

SALA QUINTA

INDICE SISTEMÁTICO

I. PENAL

1. Derecho al proceso con todas las garantías
Juez imparcial: análisis casuístico
2. Delito contra la eficacia del servicio
Ruptura del nexo causal
3. Delito contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación
Inferencia indiciaria
Atenuante de dilación indebida
4. Simulación de delito. Deslealtad
Declaraciones autoinculpatorias no ratificadas a presencia judicial
5. Delitos contra la eficacia del servicio
Imprudencia punible
“Error facti”
6. Insulto a superior
Injurias constitutivas siempre de delito
Competencia de la jurisdicción militar
7. Delito de desobediencia
 - 7.1. Elementos del tipo: gravedad del incumplimiento
 - 7.2. Falta de justificación de la orden y ausencia de relación con el servicio
8. Abuso de autoridad con trato degradante
Tipo penal: doctrina de la Sala
Indefensión
9. Delito contra la hacienda en el ámbito militar
Inferencia indiciaria
Concurso de normas: “non bis in idem”

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Derecho al Juez imparcial
Segunda sentencia tras la anulación de la primera
2. Falta grave de emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen
Tipicidad
3. Expediente caducado y expediente nuevo

Limitación de la incorporación de actuaciones realizadas en el expediente caducado al expediente nuevo

4. Falta grave del artículo 8.37 de la LORDGC
Norma disciplinaria “en blanco”: tipicidad
5. Falta muy grave de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad
Vulneración del derecho de defensa
Indemnización por gastos de Letrado
6. Falta leve de desconsideración o incorrección con los ciudadanos en el ejercicio de las funciones, con ocasión de aquéllas o vistiendo de uniforme
Tipicidad
7. Falta grave de hacer manifestaciones contrarias a la disciplina
Requisitos del tipo y derecho a la libertad de expresión
8. Recurso preferente y sumario
Objeto
9. Escuchas telefónicas
Descubrimiento ocasional de la posible comisión de una falta disciplinaria
10. Falta muy grave de ausentarse del servicio cuando por su naturaleza y circunstancias sea de especial relevancia
Tipicidad
Proporcionalidad

En el año judicial 2013-2014 la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha dictado resoluciones dentro de su doble ámbito competencial, penal y contencioso disciplinario. En la presente crónica se seleccionan algunas sentencias que abordan materias sobre las que la Sala ha reiterado, confirmándola de forma autorizada, su propia doctrina, dado que durante el año judicial no se han introducido nuevos criterios jurisprudenciales que hayan modificado la anterior³

I. PENAL

1. Derecho al proceso con todas las garantías. Juez imparcial: análisis casuístico.

La **STS 20-6-2013 (Rc 23/13)** reitera la doctrina de la propia Sala en cuanto a la necesidad de analizar el caso concreto para apreciar si el contacto previo que los miembros del Tribunal han tenido con los hechos produce el efecto contaminante que implica la pérdida de la debida imparcialidad, ponderación casuística que resulta especialmente necesaria en los casos de confirmación en grado de apelación del auto de procesamiento.

Se desestima en ella el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial en la que se condenaba a un Sargento del Ejército de Tierra como autor responsable de dos delitos consumados de insulto a superior. El recurso denunciaba como infringido el derecho a ser juzgado por un Juez imparcial (artículo 24 CE), dado que el Tribunal que condenó al recurrente estaba compuesto por los mismos miembros que el que, previamente, había desestimado su recurso de apelación y había confirmado el auto de su procesamiento.

La Sala, recordando su propia doctrina reflejada en la sentencia de 12 de febrero de 2008, en la que se cita consolidada jurisprudencia del TEDH, del TC, de la Sala Segunda del TS y de la propia Sala Quinta, pone de manifiesto que la vulneración del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial exige que la valoración del efecto “contaminante” que inhabilita para integrar el órgano de enjuiciamiento por pérdida de la debida imparcialidad se haga no en aplicación de formulaciones genéricas, sino acudiendo al caso concreto para analizar la real implicación en el proceso de los miembros del Tribunal sentenciador, ponderación que resulta especialmente necesaria en los casos de confirmación en grado de apelación del auto de procesamiento, en los que no procede necesariamente la exclusión de los miembros de la Sala que conoció del recurso para integrar el órgano de enjuiciamiento. Señala esta doctrina que “*es preciso determinar, caso por caso, los términos en que la impugnación se decidió y el grado de compromiso del Tribunal en cuanto a los hechos procesales, la participación que se atribuyó al procesado y su culpabilidad [...] De manera que si la Sala se limita a confirmar la existencia de los indicios*

³ La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Antonio HERNÁNDEZ VERGARA, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

rationales que el Instructor tuvo en cuenta para procesar, no parece que ello pueda percibirse [...] como anticipo de la decisión de condena, sino como mera confirmación de las razones determinantes de la medida cuestionada; mientras que en los casos en que la actuación del Tribunal se extienda a efectuar valoración de las diligencias o de las pruebas existentes, extrayendo conclusiones sobre la comisión de los hechos, autoría o participación del procesado y su culpabilidad, entonces su quiebra de confianza en la esencial ecuanimidad puede fundarse en el adelantamiento que el Tribunal hace de su convicción, ya manifestada, con merma de la esperable imparcialidad” (FD 3º).

Sobre esta base doctrinal, la Sala analiza el contenido de la fundamentación jurídica del auto resolutorio del recurso de apelación contra el auto de procesamiento, en la que únicamente se hace referencia a la existencia de base indiciaria racional y suficiente para la confirmación de la resolución, así como a la práctica de numerosísima prueba testifical y en la que, expresamente, se señala la imposibilidad de analizar entonces los indicios de criminalidad, al entender que ello solo es posible tras el verdadero debate que ha de tener lugar en el acto de la vista tras la práctica de las pruebas. En consecuencia, la Sala evidencia que la fundamentación del auto resolutorio del recurso de apelación es de naturaleza meramente procesal, por lo que no entiende que en los miembros que formaron parte del Tribunal se haya conformado un prejuicio contrario a la imparcialidad que pudiera constituir un anticipo de la decisión de condena.

2. Delito contra la eficacia del servicio. Ruptura del nexo causal.

La **STS 3-7-2013 (Rc 16/13)** desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia absolutoria dictada por un Tribunal Militar Territorial por un Soldado Legionario que resultó lesionado en el curso de un ejercicio sobre prácticas de desactivación de explosivos como consecuencia de la deflagración de una granada.

En ella, tras desestimar los motivos procesales, se pone de manifiesto que del relato de hechos probados realizado por el Tribunal sentenciador - vinculante para el de casación cuando se acude a la vía de infracción de ley sustantiva- no se deduce la imprudencia imputada, pues el Sargento 1º acusado desplegó la diligencia que le resultaba exigible en la realización de la práctica encomendada, por lo que entiende bien aplicada la regla de valoración de la prueba enunciada como “in dubio pro reo”.

Además, la Sala analiza los requisitos de la imprudencia punible en cualquiera de las modalidades típicas del artículo 159, apartado segundo, del CPM, entre los que se encuentra la necesaria relación causal para la producción del resultado lesivo o dañoso, cuya falta de concurrencia entiende bien apreciada por el Tribunal de instancia, dado que de aquel vinculante relato probatorio se deduce que fue el recurrente quien inesperadamente se inmiscuyó en el normal desarrollo de la actividad profesional que estaba ejecutando el Sargento 1º especialista. Señala la sentencia que, en estas condiciones, no puede afirmarse la existencia de nexo causal, porque “la

relación causa-efecto se vio interferida por la autopuesta en peligro derivada de la intervención preponderante del propio perjudicado. En la medida en que esta implicación en el curso causal era imprevisible para el acusado, disminuyó hasta desvanecer en el caso el deber de precaución exigible a quien ejecutaba la actividad de que se trata” (FJ 2º). Y acaba señalando que es doctrina jurisprudencial consolidada la declaración según la cual “cuando el resultado se desvincula de cualquier actuación imprudente quiebra por su base la posible imputación objetiva del mismo, interrupción del nexo causal que puede producirse tanto por la autopuesta en peligro de la víctima como por la aparición de accidentes extraños al deber de evitar lo evitable (desvalor del resultado) y de prever lo previsible (desvalor de la acción)” (FJ 2º).

3. Delito contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación. Inferencia indiciaria. Atenuante de dilación indebida.

La **STS 4-11-2013 (Rc 25/13)** desestima los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial por dos Cabos de la Armada que habían resultado condenados como autores responsables de un delito consumado contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas en la navegación del artículo 177.3 del CPM, en su modalidad de embarcar sin autorización drogas tóxicas o estupefacientes, en concurso con un delito contra la salud pública del artículo 368 del CP, en relación con el subtipo agravado del artículo 369.5 (ser de notoria importancia la cantidad de las sustancias).

Frente a los motivos de los recursos relativos a la vulneración del principio de presunción de inocencia al no existir prueba directa de los hechos, la Sala, con cita de doctrina consolidada del TC y de la Sala Segunda del TS, afirma que no es posible deducir menor credibilidad incriminatoria de la prueba indiciaria o circunstancial que de la prueba directa, siempre que aquella reúna los requisitos jurisprudencialmente exigidos. Con cita de su propia doctrina, que parte de la fijada por el TC, recuerda que *“a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permitan distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados; b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria” (FJ 4º).*

A continuación, realiza el control casacional sobre la racionalidad del juicio de inferencia o proceso de formación de la convicción judicial sobre los hechos realizado por el Tribunal de instancia partiendo del examen de la prueba indiciaria tomada en consideración por este: el hallazgo a bordo del Patrullero de la Armada de la droga intervenida; la ubicación de la misma en un lugar que exigía un detallado conocimiento de la utilización que se hacía de los compartimentos del buque, así como la complicidad del personal de guardia, pues la operación de introducirla y colocarla no podía hacerse sin que fuera descubierta por quien se encontrara a bordo de la embarcación; que se necesitaba conocer el destino del Patrullero y asegurarse de que la droga no fuera descubierta durante la navegación, de lo que se infiere la necesidad de

que algún miembro de la dotación del buque estuviera implicado en la operación; que uno de los Cabos condenados estaba de guardia a bordo en la fecha de salida del Patrullero hacia su destino y el otro en la fecha de arribada, lo que le permitía asegurar la salida de la sustancia embarcada; que ambos condenados fueron observados por los policías de la UDYCO moviendo bultos en la zona de proa de la embarcación en la fecha de salida del Patrullero hacia su destino; que les fueron incautados cuatro teléfonos móviles de tarjeta a nombre de terceras personas utilizados para enviar mensajes, lo que permite entender que se realizara para evitar la interceptación de comunicaciones orales... De su análisis, la Sala estima que el proceso lógico realizado por el Tribunal de instancia partiendo del conjunto de datos circundantes, concatenados unos con otros a través de un razonamiento deductivo, le permitió llegar a la conclusión o inferencia de los hechos constitutivos del delito imputado, explicándose en la sentencia el iter o proceso discursivo a través del que, partiendo del interrelacionado conjunto de indicios, se infiere de forma razonable y no arbitraria el relato de hechos probados, lo que permite entender que la prueba indiciaria tenida en cuenta cumple con los requisitos jurisprudenciales exigidos para enervar la posible vulneración del derecho de presunción de inocencia.

Resultan desestimados también los motivos de casación basados en la pretensión de los recursos de que fuera aplicada la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, al haber transcurrido desde el acaecimiento de los hechos hasta la fecha del juicio oral cuatro años y siete meses. Analiza la Sala el origen doctrinal de la posibilidad de atenuación de la responsabilidad por dilaciones indebidas, mediante la aplicación por la vía de circunstancia analógica del artículo 21.6 del CP. Señala, sin embargo, que desde el 23 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP, las dilaciones indebidas se han introducido como una nueva circunstancia atenuante nominada con unos requisitos para su apreciación coincidentes con las pautas que venía exigiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda: (1) que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario; (2) que no guarde proporción con la complejidad de la causa; y (3) que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. A continuación, la Sala pone de manifiesto que la dilación indebida es un concepto abierto o indeterminado que requiere en cada caso una valoración específica y que la apreciación de la atenuante como muy cualificada exige que la dilación supere objetivamente el concepto de extraordinaria, lo que supone una manifiestamente desmesurada paralización del procedimiento durante varios años o cuando, sin llegar a esa desmesura intolerable, vaya acompañada de un plus de perjuicio para el acusado superior al propio de la intranquilidad o incertidumbre de la espera (como cuando el acusado haya sufrido la paralización en situación de prisión provisional). Por último, se analizan las actuaciones practicadas en el supuesto enjuiciado y se llega a la conclusión de que no ha existido un efectivo retraso en la tramitación del procedimiento atribuible al órgano judicial instructor o al órgano de instancia, por lo que la dilación sufrida no fue indebida o procesalmente injustificada (ya que el mayor retraso fue provocado por el planteamiento y resolución de un conflicto de jurisdicción).

4. Simulación de delito. Deslealtad. Declaraciones autoinculpatorias no ratificadas a presencia judicial.

La **STS 9-11-2013 (Rc 60/13)** desestima el recurso de casación interpuesto por un Soldado de Infantería de Marina que había sido condenado por un Tribunal Militar Territorial como autor de un delito de simulación de delito (artículo 457 CP) y de otro de deslealtad (artículo 117 CPM). En el relato de hechos probados de la sentencia recurrida consta que el recurrente, que tenía asignado un servicio de guardia de seguridad de 24 horas, no pudo personarse en el cuerpo de guardia al estar ingresado de urgencias para ser atendido de una herida contusa por apuñalamiento; posteriormente, acudió a la Comisaría de la Policía Nacional, en la que denunció que había sido objeto de un atraco con arma blanca, como consecuencia del que había sufrido aquella herida. Nuevamente llamado ante la Comisaría por la contradicción de algunos extremos de la investigación policial, en el segundo atestado instruido manifestó que la herida se la había provocado él mismo para no asistir a un compromiso laboral. Interrumpida la declaración, se procedió a su detención y, ya instruido de sus derechos y con asistencia letrada, el recurrente insistió en que decidió autolesionarse para no acudir a la guardia.

La Sala rechaza la pretensión de ilicitud de la prueba, al no entender que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, rechazando, asimismo, la conexión de antijuridicidad entre las dos declaraciones que se invoca en el recurso, ya que la última declaración autoinculpatoria se prestó en legal forma, especialmente al haber contado el detenido con asistencia letrada, de forma que pudo comprender su situación preprocesal, gozando de libertad para ratificar o no sus anteriores manifestaciones.

Por otra parte, se analiza el valor probatorio de las declaraciones autoinculpatorias realizadas en el atestado policial y no ratificadas a presencia judicial. Siguiendo la reiterada doctrina del TC y de la Sala Segunda del TS recuerda *“la admisión de la validez de las declaraciones efectuadas en el atestado cuando se incorporan al plenario a través de las manifestaciones testificales de los funcionarios policiales que las obtuvieron, con observancia de los principios de contradicción e inmediatez”* (FJ 2º) o siempre y cuando se cumplan determinados requisitos: (1) declaración policial prestada voluntariamente; (2) información previa al declarante de su derecho constitucional a no declarar; (3) asistencia letrada que garantice el cumplimiento de los anteriores requisitos; y (4) introducción en el acervo probatorio en términos procesalmente válidos, ya sea mediante el testimonio de los funcionarios policiales ante los que se prestó o por el propio Letrado que asistió al declarante.

Partiendo de dicha doctrina y del objeto del control casacional, la Sala desestima el recurso al entender que en la instancia hubo suficiente prueba de cargo que permitió introducir la confesión extrajudicial en el debate contradictorio con todas las garantías mediante testimonios directos en los que sus autores manifestaron haber percibido el reconocimiento de los hechos a que la prueba se contrae.

5. Delitos de contra la eficacia del servicio. Imprudencia punible. “Error facti”.

La **STS 30-1-2014 (Rc 27/13)** desestima los recursos de casación interpuestos por las acusaciones particulares contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central y estima el interpuesto por los condenados, al que se adhirió la Abogacía del Estado, absolviendo a los mismos en segunda sentencia.

En causa seguida ante el Tribunal Militar Central contra el Comandante y otros Oficiales de determinado buque de la Armada dedicado a la práctica de actividades específicas de buceo, necesarias para la obtención de la especialidad en esta materia, dicho Tribunal de instancia dictó sentencia condenando a dos de los acusados, Teniente y Alférez de Navío que sucedió en el mando al anterior, por el delito tipificado en el artículo 160.4 del CPM consistente en “incumplir los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas”.

Dicho órgano “a quo” declaró probado, en síntesis, que en la realización de un ejercicio de buceo por parte de tres miembros de la Armada, el Suboficial que hacía funciones de instructor falleció a raíz y como consecuencia de la toxicidad de los gases que a los tres submarinistas les fueron facilitados desde la superficie para la respiración, sucediendo que de su fabricación y suministro se encargaba un organismo oficial conceptuado como “seguro” por la falta de anteriores fallos o incidentes en la composición y calidad de las mezclas proporcionadas.

La absolución del Comandante del buque que ordenó la rápida descompresión de la torreta de inmersión que ocupaba el Suboficial instructor, causa inmediata de la muerte, se fundó en la inculpabilidad derivada de la no exigibilidad de otra conducta, ante la falta de información por parte de este mando para conocer y evaluar las causas y características del accidente, decidiendo lo que consideró más adecuado en función de las circunstancias.

La sentencia condenó a un Teniente de Navío especialista en buceo anteriormente destinado en el buque y al Alférez que le sucedió en este cometido, por la razón de que años atrás aquél ordenó anular un mecanismo destinado a controlar la correcta composición de los gases que aspiraban los buzos, lo que mantuvo el oficial que luego ocupó su puesto. Tal decisión vino determinada por el hecho relevante de que las mezclas ya no se preparaban en el laboratorio del buque, sino que se adquirían directamente de aquella empresa suministradora especializada y de todo punto fiable. Con la supresión de este medidor se potenciaba otro que se consideró de mayor interés referido al control de la profundidad de la inmersión.

Al tratarse de condena por delito de mera actividad, desconectado de los resultados mortales y lesivos que se ocasionaron a los otros buzos, el fallo no contenía declaración de responsabilidad civil directa o subsidiaria a cargo del Estado.

En la sentencia se acordó la deducción de testimonio respecto de las personas responsables de la empresa suministradora de los gases tóxicos.

Interpuesto recurso de casación por las acusaciones particulares y asimismo por la representación de los Oficiales condenados, al que se adhirió la Abogacía del Estado, el Tribunal Supremo desestima los primeros y estima las pretensiones de los segundos, a quienes se absuelve en segunda sentencia.

Se rechaza la pretensión condenatoria de las acusaciones particulares referida a la responsabilidad de los mandos absueltos, porque de los hechos probados no se deduce que, sobre todo en lo que se refiere al Comandante del buque, este hubiera incurrido en imprudencia punible de carácter profesional (ex artículos 157.4 y 159 párrafo segundo CPM) en el cumplimiento de sus deberes militares causando grave daño o riesgo para el servicio, porque ni siquiera pudo demostrarse que conociera aquella alteración introducida por los condenados en los aparatos de control de los gases suministrados a los buzos; sin posibilidad de alterar el “factum” sentencial basado en su práctica totalidad en pruebas personales. Trayendo a colación la consolidada doctrina de la Sala (con cita de la STS de 20 de diciembre de 2013 y las que en ésta se citan), sobre inviabilidad de revisar en el trance casacional las pruebas de esta clase practicadas en la instancia jurisdiccional; con invocación asimismo de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída al respecto.

En cambio, la Sala estima el motivo basado en “error facti” (artículo 849.2º LECrim) admitiendo la existencia de documentos con virtualidad casacional e informes periciales asimilados a los anteriores, no contradichos por otros elementos probatorios, que autorizan la modificación del relato fáctico probatorio en el sentido de que aquella alteración técnica consistente en la desconexión del medidor del control de inmersiones llevada a cabo por el Teniente del Navío y asumida por el Alférez que le sucedió en la misma responsabilidad fue técnicamente correcta, como se puso de manifiesto tras sucesivas inspecciones del buque sin formularse reparos en cuanto a este extremo.

La estimación del recurso y consiguiente absolución de los dos únicos condenados, no afecta la tramitación y las decisiones que pudieran adoptarse en el procedimiento que se sigue contra los responsables del organismo que suministró las referidas mezclas tóxicas aspiradas por los buzos afectados.

6. Insulto a superior. Injurias constitutivas siempre de delito. Competencia de la jurisdicción militar.

La **STS 03-03-2014 (Rc 80/13)** desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial en la que se condenaba a un Guardia Civil como autor responsable de un delito consumado de insulto a superior en su modalidad de amenazas e injurias en su presencia (artículo 101 CPM). Dos son los motivos del recurso por infracción de

la ley sustantiva y se articulan por indebida aplicación de los artículos 101 y 7 bis del CPM.

En cuanto al primero de ellos, el recurrente, admitiendo la doctrina de la Sala de que el delito del artículo 101 CPM engloba la protección de dos bienes jurídicos, el honor y la disciplina, entiende que es preciso que se acredite el ataque al honor para que después se considere también afectada la disciplina, de manera que el bien jurídico de la disciplina por sí solo no es suficiente para considerar cometido el delito. A juicio del recurrente, la sentencia del Tribunal de instancia no analiza si se ha producido o no un ataque al honor ni si la amenaza cumple los requisitos para conceptuarla como tal, a la vista de las relaciones entre las partes y las circunstancias concretas en que se produjeron los hechos.

Para resolver este motivo, la Sala comienza por recordar los requisitos que han de concurrir para la existencia del delito del artículo 101 CPM: que se haya perpetrado alguna coacción, injuria o amenaza conforme a las figuras típicas del CP; que las mismas sean dirigidas contra un superior jerárquico; que se hayan proferido en su presencia, en escrito a ellos dirigido o con publicidad; y que el dolo exigible es el genérico, consistente en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y en el consentimiento de su producción.

En contra de los argumentos del recurrente, la Sala considera que es indudable que las expresiones recogidas en la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia ("eres un tonto", "un imbécil", "por tu culpa estoy así", "las vas a pagar todas", "sé donde vives y trabaja tu mujer", "si te quisiera rajar ya lo habría hecho porque sé donde vives") son objetivamente afrentosas, por lo que no cabe entender infringida la aplicación del artículo 101 CPM. Por otra parte, la Sala recuerda que *"en el ordenamiento punitivo militar no existe ninguna infracción disciplinaria que consista en injuriar o amenazar en su presencia al superior, lo que claramente pone de relieve que no es posible que tales conductas pierdan, en ningún caso, su condición de delito. La conducta de un militar que amenaza, injuria o coacciona a un superior, en su presencia, por escrito o con publicidad, siempre es constitutiva de delito porque así lo exige forzosamente el núcleo del valor de la disciplina en el seno de la Institución Militar"* (FJ 2º).

En cuanto al segundo motivo, el recurrente cuestiona la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los hechos, con fundamento en parte de la doctrina plasmada en los votos particulares de varios Magistrados de la Sala Quinta en las Sentencias de 20 de abril y 8 de mayo de 2009. La Sala, sin embargo, tras afirmar que los votos particulares no constituyen doctrina jurisprudencial, señala que el problema suscitado ha sido resuelto de manera reiterada tanto por la propia Sala (por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012) como por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS (por todas, en sentencia de 30 de mayo de 2012) mediante la atribución de la competencia a favor de la jurisdicción militar cuando los hechos enjuiciados cometidos por un integrante del Instituto Armado de la Guardia Civil no acontecen durante la realización de un acto propio del servicio "policial" que le viene atribuido por la normativa reguladora del Instituto Armado (desempeño de las funciones para el

cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana), sino que se producen en el ámbito de las relaciones "ad intra" propias del régimen castrense específico del Instituto, al no verse afectado el desempeño de ningún cometido policial sino la disciplina, valor que es *"esencial en la estructura de la organización militar del mismo y a la que, junto a la jerarquía y la subordinación, el artículo 16 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sujeta la actuación profesional de estos"* (como afirma la Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2011)" (FJ 3º).

7. Delito de desobediencia. Elementos del tipo: gravedad del incumplimiento. Falta de justificación de la orden y ausencia de relación con el servicio.

La **STS 29-4-2014 (Rc 77/13)**, de Pleno, con voto particular de tres Magistrados, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial por la que se condenaba a un Cabo como autor de un delito de desobediencia. El Cabo había sido designado para realizar en las dependencias del botiquín de su Unidad las pruebas de detección para el consumo de sustancias psicotrópicas, en el marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas, y se negó a realizarlas argumentando que no había pasado suficiente tiempo para haber eliminado de su cuerpo la sustancia que dio positivo en los últimos análisis, de forma que si daba positivo otra vez se le incoaría un expediente gubernativo que podría llevar aparejada la expulsión de las Fuerzas Armadas, lo que hizo constar por escrito en el documento de negativa a someterse a la realización de la prueba.

El recurrente, denunciando la indebida aplicación del artículo 102 del CPM, considera que no hubo incumplimiento de ninguna orden, dado que la misma no era directa, sino dirigida a un grupo de militares, y que el incumplimiento carece de la gravedad necesaria para que la conducta se tipifique como delito, por lo que habría de haberse sancionado disciplinariamente.

La Sala entiende, siguiendo su propia doctrina al respecto, que la comunicación por escrito dirigida por el Teniente Coronel Jefe de la BIEM V de la UME al Cabo en la que se le comunica que ha de personarse en el botiquín a la realización del análisis de orina para la detección de consumo de drogas de abuso y, entre otras circunstancias, se le hace saber que, en caso de negarse a someterse a la prueba, habrá de cumplimentar un modelo de negativa y se dará parte "por si se apreciase delito en la negativa a cumplir esta orden", ha de ser calificada como una orden, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del CPM, al cumplir todos sus requisitos: *"es un mandato relativo al servicio que un superior da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un subordinado para que lleve a cabo una actuación concreta"* (FJ 4º). Recordando lo señalado en la propia sentencia de la Sala de 18 de noviembre de 2013, en un supuesto sustancialmente igual, se indica que la orden fue emitida por un superior, tanto por su empleo jerárquicamente más elevado, como por el cargo o función que desempeñaba,

contenía un mandato concreto, taxativo, personalísimo y directo, aparecía formulada en forma adecuada –por escrito- y fue notificada personalmente a su destinatario.

En cuanto a la tipificación de la conducta como infracción delictiva o disciplinaria, la Sala pone de manifiesto la doctrina asentada al respecto, conforme a la cual, aunque no existen criterios objetivos predeterminados de carácter general que permitan trazar con precisión una línea diferenciadora entre una y otra infracción, el núcleo esencial del tipo penal radica en la gravedad de la conducta desobediente, concepto relativamente indeterminado cuya apreciación está confiada al criterio razonable y motivado del Tribunal de instancia, que ha de ponderar los factores concurrentes, tales como el origen y la naturaleza de la orden, las consecuencias del incumplimiento, la reiteración de la negativa, la intencionalidad del obligado, la repercusión sobre el servicio y, sobre todo, la afectación del bien jurídico protegido que, inmediatamente, es la subordinación debida y, definitivamente, el valor disciplina.

Y, en el supuesto enjuiciado, se entiende adecuada la apreciación de la gravedad del incumplimiento que realiza el Tribunal de instancia como consecuencia de la clara intencionalidad del sujeto, que decide no someterse al preceptivo control, precisamente, porque existía la posibilidad de que su analítica diera un tercer positivo en el plazo de dos años, con la consiguiente apertura de un expediente gubernativo que podía llevar aparejada la expulsión de las Fuerzas Armadas, lo que indica una actuación clara y evidentemente obstruccionista hacia el interés de la Administración en verificar las condiciones de salud necesarias para permanecer en las Fuerzas Armadas.

Por su parte, la **STS 14-4-2014 (Rc 7/14)** estima el recurso de casación interpuesto por un Soldado condenado por un Tribunal Militar Territorial como autor de un delito de desobediencia al entender que la orden para iniciar el cumplimiento de un arresto preventivo no estaba justificada ni tenía relación con el servicio.

El Soldado, que se encontraba de baja por razones médicas, se presentó en su destino para renovar su baja médica y, tras pasar consulta en los servicios sanitarios, se le indicó que esperase para realizar una entrevista con su Capitán; como al final de la mañana el Capitán no lo había recibido, abandonó el Acuartelamiento y se marchó a su domicilio; cuando se dirigía hacia él, se le llamó telefónicamente para indicarle que el Capitán lo estaba esperando y, al responder que ya estaba llegando a su domicilio, se le ordenó que se presentase al día siguiente para entrevistarse con su Capitán; al día siguiente se presentó en su destino y, como a media mañana el Capitán no lo había recibido, abandonó el Acuartelamiento sin realizar la entrevista. Veinte días después, el Soldado se volvió a presentar en su destino para control y seguimiento de su baja y el Capitán le comunicó que lo iba a sancionar disciplinariamente por los hechos ocurridos días atrás, ordenándole que se presentase al Cabo 1º de Guardia para iniciar el cumplimiento del arresto preventivo de 48 horas que le imponía inmediatamente, orden que fue incumplida por el Soldado, que abandonó la Unidad.

Para la estimación del recurso, la Sala comienza por señalar los requisitos indispensables para que, conforme a lo dispuesto en los artículos 102 y 19 del CPM, un mandato tenga la condición de orden: *“que sea legítimo, en el sentido de que esté justificado; que tenga relación con el servicio que le corresponda al inferior; que el superior que lo emite tenga atribuciones para ello; y que lo emita en forma adecuada”* (FJ 4º). Y, a continuación, entiende que la decisión del Capitán de arrestar preventivamente al Soldado no constituyó una orden, por dos razones: (1) porque la finalidad del arresto preventivo es el restablecimiento inmediato de la disciplina ante un acto del inferior inequívocamente contrario a la misma, de forma que la ley faculta al superior a restablecerla arrestándolo inmediatamente (artículo 26 de la LO 8/1998, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), lo que exige que entre el acto infractor de la disciplina y el arresto es necesario que exista una relación causal e inmediata, inmediatez que no tuvo lugar cuando el mandato del superior se dio veintiún días después de la supuesta infracción de la disciplina, de forma que la actuación del superior careció de finalidad preventiva, teniendo otra sancionadora sin contar con el procedimiento exigido por la ley; (2) además, el mandato del superior no tenía relación con el servicio que correspondía al recurrente, ni con el que tuviera asignado ni con el que pudiera serle asignado, ya que estaba dado de baja por enfermedad, por lo que no podía realizar ninguna actividad profesional (apartado 3º, punto 6 de la Instrucción núm. 69/2001, de 31 de julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas sobre el control de las bajas temporales).

8. Abuso de autoridad con trato degradante. Tipo penal: doctrina de la Sala. Indefensión.

La **STS 8-4-2014 (Rc 6/14)** desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de un Tribunal Militar Territorial por la que se condenaba a un Brigada del Ejército de Tierra como autor responsable de dos delitos de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a un inferior (artículo 106 CPM). Conforme al extenso relato de hechos probados del Tribunal de instancia, sintéticamente, el Brigada condenado, aprovechando el desarrollo de unos cursos de formación en materia informática de los que fue designado como profesor, cursos cuya superación el alumnado consideraba imprescindible para renovar su compromiso profesional con las Fuerzas Armadas, realizó diversos tocamientos e insinuaciones a dos integrantes del personal de tropa femenino que los recibía cuando las alumnas se encontraban a solas con él en el aula realizando clases de refuerzo o exámenes, actos realizados prevaliéndose de su condición de mando y de la superioridad que hacía ver a sus víctimas en cuanto a la dependencia que de él tenían para superar los exámenes.

En cuanto al esencial motivo de casación por infracción de ley penal sustantiva, el recurrente discrepa de la subsunción jurídica de los hechos en el tipo penal del abuso de autoridad con trato degradante del artículo 106 del CPM. Para desestimar el motivo, la Sala trae a colación el necesario carácter vinculante del relato probatorio establecido en la instancia una vez descartada la afectación del derecho a la presunción de inocencia y al no haberse hecho uso de la posibilidad de modificar el factum de la sentencia a través de la vía

del error de hecho. Y añade que, a partir del inmodificable relato de hechos, *“resulta que el acusado se prevaleció de su condición de superior jerárquico en la relación castrense, para imponer a las dos Soldados que de él dependían la indeseada aceptación de sus planes de inequívoca connotación sexual, como queda de manifiesto a partir de los tocamientos físicos y proposiciones dirigidas a las ofendidas”* (FJ 2º). Y añade que tales hechos se encuentran adecuadamente subsumidos en el tipo penal previsto en el artículo 106 del CPM conforme a la consolidada jurisprudencia de la Sala, según la cual *“esta clase de conductas encajan sin esfuerzo en la dicha modalidad de abuso de autoridad con trato degradante para las víctimas, en que se protegen como bienes jurídicos tanto la dignidad personal, como la libertad sexual de estas y la disciplina, en cuanto elemento esencial de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas. Sin que su comisión requiera dentro del tipo subjetivo más que el dolo genérico de saber lo que se hace (elemento intelectual del dolo) y querer hacer lo que conocidamente está prohibido (elemento volitivo); sin adicionales elementos subjetivos que el tipo penal no requiere (nuestras Sentencias recientes 10.07.2006; 17.07.2006; 05.12.2007; 03.11.2008; 21.10.2009; 23.09.2011 y 28.05.2013, entre otras)”* (FJ 2º).

Por otra parte, la Sala advierte que la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado fue acordada de oficio a pesar de tratarse de materia sometida al principio de rogación. Además, señala que no consta intervención procesal de la representación del Estado ni su llamamiento para personarse en la causa, por lo que la decisión se adoptó "inaudita parte" sin que el condenado al pago tuviera oportunidad de alegar sobre la concurrencia de los presupuestos de dicha responsabilidad. En consecuencia, la Sala acuerda anular el pronunciamiento relativo a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado para garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa.

9. Delito contra la hacienda en el ámbito militar. Inferencia indiciaria. Concurso de normas: “non bis in idem”.

La **STS 5-5-2014 (Rc 71/13)** desestima los recursos de casación interpuestos por el condenado y por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia de un Tribunal Militar Territorial por la que se condenaba a un Capitán del Ejército de Tierra como autor responsable de un delito contra la hacienda en el ámbito militar previsto y penado en el artículo 191 del CPM y se le absuelve del delito de fraude contra la Administración Pública previsto y penado en el artículo 436 del CP de que venía acusado en concurso medial con el primero, absolviendo al resto de procesados de los delitos que se les imputaban por el Ministerio Fiscal. Conforme al relato de hechos probados del Tribunal de instancia, sintéticamente, el Capitán condenado concertó con el representante de la empresa con la que se realizaba toda la contratación menor del Acuartelamiento que la retirada y transporte de los residuos peligrosos, para cuya gestión se había concedido un crédito de 2.160 euros, no se iba a realizar, sino que iban a simular su gestión, prescindiendo del procedimiento establecido para el tratamiento de los residuos, que requiere su recogida y traslado a los puntos establecidos por las empresas gestoras autorizadas, pasando, por el contrario, a ser enterrados en el interior del Acuartelamiento,

con el consiguiente beneficio para ambos del importe del crédito asignado, plan que llegó a ejecutarse, emitiéndose por la empresa la correspondiente factura en concepto de “residuos peligrosos” por el mismo importe de 2.160 euros.

Da respuesta la Sala a los diversos motivos de recurso del condenado poniendo de manifiesto que la sentencia de instancia, partiendo de indicios aportados por diferentes testigos y deducidos de prueba documental, realiza un análisis lógico de los mismos e infiere una secuencia de hechos creíble e indubitada. Se analiza cada uno de los indicios y su prueba: la decisión del condenado de seleccionar a la empresa afectada; la orden dada por el Capitán de que se abrieran dos zanjas para enterrar en ellas tubos de brea y otros residuos tóxicos, lo que se acreditó que tuvo lugar; el hallazgo por la Policía Judicial de los residuos tóxicos en las zanjas; la presentación por el representante de la empresa de una factura por el mismo importe del crédito concedido al Acuartelamiento; la entrega de esa factura por el recurrente para su tramitación y liquidación; y la entrega por el recurrente de un certificado de obra que no se correspondía con el servicio contratado de residuos peligrosos. Y señala la Sala que la inferencia del Tribunal de instancia es sólida, los indicios, firmemente basados cada uno en un medio probatorio fiable, apuntan todos en una misma dirección, de forma que junto a ella no cabe deducir otra de significación contraria o incompatible que le reste consistencia, sin que quepa admitir una inferencia alternativa cuando el Capitán condenado ni siquiera la ha ofrecido. Por ello, se entiende adecuadamente aplicado el artículo 191 del CPM, dado que de la inferencia deducida razonablemente de los indicios acreditados resulta procedente entender que el recurrente actuó con conocimiento de lo que hacía y con voluntad de hacerlo, por lo que entiende que también se cumple el requisito del dolo.

En cuanto al recurso articulado por el Ministerio Fiscal, que considera que además del artículo 191 del CPM debió condenarse por el delito de fraude contra la Administración Pública previsto y penado en el artículo 436 del CP, la Sala entiende, compartiendo el criterio del Tribunal sentenciador, que no se está ante un concurso de delitos, sino ante un concurso de normas, dado que el supuesto de hecho puede ser calificado por cualquiera de ellas, pues todas abarcan el contenido del injusto y de la culpabilidad y solo una puede ser aplicable para no vulnerar el principio de non bis in idem. Así, considera que la norma del artículo 436 del CP absorbe todo el supuesto de hecho, pues establece que comete delito de fraude *«La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública..., se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público... »*. Además, estima que el artículo 191 del CPM también absorbe la totalidad del comportamiento del Capitán condenado, ya que, aunque *“es cierto que la expresión «se procurase intereses» utilizada por el legislador al describir el delito contra la hacienda en el ámbito militar no exige que esos intereses sean económicos, ni, si lo son, que perjudiquen a la Administración militar, también lo es que no los excluye, de suerte que si un militar, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses económicos en perjuicio de la Administración militar, su comportamiento estaría comprendido por entero en el artículo 191 del Código Penal Militar”* (FJ 7º). En consecuencia, se desestima el recurso,

dado que la aplicación del artículo 436 del CP supondría castigar dos veces al Capitán condenado por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Derecho al Juez imparcial. Segunda sentencia tras la anulación de la primera.

La **STS 4-6-2013 (Rc 28/13)** aborda el problema relativo al derecho al Juez imparcial cuando precedió una declaración de nulidad acordada por el Tribunal superior y el Tribunal de instancia vuelve a sentenciar con la misma composición que tuvo al resolver la primera vez.

Como antecedente del supuesto enjuiciado, el TS había anulado las actuaciones practicadas ante el Tribunal Militar Central y había acordado la retroacción de las mismas para que se incoara pieza separada para sustanciar el incidente de recusación promovido en su día frente a los Vocales insaculados para integrar el Tribunal sentenciador. Tramitado el incidente de recusación, fue desestimado. Posteriormente, una vez comunicada la composición del Tribunal, el recurrente planteó nueva recusación, dirigida en este caso contra el Presidente y el Vocal Militar, invocando la causa prevista en el artículo 53.11 de la LPM, en la medida en que ambos ya habían formado parte del Tribunal que había dictado la primera sentencia anulada por el TS. Esta segunda recusación resultó también desestimada.

El motivo casacional se basa en la vulneración del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho al Juez imparcial, alegando que los componentes de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central ya dictaron la primera sentencia que fue objeto de anulación, con lo que habían estado previamente en contacto con el objeto del procedimiento, formando, así, criterio anticipado sobre el fondo del asunto, como se pone de manifiesto por el hecho constatable de que la nueva sentencia es en todo coincidente con la anterior.

La Sala señala que la imparcialidad constituye un verdadero presupuesto del ejercicio de la función judicial, de forma que goza de presunción “iuris tantum”, por lo que quien sostenga lo contrario ha de demostrarlo con elementos o datos objetivos legalmente fundados, lo que exige el examen caso por caso, el necesario análisis casuístico, para verificar que en el caso concreto se ve afectado el derecho fundamental por concurrir circunstancias que permitan albergar dudas racionales y fundadas de parcialidad.

En concreto, la Sala entiende que el motivo casacional se apoya en formulaciones genéricas que supondrían que, en todo caso, la anulación de una sentencia por cualquier causa con retroacción de las actuaciones habría de llevar aparejada la distinta composición del nuevo Tribunal sentenciador sin detenerse a examinar las razones determinantes de la anulación, lo que no

está amparado por la jurisprudencia del TEDH (STEDH de 12-2-2013, “caso Cesare Previtti c. Italia”).

Así, analizadas las causas de la anulación, la Sala entiende que no se ve afectada la imparcialidad de los miembros del Tribunal, dado que la nulidad en su día acordada por el TS lo fue para que se tramitara el incidente de recusación promovido, al objeto de depurar la posible falta de imparcialidad del primer Tribunal sentenciador, por lo que, desestimadas las recusaciones, se confirmó la correcta disposición del mismo, de forma que el Tribunal, que era imparcial desde el principio, cuando hubo de sentenciar de nuevo sin otros datos o elementos de enjuiciamiento, hizo lo que razonablemente cabía esperar de su nueva composición, esto es, dictar la misma sentencia consecutiva al único enjuiciamiento realmente producido.

2. Falta grave de emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen. Tipicidad.

La **STS 18-6-2013 (Rc 17/13)** estima el recurso de casación interpuesto por un Teniente de la Guardia Civil contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar promovido por aquél al entender que en las resoluciones por las que se le sancionó por la comisión de una falta grave del artículo 8.9 de la LORDGC se vulneraron los principios de legalidad y tipicidad.

De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se deduce que el recurrente, a fin de desplazarse a Madrid para asistir a un seminario de actualización de conocimientos, solicitó autorización para el uso de su vehículo particular, petición que le fue concedida por el Coronel Jefe de su Comandancia, y, al mismo tiempo, solicitó autorización de viaje por ferrocarril, siéndole otorgada y expidiéndose a su favor dos billetes de ferrocarril de ida y vuelta; con posterioridad a la celebración del seminario, el recurrente solicitó el reembolso de los gastos ocasionados con motivo del uso de su vehículo particular para dicho desplazamiento que, sin embargo, no le fueron abonados al advertirse que el desplazamiento se había efectuado por ferrocarril.

La Sala, siguiendo la misma doctrina ya fijada en dos sentencias anteriores de 5 y 12 de marzo de 2013, estima el recurso al considerar que los hechos probados no son constitutivos de la falta por la que la Administración sancionó al recurrente (emisión de “informes o partes de servicio” que no se ajusten a la realidad o que la desvirtúen). Señala que se incurre en una *“infracción de ordinaria legalidad cuando en la aplicación del precepto se elige uno que no se corresponde con la descripción fáctica de la conducta que se considera reprochable, sin que tampoco se dé el caso de la homogeneidad”*(FJ 4º). Y añade que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho en la elección de la norma aplicable, ya que realiza una interpretación extensiva al considerar como “informes de servicio” o como “partes de servicio” lo que no son sino meras solicitudes de autorización, la primera para utilizar el vehículo propio en un desplazamiento para desempeñar una comisión de servicio y la segunda para realizar el mismo viaje por ferrocarril.

3. Expediente caducado y expediente nuevo. Limitación de la incorporación de actuaciones realizadas en el expediente caducado al expediente nuevo.

La **STS 28-6-2013 (Rc 37/13)** estima el recurso de casación interpuesto por un Cabo 1º de la Guardia Civil contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto en solicitud de anulación de las resoluciones por las que se le había sancionado como autor de una falta disciplinaria grave.

La Sala estima el recurso al entender que se había producido una extralimitación en la incorporación de las actuaciones practicadas en un previo expediente disciplinario (caducado por haber transcurrido el plazo de tramitación de seis meses) al nuevo expediente abierto tras la caducidad. Señala la Sala que mientras la infracción no haya prescrito, la Administración puede incoar otro expediente, incluso varios sucesivos, pues la ley no lo prohíbe, pero, siguiendo su doctrina inequívoca al respecto (reflejada en las sentencias de 20 de diciembre de 2010 y de 8 de marzo de 2011, que hicieron suyo el criterio de la Sala Tercera en las sentencias de 24 de febrero de 2004 y de 5 de octubre de 2010), afirma que se trata de un expediente nuevo, con su propio plazo de tramitación, no una prórroga del anterior ni una reproducción del caducado. Así, nada cabe objetar a la incorporación del parte disciplinario. Es más, así debe ser, al estar permitida la incoación de otro expediente por los mismos hechos. También se considera válida la incorporación de actuaciones producidas antes de la incoación del expediente caducado aunque obren en este. Pero lo que es improcedente es incorporar al nuevo las pruebas practicadas en el caducado, pues han de ser practicadas de nuevo con todas las garantías en el nuevo procedimiento durante su tramitación.

4. Falta grave del artículo 8.37 de la LORDGC. Norma disciplinaria “en blanco”. Tipicidad. Ausencia de infracción del derecho a la intimidad.

La **STS 15-10-2013 (Rc 92/13)** estima el recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil contra la sentencia del Tribunal Militar Central que había desestimado el recurso contencioso disciplinario militar promovido por aquél contra las resoluciones por las que se le había sancionado como autor de una falta grave del artículo 8.37 de la LORDGC.

Los hechos de los que dimana el recurso consisten en la grabación que el recurrente había realizado con su teléfono móvil, sin conocimiento del ciudadano afectado, de la conversación mantenida con él durante el curso de del incidente derivado de su disconformidad con la denuncia que se le había impuesto, grabación realizada como mecanismo de defensa al tratarse de un usuario ya denunciado anteriormente.

A pesar del reproche que pudiera merecer la conducta observada por el recurrente (al menos como constitutiva de un comportamiento incorrecto en el ejercicio de sus funciones en relación con las normas sobre obtención y tratamiento de imágenes y sonidos en espacios públicos), siendo inadmisibles la

modificación de la tipificación de la conducta por la vulneración que supondría del derecho de defensa (FJ 4º), la Sala estima el recurso basándose en la ausencia de tipicidad de la acción del Guardia Civil recurrente en los términos en que había resultado sancionado.

La sanción impuesta se basó en la comisión de la falta grave contemplada en el artículo 8.37 de la LORDGC consistente en “la infracción de cualquier otro deber u obligación legal, reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta”. Al tratarse de una norma disciplinaria “en blanco” la calificación del tipo disciplinario exige una remisión a la norma que establezca la obligación que se considere infringida. Tanto las resoluciones sancionadoras como la sentencia de instancia que desestimó el recurso contencioso disciplinario militar consideraron vulnerado por el Guardia Civil sancionado el artículo 7.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al entender infringido el derecho a la intimidad del denunciado cuya conversación se grabó sin su conocimiento.

La Sala considera que es errónea la elección de la norma de reenvío para completar el tipo disciplinario. Así, entiende que: (1) para que una conducta pueda tener la consideración de intromisión ilegítima en la vida personal y familiar debe acudir a la vía civil o penal, por así disponerlo el artículo 1 de la LO 1/1982; y (2) aunque pudiera corresponder a la autoridad sancionadora la competencia para apreciar la existencia de una intromisión ilegítima, en el supuesto enjuiciado no tuvo lugar tal intromisión, dado que la grabación no se produjo para el conocimiento de la vida íntima del ciudadano que estaba siendo denunciado ni para conocer manifestaciones no destinadas a quien hace uso de la grabación (como exige el artículo 7.2 de la LO 1/1982), sino que se efectuó durante una relación del servicio, sin referirse a datos que afecten a la intimidad del grabado, sino con la finalidad de servir de mecanismo de defensa ante los superiores por tratarse de un usuario que ya había sido denunciado anteriormente.

5. Falta muy grave de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad. Vulneración del derecho de defensa. Indemnización por gastos de Letrado.

La **STS 18-11-2013 (RC 134/11)** estima el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto por un Soldado del Ejército de Tierra contra la resolución de la Excm. Sra. Ministra de Defensa por la que se desestimaba el recurso de reposición frente a su anterior resolución por la que se imponía al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio por haber incurrido en la causa prevista en el número 3 del artículo 17 de la LORDFA, consistente en “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad”.

La estimación del recurso se basa en la acreditación en la fase probatoria del mismo de la falta de notificación del primero de los positivos que fueron imputados al recurrente. Conforme al resultado de la prueba pericial caligráfica realizada por el Departamento de Grafística del Servicio de

Criminalística de la Guardia Civil, la firma obrante bajo la inscripción “Recibí” del documento de notificación del primero de los positivos de consumo de cannabis imputados no se corresponde con la firma auténtica del recurrente. En consecuencia, la Sala considera que no solo no consta la notificación del resultado del positivo de una de las muestras de orina que fueron tomadas al recurrente, sino que no consta la información de su derecho a solicitar un contraanálisis, lo que constituye, como tiene declarado la doctrina de la propia Sala, el medio científico establecido para verificar aquellos resultados, que son iniciales, y valorarlos como definitivos.

Ello determina que tal positivo no pueda ser tenido en consideración, al haberse perjudicado al recurrente el ejercicio de su derecho de defensa, por lo que, excluido uno de los tres episodios de consumo imputados, se enerva la nota de habitualidad necesaria para la concurrencia de los elementos del tipo disciplinario aplicado (pues, conforme al apartado 3 del artículo 17 de la LORDFA, para su integración se exige la constancia de, al menos, tres episodios de consumo de drogas en un periodo no superior a dos años).

Por otra parte, la Sala, con voto particular de uno de sus Magistrados, desestima la pretensión indemnizatoria del recurrente por daños personales, morales y profesionales. En primer lugar, señala al respecto que la simple estimación de un recurso no es suficiente para la concesión de una indemnización (como se desprende de los artículos 40.2 de la LRJAE y 293.3 LOPJ), por lo que los daños cuya reparación se interesa han de ser identificados y acreditados. Y, a continuación, afirma que como solo se han concretado los daños procedentes de los gastos del asesoramiento jurídico necesario para sustanciar el expediente disciplinario, interponer el recurso y formalizar la demanda, gastos que son incluibles en la condena en costas cuando esta es procedente, siendo gratuito el procedimiento contencioso disciplinario militar (conforme se desprende del artículo 454 LPM), no cabe la condena en costas, de donde se deduce la desestimación de la pretensión.

6. Falta leve de desconsideración o incorrección con los ciudadanos en el ejercicio de las funciones, con ocasión de aquéllas o vistiendo de uniforme. Tipicidad.

La **STS 12-12-2013 (Rc 84/13)** desestima el recurso de casación interpuesto por un Capitán de la Guardia Civil contra la sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial en la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto frente a la resolución por la que se había confirmado en alzada la sanción previamente impuesta como autor de una falta leve del artículo 9.1 de la LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Los hechos de los que dimana el recurso consisten en la introducción, reconocida por el recurrente, del término “fanático” en el apartado de observaciones del perfil policial del expediente policial de una Diputada. El recurrente cuestiona la tipicidad de la conducta.

La Sala señala que la acción típica del artículo 9.1º de la LO 12/2007 consiste en *“una actuación que, por las formas o por su contenido, supone un menoscabo en la consideración, honor, buen nombre o prestigio del sujeto pasivo, siempre que se realice por el sujeto activo en el ejercicio de sus funciones, con ocasión de aquéllas o vistiendo de uniforme”* (FJ 2º). Y, partiendo de estos caracteres de la acción típica, entiende que la conducta del recurrente encuadra adecuadamente en el tipo ya que: (1) el término “fanático” es peyorativo o despectivo hacia la persona informada y, por lo tanto, de él resulta una desconsideración hacia la misma; (2) el hecho de que se trate de uno de los calificativos que la aplicación informática ofrece cuando se graban los datos no permite atribuírselo sin más a cualquier ciudadano cuando no existe justificación para ello, pues los agentes han de introducir datos que se correspondan con la realidad, no con una valoración puramente arbitraria; (3) la arbitrariedad de la inclusión se deriva de que la primera casilla del perfil policial en cuyo apartado de observaciones se grabó el calificativo de “fanático” relativa a la “conceptuación criminal” aparece en blanco, dado que los datos se introdujeron tras la mera comisión de una infracción administrativa, por lo que carece de sentido haber incluido observaciones a una conceptuación criminal que no concurría; (4) no siempre se da limitación del conocimiento de los datos introducidos en el sistema informático al ámbito interno y reservado de la Guardia Civil como se invoca en el recurso, además de que, en cualquier caso, no se excluye la desconsideración hacia la persona afectada en el ámbito restringido del Cuerpo; y (5) aunque corresponda a los miembros de las Fuerzas y Seguridad del Estado la calificación del perfil policial de las personas objeto de actuación conforme mejor entiendan bajo el principio de inmediación, eso no les autoriza a hacer un uso indebido de su función, abusando de la misma para descalificar a los ciudadanos de forma injustificada e injustificable.

7. Falta grave de hacer manifestaciones contrarias a la disciplina. Requisitos del tipo y derecho a la libertad de expresión.

La **STS 21-1-2014 (Rc 80/13)** estima el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto por un Guardia Civil, portavoz de una asociación profesional, contra las resoluciones sancionadoras que le fueron impuestas por el Excmo. Sr. Director General de la Policía y de la Guardia Civil y la Excmo. Sra. Ministra de Defensa, que revocó parcialmente la sanción inicialmente impuesta, abordando la falta de tipicidad de la conducta sancionada en relación con el derecho a la libertad de expresión.

Los hechos por los que resultó sancionado disciplinariamente el recurrente consistieron en que, en el marco del tratamiento de lo que en los medios de comunicación social vino a denominarse “huelga de bolis caídos” en el ámbito de la Guardia Civil, durante la emisión de un informativo de determinada cadena de televisión, el expedientado realizó en dos cortes sucesivos las siguientes declaraciones: a) “No sé, podemos llegar a un 95'98% de Guardias Civiles que están dejando de sancionar las infracciones menos leves, hemos reducido los números que estamos manejando en número de sanciones a un 82%”. b) “No es normal que tengamos motos de tres millones de pesetas, de las antiguas pesetas, paradas en los garajes porque no hay dinero para moverlas ¿para qué se compraron? Todoterrenos de diez millones

de pesetas que no se pueden mover porque no hay dinero. Eso no es normal". En el informativo el expedientado fue presentado como portavoz de una asociación profesional de la Guardia Civil.

La Sala pone de manifiesto la doctrina del TC sobre el alcance y límites del derecho a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (STC 272/2006, de 25 de septiembre), conforme a la cual, se encuentran sometidos a límites más estrictos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, de suerte que no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares, justificado por las exigencias de la específica configuración de las Fuerzas Armadas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. En cuanto a las manifestaciones públicas realizadas por los representantes de las asociaciones profesionales, pone el acento en la posible falta de la necesaria medida en la crítica formulada, más que en la crítica misma.

En consecuencia, la Sala procede a analizar si las manifestaciones efectuadas por el recurrente, como representante de una asociación profesional, se realizaron con la medida necesaria para no incurrir en vulneración del respeto a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la propia Institución. Para realizar esa ponderación, señala que se ha de atender, no solo al estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil y a los límites que para el ejercicio de determinados derechos fundamentales derivan de la condición militar, sino también a la relevancia pública del asunto y al contexto en que se produjeron las manifestaciones.

Al realizar esta valoración, la Sala entiende que las manifestaciones realizadas no permiten sostener que causaran un quebranto para la disciplina, al ser inocuas para tal fin porque: (1) ni se utilizaron términos irrespetuosos, ofensivos o desconsiderados hacia mandos o autoridades del Estado, ni se expuso nada que no fuera ya de público conocimiento; y (2) porque tampoco la manifestación recogida en el subapartado b) de los hechos imputados al recurrente supone una desmesura al señalar que no es normal tener "motos" de tres millones de pesetas, de las antiguas pesetas, paradas en los garaje porque no hay dinero para moverlas y preguntarse: "¿para qué se compraron? Todoterrenos de diez millones de pesetas que no se pueden mover porque no hay dinero", porque, en palabras del TC, "es la falta de la necesaria medida en la crítica formulada por el recurrente a la actuación de los mandos de la Guardia civil, y no la crítica misma, lo que justifica la sanción impuesta".

8. Recurso preferente y sumario. Objeto.

La **STS 11-3-2014 (Rc 126/13)** aborda el problema relativo a la posibilidad de introducir cuestiones de legalidad ordinaria en el recurso

contencioso disciplinario militar preferente y sumario previsto para impugnar actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de derechos fundamentales de la persona. Se hace mención en su FJ 3º a cómo a raíz de la doctrina establecida por la STC 202/2002, de 28 de octubre, la Sala vino sosteniendo, en aras de la virtualidad sin indefensión del derecho a la tutela judicial efectiva para la adecuada defensa de los derechos e intereses legítimos de los recurrentes sancionados por falta leve, la posible alegación dentro del referido procedimiento preferente y sumario de cuestiones de legalidad ordinaria, estuvieran o no vinculadas al denominado bloque constitucional.

Sin embargo, añada que, tras la STC 177/2011, de 8 de noviembre (de Pleno), que decidió la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada de oficio por el Alto Tribunal, en cuya virtud se declararon inconstitucionales y nulos el artículo 453.2 de la LPM, en cuando al inciso “por falta grave”, y el artículo 468 b) de la misma norma procesal, frente a las resoluciones sancionadoras por falta leve cabe ya también interponer recurso contencioso disciplinario ordinario (como está previsto para el ámbito disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil), por lo que el ámbito del recurso preferente y sumario ha de quedar solo reservado para el conocimiento de las cuestiones relativas al ejercicio de los derechos fundamentales, sin que quepa invocar en el mismo cuestiones de legalidad ordinaria.

9. Escuchas telefónicas. Descubrimiento ocasional de la posible comisión de una falta disciplinaria.

La **STS 24-4-2014 (Rc 7/14)** aborda la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar en el expediente disciplinario los datos obtenidos ocasionalmente como consecuencia de las escuchas telefónicas acordadas para la investigación de un delito.

En el curso de las Diligencias Previas seguidas en un Juzgado de Instrucción se acordaron diferentes intervenciones telefónicas, entre ellas, la del teléfono del recurrente, de cuyas conversaciones se puso de manifiesto la posible realización por su parte de actividades que vulneraban las normas sobre incompatibilidades. Cuando las actuaciones penales fueron sobreesididas, se acordó librar oficio a la Comandancia de la Guardia Civil a los efectos de poder hacer uso de lo averiguado en las intervenciones telefónicas por su posible relevancia disciplinaria.

Aunque la Sala desestima el recurso de casación interpuesto al entender que hay suficiencia de medios probatorios ajenos al descubrimiento ocasional, entiende que los datos referidos a una posible falta disciplinaria obtenidos en una intervención telefónica no pueden ser utilizados como prueba de la comisión de la falta. Afirma que no se trata, como indicaba en su sentencia el Tribunal de instancia, de si la intervención telefónica fue acordada con respeto al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino de si el descubrimiento casual durante la escucha puede ser utilizado en el expediente disciplinario. Así, pone de manifiesto que, aun cuando se presume que la orden de intervención telefónica es ajustada a Derecho, lo cierto es que este medio de obtención de prueba, que encuentra su acomodo en el artículo 579 de la

LECrim, es tolerado por la jurisprudencia del TS y del TC, pero con sometimiento a férreos límites tanto formales como materiales que hacen inviable su uso para la corrección de las infracciones de carácter administrativo.

Recuerda que en el ámbito del proceso penal, cuando en el curso de una intervención telefónica se descubren ocasionalmente datos referentes a un delito diferente del investigado, la policía debe comunicarlo al Juez instructor, que, valorando la entidad del nuevo delito (para lo que ha de tratarse de un delito de importante gravedad, en atención a la pena imponible y al reproche social que ese delito nuevo merezca), adoptará la decisión correspondiente. Y si, como resulta de lo expuesto, los delitos de menor gravedad no justifican la adopción de una intervención telefónica, con mayor razón no pueden justificarla los datos relativos a una falta disciplinaria.

10. Falta muy grave de ausentarse del servicio cuando por su naturaleza y circunstancias sea de especial relevancia. Tipicidad. Proporcionalidad.

La **STS 7-5-2014 (Rc 28/14)** aborda los elementos del tipo de la falta muy grave contemplada en el artículo 7.12 de la LORDGC (ausentarse del servicio cuando por su naturaleza y circunstancias sea de especial relevancia) en un supuesto de abandono del servicio de protección de un Diputado en el País Vasco.

El recurrente entiende que no se dan los elementos del tipo sancionador al entender que no se prestaba un servicio de especial relevancia. La Sala señala que, efectivamente, para poder incardinar el supuesto de hecho dentro del tipo es necesario que la naturaleza o las circunstancias del servicio sean de especial relevancia. Se exige, así, un “plus” dentro de los elementos integradores del tipo que ha de ser convenientemente razonado y motivado por ser, precisamente, el elemento diferenciador esencial con otros tipos que integran las infracciones de menor gravedad (la grave del artículo 8.10 y la leve del artículo 9.2).

Declarada probada la existencia del servicio y su abandono por el recurrente, que tampoco lo cuestiona, lo esencial es examinar si el servicio era de especial relevancia. Entiende la Sala que el servicio de escoltas prestado para la protección de un Diputado en el País Vasco, al que la propia papeleta de servicio califica como “VIP”, tiene especial relevancia por su propia naturaleza (como ocurre con los servicios de protección que tienen relación directa con las Instituciones con relevancia constitucional). Pero, además, añade que en el supuesto concreto, la propia papeleta de servicio especificaba, como primera prevención, la “protección desde recogida domicilio hasta regreso al mismo”, lo que pone de manifiesto la especial relevancia del servicio, al ser de extraordinaria importancia para la protección de la vida e integridad física de las personas, dándose además la circunstancia de que el servicio se prestaba en un lugar donde las actividades de una banda terrorista otorgaban mayor importancia y trascendencia al servicio.

Rechaza la Sala la alegación del recurrente de que fue el propio Diputado quien desnaturalizó la especial relevancia del servicio al indicarle a

los integrantes del servicio de protección que no había necesidad de que lo esperaran para protegerle en el corto trayecto que había entre el local en que se encontraba y su domicilio, dado que la importancia o relevancia del servicio no depende de la actitud del protegido, además de que no se informó de dicho extremo a los superiores y se cumplimentó la papeleta del servicio especificándose que se había dejado al protegido en su domicilio, lo que enerva cualquier excusa o justificación del comportamiento negligente del recurrente.

No obstante, ponderando las circunstancias concurrentes en el servicio incumplido y, especialmente, que la seguridad del protegido no resultó seriamente afectada, la Sala acordó sustituir la sanción impuesta de un año de suspensión de empleo por la de seis meses al amparo de lo dispuesto en el artículo 19 de la LORDGC.