

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AÑO JUDICIAL 2015-2016



TRIBUNAL SUPREMO

2016

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. PENAL

1. Extralimitación en el ejercicio del mando
 - Absolución en la instancia basada en valoración de prueba personal
 - El dolo como elemento subjetivo del tipo
2. Abuso de autoridad con trato degradante
 - Presunción de inocencia
 - Dilaciones indebidas
3. Derecho al juez imparcial
 - Conocimiento previo de la apelación contra auto de archivo
 - Competencia de la jurisdicción militar respecto de los miembros de la Guardia Civil
 - Naturaleza militar de los bienes jurídicos lesionados
4. Deslealtad
 - Tipicidad
 - Doctrina de los actos propios y principio de protección de la confianza legítima
5. Principio *non bis in ídem*
 - Necesidad de identidad de hecho y de fundamento
6. Delito de desobediencia
 - Despenalización sobrevenida de la negativa a someterse a la prueba de detección de tóxicos en orina
7. Sobreseimiento definitivo
 - Control casacional
8. Tutela judicial efectiva
 - Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa
 - Prueba pericial informática
9. Competencia de la jurisdicción militar
 - Juez ordinario previsto por la ley cuando se ve afectada la disciplina

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria de consumo de drogas con habitualidad
 - Presunción de inocencia
 - Muestra de orina insuficiente para la práctica de la prueba de confirmación genética
 - In dubio pro reo*

2. Caducidad del expediente disciplinario y prescripción de la infracción
Cambio de la calificación jurídica de los hechos
3. Falta leve consistente en la negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior
Falta de tipicidad
4. Vulneración del régimen de incompatibilidades
Tipicidad. Suspensión de empleo: efecto del cese en el destino
5. Falta grave consistente en hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones basadas en aseveraciones falsas
Tipicidad
Libertad de asociación y límites a la libertad de expresión
6. Desatención de un servicio de especial relevancia
Tipicidad
7. Falta muy grave de desobediencia en el ámbito de la Guardia Civil
Tipicidad
Proporcionalidad e individualización de la sanción
8. Recurso contencioso disciplinario militar
Legitimación
9. Caducidad del expediente
Notificación de la resolución sancionadora
10. Derecho al juez imparcial
Imparcialidad objetiva
11. Presunción de inocencia invertida
Inviabilidad de su invocación por las partes acusadoras
12. Falta grave de condena en virtud de sentencia firme
Prescripción
Cómputo del plazo
13. Derecho de defensa y deber de informar
Ponderación de bienes en conflicto

En el año judicial 2015-2016 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 introducido nuevos criterios jurisprudenciales o ha reiterado, confirmándola de forma autorizada, su propia doctrina.¹

Preciso resulta aclarar que la totalidad de las sentencias objeto de reseña en el ámbito penal se han dictado en aplicación del Código Penal Militar de 1985, ya que el nuevo Código del año 2015 ha entrado en vigor en enero de 2016.

I. PENAL

1. Extralimitación en el ejercicio del mando. Absolución en la instancia basada en valoración de prueba personal. El dolo como elemento subjetivo del tipo.

La **STS 9-7-2015 (Rc 20/15) ECLI:ES:TS:2015:3644** desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular frente a la sentencia por la que se había absuelto a la acusada del delito de extralimitación en el ejercicio del mando como consecuencia de su actuación en la inspección de un pabellón de tropa en el que se habían producido daños materiales, una de cuyas dependencias, inspeccionada sin consentimiento de su titular, constituía la morada del denunciante.

Para la reparación de los desperfectos ocasionados por las fuertes lluvias en los edificios donde se ubicaban los pabellones de oficiales, suboficiales y tropa de una base aérea se ordenó por el Coronel Jefe de la Base la realización de una inspección conforme al procedimiento establecido, sin que ninguno de los usuarios hubiera hecho saber su oposición o negativa a que se realizara la inspección en su habitación.

La Teniente responsable de los pabellones procedió a realizar la inspección ordenada, resultando que en una de las habitaciones, en la que no se encontraba presente su usuario y que fue abierta con una llave maestra, se habían realizado obras con una pared de «pladur» construyendo dos cuartos y una cocina.

Presentada denuncia contra la oficial, el tribunal de instancia la absolvió, con todos los pronunciamientos favorables, frente a cuya sentencia interpuso recurso de casación la acusación particular.

La sala, al resolver el recurso, recuerda que la variación de la absolución declarada en la instancia basada en prueba de naturaleza personal requiere

¹ La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ VERGARA, letrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CEREZO, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

nueva práctica de prueba de esta clase en condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y, en todo caso, la previa audiencia del acusado por el órgano *ad quem*. Esta doctrina, formulada inicialmente respecto del recurso de apelación, es aplicable en el de casación, a pesar de que en él no esté prevista la práctica de prueba ni quepa la audiencia del acusado absuelto en la instancia, ya que se permite la revaloración de inferencias ilógicas, erróneas o inverosímiles no sustentadas en pruebas personales o la realización de un nuevo juicio de subsunción jurídica de los hechos.

En el supuesto, resultaba viable una nueva subsunción de los hechos, al no contener los hechos probados una declaración excluyente del dolo como elemento subjetivo del tipo. Sin embargo, la sala estima que no concurría el referido elemento subjetivo doloso: la acusada actuó en cumplimiento de una orden legítima, emitida en la convicción de que no se infringía norma alguna, por lo que en su proceder no se aprecia intención alguna de atentar contra la intimidad del domicilio del denunciante; tampoco se considera que en su actuación concurrieran los calificativos de desmedida, desmesurada o estruendosamente injusta, adjetivos empleados por la jurisprudencia para tipificar como delito el ejercicio excesivo y arbitrario de las facultades inherentes al mando.

2. Abuso de autoridad con trato degradante. Presunción de inocencia. Dilaciones indebidas.

La **STS 17-7-2015 (Rc 16/15) ECLI:ES:TS:2015:3293** desestima el recurso de casación deducido frente a la sentencia por la que se condenaba al acusado como autor responsable de un delito de abuso de autoridad a la pena de cinco meses de prisión, accesorias e indemnización al perjudicado.

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida pone de manifiesto, en síntesis, que el Cabo del Ejército de Tierra condenado ordenó a un soldado, tras finalizar la formación, que fuera a los vestuarios y que le esperase allí, con intención de reprenderle; una vez en el vestuario, el Cabo ordenó salir de su interior a todo el mundo y obligó al soldado a efectuar flexiones y sentadillas, gritándole con expresiones tales como que era un «mierda» y una «maricona».

El recurso de casación interpuesto por el condenado considera que la sentencia de instancia vulneró su derecho a la presunción de inocencia, al haberse producido la condena en situación de vacío probatorio, por negar la credibilidad de la declaración inculpativa de la víctima y de otro soldado que depuso como testigo. Por otra parte, se denuncia la indebida inaplicación del artículo 21.6.º del Código Penal, que regula la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, al haber durado el procedimiento más de cuatro años.

Recuerda la sala que la revisión que corresponde al tribunal de casación cuando se invoca como motivo la vulneración de la presunción de inocencia no permite realizar una revaloración de la prueba, máxime cuando se trata de prueba personal, cuya apreciación depende de la insustituible intermediación que asiste al tribunal de enjuiciamiento, ya que la credibilidad del testimonio no

forma parte habitualmente del recurso de casación. Y señala que, en el supuesto enjuiciado, la sentencia de instancia da en sus fundamentos de derecho cumplida justificación del convencimiento sobre cómo ocurrieron los hechos, con específica referencia a las declaraciones del procesado, del denunciante, víctima de los hechos, en quien concurren los parámetros de credibilidad que la jurisprudencia tiene establecidos, y de varios testigos, por lo que no puede sostenerse que la condena se produjera en situación de vacío probatorio.

En cuanto al concepto de dilaciones indebidas, considera la sala que es relativamente indeterminado. Y añade que para su apreciación han de tenerse en cuenta la complejidad del proceso, los plazos ordinarios de duración de asuntos de la misma naturaleza, el interés que arriesga quien invoca la dilación, su conducta procesal y la del órgano jurisdiccional en relación con los medios disponibles y, especialmente, el específico perjuicio que se irroga al condenado más allá del propio retraso.

Por lo tanto, considera la sala que para que prospere la atenuante no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se deben concretar los periodos y demoras producidas, la falta de justificación del retraso, su no atribución a la conducta del acusado, así como las consecuencias gravosas derivadas del mismo, más allá del propio retraso (como la pena natural que representa el sometimiento indebidamente prolongado al rigor del proceso penal), requisitos jurisprudenciales que no concurren en el supuesto enjuiciado, en el que el recurrente se limitó a una mera alegación retórica de la circunstancia atenuante.

3. Derecho al juez imparcial. Conocimiento previo de la apelación contra auto de archivo. Competencia de la jurisdicción militar respecto de los miembros de la Guardia Civil. Naturaleza militar de los bienes jurídicos lesionados.

La **STS 27-7-2015 (Rc 14/15) ECLI:ES:TS:2015:3645** desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se condenaba al recurrente como autor responsable de un delito de insulto a superior, en su modalidad de amenazas en su presencia. Sobre dos de los motivos del recurso confirma su doctrina la sala de forma autorizada:

Por una parte, se pretende en el recurso una supuesta vulneración constitucional del derecho al juez imparcial, ya que el ponente y presidente del tribunal había formado parte anteriormente de la sala que había resuelto el recurso de apelación interpuesto frente al auto de archivo de las diligencias, lo que le había permitido formarse un criterio previo sobre la causa.

Por otra parte, se hace mención a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al estimar que la jurisdicción competente era la penal ordinaria y no la militar, porque los hechos enjuiciados surgieron en el ámbito de la función policial, y no de la militar, que ejerce la Guardia Civil.

Comienza la sala por recordar que no cabe apreciar la lesión del derecho a la imparcialidad del juez cuando el recurrente tuvo ocasión de plantear la recusación en tiempo y forma y no lo hizo, planteando la duda de imparcialidad como cuestión nueva ante el tribunal de casación.

No obstante, pese a la extemporaneidad de su planteamiento, la sala, reiterando su doctrina, entra a conocer del fondo del motivo formulado, dado que en él se encuentra inserta la tutela del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Señala la sala que la llamada «imparcialidad objetiva» del juez exige que se acerque al *tema decidendi* sin haber tomado postura previa sobre el mismo. Y para apreciar su eventual pérdida ha de comprobarse en cada supuesto si concurren o no dudas razonables porque el juez haya tenido que adoptar su decisión anterior valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas al pronunciamiento de fondo. La resolución previa de un recurso de apelación contra el auto de archivo dictado por el instructor no conduce necesariamente a la pérdida de la imparcialidad si el tribunal no entró a valorar los hechos, la participación en los mismos del procesado o su culpabilidad, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, en el que la revocación del auto de archivo se basó únicamente en cuestiones procesales.

En lo atinente a la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, señala la sala que lo relevante es la naturaleza castrense o militar de los bienes jurídicos lesionados por la conducta reprochada. Cuando se ven afectados la disciplina, la jerarquía o la subordinación, aunque la transgresión se haya producido en el ejercicio de funciones policiales, como lo eran las prestadas en el servicio de seguridad ciudadana que se venía desempeñando, es competente la jurisdicción militar.

4. Deslealtad. Tipicidad. Doctrina de los actos propios y principio de protección de la confianza legítima.

La **STS 21-9-2015 (Rc 28/15) ECLI:ES:TS:2015:3798** desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se condenaba al recurrente a la pena de dos años de prisión como autor responsable de un delito de deslealtad.

El recurrente, al tener prevista la inminente finalización de su compromiso con las Fuerzas Armadas, solicitó la suscripción de un compromiso de larga duración. Concedida su renovación, debía acreditar estar en posesión de la titulación exigida y siendo conocedor de que no disponía de ella, presentó un certificado acreditativo de haber cursado y superado los estudios de 1.º y 2.º de Educación Secundaria Obligatoria para personas adultas a distancia, certificación académica que no se correspondía con la realidad y que había resultado manipulada a sabiendas.

Analiza la sala los elementos del tipo de deslealtad del artículo 115 del Código Penal Militar y señala que el elemento objetivo requiere que la información falsa guarde relación con el servicio y que lo lesione. Por su parte,

el elemento subjetivo exige dolo de intención o de primer grado, es decir, la intención de faltar a la verdad a sabiendas con el fin de engañar al destinatario de la información, aunque no se alcance el resultado, al tratarse de un delito de mera actividad. Entiende la sala que todos estos elementos concurren en el supuesto enjuiciado, en el que el recurrente presentó un certificado falso que le permitió firmar un compromiso de larga duración con las Fuerzas Armadas sin reunir los requisitos académicos exigidos y, por lo tanto, sin la capacidad para ocupar determinados destinos o puestos, con el evidente riesgo para el servicio.

Por otra parte, el recurrente invoca la doctrina de los actos propios y el principio de protección de la confianza legítima, al entender que la titulación académica solicitada no le era exigible, al haberse modificado la norma reguladora de la misma.

Señala la sala que el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de una situación preexistente, ya que esta puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general. La doctrina sobre la confianza legítima solo es aplicable si el acto administrativo invocado es conforme a derecho por concurrir en él los requisitos aplicables por la norma en uno y otro tiempo. En definitiva, dicho principio no ampara actos precedentes contrarios a normas imperativas posteriores.

Pero es más, concreta la sala que el régimen transitorio aplicable en la materia no afectaba al recurrente, dado que ingresó en las Fuerzas Armadas con posterioridad a la modificación de los requisitos para suscribir el compromiso de larga duración, de forma que, conocedor de los requisitos exigidos por la Administración para suscribirlo, y carente de la titulación necesaria, aportó una certificación académica falsa con el fin de obtenerlo.

5. Principio *non bis in ídem*. Necesidad de identidad de hecho y de fundamento.

La **STS 23-9-2015 (Rc 22/15) ECLI:ES:TS:2015:4062** desestima el recurso de casación en el que se alegaba vulneración del *bis in ídem* como consecuencia de la doble condena por los mismos hechos ante la jurisdicción ordinaria y la militar.

Conforme al relato de hechos probados, el encartado se hallaba prestando un servicio de armas de veinticuatro horas de duración, en fase de localizable; habiendo ingerido bebidas alcohólicas y teniendo limitadas sus facultades psicofísicas, condujo un automóvil con el que provocó un accidente de circulación.

Señala la sala que la condena por la jurisdicción ordinaria por un delito contra la seguridad vial (por conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas) y por la militar (por un delito de embriaguez en acto de

servicio de armas-) no vulnera el principio *non bis in ídem*, pues no se dan ni la identidad de fundamento ni la de hecho.

El reproche penal en el primer caso se basa en el riesgo que la conducta supone para la seguridad vial, mientras que el reproche penal militar se fundamenta en el correcto desempeño del servicio de armas encomendado; el ilícito ordinario exige la conducción de un vehículo de motor, mientras que el militar sólo precisa que la ingesta alcohólica sea incapacitante para prestar el servicio de armas, siendo irrelevante la conducción de vehículos de motor.

Además, la sentencia rechaza la alegada vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que la prueba de la embriaguez no se extrajo del primer enjuiciamiento, sino que se practicó específica prueba de cargo ante el tribunal militar.

6. Delito de desobediencia. Despenalización sobrevenida de la negativa a someterse a la prueba de detección de tóxicos en orina.

La **STS 1-10-2015 (RC 32/2015) ECLI:ES:TS:2015:4133**, con un voto particular discrepante, aborda, por primera vez, la despenalización sobrevenida como delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar de la negativa a la orden de someterse a la prueba de detección de tóxicos en orina.

El Sargento procesado, que tenía antecedentes de dos positivos a cocaína en los dos últimos años, se negó reiteradamente a someterse a la prueba de detección de tóxicos en orina en el marco del Programa del Plan Antidroga del Ejército de Tierra. Abierto procedimiento penal, fue condenado por sentencia de 25 de febrero de 2015 como autor responsable de un delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 102, párrafo primero, del Código Penal Militar.

Señala la sala en la resolución del recurso de casación interpuesto frente a dicha sentencia que, a pesar de que el nuevo tipo disciplinario previsto en el artículo 8.9 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, no estaba en vigor en la fecha de la sentencia de instancia, su posterior entrada en vigor hace ineludible su aplicación sin necesidad de disposición transitoria alguna.

De la exposición de motivos de la nueva ley disciplinaria y de su artículo 8.9 se desprende, como expresión del principio de intervención mínima y de la especificidad del tipo disciplinario, que la negativa injustificada a someterse a prueba de detección de consumo de drogas no puede ya incardinarse en la conducta genérica de la desobediencia, lo que supone su despenalización sin matiz alguno, es decir, con independencia de la mayor o menor contumacia con que la negativa se exprese.

La tipificación de esta nueva falta muy grave, como la de la contemplada en el nuevo artículo 8.2 de la LO 8/2014 relativa a la reiteración de actos contrarios a la disciplina y subordinación debida a los superiores, supone la limitación de la desobediencia con trascendencia penal a otros supuestos graves de desobediencia.

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente por la sala en sentencias de **23-2-2016 (Rc 38/15) ECLI:ES:2016:674**, de pleno, que cuenta con dos votos particulares discrepantes y uno concurrente y de **10-5-2016 (Rc 2/16) ECLI:ES:2016:2077**, que cuenta con un voto particular concurrente.

7. Sobreseimiento definitivo. Control casacional.

La sala ha dictado en el año judicial varias sentencias relativas al control casacional del sobreseimiento definitivo.

Señala la **STS 2-10-2015 (Rc 25/15) ECLI:ES:TS:2015:4134** que lo que está en cuestión cuando se acuerda o deniega el sobreseimiento es la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, no el problema de la procedencia de su absolución o condena, objeto exclusivo del juicio oral y de la sentencia.

El control casacional de los autos de sobreseimiento definitivo se centra en analizar si concurren los presupuestos suficientes para sustentar una acusación razonable, lo que se cumple con que se desprenda con carácter indiciario el hecho que se dice delictivo y que se den en él las condiciones para sostener de modo no ilógico ni temerario un juicio provisional de tipicidad.

Por ello, añade la sala, el análisis sobre la concurrencia de los elementos del tipo ha de sustanciarse en el juicio oral a través del necesario proceso deductivo basado en el conjunto de pruebas practicadas en el mismo.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 17-2-2016 (Rc 46/15) ECLI:ES:TS:2016:585**, que señala que lo decisivo en estos casos es la existencia o no de fundamento razonable para sostener la acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifiquen el enjuiciamiento del acusado y no el problema sobre su posible absolución o condena, objeto exclusivo del juicio oral y de la sentencia.

Continúa diciendo la sala en esta resolución que el auto de sobreseimiento definitivo previsto en el artículo 246.2.º de la Ley Procesal Militar encuentra su fundamento en la ausencia de tipicidad absoluta, como consecuencia de que los hechos investigados, en modo alguno, tienen relevancia penal, de forma que carece de sentido mantener abierta una causa sin objeto.

Y en el concreto supuesto enjuiciado, la sala aprecia la falta de consistencia de los indicios en su día tenidos en cuenta para acordar el procesamiento, lo que desvanece la procedencia de cualquier juicio sobre la posible tipicidad penal de los hechos.

8. Tutela judicial efectiva. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Prueba pericial informática.

La **STS 25-11-2015 (RC 36/2015) ECLI:ES:TS:2015:4989** estima el motivo de casación relativo a la vulneración de precepto constitucional por denegación arbitraria de la práctica de la prueba pericial informática que había sido admitida por el tribunal sentenciador y anula la sentencia de instancia con devolución de las actuaciones.

En la instrucción de la causa se incorporó la transcripción en papel del contenido de unos SMS aportada por uno de los acusadores, previo su cotejo por el secretario relator que dio fe de su concordancia con los mensajes almacenados en determinado ordenador portátil perteneciente a quien los aportó.

En su escrito de conclusiones provisionales la defensa propuso como prueba anticipada una pericial informática para que por un determinado ingeniero informático se acreditara la posible manipulación de los SMS en formato papel incorporados a la causa.

Admitida la prueba, el perito designado informó que no podía concluir la pericia solicitada sin tener acceso a los terminales y a los soportes originales, ya que existía una duda razonable sobre la posible alteración de los mensajes aportados sin cotejo con el móvil original.

Solicitada por la defensa la entrega al perito de los terminales originales para la terminación de la pericia, fue denegada por el tribunal al considerar inútil e innecesaria su práctica y a los efectos de evitar dilaciones indebidas. En el acto de la vista se reiteró la práctica de la prueba con suspensión de dicho acto, que fue denegado por el tribunal con protesta formulada por la defensa.

Concluida la tramitación del procedimiento en la instancia, el recurrente fue condenado como autor responsable de un delito consumado de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante a un inferior y de otro de extralimitación en el ejercicio del mando en su modalidad de exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando.

La sala entiende que la sentencia de instancia vulnera el derecho a la práctica de los medios pertinentes para la defensa por varias razones: (1) una vez admitida la prueba, el órgano jurisdiccional contrae la obligación de proceder a su práctica, salvo en los casos de imposibilidad sobrevenida o en situaciones en que la apreciación del conjunto probatorio permita tener por acreditados los extremos puestos en cuestión; (2) la práctica de la prueba pericial propuesta para acreditar la posible manipulación de los mensajes de SMS aportados en soporte de papel no era imposible, pero para su buen fin era necesario poner a disposición del perito el teléfono móvil del que se dice que procedían aquéllos, para poder cotejarlos con los soportes originales; y (3) el contenido de los mensajes aportados en soporte de papel y no cotejados con el teléfono móvil del que proceden a pesar de ser cuestionado en todo momento por la defensa fue tenido en cuenta en los fundamentos de convicción de la sentencia como prueba de cargo.

9. Competencia de la jurisdicción militar. Juez ordinario previsto por la ley cuando se ve afectada la disciplina.

La **STS 14-6-2016 (Rc 16/16) ECLI:ES:TS:2016:2928** desestima el recurso de casación interpuesto frente al auto por el que el tribunal militar de instancia desestimaba la declinatoria de jurisdicción promovida por un Cabo 1.º del Ejército de Tierra procesado por un presunto delito de insulto a superior previsto en el artículo 99.3 del Código Penal Militar.

El recurrente fue procesado como consecuencia de la comisión de determinados hechos consistentes, en síntesis y de manera indiciaria, en lo siguiente: a la finalización de un partido de fútbol sala celebrado con ocasión de la programación de actividades deportivas para el personal de una base militar, en el que solo intervenían militares, el Cabo 1.º procesado, supuestamente, dio un puñetazo a un Sargento, conociendo presuntamente su identidad y su empleo militar, como consecuencia de lo cual le ocasionó lesiones de diversa consideración.

Desestimado el recurso de apelación interpuesto frente al auto de procesamiento, y concluso el sumario, en el trámite para evacuar escrito de defensa el procesado planteó artículo de previo y especial pronunciamiento, instando cuestión de declinatoria de jurisdicción por entender que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos correspondía a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Rechazada la declinatoria por el tribunal de instancia, se alza el recurrente aduciendo la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la infracción del marco competencial restringido constitucionalmente al ámbito estrictamente castrense, que se considera desbordado, ya que los hechos ocurrieron en el desarrollo de un acto deportivo cuyas reglas son ajenas al valor disciplinar propio de la organización castrense y en el que ni siquiera podía distinguirse el empleo militar de cada uno de los intervinientes.

Señala la sala que lo que deba considerarse por ámbito estrictamente castrense es concepto relativamente indeterminado que, en particular en su dimensión penal, ha de referirse a la protección de bienes jurídicos de naturaleza militar, entre los que sobresale el valor disciplinar. Y, ateniéndose a los datos recogidos en el auto de procesamiento, considera que no puede mantenerse que en el estado en que se encontraba la causa los hechos fueran ajenos al ámbito castrense, por la eventual afectación de la disciplina.

El recurrente, además, considera infringida la ley penal sustantiva por indebida aplicación del artículo 99.3 del Código Penal Militar, dado que desconocía la condición de superior jerárquico de la víctima en el contexto en que se produjeron los hechos, un partido de fútbol sala en el que uno y otro formaban parte de equipos enfrentados, sin que en el atuendo deportivo constaran distintivos ni datos alusivos al empleo militar de cada uno.

Entiende la sala, sin embargo, que la referida alegación es extemporánea por prematura, dado que para valorarla ha de estarse a lo que resulte de la prueba a practicar en el plenario, en el que el tribunal de enjuiciamiento ha de formar su convicción sobre dicho extremo y los demás elementos típicos.

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria de consumo de drogas con habitualidad. Presunción de inocencia. Muestra de orina insuficiente para la práctica de la prueba de confirmación genética. *In dubio pro reo*.

La **STS 3-7-2015 (Rc 155/14) ECLI:ES:TS:2015:3174**, de pleno, con un voto particular concurrente y otro discrepante, firmado por tres magistrados, estima el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario promovido frente a la sanción de separación del servicio impuesta al recurrente al ser considerado autor de la causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria consistente en «consumir drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas con habitualidad».

Los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción, en síntesis, se refieren a los tres resultados positivos a cocaína que, en un periodo inferior a dos años, fueron detectados al recurrente en el marco del Plan Antidroga del Ejército de Tierra. Tras la práctica de las dos primeras pruebas, el encartado fue notificado de su resultado positivo y fue advertido de sus consecuencias y de la posibilidad de solicitar un contraanálisis, sin que hiciera uso de su derecho. Al ser notificado del tercer positivo, además de realizarse las restantes advertencias legales, se le instruyó de su derecho a solicitar un contraanálisis, así como una prueba de comprobación genética, derechos que fueron ejercitados por el recurrente. El resultado del contraanálisis confirmó el positivo a cocaína. Sin embargo, solicitada la prueba de comprobación genética, no pudo llevarse a efecto al resultar que la cantidad de orina presente en la muestra de contraste no era suficiente.

Por una parte, entiende la sala que notificado el recurrente de su derecho a solicitar contraanálisis, la falta de otros requisitos de la notificación, como los relativos al plazo para interesarlo y el coste, autoridad y procedimiento adecuado, aunque supone una vulneración formal de la Instrucción Técnica de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, no afecta al núcleo esencial del derecho de defensa ni provoca indefensión material con relevancia constitucional al recurrente que, en el supuesto concreto, declaró haber tenido conocimiento de su derecho en las dos primeras analíticas y no haberlo ejercitado por decisión propia.

Por otra parte, la sentencia considera que, solicitada prueba de confirmación genética en el tercer análisis, si la muestra de orina es insuficiente y se hace inviable la prueba, salvo que haya reconocimiento del consumo, no puede alcanzarse certeza plena acerca de la pertenencia de las muestras al sancionado. Por el contrario, surge una duda sobre la titularidad de las

muestras de orina utilizadas para el análisis y contraanálisis que ofrecieron resultados positivos. Y esa duda razonable sobre la concurrencia de la habitualidad, elemento normativo del tipo, exige la estimación del recurso en virtud del principio «in dubio pro reo».

2. Caducidad del expediente disciplinario y prescripción de la infracción. Cambio de la calificación jurídica de los hechos.

La **STS 16-7-2015 (Rc 50/15) ECLI:TS:2015:3647** desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que el tribunal de instancia había desestimado el recurso contencioso disciplinario militar ordinario formulado frente a las resoluciones administrativas por las que se había sancionado al recurrente como autor de una falta leve consistente en la «negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior».

La sala desestima las pretensiones articuladas en el recurso relativas a la caducidad del expediente y la prescripción de la sanción.

Los hechos reflejados en el parte disciplinario y que la sentencia de instancia declaró probados consistieron, sintéticamente, en la ausencia durante veinte minutos del servicio de control de monitores CCTV que tenía encomendado el guardia civil recurrente, mientras bajaba a desayunar, dejando la prestación del mismo exclusivamente en manos de otro guardia.

Tales hechos fueron indiciariamente calificados por la autoridad que acordó la incoación del expediente como presuntamente integrantes de la falta grave consistente en «desatender la prestación de un servicio». Sin embargo, finalmente fueron calificados y sancionados como constitutivos de la falta leve de «negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior».

Señala la sentencia que cuando se incoa expediente disciplinario por falta grave, aunque luego se acaben calificando los hechos como falta leve, el plazo de caducidad es el de seis meses previsto para los expedientes por falta grave o muy grave –salvo que se aprecie fraude de ley o mala fe por parte de la Administración- y no el de dos contemplado para los expedientes por falta leve, como si el plazo de caducidad dependiera de la calificación de los hechos.

Sin embargo, la sala declara que el plazo de prescripción de la infracción, pero siempre una vez transcurrido el de tramitación del expediente, es el de la falta leve objeto de sanción.

3. Falta leve consistente en la negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior. Falta de tipicidad.

La **STS 14-9-2015 (Rc 60/15) ECLI:TS:2015:3799** estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se desestimaba la pretensión anulatoria de la sanción impuesta al recurrente por haber sido

considerado autor responsable de una falta leve de «retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior».

El recurrente, en su condición de jefe de la guardia de seguridad de un acuartelamiento y en cumplimiento de la orden recibida de la superioridad, encomendó a dos miembros del servicio la realización de unas rondas de seguridad en determinada zona y franja horaria; constatado por el mando que la orden no comenzó a cumplirse en el momento inicial del horario previsto, sino cinco minutos después, se inició procedimiento disciplinario contra el jefe de la guardia de seguridad -que no estaba presente en el lugar y en el momento en el que el servicio debía comenzar- por no haber velado por el cumplimiento de la orden y haber desatendido sus funciones.

Señala la sala que el tipo disciplinario en blanco aplicado remite al plan de seguridad del acuartelamiento, norma de régimen interior presuntamente vulnerada por el recurrente en lo que atañe a la obligación que tenía, como jefe de la guardia, de supervisar los cometidos de la guardia de seguridad. Según la sentencia, esta norma de régimen interior ha de interpretarse en el sentido de que, para cumplir con su deber de supervisión, el encargado de verificar la prestación del servicio ordenado no necesita estar físicamente presente durante el desempeño del mismo en todo caso, lo que ha de decidirse en función de la naturaleza y circunstancias del servicio. En atención a las circunstancias concurrentes, la sala estima que en el supuesto enjuiciado no era exigible al recurrente la referida presencia física para entender que cumplió su cometido con la diligencia debida.

4. Vulneración del régimen de incompatibilidades. Tipicidad. Suspensión de empleo: efecto del cese en el destino.

La **STS de 17-9-2015 (Rc 25/15) ECLI:TS:2015:3851** estima parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto por un guardia civil que fue sancionado con un año de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave consistente en «desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades», con el efecto de cese en el destino servido en el momento de imposición de la sanción y la imposibilidad de obtener otro durante el tiempo de dos años.

Tras recordar que la infracción apreciada es un tipo disciplinario en blanco que se remite a la normativa sobre incompatibilidades, la sala considera que la conducta enjuiciada es típica, al apreciar que la actividad privada de carga y descarga de mercancías en camiones desarrollada por el recurrente mientras estaba de baja y sin haber obtenido la preceptiva autorización de compatibilidad infringe la referida normativa, al transgredirse el bien jurídico protegido y resultar irrelevantes la producción de resultado –pues se trata de un tipo disciplinario de mero riesgo-, la habitualidad o reiteración de la conducta –al tratarse de una infracción de ejecución instantánea-, la profesionalidad en su desempeño o su retribución.

La sala estima proporcionada la sanción de suspensión de empleo por un año impuesta por la autoridad disciplinaria en atención a las circunstancias concurrentes y los criterios establecidos en el art. 19 de la LO 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Sin embargo, la sala estima la pretensión del recurrente relativa al lugar que ha de tomarse en consideración para aplicar el efecto de cese en el destino que le fue impuesto en la resolución sancionadora. La sentencia señala que el efecto de cese en el destino ha de referirse al que se ocupaba en el momento de cometer los hechos no al que se desempeña cuando recae la resolución sancionadora.

5. Falta grave consistente en hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones basadas en aseveraciones falsas. Tipicidad. Libertad de asociación y límites a la libertad de expresión.

La **STS de 17-11-2015 (Rc 74/15) ECLI:TS:2015:4901** aborda los elementos del subtipo disciplinario consistente en «hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones [...] basadas en aseveraciones falsas [...]» y los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

El recurrente, subteniente del Ejército del Aire, envió a la cuenta oficial de correo electrónico de una cabo destinada en la Oficina de Apoyo al Personal de la base aérea de su destino, a través del correo interno del Ministerio de Defensa, un mensaje al que se adjuntaba diversa documentación a tener en cuenta en una inminente reunión asociativa, a la que se informaba que asistiría el abogado de la asesoría jurídica de la asociación y en el que se hacía específica mención al apoyo solidario que con tal reunión se pretendía dar a la delegada para asuntos femeninos de la asociación, a la que «están complicando la vida por su labor asociativa».

Recuerda la sentencia que el elemento objetivo del subtipo exige que a la manifestación se incorporen datos falsos, no meros juicios de valor, de forma que el aserto inveraz guarde una relación nuclear con la esencia de lo reclamado o pedido. Por su parte, el elemento subjetivo exige que el agente actúe a sabiendas de la falsedad de su aseveración.

En el supuesto enjuiciado, la sala entiende que la afirmación realizada por escrito por el expedientado relativa a que a la delegada para asuntos femeninos le estaban «complicando la vida por su labor asociativa» se subsume en el subtipo disciplinario, ya que constan tanto la falsedad como la intencionalidad de la aseveración mendaz.

Por otra parte, señala que las manifestaciones realizadas rebasan los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de quien ostenta la condición de militar, ya que a través de ellas el expedientado imputa a otros militares y a los mandos, sin prueba alguna, haber procedido a limitar el ejercicio del derecho de asociación.

6. Desatención de un servicio de especial relevancia. Tipicidad.

La **STS de 18-11-2015 (Rc 92/15) ECLI:TS:2015:4763** estima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central que había estimado parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido y había considerado que los hechos por los que fue sancionado el recurrente no eran constitutivos de una infracción muy grave de desatención de un servicio, sino de una falta grave.

El guardia civil sancionado tenía nombrado un servicio de puertas de noche, en horario de 22:00 horas de un día a 6:00 horas del día siguiente, con la misión, entre otras, de autoprotección del acuartelamiento sede del puesto de la Guardia Civil de su destino. Sobre las 5:30 horas de la noche de servicio, el teniente jefe accidental de la 1.ª Compañía acudió al acuartelamiento en vehículo oficial acompañado de un guardia civil y realizó hasta seis ráfagas de destellos para alertar al guardia expedientado de la presencia del vehículo, a fin de que procediera a abrir la puerta del acuartelamiento, cosa que no hizo. A la vista de ello, el teniente descendió del vehículo e intentó infructuosamente franquear las dos puertas de acceso a las instalaciones, por lo que acabó accediendo al acuartelamiento escalando la valla del mismo. Una vez dentro, se dirigió al cuarto de puertas y encontró al expedientado recostado y dormido, quien se despertó en el momento en que el teniente encendió la luz.

Recuerda la sentencia que la desatención de un servicio, en abstracto, es susceptible de merecer una triple calificación jurídica: como falta muy grave, grave y leve; la diferencia radica en que la infracción muy grave exige que el servicio, por su naturaleza o circunstancias, sea de especial relevancia.

A juicio de la sala, en el supuesto enjuiciado concurrían los elementos necesarios para incardinar la conducta reprochada en el tipo disciplinario muy grave. Así, por una parte, entiende la sentencia que dormirse durante la prestación del servicio no puede ser calificada sino como esencial desatención del mismo. Pero, además, el servicio desatendido era de especial relevancia: el expedientado fue nombrado guardia de puertas, como único miembro de la guardia de seguridad, en horario nocturno, desde las 22:00 horas de un día hasta las 6:00 horas del día siguiente; las misiones y responsabilidades encomendadas a ese servicio estaban relacionadas con la vigilancia y protección del acuartelamiento, de los residentes en el mismo y de sus familias; por el horario del servicio encomendado, en un puesto enclavado en un municipio de escasa población, las funciones a desarrollar durante el mismo no eran las de atención directa a los ciudadanos, sino las de vigilancia exterior del acuartelamiento en un horario en el que era razonable pensar que la seguridad del recinto estaba especialmente debilitada, al no existir otro elemento disuasorio que el personal de servicio, cuya atención, por lo tanto, debía ser óptima.

7. Falta muy grave de desobediencia en el ámbito de la Guardia Civil. Tipicidad. Proporcionalidad e individualización de la sanción.

La **STS de 25-1-2016 (Rc 116/15) ECLI:TS:2016:63** estima parcialmente el recurso de casación deducido frente a la sentencia del Tribunal Militar Central por la que se desestimaba la pretensión anulatoria de la sanción de un año y tres meses de suspensión de empleo impuesta al guardia civil recurrente como autor de una falta muy grave de desobediencia.

El recurrente, cabo 1.º de la Guardia Civil, junto con otro guardia civil, como conductores de vehículo celular, se trasladaron desde Logroño al acuartelamiento de Intxaurreondo (Guipúzcoa) para realizar un servicio de traslado de presos a Madrid con motivo de una operación de detención de varias personas. Llegados al acuartelamiento a las 11:30 horas, se les indicó que tenían reservada una habitación para descansar mientras se desarrollaba la operación policial, operación que, según les comunicaron, «iba para largo». A las 23:00 horas del mismo día comenzó a organizarse la escolta y traslado de los detenidos, dando la orden de traslado un capitán a quien el recurrente señaló que no iniciarían la marcha sin una orden por escrito del jefe del operativo que se responsabilizara de los detenidos y del restante personal que viajara en el autobús celular, ya que ambos conductores llevaban todo el día esperando en la Comandancia y se encontraban cansados. Ante la reiteración de la orden emitida por el capitán, el cabo 1.º se ratificó en su postura y, trasladado al lugar de los hechos el comandante jefe accidental de la Sección de Operaciones de la Comandancia de Guipúzcoa, el cabo 1.º insistió en que no se podía llevar a cabo la conducción por motivos de seguridad, ya que se trataba de un viaje largo hasta Madrid, en horario nocturno y que los conductores no habían descansado lo suficiente. Llegados a este punto, el comandante tomó la decisión de encomendar el traslado a un guardia del Destacamento de Material Móvil de la Comandancia de Guipúzcoa, dado que la permanencia de los detenidos en el acuartelamiento de Intxaurreondo habría producido perturbaciones en la tramitación de las diligencias policiales, pues debían ser puestos a disposición de uno de los Juzgados Centrales de Instrucción.

Entre otros motivos, el recurrente denuncia la vulneración del derecho a la igualdad en comparación con los términos en los que se contempla la equivalente infracción disciplinaria muy grave en el ámbito disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la medida en que en dicho régimen disciplinario para la perfección de la infracción se exige la reiteración, lo que no es necesario en el régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Recuerda la sala que el principio de igualdad supone un límite a la discrecionalidad del legislador, en la medida en que no cabe desigualdad jurídica no justificada al regular las mismas situaciones. Pero entiende que esto no se da cuando se está ante la tipificación en leyes distintas de infracciones disciplinarias aplicables a destinatarios diferentes y cuando los tipos disciplinarios no coinciden en los elementos que los configuran. Así, en el ámbito disciplinario de las Fuerzas Armadas la desobediencia, como falta muy grave, precisa del elemento de la reiteración, mientras que en el de la Guardia Civil necesita del de la gravedad. En la formulación legal de la falta muy grave de desobediencia en el ámbito de la Guardia Civil no se exige la reiteración, por lo que no cabe excluir su comisión a través de un solo acto que en sí mismo

deba conceptuarse como gravemente desobediente en función de los restantes criterios establecidos por la sala para la graduación de estas conductas.

Por otra parte, la sentencia señala que no concurren los requisitos propios del estado de necesidad aducido por el recurrente ni como causa de justificación del comportamiento ni como causa de exculpación por inexigibilidad de otra conducta.

Por último, entiende la sala que la deficiente motivación al tiempo de individualizar la sanción impuesta de suspensión de empleo por un año y tres meses permite reducir su extensión a seis meses y un día a la vista de varias de las circunstancias concurrentes de las contempladas en el artículo 19 de la LRDGC, especialmente la relativa a la falta de intencionalidad del actor.

8. Recurso contencioso disciplinario militar. Legitimación.

La **STS de 26-1-2016 (Rc 108/15) ECLI:TS:2016:171** desestima el recurso de casación interpuesto por un guardia civil y por la Asociación Unificada de Guardias Civiles frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central por la que se desestimaban los recursos contencioso disciplinario militares deducidos frente a las resoluciones administrativas del director general de la Guardia Civil y del ministro de Defensa por las que se había acordado no haber lugar a la incoación de expediente disciplinario contra un determinado coronel jefe de una Comandancia de la Guardia Civil.

El guardia civil recurrente, actuando en nombre de la Asociación Unificada de Guardias Civiles, dirigió escrito de denuncia en el que imputaba al coronel jefe de una Comandancia de la Guardia Civil la comisión de una falta muy grave consistente en la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales o, alternativamente, dos faltas graves, como consecuencia de la propuesta de concesión de una condecoración que el denunciante consideraba contraria a la normativa vigente por las razones expuestas en su escrito de denuncia.

A raíz de dicha denuncia, el director general de la Guardia Civil acordó no incoar expediente disciplinario, resolución confirmada en alzada por el ministro de Defensa. Interpuestos sendos recursos contencioso-disciplinarios militares ordinarios fueron acumulados y desestimados mediante sentencia dictada por el Tribunal Militar Central.

Señala la sala que la normativa disciplinaria de la Guardia Civil reconoce el derecho de quien formula la denuncia a ser informado de la incoación del procedimiento disciplinario y de la resolución por la que se le pone fin. Pero añade que con ello se agota su posible consideración como interesado en el procedimiento sancionador, pues dicha cualidad no puede ser reconocida a quien, simplemente, pone en conocimiento de la autoridad competente determinados hechos que estima constitutivos de infracción.

Declara la sentencia que en el expediente únicamente es parte el funcionario afectado. Además, el interés en la corrección de las conductas infractoras es institucional o corporativo, no individual o particular, ya que el

procedimiento sancionador, a diferencia del judicial, no es un proceso entre partes.

Por último, señala la sala que la legitimación para interponer recurso contencioso-disciplinario militar queda restringida, mediante un criterio puramente objetivo, a las personas a las que se haya impuesto sanción disciplinaria.

9. Caducidad del expediente. Notificación de la resolución sancionadora.

La **STS de 17-2-2016 (Rc 90/15) ECLI:TS:2016:584** desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia del Tribunal Militar Central por la que se estimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido contra la resolución del ministro de Defensa por la que se confirmaba en alzada la dictada por el director general de la Guardia Civil en la que se sancionaba al recurrente como autor de una falta grave consistente en la grave desconsideración con los subordinados en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquéllas.

La estimación del recurso por el Tribunal Militar Central se basó en la apreciación de que la segunda de las resoluciones administrativas se había dictado tras la caducidad del expediente disciplinario, por lo que se declaraba extinguida por prescripción la posible responsabilidad disciplinaria del demandante.

En su recurso, la Abogacía del Estado entiende que la caducidad del expediente sancionador no llegó a producirse porque la Administración trató de efectuar la notificación de la resolución sancionadora al interesado en tiempo y forma, no siendo posible efectuarla por causa que no le fue imputable. Así, alega que consta el intento de notificación por diversas vías, tanto telefónicamente, como presencialmente en su acuartelamiento, como mediante llamada al gimnasio al que solía acudir el expedientado. Por ello, entiende que tales intentos han de surtir los mismos efectos que la notificación, apelando al carácter supletorio de la Ley 30/1992 y a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto de la interpretación del artículo 58.2 de la misma, conforme a la cual, cualquier intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia, ha de surtir efectos legales para entender concluso el procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

Por una parte, la sala recuerda que la caducidad del procedimiento se produce *ope legis*, de forma automática por el simple transcurso del tiempo establecido legalmente para resolver, razón por la que la caducidad no ha de vincularse necesariamente a la notificación, ya que esta es algo conceptualmente distinto a la resolución notificada y al procedimiento que la origina.

Y dado que la ley disciplinaria de la Guardia Civil, al regular el procedimiento y la caducidad de los expedientes disciplinarios, no contiene precepto específico al respecto, la sala entiende que resulta de aplicación el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, conforme al cual, a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar la resolución del expediente dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga el texto íntegro de la resolución y el intento de notificación debidamente acreditado.

Pero este intento de notificación se ha de producir en los términos legalmente fijados, términos que en el específico ámbito de la legislación disciplinaria de la Guardia Civil exigen que se realicen dos intentos de notificación llevados a cabo en el plazo de tres días en momentos diferentes.

En consecuencia, para que el intento de notificación resulte válido a los efectos de tener por cumplido el plazo máximo de duración de los procedimientos, evitando así la caducidad del expediente, es necesario que quede debidamente acreditado en el expediente que se han efectuado dos intentos de notificación, en el plazo de tres días. Y considera la sala que para entender que los intentos de notificación se han llevado a cabo en momentos diferentes es necesario que hayan tenido lugar en días distintos y en hora que guarde una diferencia de, al menos, sesenta minutos a aquella en que se practicó el primer intento.

10. Derecho al juez imparcial. Imparcialidad objetiva.

La **STS de 2-3-2016 (Rc 123/15) ECLI:TS:2016:926** estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central y acuerda anularla, con devolución de las actuaciones, para que, con designación de nuevo vocal militar en quien no concurra la causa determinante de la estimación del motivo casacional, se proceda al enjuiciamiento y dictado de nueva sentencia.

El cabo 1.º de la Guardia Civil recurrente fue sancionado con un año de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave consistente en el abuso de atribuciones que cause grave daños a los ciudadanos y a la Administración, como consecuencia del impago de dos multas de tráfico que le habían sido impuestas por exceso de velocidad a causa de la conducción de un vehículo particular, habiendo imputado la responsabilidad derivada de tales infracciones ante la Dirección General de Tráfico a personas fallecidas.

En su primer motivo, el recurrente se queja de que, en ningún momento, se incorporó al expediente el acta del Consejo Superior de la Guardia Civil que informó, por unanimidad, mantener la propuesta de sanción elevada por el instructor del expediente disciplinario, sino una mera certificación en la que no constaba ninguna identificación de los miembros que intervinieron en la sesión del Consejo. Sin embargo, entiende el recurrente que el vocal militar integrante del Tribunal Militar Central que dictó la sentencia de instancia debía haber formado parte también de aquella sesión del Consejo Superior de la Guardia

Civil, junto con los demás generales, a la vista de su nombramiento como general en el BOE.

Señala la sala que, a pesar de la falta de información concreta y directa al recurrente sobre quiénes eran los miembros que integraron la sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil que debatió y acordó mantener la sanción propuesta, al estar integrado dicho órgano por todos los oficiales generales en activo del Cuerpo (artículo 2.1 del RD 854/1993, de 4 de junio), colectivo entre los que se hubo de insacular necesariamente al vocal militar componente de la sala del Tribunal Militar Central que enjuició el recurso contencioso disciplinario militar promovido (arts. 36 y 39 de la LO 4/1987, de 15 de julio), cabe deducir con toda lógica que el vocal militar integrante del tribunal de instancia que dictó la sentencia recurrida formó también parte de aquella sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil.

Esta circunstancia es determinante para entender que el referido vocal militar había tomado previo conocimiento del objeto del litigio y formado criterio en detrimento de la debida imparcialidad al tiempo de resolver el recurso contencioso disciplinario militar promovido. Al no haberse informado al recurrente, de manera concreta y directa, quiénes eran los miembros que integraron el Consejo Superior de la Guardia Civil que debatió y acordó mantener la sanción propuesta, no pudo promover en tiempo y forma la recusación del vocal militar del tribunal de instancia.

En consecuencia, estima la sala que en el procedimiento se vio vulnerado el derecho al juez imparcial, en su dimensión objetiva, que forma parte del más amplio derecho fundamental al proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

11. Presunción de inocencia invertida. Inviabilidad de su invocación por las partes acusadoras.

La **STS de 12-4-2016 (Rc 145/15) ECLI:TS:2016:1631** desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central por la que se estimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto por el expedientado.

Las resoluciones sancionadoras, dictadas en primera instancia por el director general de la Guardia Civil y en alzada por el ministro de Defensa, imponían al guardia civil expedientado la sanción de tres meses y un día de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave de vulneración de las normas sobre incompatibilidades, al haber tenido por acreditado que el guardia expedientado simultaneó su actividad profesional con el trabajo de pincha discos en dos locales de ocio, actividades para el que no solicitó la preceptiva autorización que exige la normativa sobre incompatibilidades del personal militar.

Interpuesto recurso contencioso disciplinario militar, fue estimado por el Tribunal Militar Central, que entendió que de la valoración conjunta de la

prueba practicada en el expediente disciplinario no se desprende que el expedientado desempeñara ningún trabajo de pincha discos en los locales de ocio a que se refieren las resoluciones sancionadoras, sino la realización esporádica y desinteresada, sin retribución ni relación contractual alguna, de la referida actividad a título de mero esparcimiento o afición personal del guardia civil y de manera ocasional.

Frente a dicha sentencia, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación por valoración ilógica, arbitraria o no razonable de la prueba.

La sala declara que la presunción de inocencia es un derecho constitucional de aquel a quien se acusa y que, por tanto, no pueden invocar las partes acusadoras, ya que no existe un derecho a la presunción de inocencia invertida o al revés.

No obstante, entiende la sala que el abogado del Estado sí está legitimado para alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de valoración irracional e ilógica de la prueba o de falta de motivación de la sentencia. En consecuencia, en el recurso de casación sí cabe analizar si la sentencia de instancia incurrió en una falta de motivación razonable y lógica, de forma que sus conclusiones fácticas hayan sido alcanzadas de manera irracional o arbitraria, único supuesto en el que la sala puede adentrarse en un nuevo juicio valorativo de la prueba por entender que la sentencia recurrida pudo vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, afirma la sala que en el supuesto enjuiciado la valoración de la prueba de la que dispuso el tribunal de instancia conduce a pensar que los hechos acontecieron como expresamente se declaran probados en la sentencia y no como fueron recogidos en la resolución sancionadora, por lo que la apreciación realizada por el órgano sentenciador no resulta contraria a la lógica, la racionalidad y la sana crítica.

12. Falta grave de condena en virtud de sentencia firme. Prescripción. Cómputo del plazo.

La **STS de 13-4-2016 (Rc 152/15) ECLI:TS:2016:1634** desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central por la que se estimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido frente a las resoluciones administrativas sancionadoras.

El guardia civil expedientado fue sancionado como autor de la falta grave consistente en la condena en virtud de sentencia firme por una falta dolosa relacionada con el servicio o que cause daño a la Administración o a los administrados, ya que había sido condenado por sentencia firme dictada por un Juzgado de lo Penal como autor de una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1 del Código Penal.

La sentencia dictada por el Tribunal Militar Central estimó el recurso contencioso disciplinario promovido al apreciar la prescripción de la infracción

administrativa. El recurso interpuesto por la Abogacía del Estado se basa en la incorrecta apreciación por el tribunal de instancia del instituto de la prescripción.

Entiende el abogado del Estado en su recurso que el tribunal sentenciador apreció erróneamente el *dies a quo* para efectuar el cómputo del plazo de dos años necesario para apreciar la prescripción de la infracción por falta grave, ya que este debe iniciarse en la fecha de declaración de firmeza de la sentencia condenatoria recaída en el proceso penal previo.

Recuerda la sala, en primer lugar, su invariable doctrina en cuanto a la causa determinante del expediente disciplinario por condena por delincuencia común, que no está constituida por los hechos que motivan la sanción penal, sino por la sentencia firme condenatoria, de forma que es la fecha de la firmeza de la sentencia, y no la fecha de comisión de los hechos en ella enjuiciados, la que determina el inicio del cómputo de plazo de prescripción.

Pero precisa, además, que es desde el mismo día en que se dicta la sentencia de segunda instancia por la falta dolosa en el proceso penal cuando la resolución gana firmeza (ya que, en el ámbito del juicio de faltas, al que se referían los hechos penales en su día enjuiciados, no cabe frente a aquella sentencia recurso alguno, ordinario ni extraordinario) y, por lo tanto, desde su misma fecha se produce el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la infracción disciplinaria, sin que quepa entender como *dies a quo* el del auto por el que se declara la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial o en el que se acuerda el inicio de la ejecución de la sentencia.

13. Derecho de defensa y deber de informar. Ponderación de bienes en conflicto.

La **STS de 24-5-2016 (Rc 26/16) ECLI:TS:2016:2396**, con un voto particular concurrente firmado por dos magistrados, desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central por la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido frente a las resoluciones administrativas sancionadoras en cuanto a una de las dos sanciones impuestas, la relativa a la falta grave consistente en la emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen.

En el relato de hechos probados de la sentencia de instancia se hace referencia a dos modificaciones realizadas por el cabo 1.º de la Guardia Civil expedientado en la aplicación informática del Sistema Integral de Gestión Operativa (SIGO) respecto del horario en que había de realizarse un determinado servicio, con la intención de evitar informar sobre el incumplimiento del servicio por sus componentes, entre los que se encontraba el encartado.

A través del sistema de localización (AVL) pudo detectarse la hora de encendido del sistema de transmisiones del vehículo oficial con el que se

prestaba el servicio, el inicio de la marcha y la hora de regreso al acuartelamiento.

Tras la observación de deficiencias en el cuadrante de servicio de un determinado mes, el capitán jefe de la Compañía interesó del cabo 1.º expedientado, como jefe de unidad, un informe sobre diversos aspectos del nombramiento de los servicios de dicho mes y, en particular, del servicio correspondiente al día a que se refieren los hechos. Esta petición fue reiterada en diversas ocasiones y, finalmente, el encartado informó al capitán jefe de la Compañía sobre el horario y el itinerario del referido servicio, información que no se correspondía con la realidad.

La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar promovido en cuanto a la sanción impuesta por esta falta, al entender vulnerado el derecho de defensa, dado que las solicitudes de información sobre asuntos del servicio deberían incluir la advertencia de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La Abogacía del Estado en su recurso muestra su disconformidad con el parecer del tribunal sentenciador, pues a su entender, la referida advertencia supondría sustituir la presunción de inocencia por la presunción apriorística y general de culpabilidad del subordinado.

Señala la sala que se vulnera el derecho de defensa cuando el mando ordena al inferior, de forma no casual ni rutinaria, que le informe sobre determinados extremos relativos a un asunto del servicio para verificar la realidad de una disfunción ya detectada por otros medios.

Y añade que la actuación del mando más respetuosa con el derecho de defensa consiste en promover la incoación de una información reservada en la que, a pesar de su naturaleza informal, el investigado cuenta con posibilidades de defensa. Sin embargo, lo que no puede hacer el mando es preconstituir prueba inculpativa obligando al subordinado a manifestarse sobre su comportamiento y a elegir entre autoinculparse o distorsionar o alterar la verdad, incurriendo así en responsabilidad.

En la colisión entre el bien jurídico representado por el interés de la Administración en preservar el valor de la disciplina y el representado por la protección, aun preventiva, del derecho de defensa en el ámbito sancionador ha de prevalecer este último, de alcance constitucional.