partir de la recopilación y discusión de las teorías elaboradas por la doctrina y el análisis de la jurisprudencia existente en torno a este tema.

PALABRAS CLAVE: derecho militar, derecho disciplinario militar, derecho administrativo militar, ilícito administrativo militar.

ABSTRACT

The present work will take its roots from the special nature and structure of Military Regulatory Law, as the footing on which our Armed Forces are set up and cast. From this standpoint, the singular shaping of Military Regulatory Law settles down the wielding of the State's «*ius puniendi*» within the Armed Forces, showing specific features as to quality, regarding the overall repressive system. Footing on this, we will try to dive into deeper waters concerning the study of the right of defence and the right of assistance (by a counsel or an officer), within the fold of the armed forces, paying due heed to the compilation and discussion of the theories brought about by the most renown scholars and including an analysis of the extant rulings of the judiciary in this field of knowledge.

KEY WORDS: military law, military disciplinary law, military regulatory law, disciplinary violation.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo científico que la potestad sancionadora ha experimentado tras la CE de 1978 hace que cualquier espacio donde se pretenda hacer una exposición de sus principios encuentre estrecho margen, siendo la actual regulación sobre el asunto consecuencia de un profundo y lento proceso de conquista hacia los derechos del



administrado¹. Sin embargo, la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración en distintos preceptos, entre ellos el art. 25.1 CE², no solucionó el debate sobre cuántos y cuáles son estos principios ni el interrogante sobre su encaje en el Derecho administrativo sancionador o no³.

El presente estudio tiene por objeto analizar las vicisitudes derivadas de la intervención de letrado o militar con ocasión de la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito militar y de la Guardia Civil. El punto de partida se encuentra en el propio régimen sancionador positivo que ha contemplado esta posibilidad en la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS)⁴ y en la Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC)⁵.

Esta previsión legislativa, que en lo disciplinario militar pudiera considerarse excepcional, se ha convertido en práctica habitual respecto del ámbito de la Guardia Civil.

La regulación del derecho de asistencia letrada, a la luz de la normativa referenciada, no está exenta de algunas cuestiones problemáticas en cuanto al alcance y

* Doctor en Derecho. Asesor jurídico de la Guardia Civil en Canarias.

¹ LÓPEZ MENUDO, F., «Principios del procedimiento sancionador», Documentación Administrativa núm. 280-281, págs. 159 y ss. Éste no es un defecto del Derecho militar en exclusiva, así García de Enterría puso de relieve que el Derecho administrativo sancionador históricamente adoleció de escasas garantías y que la responsabilidad objetiva, el desplazamiento de la prueba a cargo del reo, la inaplicación de técnicas correctivas habituales en Derecho penal (como las del concurso, las atenuantes, etc.) y desde luego los supuestos no tipificados eran defectos inherentes al Derecho administrativo sancionador, hasta el punto de que hasta tiempo reciente, éste ha sido un Derecho «prebaccario», situación frente a la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 2 y 25 de marzo de 1972 y 16 de Junio de 1974) reaccionó en la década de los setenta con la doctrina siguiente: «(...) la inexistencia de una parte general en Derecho administrativo sancionador no supone una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna jurídica que ha de colmarse necesariamente con las técnicas del Derecho penal ordinario» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 10, p. 409).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29, p. 360.

³ En las SSTC 272/2006 y 316/2006 se ofrecen, no obstante, listados sobre tales derechos.

⁴ Según el art. 53.1 de la LORDFAS «El expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o militar que designe al efecto».

⁵ Art. 42.2 de la LORDGC explicita que «el interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un guardia civil que elija al efecto. De optarse por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán, al designado, la asistencia a las comparecencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructores de los expedientes, y su asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado».

contenido de su ejercicio cuya dicción literal se nos antoja, en ocasiones, insuficiente; o, simplemente, guarda total silencio, en otras.

El análisis del derecho de asistencia técnica, en el procedimiento administrativo sancionador militar y en el régimen disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil, exige delimitar el contenido y alcance del mismo, así como su naturaleza y efectos. Para ello, es necesario proceder al análisis riguroso de los criterios jurisprudenciales establecidos tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala Quinta del Tribunal Supremo a partir del estudio sus pronunciamientos. De igual manera, no podríamos proceder a ello sin hacer referencia previa, siquiera sea sucintamente, a su raíz, el derecho de defensa, cuya proyección, la asistencia letrada, es sólo una de sus manifestaciones, y cuyo desarrollo deriva del ámbito procesal y, en concreto, del proceso penal militar⁶.

II. DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA TÉCNICA

2.1. EL DERECHO DE DEFENSA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA JURISPRUDENCIA: RECONOCIMIENTO Y PROCLAMACIÓN DE TAL GARANTÍA

El art. 24 de la CE contiene una relación de derechos dirigidos a asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva, plenamente vigente en el ámbito procesal, y que no tiene parangón en derecho comparado en el decir de Mozo Seoane⁷, y entre los cuales se encuentra el derecho de defensa, al declarar en su apartado primero que

⁶ La Ley procesal militar 2/1989 establece en sus arts. 125 a 127 las peculiaridades derivadas de la intervención del letrado en el procedimiento penal militar. De este modo, tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudiera derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio, matizándose que podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar. Por su parte, el art. 463 del mismo texto legal establece para los procedimientos judiciales militares no penales que el demandante podrá conferir su representación a un procurador, valerse tan sólo de abogado con poder al efecto o comparecer por sí mismo asistido o no de abogado. Sobre la modulación del derecho defensa en el procedimiento penal militar puede verse ampliamente GARCÍA LOZANO, C. (Director), *Jurisdicción militar: aspectos panales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Madrid, 2006 y DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Coordinador), *Derecho penal y disciplinario militar*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha-Tirant lo Blanch, La Mancha-Valencia, 2006.

⁷ MOZO SEOANE, A., «La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar», en *Revista Jurídica Española «La Ley»*, núm. 3, pp. 955-964, en concreto p. 955. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse ampliamente PÍCÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch Procesal, Barcelona, 2011.



«(...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado».

Aunque su ámbito se extienda a cualquier proceso judicial, su primer y más característico campo es, sin duda, el procedimiento penal⁸, donde su proyección es máxima, tal y como se evidencia en los tratados internacionales de derechos humanos⁹ que al referirse al derecho a la defensa (y por letrado) lo refieren específicamente al *acusado*¹⁰. En relación con ello, el art. 125 de la Ley procesal militar muestra menor precisión técnica que su análogo art. 118 de la LECrim (en el que sí se habla de derecho de defensa) y, en realidad, se refiere a una de sus manifestaciones: la asistencia letrada, de la que será ilustrado en unos casos el inculpado, y provisto obligatoriamente de ello en otros¹¹.

Para el supremo intérprete de la Carta Magna, con base en una interpretación finalista de la CE, explícita en la decisiva STC 18/1981, de 8 de junio¹², que

⁸ No obstante, se hace imperiosa la necesidad de aplicar prudentemente los principios y garantías penales al ámbito del procedimiento sancionador militar que se ve reforzada, además, en atención a la preservación de los valores de subordinación jerárquica y disciplina que, en palabras del Tribunal Constitucional en STC 14/1999, de 22 de febrero, constituyen valores primordiales. De ahí que esta sentencia recuerde que la presencia de esos valores «modula, en cierto modo, la regla general antes expuesta y por ello, con cita de la sentencia número 21/1981, hemos reiterado que si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24 CE, no puede por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal».

⁹ En este sentido, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a confirmar esta posición en el art. 6.3. c) que señala el derecho del interesado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan.

¹⁰ *Vid.* SSTC 42/1982, de 5 de julio, 74/1985, de 18 de junio y 104/2003, de 2 de junio, al señalar que el art. 24.2 de la CE obliga a considerarlo referido fundamentalmente al proceso penal matizando que «el derecho del art. 24 CE a la asistencia letrada debe referirse primordialmente al proceso penal, y también lo es que ese mismo derecho, tal como aparece reconocido en el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido situado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal».

¹¹ *Vid.* la opinión de Moreno Catena en AA. VV., *Derecho Procesal*, El Proceso Penal (t.11), Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 161 y 737 y ss.

¹² La STC 18/1981, otorgó el amparo a cuatro funcionarios del Cuerpo de Correos, dirigentes de un sindicato independiente y delegados de personal, que habían sido sancionados en febrero de 1980 con sendas multas por haber participado en la huelga de aquel servicio. Así, en su FJ 3.º concreta el traslado las garantías procesales en los siguientes términos: «(...) ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 Sep., 4 y 10 Nov. 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por





los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, *en la medida necesaria* para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE, tras lo cual concedió el amparo porque esos valores «no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme».

Así, aunque la CE no alude directamente a los principios de la potestad sancionadora de la Administración, sólo lo hace al proceso, el Tribunal Constitucional extendió rápidamente dichos principios al Derecho sancionador, cuyos pronunciamientos y resoluciones han hecho prácticamente pacífica en la doctrina¹³ la aplicación de los principios del Derecho procesal penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador en «inveterada doctrina jurisprudencial»¹⁴.

Desde entonces, como dice en su STC 157/2000, de 12 de junio, el Tribunal Constitucional ha venido no sólo afirmando la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos del orden penal, sino también proyectando sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales contenidas en el artículo 24 de la CE¹⁵.

técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

¹³ Vid. SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 39.

¹⁴ En este sentido, como pone de relieve la STC 7/1998, de 13 enero de 1998: «(...) conforme a lo dispuesto en los Art. 24 y 25.1 CE, y desde la STC 18/1981, este Tribunal ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del Art. 25.1 CE considerando que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado» (fundamento jurídico 2.º), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales insitas en el Art. 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto» (fundamento jurídico 2.º). Ello, como ha podido afirmar la STC 120/1996, «constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho» (fundamento jurídico 5.º, que cita las SSTC 77/1983, 74/1985, 29/1989, 212/1990, 145/1993, 120/1994 y 197/1995). Acerca de esta traslación, por otra parte condicionada a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador» (STC 197/1995).

¹⁵ CALVO CABELLO, J.L., «La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar», en AA. VV., *Derecho penal y disciplinario militar*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, Valencia, 2006, p. 109.

En definitiva, podemos decir que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo¹⁶ afirman que hoy en día los principios inspiradores del proceso penal son aplicables en el ámbito administrativo sancionador y que ello ha de ser así porque el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, donde el origen de dicha tesis se hallaría en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo¹⁷.

En consonancia con ello, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la previsión del art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a concretar y garantizar tres derechos del acusado en todo procedimiento penal: el derecho a defenderse a sí mismo y por sí mismo; el derecho a defenderse mediante la asistencia letrada de su elección; y, por último, el derecho a recibir asistencia letrada gratuita de acuerdo con determinadas condiciones¹⁸.

¹⁶ Por su parte, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a esta cuestión, y ha acogido plenamente la doctrina constitucional, si bien prefiere hablar de *principios inspiradores*, y de la que es buena muestra la STS de 5 octubre 1990, que autoriza expresamente la intrusión de las normas de Derecho penal en la esfera del Derecho administrativo sancionador, pero respetando siempre la autonomía relativa de éste en una tarea de integración, no de desplazamiento, como estable en su FJ 3.º: «(...) En Sentencias de 16 de diciembre de 1986 y 20 de enero de 1987, entre otras, se recordaba, una vez más, que la potestad sancionadora de la Administración, como instrumento de la función de 'policía' en el sentido clásico de la expresión, ofrece un talante intrínsecamente penal. Esta Sala así lo ha venido proclamando desde hace, al menos, quince años y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculpado a la proscripción de la 'reformatio in peius'. En esta primera fase, la cobertura de esta identificación se encontró en el art. 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, interpretado con una perspectiva unitaria y estructural del ordenamiento jurídico, concepto incorporado por entonces a las Leyes maestras del sistema administrativo y, muy especialmente, a la reguladora del Orden Jurisdiccional en el cual nos encontramos ahora».

¹⁷ La jurisprudencia ha declarado la traslación de los principios inspiradores del orden penal al Derecho administrativo sancionador y, más concretamente, al Derecho disciplinario puesto que ambas esferas son manifestaciones del «*ius puniendi* del Estado» hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales porque ante una infracción, el Estado puede responder con una pena o con una sanción *v.gr.*, en la STS 25 de marzo de 1972 que señala: «(...) como se declaró en sentencia de 14 de junio de 1966, con otro criterio se reconocería a la Administración una facultad creadora; tipos de infracción y de correctivos analógicos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado reconoce el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico (...) más tarde, la sentencia de 12 de diciembre de 1977, citando las de 2 y 30 de septiembre de 1975, recuerda la necesidad de atenerse a los principios jurídicos que informan el Derecho penal en materia de imposición de sanciones administrativas, puesto que en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del órgano que se atribuya la función sancionadora, jurisdiccional o estrictamente administrativa, se actúa el *ius puniendi* del Estado».

¹⁸ *Vid.* SSTEDH de 25 de abril de 1983 (Pakelli contra Alemania), 24 noviembre de 1993 (Imbrioscia contra Suiza) y de 13 de mayo de 1980 (Ártico contra Italia). En las dos primeras se indica la conveniencia de que todo acusado que no desee defenderse por sí mismo debe ser capaz de recurrir a asistencia letrada de su elección. Por la última, además de lo anterior, se evidencia la obligación que incumbe al Estado de suministrar en ciertos casos —según el art. 6.3.c) del Convenio— «cuando los intereses de la justicia lo exijan» y siempre que el acusado no tenga medios para pagarlo una asistencia jurídica gratuita. Sobre esta cuestión véase los comentarios a los arts. 125 y 126 en AA.



Lamentablemente, el ámbito objetivo fijado en la Directiva 2013/48/UE (art. 1) así como la reserva de España a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hace muy difícil la extensión de las previsiones en ellas contenidas al procedimiento disciplinario que nos ocupa, y que como hemos dicho es netamente administrativo y no procesal penal¹⁹.

2.2. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tras la promulgación de la CE no hay duda de la total vertebración del derecho de defensa en los procedimientos administrativos disciplinarios de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil²⁰.

Los derechos del art. 24.2 CE se aplican también en los procedimientos disciplinarios sancionadores (tratándose por igual de imponer castigos no hay ninguna razón para que sea de otra forma). Y los Tribunales no han hecho a este respecto distinciones de ningún tipo. Muy al contrario, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicando el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se refieren precisamente a personas sometidas a especiales relaciones de sujeción²¹.

Tampoco el Tribunal Constitucional, ni los demás tribunales españoles, han hecho diferenciaciones²². Es más, donde el Tribunal Constitucional ha alcanzado mayor precisión es precisamente en la enumeración y descripción de los derechos contenidos en el art. 24.2 CE en su aplicación al procedimiento punitivo administrativo; traspasando al ámbito propio de éste muchos de los principios del Derecho penal²³.

VV., *Comentarios a las Leyes procesales militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, en concreto pp. 1328 a 1362. y ya en el ámbito del derecho comparado TRECSE, S., *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, en relación con la exigencia de presencia o no del encartado en el procedimiento sancionador.

¹⁹ *Vid.* la crítica a la STC de 15 de junio de 1981 en Prieto Sanchos, I., «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativa en el Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, pp. 118 a 120.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 11.ª edición, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 168, 194-196, y 171.

²¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Prólogo de Rebollo Puig). Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 55.

²² En este sentido, la STC 22/1982, de 12 de mayo, sostiene que las garantías del art. 24 integran un proceso legal con todas las garantías jurídicas.

²³ Así, la STC 85/1995, de 6 de junio, y la STC 45/1997, de 11 de marzo, sostienen: «Es doctrina reiterada de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) la de que los principios y garantías constitucionales (...) del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionado y así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación y utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho de presunción de inocencia». *Vid.*, también, la STC 4/1982, acerca del derecho a ser informado de la acusación SSTC



Por lo que respecta al ámbito castrense, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es destacable por su aplicación de los derechos del art. 24.2 de la CE, y de ello daremos cuenta en este trabajo.

Desde esta perspectiva, los derechos del art. 24.2 CE no debieran dejar de ser aplicados a los procedimientos administrativos sancionadores (entre los que se encuentran los militares y de la Guardia Civil)²⁴, siendo las leyes disciplinarias las que deben articular las técnicas adecuadas para que la previsión constitucional sea realmente observada.

De ahí se colige, con claridad meridiana, que el interés del legislador constitucional ha sido poner en manos de los ciudadanos, y entre ellos del *ciudadano-soldado*, todos los medios necesarios para la debida protección y defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El llamado derecho a la defensa puede contemplarse desde diversas perspectivas. En este sentido, es necesario distinguir entre el derecho general a la defensa en toda clase de procesos y el derecho a la defensa letrada, modalidad específica para coadyuvar a la tutela jurídica o derecho a la justicia. La precisión, entonces, es clara al emplearse las locuciones «defensa» y «asistencia de letrado» unidas por la conjunción copulativa «y» lo que permite establecer entre ambas una relación de género a especie²⁵.

2.3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA TÉCNICA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMÚN. FORMULACIÓN DE LA REGLA GENERAL

Acabamos de analizar cómo el derecho de defensa y sus principales instrumentos han sido traspasados al ámbito del derecho administrativo sancionador²⁶. El problema es determinar si la manifestación instrumental de aquel derecho, que es la asistencia letrada, rige en el procedimiento sancionador, y en particular en el ámbito castrense.

En el procedimiento administrativo general la prescripción es clara: no existe un derecho fundamental del encartado a la asistencia letrada en los procedimientos

31/1986, 190/1987, 29/1989, y sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa SSTC 13/1982, 37/1985, 76/1990 y 138/1990, entre otras.

²⁴ Sólo excepcionalmente y con carácter reducido los tribunales para el ámbito castrense lo han admitido para el aseguramiento de la disciplina, pero como hemos dicho para algún aspecto muy concreto y ante una justificación especial, como la sanción de las faltas militares de carácter leve, pero nunca con carácter general.

²⁵ MOZO SEOANE, A., *loc. cit.*, p. 956.

²⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 568. El Derecho Administrativo sancionador se separa del Derecho Penal configurando a aquél como una parte del Derecho administrativo donde el procedimiento siempre ha sido administrativo y contencioso-administrativa es la jurisdicción revisora.



administrativos sancionadores²⁷. Y ello porque el Tribunal Constitucional no ha concretado la traslación de este derecho a dicho ámbito y la interpretación finalística del art. 24.2 CE cierra los márgenes a una aplicación extensiva del mismo, rigiendo sólo para los tribunales pero no para la Administración pública, que ni siquiera lo contempla en las disposiciones que ordenan la regulación del procedimiento administrativo sancionador²⁸.

Ahora bien, el hecho de que no sea obligatoria no quiere decir que se deniegue de plano aquella posibilidad si el encartado en un procedimiento requiere tal acción. La defensa técnica del imputado es entonces posible, pero no imprescindible ni mucho menos gratuita²⁹.

De lo anterior se deduce una importante consecuencia práctica en orden a la tramitación de los expedientes disciplinarios: no corresponde a la Administración el deber de notificar al encartado la posibilidad que le asiste en su defensa de valerse de la oportuna asistencia técnica ni, en su caso, proponer como fundamento de su alegación que la carencia de letrado, en vía administrativa, le ha ocasionado indefensión manifiesta³⁰.

2.4. PECULIAR RECEPCIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA EN EL ÁMBITO CASTRENSE: EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

No obstante, para la afirmación del apartado anterior existen dos excepciones a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Para el supremo intérprete de la Carta Magna, la defensa técnica —aunque no necesariamente por abogado— constituye un derecho fundamental del inculpado en dos ámbitos específicos del derecho administrativo sancionador: los procedimientos disciplinarios penitenciarios³¹ y los derivados del régimen disciplinario militar y de la Guardia Civil.

²⁷ La doctrina del Derecho administrativo se ha hecho firme defensora de los postulados del Tribunal Constitucional. Así, para GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones Administrativas*, Comares, Granada, 2002, p. 162, no es de aplicación a las sanciones administrativas el derecho de asistencia letrada, limitado a los procesos penales por delito. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, p. 194 y ss. Para una visión amplia del derecho de asistencia letrada en expedientes administrativos *vid.* también CASTILLO BLANCO, F. A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, 1992, pp. 444-450.

²⁸ En efecto, los arts. 135 y 137 de la LRJ-PAC que enumeran los derechos de los encartados en el procedimiento administrativo sancionador no mencionan este derecho.

²⁹ STS de 17 de marzo de 2003.

³⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 84 y 85.

³¹ En este sentido, la proclamación de tal derecho en esta ámbito se reconoce determinando el alcance de su ejercicio, *v.gr.*, en la STC 161/93 de 17 de mayo, que señala: «... el ahora demandante de amparo fundamentó su recurso en un único motivo: la situación de indefensión de la que el actor estimaba haber sido objeto. Pese a la falta de precisión de aquel escrito (falta de precisión que no puede reprobarse a quien, no siendo experto en Derecho, podía legítimamente desconocer los exactos



No se trata sólo de una previsión por las normas legales específicas como se va a poner inmediatamente de relieve, sino que se trata de un derecho específicamente garantizado por la CE para el caso de que se pretenda imponer una sanción a quien se encuentra en una relación especial de sujeción³².

Partiendo de esta previsión, el artículo 53 de la LORDFAS y el 42 de la LORDGC vienen a disponer que el guardia civil o militar encartado en un procedimiento disciplinario podrá contar con el asesoramiento de un abogado o del militar que designe al efecto en todas las actuaciones que integren el procedimiento.

Del análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los preceptos indicados se deduce con claridad que la percepción de este derecho fundamental a la asistencia letrada o militar ha de ser igualmente sentida para el ámbito castrense y de la Guardia Civil³³. Y las restricciones al ejercicio de tal derecho sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario. Así lo dispone la STC 74/04, de 22 de abril, al señalar en su FJ 2.º y 6.º que «(...) el acto de los poderes públicos que en este proceso de amparo se impugna tiene su origen en el ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración militar, cuya singularidad tiene reconocimiento constitucional ex art. 25.3 CE. Ahora bien, 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 resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (...). Por tanto, se hace preciso valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada (...). En consecuencia hemos de concluir que la finalidad del

límites de su derecho a obtener asesoramiento), resulta claro que atribuía esa situación de indefensión a que la Junta de Régimen y Administración no le *hubiera permitido contar con el asesoramiento técnico adecuado para preparar la defensa* que por sí mismo había de realizar en el expediente disciplinario, bien por medio de Abogado de oficio, bien por un funcionario del Centro Penitenciario que le orientara y asesorara, sin que hubiera recibido contestación a su petición ...». Acerca de la asistencia técnica en el ámbito penitenciario *vid.* ampliamente DUQUE VILLANUEVA, J. C., *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, 1998, pp. 232-235; GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos fundamentales de los internos», en *Poder Judicial*, núm. 47, pp. 48-49; y, DOMÍNGUEZ VILA, A., «Derecho a la asistencia de letrado en el ejercicio por la Administración de potestades sancionadoras», en *Actualidad Administrativa*, vol. 3, pp. 443-447.

³² Su fundamento al igual que ocurre para con el proceso penal parece encontrarse en la salvaguarda y protección del derecho a la libertad del encartado o a su restricción. *Vid.* opinión al respecto de LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 511-515. Y en el mismo sentido, las SSTC 74/1985, 27/2001 y 236/2002, donde la sanción disciplinaria en el ámbito penitenciario se presenta como una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena.

³³ Para ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *op. cit.*, p. 261, el uso de este derecho puede limitarse cuando su ejercicio resulte incompatible con las exigencias propias de la relación especial de sujeción que mantienen los militares con la Administración.



rápido restablecimiento de la disciplina militar, fundamento, como hemos dicho, del procedimiento oral (...), no resultaba comprometida, y que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional».

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en el régimen sancionador general, la manifestación del derecho de defensa, en su vertiente de derecho de asistencia técnica, tiene plena vigencia y aplicación en el ámbito castrense y en el Instituto armado.

Distinto es que la previsión del ejercicio de tal derecho sea preceptiva y, en su caso, gratuita, siendo necesaria la concreción del alcance y contenido de este derecho.

III. ALCANCE DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA EN EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS CASTRENSES Y DE LA GUARDIA CIVIL

3.1. NATURALEZA JURÍDICA

El ejercicio del derecho a la defensa en su vertiente de asistencia letrada (o militar) en expedientes disciplinarios militares y de la Guardia Civil se nos presenta en su configuración jurídica como un *derecho-facultad*. Esto es, se establece la posibilidad de que el encartado en uno u otro procedimiento (en cumplimiento de la garantía prevista en el art. 24.2 CE) pueda contar con la asistencia de letrado o militar durante la instrucción del mismo. Aunque el derecho a la asistencia letrada sea de carácter fundamental, la intervención letrada no resulta preceptiva y «debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento»³⁴.

Tratándose entonces de una facultad, el interesado podrá desistir del ejercicio de tal derecho renunciando a él o no utilizándolo. No estamos entonces ante la presencia de un derecho-obligación a contar con asistencia letrada en la tramitación de dichos expedientes, más característico de lo que sucede en el procedimiento penal. Por consiguiente, no constituye una exigencia procedimental y, por ello, se concluye necesariamente que no existe obligación de asistir *de oficio* a los interesados en estos procedimientos por parte de los Colegios de Abogados³⁵ ni de los militares o guardias designados por el interesado para su asistencia de hacerse cargo de la misma³⁶.

³⁴ STS Sala de lo Militar de 3 de junio de 2002.

³⁵ La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita no contempla esta posibilidad. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC de 12 de julio de 1993 señalando que «la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales, y además, no en todos, sino sólo cuando los intereses de la justicia así lo requieran».

³⁶ Con la única excepción de la previsión contenida para los militares de reemplazo.



Para salvaguardar el ejercicio de tal derecho, esto es, la posibilidad de que el encartado pueda ser asistido durante el transcurso de un procedimiento de letrado o militar, bastaría con advertir al interesado de dicha posibilidad. Tal advertencia, en buena técnica jurídica, debiera practicarse en el mismo momento en que se notifica al presunto responsable la iniciación del procedimiento que contra él se ha incoado.

3.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA

La asistencia técnica puede serlo por letrado o guardia civil y militar señala la normativa arriba comentada, y constituye, sin duda, una singularidad del Derecho disciplinario castrense. Ello requiere la aclaración previa de qué vamos a entender por cada uno de estos conceptos a efectos de la normativa militar y de la Guardia Civil.

3.2.1. *Militar y guardia civil*

Por militar o guardia civil habrá de entenderse a los que adquieran tal condición de acuerdo con su respectiva normativa de personal, que para los militares es de la Ley 39/2007³⁷, de 19 de noviembre, de la Carrera militar en relación con la Ley 8/2006³⁸, de 4 de abril de Tropa y Marinería, mientras que para el Benemérito Instituto será necesario tener en cuenta las disposiciones de la Ley 42/1999³⁹, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

³⁷ Según el artículo 76 de la Ley 39/2007 «1. La condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida (...) 3. También adquieren la condición de militar de carrera los militares de tropa y marinería cuando, según lo previsto en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, accedan a una relación de servicios de carácter permanente»; para los militares de complemento, el artículo 77 determina que tal condición se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmado el compromiso inicial; para los militares de tropa y marinería ha dispuesto el artículo 78 que tal condición «se adquiere al incorporarse a una escala una vez superado el periodo de formación determinado en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, que establece las modalidades de relación, las renovaciones y ampliaciones y el compromiso de larga duración».

³⁸ Según su artículo 4, «la condición de militar profesional de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el periodo de formación general militar establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial (...) en cuya virtud quedará incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas».

³⁹ El artículo 2.1. de la normativa que rige el régimen de personal del Benemérito Instituto señala que «son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una



En principio, para el ámbito exclusivamente militar los términos del propio art. 53.2 de la LORDFAS limitan la posibilidad de tal ejercicio únicamente a los oficiales y suboficiales cuando se trate de la solicitud de asistencia sin designación específica o no se preste la conformidad por parte del interesado. De aquí, podemos deducir *a sensu contrario* que no puede operar limitación a la designación por parte del encartado de personal de tropa y marinería profesional para el desempeño de la asistencia técnica, siempre y cuando el designado, naturalmente, acepte⁴⁰.

Respecto a la LORDGC, no hay inconveniente alguno en que la función de asesoramiento y asistencia pueda ser desempeñada por quienes ostentan la categoría de guardias.

3.2.2. *Modulación del concepto de interesado*

Por interesado a efectos del procedimiento disciplinario en el ámbito de la LORDFAS y la LORDGC habrá que entender a la persona contra la que el procedimiento se dirige, genéricamente designado mediante la referencia al *sancionado, infractor, responsable, expedientado, autor, inculpado o encartado*, que son los términos sinónimos que de ordinario utilizan ambas normativas para referirse a éste.

Esto supone una variación respecto de la definición contenida en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues en nuestro ámbito el único legitimado para intervenir en el procedimiento (o en vía de revisión) es la persona contra la que el mismo se dirige, no existiendo como se dijo al principio la actuación mediante representación. No es de aplicación entonces, al menos en su totalidad, la previsión del art. 31 de la citada norma⁴¹. Todo ahonda en la idea de que el letrado no tiene que ser necesariamente militar.

relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil».

⁴⁰ Parece que la interpretación extensiva debiera imponerse en este caso en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales. No permitir tal posibilidad podría atentar contra el propio derecho de defensa del encartado. Piénsese, por ejemplo, que entre los miembros de tropa y marinería pudiera encontrarse personal con mejor formación jurídica que en los cuadros de Mando o con los que el encartado mantenga relación de confianza que justifica la elección del mismo para su asistencia y asesoramiento.

⁴¹ Sobre los interesados en el procedimiento trata el Título III de la Ley 30/1992 (arts. 30 al 34, ambos inclusive). El art. 31 LRJ-PAC establece el concepto de interesado, disponiendo: «1. Se considera interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal



3.2.3. Letrado

Finalmente, por letrado o abogado tendrá que considerarse al licenciado en derecho que, colegiado, ejerce libremente su profesión⁴². En España la actividad profesional del abogado se regula en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, cuyo artículo 6 contempla que «corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico», añadiendo su artículo 9.1 que «son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos y privados».

Por su parte, el art. 2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador, determina que para adquirir tal condición además del correspondiente título universitario se requiera haber acreditado su capacitación profesional mediante la superación de la formación especializada a través de cursos en centros universitarios o escuelas de práctica jurídica con su correspondiente ciclo de prácticas externas que culmina con un proceso de evaluación de aptitud profesional.

En cualquier caso, la condición de letrado y militar o Guardia Civil debe quedar acreditada en el procedimiento. Ello pudiera realizarse mediante la incorporación de fotocopia adverada por el secretario de la tarjeta de identidad profesional (TIP), tarjeta de identidad militar (TIM), documento nacional de identidad (DNI) tratándose de profesionales del las FAS o el Instituto Armado, o el carné profesional o número de colegiado en el caso de los letrados.

condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Sobre el concepto de interesado puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*, t. 1, Thomson-Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2003, pp. 909-940.

⁴² Del latín *advocatus* (llamado en auxilio), es aquella persona que ejerce profesionalmente la dirección y defensa en toda clase de procesos judiciales y administrativos y que, además, asesora y da consejo en materias jurídicas a sus patrocinados. Genéricamente se puede definir el término *abogado* como la persona con título de grado habilitado conforme a la legislación de cada país, que ejerce el Derecho, en asistencia de terceras personas, siendo un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia de un país. Sobre esta cuestión, *vid.* AA. VV, (Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991)*, *Comentarios y Jurisprudencia*, t. 1, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 269.



3.3. CONTENIDO Y LIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA

Del análisis de la normativa disciplinaria militar y de la de la Guardia Civil se desprende que el ejercicio y concreción del derecho de asistencia técnica en este tipo de expedientes debe limitarse a dos actuaciones concretas como son el asesoramiento y la asistencia.

El asesoramiento implica la acción de tomar consejo por parte del encartado respecto a la manifestación de conocimiento dada de aquellos versados en leyes o que *legos* en derecho tienen la condición de militares o guardias civiles, es decir, el mero consejo. La asistencia queda concretada en la presencia física y acompañamiento de quien ejerce el asesoramiento del encartado en todas las actuaciones a que el procedimiento da lugar.

Lo que en ningún caso comprende el derecho de asistencia letrada en expedientes disciplinarios es la representación o postulación procesal (ni en principio la participación en el mismo procedimiento)⁴³. Las facultades del expedientado están taxativamente determinadas sin que quepa una interpretación extensiva de la misma que permita ampliar aquéllas a capricho del encartado⁴⁴.

En este contexto se trae a colación la STC 74/1985 de 18 de junio⁴⁵, que nos ayuda a perfilar el contenido concreto del derecho a la defensa: «La posibilidad de asesorarse por su Abogado ‘durante la tramitación del expediente’ le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse de éste para proponer pruebas (...). Pero la limitación del asesoramiento o asistencia de su Abogado, implícita en la negación de su presencia no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la CE (...) pues en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno,

⁴³ El procedimiento sancionador se dirige directamente contra los interesados o encartados cuya intervención en el procedimiento es personal y directa no admitiendo la ley la posibilidad de que aquellos se hagan representar por otra persona

⁴⁴ De modo ejemplificativo, la STS Sala Quinta de 10 de marzo 1999 FD 1.^a señala: «(...) para que no le quede duda alguna al recurrente sobre lo desacertado de dicha alegación, bastará con recordarle la doctrina jurisprudencial de la Sala —mencionada expresamente por la Abogacía del Estado en su escrito impugnatorio—, de la que resulta, que no son equiparables en forma alguna los procedimientos disciplinarios a los procesos jurisdiccionales, dado que los segundos constituyen una revisión judicial de los actos y decisiones administrativas, y el principio de contradicción que se presume vulnerado por el recurrente en la actuación administrativa tiene un contenido limitado a los actos en que se da traslado al expedientado para alegar, impugnar y proponer prueba, dentro del trámite administrativo, sin que sea posible convertir ese trámite en un procedimiento sumarial penal, como confunde la parte recurrente».

⁴⁵ También la STC 190/87 de 1 de diciembre y 192/1987, de 2 de diciembre. Si bien referida al ámbito penitenciario no hay ningún inconveniente en hacerlo extensivo al régimen disciplinario sancionador militar y de la Guardia Civil. Por parte la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha prestado atención a la delimitación del contenido del derecho de asistencia técnica en las Sentencias de 1 de octubre de 1997 y 4 de noviembre de 1998.



puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito de modo directo por el Abogado del interno».

La posibilidad de asesorar y asistir al patrocinado no comprende en ningún caso que se interrumpa o se emita protesta al instructor o secretario, ya que como se ha dicho no tiene el letrado o militar la representación o consideración de «defensor de parte», ni mucho menos la de interesado. Deberá el letrado (o militar y guardia civil) limitarse a recomendar a su patrocinado sobre la conveniencia de declarar o no, o el sentido en que ha de producirse su declaración. No teniendo el instructor por qué admitir —al menos desde el plano teórico— la formulación de preguntas directas al encartado o cualquier persona que intervenga en calidad de testigos o peritos en el procedimiento⁴⁶.

3.4. VARIACIÓN EN LA PERCEPCIÓN DE LA INTENSIDAD DE ESTE DERECHO SEGÚN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

En el procedimiento disciplinario militar y de la Guardia Civil se distinguen dos fases claras y determinadas en orden a la eventual desvirtualización de la presunción de inocencia: la fase de instrucción, donde el instructor investiga los hechos que presuntamente han dado lugar a la comisión de la infracción disciplinaria, y la acusación formal que, plasmada en el pliego de cargos⁴⁷, viene a determinar la convicción del instructor sobre la responsabilidad del encartado de acuerdo con la instrucción realizada.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado con claridad la no obligación por parte del instructor de tolerar la presencia de letrado durante la práctica de las pruebas en la fase investigadora, sin que la falta de notificación de la misma vicie o invalide prueba alguna⁴⁸.

De lo anterior se deduce que el momento apropiado para convenir la participación del letrado en el procedimiento sea a partir de la formalización de la acusación con la emisión del oportuno pliego de cargos. No obstante, ello no significa que haya que notificarse al letrado la citación a cualesquiera trámites al mismo, sino

⁴⁶ Distinto es que por cuestiones de economía procedimental sea práctica habitual que instructor y secretario acepten la intervención directa del letrado tras el trámite de preguntas en la audiencia. Cuestión que por otra parte es paradójica, pues todo aquello que el letrado o militar pretendía poner de manifiesto y relevancia emergería del propio encartado toda vez que éste se haya valido del asesoramiento del letrado acompañante. De esta manera, entendemos que también se refuerza y garantiza el derecho de defensa eliminando los peligros de una eventual limitación del mismo, cuya consecuencia última podría ser la nulidad de las actuaciones por la eventual indefensión que al encartado pudiera irrogársele.

⁴⁷ En caso de tratarse de faltas leves de la LORDGC a partir del momento en que se declara admitida la prueba.

⁴⁸ STS Sala de lo Militar de 10 de marzo de 1999, FD 1.º.



que a partir de ese momento habría de admitir su presencia, únicamente, para la asistencia y asesoramiento de su patrocinado⁴⁹.

3.5. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA A TODA CLASE DE FALTAS

Toca ahora preguntarse si el derecho a la asistencia letrada se predica sólo de las faltas graves o muy graves o es posible su extensión, también, al ámbito de las faltas leves. Aquí es preciso hacer un inciso entre el régimen militar y el derivado de la Guardia Civil.

3.5.1. Regulación en la LORDFAS

Los artículos 53 y 64⁵⁰ de la LORDFAS disponen que el militar expedientado podrá contar con el asesoramiento de un abogado o militar que designe al efecto en todas las actuaciones que integran el procedimiento disciplinario por faltas graves y muy graves que se dirija contra él, guardando silencio con respecto a las faltas leves. No habiendo manifestación expresa de la Ley, el problema se plantea respecto a la posibilidad de que tal derecho pueda ser contemplado y ejercido o no en el ámbito del procedimiento por falta leve.

En la práctica, no suele formularse pretensión alguna al respecto dado el carácter dinámico del procedimiento oral. Pero esta circunstancia no obsta a que, en ocasiones, pudieran plantearse supuestos problemáticos, toda vez que la reclamación del derecho de defensa, por parte del encartado, reclamando la asistencia técnica puede suponer un enfrentamiento entre dos posiciones opuestas. De un lado, el interés del encartado por hacer valer su derecho de defensa a través del derecho de asistencia técnica; de otro, la eventual frustración del fundamento último del procedimiento en faltas leves, cual es la inmediata reparación de la disciplina, englobado dentro de un procedimiento preferentemente oral y sumario⁵¹.

⁴⁹ Vid. arts. 38 y 42 LORDGC.

⁵⁰ Los arts. 64 y ss. de la LORDFAS regulan la tramitación de los Expedientes Gubernativos.

⁵¹ Sobre la asistencia letrada en el procedimiento oral *vid.* CALVO CABELLO, J. L., «La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar. Valoración de la prueba», en *Derecho penal y disciplinario militar, op. cit.*, pp. 105-131, en concreto p. 116; y FORTÚN ESQUIFINO, R., *Comentarios a la ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pp. 932 y 933; ESQUIVIAS LÓPEZ-CUERVO, A., JOLY PALOMINO, F., y MARTÍN VICENTE, M. A., *Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar*, Ingrasa, Cádiz, 2000, pp. 252 y 253; y RODRÍGUEZ TEN, J., *Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 200 y 201.



En relación con esta cuestión, el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones declarando que en el procedimiento disciplinario militar por faltas leves no es aplicable el derecho fundamental a la asistencia letrada⁵².

Sin embargo, la interpretación constitucional ha dado lugar a una aplicación extensiva del reconocimiento del derecho que estamos analizando a partir de la STC 74/2004 de 22 de abril, perfilando el criterio anterior, al entender aplicable también la posibilidad de ejercer el derecho de asistencia letrada —como manifestación del derecho de defensa—, pero sujetándolo a ciertas consideraciones⁵³. De ahí que para su aplicación se constriña a dos reglas esenciales: por un lado, el derecho fundamental a la asistencia letrada es aplicable en cualquier procedimiento disciplinario militar; por otro, la restricción del ejercicio de este derecho fundamental sólo resulta admisible si deviene indispensable para garantizar la finalidad que persigue el procedimiento, esto es, la inmediata reparación de la disciplina.

3.5.2. Regulación en la LORDGC

Respecto al ámbito de la Guardia Civil, a diferencia de lo que ocurría con la LORDGC de 1991, que lo restringía sólo a los derivados de la comisión de la falta grave o muy grave⁵⁴, la promulgación de la LORDGC de 2007 ha despejado cualquier duda sobre la extensión de la aplicación de este derecho proyectándolo a la configuración del mismo respecto de todos los procedimientos, no sólo en los casos de falta grave o muy grave, sino también de falta leve⁵⁵.

3.6. UNA NOTA ACERCA DE LA DESIGNACIÓN DE OFICIO DE MILITARES

El art. 53 de la LORDFAS en su apartado segundo sólo prevé la asistencia de oficio a los militares de reemplazo⁵⁶. De esta manera, desde el momento en que el militar manifiesta su interés en ser asesorado o no de cuenta de la persona concreta

⁵² V.gr., SSTS de 8 de febrero de 1999 y de 3 de junio de 2002, Sala de lo Militar.

⁵³ La mentada STC parece modificar el criterio contenido en la STC 23/1995, en la que se declaraba que «la garantía de la asistencia letrada, como garantía constitucional conectada al derecho de defensa, no despliega su eficacia sobre los procedimientos administrativos, implicando la nulidad inconstitucional de lo en ellas actuado».

⁵⁴ Sobre el tratamiento jurídico en la regulación anterior *vid.* FORTÚN ESQUIFINO, R., *Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil (LO 11/1991) Comentarios y Jurisprudencia*, t. 1, Ministerio del Interior -Secretaría General Técnica 3.ª edición, Madrid, 2001, p. 969. Véase también MILLÁN GARRIDO, A., *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992, p. 120.

⁵⁵ Así lo dispone el art. 42.1 LORDGC al señalar que «en el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, se informará al interesado del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia».

⁵⁶ Incorporado a partir del art. 12 del Reglamento del servicio militar, aprobado por RD 1410/1994, de 25 de junio que establece «a los efectos de facilitar su asesoramiento en el expediente



que ha de hacerse cargo de la misma, o la persona designada no quiera aceptar esta responsabilidad, será asistido por el oficial o suboficial designado por el jefe de la unidad de la que dependa.

Esta forma de asistencia —que se aproxima a un asesoramiento militar de oficio— ha perdido relevancia toda vez que la figura del militar de reemplazo ha dejado de existir en nuestros ejércitos con la profesionalización del mismo y la desaparición del servicio militar.

Habría que preguntarse hasta qué punto, y dado que inspiró la norma, no sería deseable su extensión a los militares profesionales de tropa y marinería. Circunstancia que, en principio, parece inviable (lamentablemente).

Por lo que respecta al ámbito de la Guardia Civil, la dicción literal del art. 42.2 LORDGC determina el carácter voluntario de la designación, lo que hace inviable la *designación de oficio* para el desempeño de las funciones de asistencia técnica a los miembros del Benemérito Instituto, posibilidad que está prevista únicamente para el ámbito de las FAS y exclusivamente para los militares de reemplazo.

Por otro lado, en caso de optarse en la elección de la defensa técnica por persona que no sea letrado en el ámbito de la LORDGC, el apartado segundo del art. 42 cierra la posibilidad de que se designe a persona ajena al Instituto armado ya que explícitamente señala que sólo podrá recaer tal responsabilidad en un guardia civil⁵⁷.

3.7. RESARCIMIENTO Y ABONO

Es necesario reflexionar acerca del eventual resarcimiento y abono por parte de abogado o persona que al encartado asista y en su caso, si al igual que ocurre con otros procedimientos, puede éste beneficiarse de las ventajas del derecho de asistencia jurídica gratuita.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, especialmente con ocasión del procedimiento disciplinario penitenciario. Así, las SSTC 2/1987, de 21 de enero, y 229/1993, de 12 de julio, que señalan y precisan sobre el ejercicio del derecho de asistencia técnica que «no se trata de un derecho a la asistencia letrada (...) incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello». En consecuencia, nada hay que reprochar constitucionalmente a la negativa a designar un letrado de oficio.

disciplinario por falta grave que se le instruya a un militar de reemplazo, podrá contar, desde el inicio del procedimiento, con el del letrado que estime conveniente. No obstante, se le ofrecerá ser asesorado por un oficial o suboficial de su unidad. Si manifestare su voluntad de ser asistido por un asesor militar, no señalando persona en concreto, le será asignado de oficio por el jefe de la unidad».

⁵⁷ De esta manera, entendemos que se cierra la posibilidad de que la función de asistencia técnica sea desarrollada por militares que destinados y encuadrados orgánicamente en unidades de la Guardia Civil, *v.gr.*, suboficiales armeros u oficiales especialistas o de Cuerpos Comunes, pudieran eventualmente desempeñar aquellas funciones en el caso de que para las mismas fueran designados.



Por su parte, las SSTC 128/1996, de 9 de julio, y 83/1997, de 22 de abril, declaran que el supremo interprete de la Carta Magna ha concretado el contenido del mencionado derecho fundamental (a la asistencia letrada) en el sentido de que no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo, lo que no contradice el art. 24.2 CE, pues no resulta del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad sólo existe claramente en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo en aquéllos respecto de los que la preservación del derecho de defensa y los intereses de la justicia así lo requieran. Y, con mayor claridad, las SSTC 116/2002, de 20 de mayo y 104/2003, de 2 de junio, determinan que: «(...) aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación del expediente constituye una de las garantías procesables aplicables, no implica (...) el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita».

Tal doctrina la entendemos perfectamente aplicable al régimen castrense, por ser éste también un ámbito donde las relaciones especiales de sujeción se vuelven extremas.

Otra cuestión que se suscita es la extensión o no del beneficio de la justicia gratuita al campo del Derecho administrativo sancionador castrense y sus efectos si los hubiera. Del análisis de la doctrina constitucional expuesta, podemos concluir, contundentemente, que el derecho a la asistencia de letrado o militar en los procedimientos disciplinarios militares y de la Guardia Civil no supone que los encartados en cualquiera de ellos puedan beneficiarse del reconocimiento del derecho de asistencia gratuita.

Así las cosas, los gastos ocasionados por el asesoramiento legal en vía de recurso no pueden, tampoco, considerarse como daño o perjuicio derivado de la sanción disciplinaria indebidamente impuesta ya que nada que ver tienen los conceptos de costa procesal y responsabilidad patrimonial. Como argumento complementario, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar permite que sea el propio interesado el que comparezca en esta vía sin necesidad de asistencia o postulación procesal, lo que implica que el gasto por los servicios del letrado no son inexcusablemente necesarios, sino potestativos por el recurrente⁵⁸.

Más claramente, en el ámbito de la Guardia Civil el art. 42.2 LORDGC ha establecido que el asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

De aquí se deduce que el ejercicio de tal derecho no genera indemnización alguna por razón del servicio ni tampoco sirve como causa de exención legítima

⁵⁸ Vid. AA. VV. (Coord. Nicolás MARCHAL ESCALONA), *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 595. Por su parte, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar señala que, «el demandante podrá conferir su representación a un Procurador, valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de Abogado. No obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por Letrado».



del servicio nombrado⁵⁹. En cuanto a los honorarios, los mismos serán de cuenta del interesado⁶⁰.

IV. CONCLUSIONES

1.^a. El derecho de defensa internacionalmente proclamado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos queda reconocido e integrado en el ordenamiento jurídico español a la luz del art. 24.2 de la CE a través de una enumeración pormenorizada de los medios para hacer efectivo el mismo. Entre estos medios se encuentra el derecho a la asistencia letrada o técnica como manifestación instrumental de aquel derecho. Respetando su *contenido esencial*, la ley (disciplinaria) podrá vertebrar los cauces y técnicas adecuadas para que ese derecho fundamental sea realmente observado.

2.^a. A pesar de su vocación eminentemente penal, se traslada y reconoce al ámbito del Derecho Administrativo sancionador el derecho de defensa, si bien se establece como regla general el carácter no preceptivo de la asistencia letrada o técnica. Y, aunque su intervención se presenta como posible (al menos la del letrado), no es imprescindible ni gratuita.

3.^a. Como excepción a esta regla general, el Tribunal Constitucional ha permitido trasladar el derecho de asistencia técnica, como manifestación concreta del derecho de defensa, al ámbito penitenciario y al castrense y de la Guardia Civil. Su fundamento parece encontrarse en las relaciones de especial sujeción que los sujetos sometidos a sus respectivos regímenes disciplinarios mantienen con la Administración.

4.^a. El contenido del derecho de asistencia técnica en el ámbito militar y del Benemérito Instituto se concreta en la posibilidad de asesorar y asistir al encartado. En ningún caso tendrá el letrado o persona que le asista la consideración de parte o la representación del encartado sin que tampoco exista obligación por parte del instructor del expediente de notificar a alguno de éstos cualesquiera trámites procedimentales.

5.^a. En su configuración jurídica la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario castrense se presenta como un *derecho-facultad* al que el encartado puede renunciar voluntariamente o dejar de ser utilizado por el interesado, no aconteciendo quebranto alguno al derecho de defensa cuando el encartado, pudiendo hacerlo, comparece sin su asesor a la audiencia. En relación con ello, en el ámbito procesal

⁵⁹ Circunstancia distinta es que de ordinario se permita al designado para prestar la asistencia técnica diferir el cumplimiento de sus obligaciones o anticiparlos en el tiempo, para precisamente poder cumplir con la función de asistencia encomendada, siempre, claro, que no sea incompatible con las necesidades del servicio.

⁶⁰ Así lo establece el art. 42.2 LORDGC para el ámbito de la Guardia Civil, criterio que es lógicamente extensible al ámbito de las LORDFAS en ausencia de manifestación expresa de aquélla sobre esta cuestión.



militar penal se posibilita la defensa por el propio inculpado condicionada a que sea licenciado en Derecho y, en casos excepcionales, la defensa por quien no es ni abogado ni licenciado en Derecho: el oficial al que se designa para desempeñar el cargo de defensor militar⁶¹.

6.^a No existe un derecho a la defensa técnica de oficio en el ámbito del derecho disciplinario castrense y de la Guardia Civil, salvo lo que se dijo para los militares de reemplazo en los términos que señala la normativa del servicio militar y con los matices indicados.

7.^a El derecho a la asistencia letrada tanto en el ámbito militar como en el de la Guardia Civil se extiende en toda clase de procedimientos, ya sean leves, graves o muy graves.

8.^a Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede decirse que no existe un derecho a la gratuidad de la asistencia técnica, debiendo correr los gastos que se ocasionen como consecuencia de dicha asistencia por cuenta del encartado, sin que tampoco se genere por quien la preste derecho a indemnización alguna o exención de servicios.



⁶¹ Art. 104 Ley Orgánica 4/1987, e 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar.