

# **CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2017-2018



TRIBUNAL SUPREMO

2018

## **SALA QUINTA**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. PENAL

1. Revisión en casación de sentencias absolutorias  
Limitación a la correcta subsunción jurídica de los hechos probados
2. Principio acusatorio  
Falta de homogeneidad entre el delito objeto de la condena y el contenido en la acusación
3. Principio de legalidad penal  
Proscripción del *bis in idem*
4. Insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra  
Presunción de inocencia. Declaración de la víctima  
Tipicidad
5. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar  
Presunción de inocencia  
Atenuante de reparación del daño  
Competencia de la jurisdicción militar
6. Delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un inferior  
Eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber  
Tipicidad
7. Delito de acoso laboral o profesional  
Sobreseimiento definitivo  
Tipicidad
8. Extralimitación en el ejercicio del mando en su modalidad de exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando. Abuso de autoridad en su modalidad trato degradante  
Tipicidad

### II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Derecho a un proceso con todas las garantías  
Imparcialidad de la autoridad sancionadora
2. Derecho a la libertad de expresión. Derecho al juez imparcial  
Improcedencia de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE por la doctrina del acto claro
3. Falta muy grave consistente en realizar actos que reiteradamente atenten contra la intimidad o la dignidad personal  
Desviación de poder

Imparcialidad del instructor  
Indefensión  
Tipicidad

4. Falta muy grave consistente en la condena firme por delito
  - Derecho a la prueba
  - Non bis in idem*
  - Tipicidad
  - Proporcionalidad de la sanción
5. Notificación de la resolución sancionadora
  - Momento en que debe entenderse realizado el acto de comunicación
6. Falta grave consistente en cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina
  - Derecho a los medios de prueba
  - Indefensión
  - Tipicidad
7. Falta grave consistente en cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina
  - Tipicidad
  - Derecho a la libertad de expresión
8. Falta grave consistente en la emisión de partes del servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen. Falta leve de ausencia o desatención del servicio
  - Tipicidad
9. Falta leve de desatención de un servicio
  - Responsabilidad del auxiliar de pareja
  - Tipicidad
10. Obligación de informar verazmente sobre asuntos del servicio
  - Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable
  - Principio acusatorio

En el año judicial 2017-2018 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.<sup>1</sup>

## I. PENAL

### 1. Revisión en casación de sentencias absolutorias. Limitación a la correcta subsunción jurídica de los hechos probados

**STS de 4-7-2017 (Rc 13/17) ECLI:ES:TS:2017:2737.** Desestima la sala, con el voto particular discrepante de dos magistrados, las pretensiones impugnatorias del recurrente por las que consideraba responsable al acusado de un delito contra la eficacia del servicio como consecuencia de los errores en los que, a su juicio, incurrió por el cálculo incorrecto del lugar en que debía procederse a la suelta de los paracaidistas y por la decisión de mantener el ejercicio a pesar de conocer que el avión volaba a mayor altura de la prevista y de que el viento era superior al permitido, lo que provocó importantes lesiones a uno de ellos. Además de desestimar los motivos casacionales referidos a infracción de ley penal sustantiva y *error facti*, la sala, reiterando el criterio previamente mantenido en las **SSTS 21-12-2016 (Rc 33/16) ECLI:ES:TS:2016:5640 y 8-2-2017 (Rc 38/16) ECLI:ES:TS:2017:428**, señala que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado absuelto en la instancia cuando para ello resulte necesario entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, pues en tales casos es necesario dar audiencia al acusado. De nuevo señala la sala que la concurrencia del elemento subjetivo del injusto y la determinación de la culpabilidad del acusado tienen un carácter sustancialmente fáctico, por lo que resultan extrañas a la facultad revisora del recurso de casación, limitada en este supuesto a cuestiones estrictamente jurídicas.

Aún precisa más su doctrina la sala en la **STS 14-7-2017 (Rc 25/17) ECLI:ES:TS:2017:2817**, en la que, tras reiterar que en el recurso de casación solo cabe la condena *ex novo* en los supuestos en que se cuestione la subsunción jurídica de los hechos probados y que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho que también precisa la audiencia del acusado, añade que tampoco cabe la condena a través del art. 849.2.º LECRIM, pues debe analizarse si el error que se deduce del documento citado por el recurrente resulta o no contradicho por las pruebas personales practicadas en el plenario, lo que está vedado al órgano de casación. Y afirma que aunque el nivel de motivación de las sentencias absolutorias sea menos intenso que el de las condenatorias, estas también precisan de una motivación razonable. Por ello, solo cuando la irracionalidad en la valoración adquiere entidad suficiente como para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena, el tribunal de casación, aunque no pueda dictar segunda

---

<sup>1</sup> 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.

sentencia condenatoria, sí puede acordar la nulidad de las actuaciones, con devolución a la instancia para un nuevo examen. No obstante, entiende la sala que estas circunstancias no concurren en el concreto caso examinado, en el que los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no alcanzan a integrar el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una inferior, por el que se ejercitaba la acusación.

De nuevo la sala confirma su doctrina relativa a que los elementos subjetivos del delito forman parte de la vertiente fáctica del juicio, por lo que deben plasmarse en los hechos probados y no obtenerlos el tribunal por la vía de la inferencia, en la **STS de 26-9-17 (Rc 18/17) ECLI:ES:TS:2017:3344**.

## **2. Principio acusatorio. Falta de homogeneidad entre el delito objeto de la condena y el contenido en la acusación**

**STS de 11-7-2017 (Rc 40/16) ECLI:ES:TS:2017:2715**. La sala estima el recurso de casación interpuesto por un soldado del Ejército de Tierra que había sido condenado por un delito contra el patrimonio en el ámbito militar como consecuencia de haber sido encontrado en su domicilio un proyectil de arma de guerra, al entender que había sido infringido el principio acusatorio.

Tras recordar que el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en el art. 24 CE para evitar la indefensión y que el acusado ha de ser debidamente informado de la acusación, la sentencia señala que este principio exige que la identidad de los hechos por los que se formula la acusación permanezca inalterable y que haya homogeneidad entre el delito objeto de la condena y el contenido en la acusación.

En el supuesto enjuiciado, aunque el Ministerio Fiscal ejerció la acusación por un delito contra el patrimonio en el ámbito militar -art. 82 del CPM de 2015- en su modalidad de hurto del art. 234 CP, el tribunal de instancia condenó por el mismo delito, pero en su modalidad de apropiación indebida del art. 253 CP. Afirma la sala que entre estas dos figuras penales no existe la necesaria homogeneidad, habida cuenta de la diversidad esencial entre los elementos objetivos del hurto y de la apropiación indebida. Por ello, señala que, faltando la necesaria correlación entre acusación y sentencia, se provocó indefensión al imputado, que no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa por el delito por el que, en definitiva, resultó condenado. En consecuencia, la sala acordó anular la sentencia de instancia y ordenar la celebración de nuevo juicio con diferente composición del tribunal para garantizar su imparcialidad, sala que podría plantear, si lo estimara procedente, la tesis prevenida en el art. 733 LECRIM.

## **3. Principio de legalidad. Proscripción del *bis in idem***

**STS de 13-12-2017 (Rc 33/17) ECLI:ES:TS:2017:4317**. Estima parcialmente la sala el recurso de casación interpuesto por un guardia civil frente a la sentencia que le había condenado como autor responsable de un delito consumado de insulto a superior, en su modalidad de injurias y amenazas, en el exclusivo sentido de anular una previa sanción disciplinaria que le había sido impuesta como autor de una falta grave contemplada en el art. 8.5 de la Ley Orgánica 12/2007, de régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Los hechos de que trae causa el recurso están relacionados con los incidentes acaecidos durante el transcurso de un partido de fútbol entre miembros de la Guardia Civil. En ellos, el acusado dirigió en un primer momento desde la grada diversos insultos y amenazas hacia un sargento que estaba jugando; más tarde, tras la petición del sargento de que cesara en sus comentarios, le volvió a insultar y a amenazar directamente, llegando a invadir la zona de juego en que se encontraba aquel, en actitud amenazante y con intención agresiva, por lo que tuvieron que intervenir varios agentes para evitar la agresión, volviendo el guardia a la grada tras ser conminado a ello por sus compañeros; por último, el guardia volvió a invadir el terreno de juego para encararse con el sargento y dirigirle, de nuevo, diversos insultos y amenazas. Cada uno de estos momentos fueron reflejados en distintos ordinales en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

Tras la desestimación de los restantes motivos articulados en el recurso de casación, señala la sala para estimarlo parcialmente que la sentencia recurrida, para integrar el delito enjuiciado, no tuvo en cuenta determinados hechos (los que se produjeron en el primer lapso temporal y que se habían reflejado en el primero de los ordinales del relato de hechos probados de entre los que describían la conducta del inculpado), ya que por tales hechos el recurrente había sido previamente sancionado disciplinariamente. Sin embargo, la sala estima que de la relación entre unos y otros hechos se desprende que la conducta del infractor resultó fraccionada a efectos sancionadores, por lo que, concurriendo la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento, la sentencia incurrió en el *bis in idem* constitucionalmente proscrito, lo que llevo a la sala a declarar la nulidad de la sanción disciplinaria, pues las resoluciones de la jurisdicción penal no pueden ceder ante las dictadas por la Administración.

#### **4. Insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra. Presunción de inocencia. Declaración de la víctima. Tipicidad**

**STS de 24-1-2018 (Rc 39/17) ECLI:ES:TS:2018:162.** Desestima la sala el recurso de casación interpuesto por una marinero contra la sentencia por la que resultaba condenada como autora de un delito consumado de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra.

Los hechos de los que trae causa el recurso se circunscriben al incidente acaecido a bordo de una fragata entre la recurrente y una cabo, en el curso del cual, la marinero agarró de forma airada por la camiseta y el pelo a su superior, volviendo a agarrarla del pelo, de nuevo, una vez que habían sido separadas.

Al abordar el motivo del recurso relativo a la vulneración del principio de presunción de inocencia, señala la sala que el relato fáctico de la sentencia condenatoria se desprende de una apreciación de la prueba no arbitraria ni irracional. Aunque el tribunal de instancia admitió una posible animadversión entre la agresora y la víctima, ofreció suficiente credibilidad a la declaración de esta, por la persistencia en la incriminación, su coherencia interna y su corroboración por otras declaraciones, a diferencia de las de la acusada, que ofreció sucesivas versiones diferentes de los hechos.

Al analizar la tipicidad de la conducta, declara la sala que el hecho de que la marinero acusada agarrase de forma violenta a su superior de la

camiseta, desgarrándosela, y le tirara por dos veces del pelo, integra la acción típica, ya que el delito de insulto a superior se perfecciona mediante la conducta del militar que despliega cualquier violencia física respecto de otro de empleo superior, aunque el resultado tenga mínima o nula entidad lesiva, porque el bien jurídico protegido, además de la indemnidad, incolumidad física o salud del sujeto pasivo agredido, está constituido por la disciplina, como elemento estructural básico de la organización castrense.

#### **5. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar. Presunción de inocencia. Atenuante de reparación del daño. Competencia de la jurisdicción militar**

**STS 17-4-2018 (Rc 42/17) ECLI:ES:TS:2018:1464.** La sala desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se condenaba al recurrente, miembro de la Guardia Civil, como autor de un delito consumado contra la hacienda en el ámbito militar.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el recurrente, responsable de la gestión, control y contabilización de la tesorería de una caja pagadora de la oficina de gestión económica de una comandancia de la Guardia Civil, se apoderó para sus fines propios de más de cuatro mil euros procedentes de diversas partidas manejadas en la caja durante un periodo de tiempo superior a un año y medio; detectada la falta de efectivo en la caja por parte de la guardia civil que desempeñaba funciones de cajera auxiliar, el recurrente le reconoció haber cogido una pequeña cantidad, pidiéndole que no diera cuenta a la superioridad, lo que, sin embargo, sí realizó esta. La cantidad apropiada fue consignada por el recurrente con anterioridad al juicio oral, según se desprende de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

Ante la falta de prueba directa invocada en el recurso, considera la sala que concurren sólidos indicios base que están plenamente acreditados, son plurales, concomitantes al hecho consecuencia que se trataba de probar y se encuentran interrelacionados, sin que el recurrente haya desvirtuado ninguno de ellos; además, señala que el tribunal sentenciador, mediante una inferencia razonable y no arbitraria ni infundada, alcanzó la convicción de la participación efectiva del acusado en los hechos y de su culpabilidad, por lo que no se vulneró la presunción de inocencia.

Por otra parte, entiende la sala que no puede aplicarse la eximente incompleta de reparación del daño, pues el ingreso económico fue consecuencia de la adopción de una medida cautelar, sin que conste la existencia de voluntad reparadora.

Ante la invocación del recurrente relativa a la atipicidad de los hechos tras la entrada en vigor del nuevo CPM, señala la sala que, aunque desde entonces no son de aplicación a los miembros de la Guardia Civil los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar, no por ello se han despenalizado las conductas por las que se atenta contra el patrimonio de la Institución, que han quedado ahora sujetas a la jurisdicción ordinaria como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

No obstante, aceptada la competencia de la jurisdicción militar por el procesado, que no recurrió el auto del Juzgado Togado Militar por el que

aceptó la competencia de la jurisdicción militar ni planteó después, una vez vigente el nuevo CPM, declinatoria de jurisdicción, debe mantenerse la competencia de esta, ya que resulta más favorable al reo el delito contra la hacienda en el ámbito militar que el de malversación, cuya aplicación procedería.

## **6. Delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un inferior. Eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber. Tipicidad**

**STS 3-5-2018 (Rc 5/18) ECLI:ES:TS:2018:1811.** Desestima la sala en esta sentencia un recurso de casación interpuesto frente a una sentencia que había condenado al recurrente como autor de dos delitos de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado.

Durante el desarrollo de la guardia de seguridad de una base militar, mientras se pasaba revista al armamento en un cambio de patrulla, a uno de los soldados se le disparó accidentalmente el cartucho de fogeo de su arma reglamentaria. Más tarde, el acusado, cabo primero, reclamó la presencia del soldado que había sufrido el incidente y, encontrándose a solas en un pasillo, tras cerciorarse de que nadie presenciaba los hechos, le dirigió unas palabras, le ordenó ponerse firmes y le dio un golpe en el pecho con sus dos puños, golpe que desplazó al soldado de su posición, pero que no le provocó lesión ni exigió asistencia médica.

Más tarde, a diversas horas de la madrugada, el cabo primero puso al mismo soldado, acompañado de otro, a los que luego se unió un tercero, a realizar ejercicios de reconocimiento a paso ligero, ejercicios de «orden cerrado» y de «orden de combate». A la mañana siguiente, una vez realizado el relevo de guardia, otro de estos soldados volvió al cuerpo de guardia por haber olvidado parte de su equipo personal, en concreto los cargadores. Ante esta situación, el cabo primero le exigió que le acompañara al despacho del jefe de guardia y, cuando se encontraban a solas, le golpeó en el pecho con los dos puños cerrados, desplazando al soldado de su posición de firmes, sin que este sufriera lesión, tras lo que el cabo primero le dijo que lo hacía por su bien.

Al abordar el motivo de casación relativo a la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre la posible concurrencia de la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, señala la sala que el mantenimiento de la disciplina no autoriza el empleo de cualquier medio. Ningún precepto relativo a las obligaciones de los miembros de las Fuerzas Armadas admite los malos tratos como forma de mantener la disciplina, ya que esta se mantiene y garantiza mediante la aplicación de la ley disciplinaria y el CPM, sin que esté permitido el empleo de medios antijurídicos o procedimientos que vulneren derechos que asisten a todos los ciudadanos cualquiera que sea el lugar o situación en que se encuentren.

En cuanto a la tipicidad de la conducta, recuerda la sala que los bienes jurídicos que la norma protege son la disciplina, la dignidad personal y el bienestar corporal del ofendido, de forma que constituye la acción típica toda agresión física susceptible de causar perturbación en la incolumidad de una persona, con o sin menoscabo de su integridad, salud o capacidad, si la agresión proviene de un superior y el hecho se produce en un contexto no

ajeno al servicio prestado por ambos en las Fuerzas Armadas, circunstancias que concurren con la entidad suficiente para incardinar los hechos en el tipo penal apreciado.

#### **7. Delito de acoso laboral o profesional. Sobreseimiento definitivo. Tipicidad**

**STS 20-6-2018 (Rc 7/18) ECLI:ES:TS:2018:2336.** Desestima la sala el recurso de casación interpuesto frente a un auto de sobreseimiento definitivo y total en la causa abierta contra un cabo primero por un presunto delito de acoso laboral, al entender el tribunal de instancia que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito.

El recurso se apoya en la vulneración del art. 24.2 de la Constitución en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, al haberse denegado en el sumario las pruebas propuestas por el recurrente relativas a las declaraciones del denunciado y del psiquiatra que había redactado el informe incorporado a la denuncia.

Entiende la sala que para examinar la corrección de la denegación de prueba acordada resulta necesario analizar los elementos del tipo penal denunciado. Desbrozado el contenido del art. 48 del nuevo CPM, declara la sala que el subtipo de acoso laboral requiere como acción típica la realización de conductas consistentes en amenazar, coaccionar, injuriar, calumniar o atentar de modo grave contra la intimidad de una persona o contra su dignidad –sea personal o relativa a su consideración en el trabajo-, mediante actos que impliquen humillación u hostilidad, de forma que degraden a la persona y que tengan la finalidad de causarle perjuicios en su trabajo o profesión.

Tras el análisis de los elementos objetivos del tipo, el órgano de casación considera que los hechos denunciados no se incardinan en él, lo que justifica la denegación de las pruebas solicitadas, por carencia de objeto y, en consecuencia, la corrección del sobreseimiento.

#### **8. Extralimitación en el ejercicio del mando en su modalidad de exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando. Abuso de autoridad en su modalidad trato degradante. Tipicidad**

**STS 20-6-2018 (Rc 6/18) ECLI:ES:TS:2018:2402.** Desestima la sala el recurso de casación interpuesto por el procesado frente a la sentencia que lo condenaba como autor de un delito de extralimitación en el ejercicio del mando en su modalidad de exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando y de otro de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante y estima el promovido por la acusación particular ejercitada por la víctima del segundo delito en cuanto a la indebida aplicación por el tribunal de instancia de la atenuante de reparación del daño, estimación esta última que acuerda con el voto particular discrepante de un magistrado, al que se adhiere otro.

Al margen de los razonamientos de la sentencia relativos a otros motivos casacionales, merecen especial consideración los atinentes a la infracción de ley penal sustantiva en lo que atañe a los elementos de los tipos delictivos por los que fue condenado el procesado.

En el extenso relato de hechos probados de la sentencia de instancia se hace referencia, por una parte, a la elevada consideración y máxima confianza de que gozaba el teniente acusado entre sus mandos y, por otra, al doble comportamiento que tenía con el personal militar que le estaba subordinado, con quien, de forma ostensible, mantenía una elevada exigencia y disciplina, pero, de forma velada, combinaba muestras de confianza con la demanda de prestaciones al margen del servicio y la solicitud de favores personales que formulaba como si se tratara de pruebas de lealtad o exigencias del servicio, cuyo cumplimiento conseguía a través de insinuaciones, sugerencias o apercebimientos directos de causar a sus inferiores perjuicios profesionales, instaurando, con todo ello, un régimen de poder basado en la dominación y sumisión sistemática de sus subordinados, si bien, ejercida de forma sutil para impedir su detección por la superioridad.

En dicho contexto, la sentencia recurrida describe dos concretos episodios que dieron lugar a la acusación por los dos tipos delictivos por los que el procesado fue condenado.

En relación con el relativo al delito de extralimitación en el ejercicio del mando, la sentencia de instancia refiere, en síntesis, que el acusado, actuando en el ejercicio del mando que ostentaba respecto de un soldado que le estaba directamente subordinado, le ordenó que se presentara en su despacho un domingo a las 24:00 horas para reprenderle por lo que consideró una falta de respeto, al haberle preguntado su subordinado sobre el porqué del cambio de la orden recibida esa misma tarde en cuanto a la hora en que debía pasar a recogerlo en su domicilio para trasladarlo en coche de servicio oficial. Una vez en el despacho del oficial, este comunicó al soldado su decisión unilateral de tenerlo por cesado en la comisión de servicios que desempeñaba bajo sus órdenes directas, que estaba arrestado y que iba a ser detenido por la policía naval e ingresado en prisión, manteniéndolo allí retenido, por su mera decisión, durante tres horas y media, sin que se llegara a hacer efectivo el arresto anunciado por el superior. Durante este tiempo, el teniente amenazó a su subordinado con arruinar su carrera militar, conminándole a que rompiera la relación con su novia, cuya influencia consideraba negativa para el soldado, llegando a afirmar que se serviría de sus contactos para que esta fuera despedida del puesto de trabajo que desempeñaba en una empresa privada.

De este relato probatorio también forma parte la afectación que al soldado produjo la actuación de su superior, ocurrida en presencia de otros dos soldados convocados por el acusado para que presenciaran los hechos, y el desenlace que tuvieron, en cuanto a la depresión que produjo el episodio al afectado, quien, a propuesta del teniente, cesó en la comisión de servicios que venía desempeñando y acabó renunciando a formar parte de las Fuerzas Armadas.

Entiende la sala que la conducta descrita se incardina en el tipo penal apreciado. La reacción del teniente, que afirma encaminada a restablecer la disciplina, fue caprichosa, desproporcionada y fruto del mero voluntarismo de su autor, que, en todo momento, se condujo al margen de cualquier uso racional y legítimo de las facultades propias del mando. Continúa señalando la sala cómo en el episodio descrito están presentes actos coactivos, amenazadores y de privación de libertad injustificada durante tres horas y media, en día festivo y horario nocturno, lo que constituye una actuación

arbitraria y abusiva del mando. Así, recuerda la sala que el bien jurídico que la norma protege radica en asegurar un ejercicio razonable y ponderado del mando militar, uso responsable a través del que han de articularse las relaciones entre los militares, equilibradas dentro del mutuo respeto que se deben superiores e inferiores en el empleo militar, sin perjuicio de la relación de jerarquía que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas.

En cuanto a la alegación de la defensa referida a que el acusado intentó corregir la indisciplina de su subordinado de la forma que menos perjuicio le causara, señala la sala que con ello se insiste en la concepción arbitraria del ejercicio de las potestades que corresponden por razón del mando, ya que la corrección de los hechos con relevancia disciplinaria cometidos por los subordinados en la relación jerárquica militar solo se puede producir en términos reglados conforme a la normativa disciplinaria, ya que las vías de hecho no están autorizadas por el ordenamiento jurídico.

En relación con el delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, el relato fáctico de la sentencia recurrida describe una sucesión de hechos acontecidos durante un desplazamiento de varios días realizado en un viaje oficial, consistentes en los reiterados requerimientos de contenido sexual realizados por el teniente acusado a uno de los soldados que acompañaban a la comitiva oficial, consistentes en varios mensajes telefónicos en los que le requería, bajo amenaza de causarle perjuicios profesionales, para que le remitiera fotografías de su pene, en que le enseñara el pene mientras conducía el vehículo oficial, como una muestra de lealtad, en diversos mensajes telefónicos en los que le pedía que le fijara precio por los favores sexuales que pudiera hacerle, y que concluyeron en el requerimiento del teniente para que el soldado acudiera a su habitación del mismo hotel en que se alojaban para masturbarse en su presencia. Refiere la sentencia también la sensación de humillación, vergüenza y ansiedad experimentada por el soldado, que fue compartida con otros compañeros.

No comparte la sala la banalización con la que se ponderan estos hechos por la parte recurrente, que entiende que no colman la gravedad que exige el delito de trato degradante. Antes al contrario, considera la sala que se trata de un grave atentado a la dignidad y libertad sexual de la víctima, conducta calificada como degradante conforme a reiterada jurisprudencia y que, además, merece una muy negativa valoración al haberse producido en el seno de las relaciones jerárquicas entre un oficial de las Fuerzas Armadas y un soldado que directamente le estaba subordinado, supuesto en el que reviste aún mayor reproche la conducta, al haberse prevalido su autor de la superioridad propia de una organización intensamente disciplinada, lo que permite calibrar en toda su dimensión el desvalor de la conducta, que se inscribe en un más que anómalo ejercicio del mando.

## **II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO**

### **1. Derecho a un proceso con todas las garantías. Imparcialidad de la autoridad sancionadora**

**STS de 25-7-2017 (Rc 124/16) ECLI:ES:TS:2017:3104.** Aborda la sala en esta sentencia cuestiones relacionadas con el derecho a un proceso con

todas las garantías y con la imparcialidad de la autoridad sancionadora, desestimando, con el voto particular discrepante de dos magistrados, el recurso de casación interpuesto por un oficial que había sido sancionado como autor de una falta leve de inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas, como consecuencia de haber extendido a los civiles españoles que tenían consideración de civiles OTAN la posibilidad de acceder a una fiesta organizada para el personal militar destinado en un determinado contingente de la OTAN en el extranjero.

En su recurso de casación, el recurrente adujo una supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que el coronel que le impuso la sanción ya le había impuesto previamente otra por los mismos hechos, sanción que fue posteriormente anulada en vía administrativa.

Analiza la sala, en primer lugar, el alcance y límites de la imparcialidad exigible a la autoridad administrativa, señalando que no puede pretenderse que el órgano llamado a resolver un expediente administrativo goce de las mismas garantías de imparcialidad que la que resulta exigible a los órganos jurisdiccionales cuando ejercen la jurisdicción, sino que basta con que actúe con objetividad, es decir, desempeñando sus funciones con desinterés personal, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y del sometimiento a posterior revisión judicial de la sanción impuesta.

Y señala, a continuación, que en el supuesto enjuiciado no se aprecia infracción alguna de las garantías de imparcialidad que asisten al encartado. Así, aunque mediante la articulación de un recurso de alzada el recurrente había conseguido la revocación, por motivos formales, de la sanción que le había sido inicialmente impuesta, ello no anula la competencia de la autoridad sancionadora para examinar nuevamente los hechos y valorar la procedencia de que los mismos merezcan reproche disciplinario ni merma la necesaria objetividad del mando sancionador en el desempeño de sus funciones. Por lo tanto, una vez anulada la sanción inicialmente impuesta por motivos formales, procede la retroacción del procedimiento al momento de cometerse la infracción, lo que no lleva aparejada la modificación de la competencia del órgano que dictó la resolución inicial ni la composición personal del órgano, que ha de subsanar el defecto procesal apreciado y resolver la cuestión de fondo imprejuizada en el recurso.

## **2. Derecho a la libertad de expresión. Derecho al juez imparcial. Improcedencia de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE por la doctrina del acto claro**

**STS de 23-11-2017 (Rc 22/17) ECLI:ES:TS:2017:4302.** La sala desestima, con el voto particular discrepante de un magistrado, el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central que, a su vez, desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido frente a las sanciones que habían sido impuestas a un oficial del Ejército de Tierra como autor de dos faltas graves, una consistente en «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina o a través de medios de comunicación social» y otra consistente en «emitir expresiones contrarias [...] a las Fuerzas Armadas [...]».

Con ocasión de la publicación de un libro crítico sobre temas militares, su autor efectuó en diversos medios de comunicación digitales distintas

declaraciones sobre las Fuerzas Armadas, sus mandos y la jurisdicción militar, a través de las que se estimó, tanto en el ámbito administrativo sancionador como en el jurisdiccional de instancia, que su emisor había incurrido en las infracciones disciplinarias graves por las que fue sancionado.

Lo especialmente relevante del recurso de casación promovido, a los efectos de su incorporación en la presente crónica, es la solicitud que el recurrente realiza a la sala para que plantee cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). Concretamente, solicita que se planteen cuatro preguntas: dos de ellas relacionadas con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en relación con el derecho que los militares tienen a la igualdad de trato y a la no discriminación respecto del resto de los ciudadanos de la Unión; las otras dos, relacionadas con el derecho al juez imparcial en el marco de la jurisdicción militar, en la medida en que los tribunales militares españoles y, en especial, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, se integran en parte por militares.

A estas pretensiones da respuesta la sala señalando que la aplicación de la «doctrina del acto claro» determina la improcedencia de la cuestión prejudicial que el recurrente solicita que se plantee al TJUE. Y declara que, al referirse las preguntas pretendidas a derechos fundamentales, su ámbito de protección ha de ser equivalente al ofrecido en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos. En este sentido, recuerda que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas permite el establecimiento de especiales límites a su ejercicio respecto de los militares para proteger el cumplimiento de los fines que están llamados a cumplir. Por otra parte, también pone de manifiesto que la imparcialidad de los tribunales militares solo ha sido cuestionada por el TEDH en supuestos de pérdida de imparcialidad objetiva, lo que no resultó aducido en el recurso, que se limitó a cuestionar todo el sistema constitucionalmente previsto. Y respecto del sistema de justicia militar diseñado en España declara la sala que la jurisdicción militar goza de las garantías constitucionales que se predicán del poder judicial, lo que resulta aún más evidente en la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, integrada en la jurisdicción ordinaria, ejerce el control de legalidad en la aplicación del derecho militar por los tribunales integrados en la jurisdicción militar.

### **3. Falta muy grave consistente en realizar actos que reiteradamente atenten contra la intimidad o la dignidad personal. Desviación de poder. Imparcialidad del instructor. Indefensión. Tipicidad**

**STS de 10-1-2018 (Rc 104/17) ECLI:ES:TS:2018:105.** Desestima la sala el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Militar Central por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido contra a las resoluciones por las que se imponía a un alférez cadete la sanción de resolución de compromiso y, como consecuencia, su baja en la Academia General Militar, la pérdida de la condición de alumno y del empleo militar alcanzado, al considerarlo autor de una falta muy grave consistente en realizar o tolerar actos que de forma reiterada atenten contra la intimidad o la dignidad personal.

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida describe una pluralidad de actos realizados por el recurrente, normalmente junto con otros compañeros, en perjuicio de otro caballero cadete, que, denigrado por ellos y viendo afectado su ritmo de estudio y concentración, permanecía el menor tiempo posible en su camareta.

En síntesis, describe la sentencia de instancia cómo el recurrente: (1) registró en reiteradas ocasiones el armario de la víctima, sus maletas y escritorio, revolvió sus pertenencias personales, le cogió alimentos, le rellenó con yogur su caja de maniobras para portar objetos frágiles y le anudó el calzado o la ropa deportiva para que llegara tarde a las clases de educación física; (2) le mojó de forma habitual con la manguera de ducha del cuarto de baño el colchón, la ropa de dormir y de cama y el albornoz, con la intención de que estuviera mojado mientras dormía, lo que le provocó lesiones cutáneas en abdomen, espalda y nalgas; (3) le propinó, al menos en diez ocasiones, golpes con la palma de la mano en la nuca, la cabeza y la cara; (4) le golpeó con patadas y puñetazos tras un incidente provocado por el recurrente al depositar un pañuelo usado sobre el escritorio de la víctima; y (5) le golpeó en el pecho y le propinó un puñetazo en el costado tras un incidente derivado de un choque fortuito, lo que hizo que la víctima fuera asistida de traumatismo en la parrilla costal izquierda.

De entre las diversas infracciones que el recurrente imputa a la sentencia de instancia, resulta relevante la relativa al exceso de atribuciones en que, a su juicio, incurrió la autoridad sancionadora, general jefe de Estado Mayor del Ejército (JEME), al anular la primera propuesta de resolución que le fue elevada por el instructor del expediente para que por este se practicara diligencia complementaria consistente en recabar informe del general director de la Academia General Militar, lo que era preceptivo en atención a la sanción máxima que podía imponerse a la falta muy grave indiciariamente apreciable.

Considera el recurrente que la autoridad sancionadora incurrió en desviación de poder, ya que, con ello, ordenó al instructor que en la nueva propuesta de resolución se reflejaran las conclusiones contenidas en tal informe, exteriorizando así el JEME su discrepancia con los hechos sancionables establecidos por el instructor en su primera propuesta. Y, además, entiende que, al variar en la segunda propuesta de resolución el contenido fáctico esencial del anterior -al incorporar pasajes del informe recabado-, quebró el principio de imparcialidad del instructor y se le causó indefensión.

Entiende la sala que la decisión de anular la propuesta de resolución para que el instructor formulara otra de la que formara parte la sanción consistente en la resolución de compromiso, con la necesidad de recabar el preceptivo informe del director de la Academia General Militar y de tener en cuenta sus conclusiones, fue ajustada a derecho. Con esta decisión, ni se incurrió en desviación de poder, ni resultaron afectadas la debida imparcialidad del instructor y de la autoridad sancionadora ni se produjo indefensión, al ser notificadas al recurrente tanto el acuerdo del JEME como la nueva propuesta de resolución.

En cuanto a la tipicidad de la conducta, considera la sala que el invariable relato de hechos probados, conforme al cual, el recurrente cometió

cinco abusos en un periodo de más de siete meses frente a otro caballero cadete en quien advertía menor capacidad de reacción, se subsumen jurídicamente en la infracción apreciada, al colmar el elemento normativo de la reiteración –en el sentido de haberse repetido al menos tres veces en dos años- y constituir, no actos aislados, sino una verdadera persecución con el designio de denigrar y humillar a la víctima, con aptitud de afectar a su intimidad y dignidad, con independencia del resultado, al consumarse la infracción por la mera actividad del sujeto activo.

#### **4. Falta muy grave consistente en la condena firme por delito. Derecho a la prueba. *Non bis in idem*. Tipicidad. Proporcionalidad de la sanción**

**STS de 24-1-2018 (Rc 83/17) ECLI:ES:TS:2018:165.** Desestima la sala el recurso directo contencioso disciplinario ordinario interpuesto frente a la sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta al recurrente por la ministra de Defensa por considerarlo autor de una falta muy grave consistente en «cometer un delito doloso condenado por sentencia firme relacionado con el servicio o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración y a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica».

El demandante había resultado condenado por sentencia firme como autor de dos delitos de agresiones sexuales cometidos sobre dos menores de edad a las penas de tres y dos años de prisión respectivamente, lo que provocó la apertura del oportuno expediente disciplinario en el que se acordó su separación del servicio.

Entre otros alegatos, invoca el recurrente que resultó vulnerado su derecho de defensa, al haberse rechazado pruebas propuestas que intentaban acreditar una posible causa de inimputabilidad. Declara al respecto la sala que esta denegación no afecta al derecho a la prueba, habida cuenta de la vinculación que en el expediente disciplinario produce la declaración de hechos probados de la sentencia condenatoria firme, condena que constituye un hecho objetivo e irrefutable y que sirve de presupuesto de la infracción disciplinaria.

También rechaza la sala la invocación relativa a la infracción del *non bis in idem*, ya que los reproches penal y disciplinario obedecen a la vulneración de distintos bienes jurídicos protegidos: mientras el reproche penal se impone al recurrente en su condición de sujeto activo de un ilícito penal común, el disciplinario deriva de la especial vinculación entre el funcionario y la Administración, de la que nacen una serie de deberes y obligaciones que resultan infringidos como consecuencia de la condena penal.

En cuanto a la pretensión relativa a la subsunción de la conducta en el tipo disciplinario grave en lugar de en el muy grave, afirma la sala que el abuso sexual a dos menores de edad por el que fue condenado el recurrente, cuya condición de guardia civil era conocida por las víctimas y tuvo trascendencia pública, solo permite incardinar los hechos en la falta muy grave apreciada, no en la grave.

Por último, declara la sala que la naturaleza especialmente reprobable de los delitos cometidos, la gravedad de las penas impuestas y la intensa afectación a la imagen de la Institución justifican plenamente la imposición de la más grave de las sanciones posibles.

## **5. Notificación de la resolución sancionadora. Momento en que debe entenderse realizado el acto de comunicación**

**STS de 29-1-2018 (Rc 97/17) ECLI:ES:TS:2018:191.** Desestima la sala en esta sentencia de pleno, con el voto particular discrepante de un magistrado, al que se adhiere otro, el recurso de casación contencioso disciplinario interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Militar Central por la que se desestimaba el recurso promovido contra la resolución del ministro de Defensa que inadmitía, por extemporáneo, el recurso de alzada interpuesto por un guardia civil frente a la resolución del director general de la Guardia Civil por la que se le había sancionado como autor de una falta grave.

Aborda la sala el conflicto interpretativo relativo al momento en que debe entenderse realizada la notificación de la resolución sancionadora recaída en el expediente disciplinario, a los efectos del cómputo del plazo del posible recurso frente a la misma, cuando, tras haberse efectuado tres intentos de notificación con resultado negativo, en un cuarto caso el expedientado rechaza la recepción de la notificación.

Señala la sala que a pesar de que la resolución sancionadora se pretendió notificar por vía domiciliaria mediante diversos intentos llevados a efecto con resultado negativo los días 5, 6 y 7 de enero, lo que permitiría tener por intentado el trámite de notificación a los efectos de que se practicara por vía edictal conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 de la Ley Orgánica 12/2007, en el relato de hechos probados se pone de manifiesto que, a continuación, el 8 de enero, el guardia civil recurrente, su esposa y una letrado se personaron en la unidad, donde se intentó comunicar de nuevo el contenido de la resolución sancionadora, negándose el guardia civil a firmar el trámite. Afirma la sala que es en este momento, en el de rechazo de la notificación por el interesado, en el que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley Orgánica 12/2007, debe entenderse practicado el acto de comunicación sin que, por lo tanto, fuera ya necesaria la notificación edictal. En consecuencia, concluye que, presentado el recurso de alzada una vez transcurrido el plazo contemplado legalmente a contar desde aquel momento, su rechazo por extemporaneidad resultó ajustado a derecho.

## **6. Falta grave consistente en cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina. Derecho a los medios de prueba. Indefensión. Tipicidad**

**STS de 1-2-2018 (Rc 14/17) ECLI:ES:TS:2018:300.** Estima la sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia por la que se desestimó el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido por el recurrente frente a la resolución por la que se le sancionaba como autor de una falta grave consistente en «hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina».

El recurrente presentó un escrito de alegaciones a su Informe Personal de Calificación (IPEC) realizado con carácter extraordinario con motivo de su cese en un determinado regimiento por haber sido destinado a otro. En dicho escrito puso de manifiesto que el resultado negativo de su informe personal era consecuencia de las represalias recibidas por haber puesto en conocimiento del jefe del batallón y regimiento determinadas irregularidades cometidas por ciertos mandos de la compañía con adicción a la cocaína.

Plantea el recurrente la vulneración de su derecho de defensa, por indebida denegación de prueba durante la tramitación del expediente sancionador.

Recuerda la sala que para apreciar si la denegación de prueba produce un menoscabo real y efectivo en el derecho del recurrente, lo relevante es analizar si la desestimación de sus pretensiones es consecuencia directa de aquella denegación, al recaer sobre una prueba decisiva, pues, en tal caso, tras una aparente resolución judicial fundada en derecho se encubre una efectiva denegación de justicia. Y afirma, a continuación, que el recurrente sufrió una real y efectiva indefensión material en el procedimiento administrativo mediante la denegación de pruebas con las que pretendía acreditar la realidad de ciertos hechos por él denunciados en relación con el consumo de cocaína por determinados mandos, hechos a los que hizo mención en sus alegaciones a su IPEC, alegaciones por las que fue sancionado.

Ahora bien, la sala considera que la consecuencia de la indefensión sufrida no ha de ser la anulación y retroacción del procedimiento, ya que las pruebas interesadas se practicaron en el posterior proceso judicial con un resultado del que se desprende la atipicidad de la conducta del recurrente. Habida cuenta de que uno de los calificadores que elaboraron el IPEC del recurrente era uno de los mandos por él denunciados como consumidores de cocaína, la referencia a tales hechos en sus alegaciones al IPEC no puede calificarse como transgresora de la disciplina, sino como expresión, sin faltar a la verdad, de la posible falta de imparcialidad del IPEC, en el marco del legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

#### **7. Falta grave consistente en cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina. Tipicidad. Derecho a la libertad de expresión**

**STS de 13-2-2018 (Rc 8/17) ECLI:ES:TS:2018:401.** Estima la sala el recurso de casación interpuesto contra a la sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario ordinario promovido frente a la sanción impuesta al recurrente por la autoridad disciplinaria como autor de una falta grave consistente en «cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio».

El recurrente, como portavoz de tráfico de una asociación profesional de Guardias Civiles en el ámbito de una determinada comunidad autónoma, en el curso de una entrevista en una cadena de radio hizo referencia a dos compañeros a los que se había abierto expedientes sancionadores y se había retirado el complemento de productividad como consecuencia de la reducción de sanciones impuestas, lo que, a su juicio, no suponía disminución de productividad, ya que dichos agentes efectuaban las mismas horas en carretera que el resto de sus compañeros y denunciaban lo que observaban, entendiéndolo que la reducción en la imposición de sanciones obedecía a otros factores, como la mejora de la seguridad vial, derivada de una mayor concienciación de los usuarios de la vía, que cumplen más con las normas, como mostraban los datos de descenso del número de muertos en carretera.

El recurrente considera vulnerado el principio de legalidad, al entender que el tipo disciplinario exige que las manifestaciones se produzcan en la prestación del servicio. Sin embargo, la sala entiende que restringir el ámbito

subjetivo del tipo disciplinario únicamente a quien efectivamente presta o ha de prestar el servicio específico respecto del que versan las reclamaciones, peticiones o manifestaciones supone una interpretación errónea del tipo, ya que comportaría dejar sin castigo cuantas reclamaciones se hicieran respecto de otros servicios propios del cuerpo y cuya prestación correspondiera a otros miembros del mismo, por lesivas que fueran a la disciplina.

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión, la sala comienza por reiterar su doctrina sobre las singularidades de su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, recordando que se trasgreden sus límites cuando se emiten juicios de valor, manifestaciones u opiniones de naturaleza crítica que se formulen de modo desconsiderado u ofensivo hacia determinadas personas, autoridades o instituciones o cuando carezcan del comedimiento o moderación que las circunstancias requieran.

Sin embargo, considera la sala que las manifestaciones del recurrente en una entrevista radiofónica en la que reflejaba el acoso laboral sufrido por varios miembros de un determinado destacamento de tráfico de la Guardia Civil, con retirada del complemento de productividad a los guardias que menos denunciaban, no fueron irrespetuosas hacia los mandos y tuvieron la medida necesaria para no quebrantar la disciplina ni poner en peligro el buen funcionamiento del servicio.

#### **8. Falta grave consistente en la emisión de partes del servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen. Falta leve de ausencia o desatención del servicio. Tipicidad**

**STS de 12-3-2018 (Rc 90/17) ECLI:ES:TS:2018:836.** En esta sentencia de pleno estima parcialmente la sala el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido por el recurrente contra la resolución administrativa por la que se le sancionaba como autor de dos faltas disciplinarias, una grave, consistente en «la emisión de partes del servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen», y otra leve, consistente en «la ausencia o desatención del servicio».

El guardia civil recurrente, como jefe de pareja de una de las tres patrullas que tenían nombrado el mismo servicio, asistió a una charla sobre yihadismo a la que fue convocado junto con sus cinco compañeros, y que se desarrolló entre las 9:00 y las 10:20 h del día de los hechos. A la salida de la charla, el cabo primero que tenía encomendado el impulso de los servicios, por indicación del teniente jefe accidental de la compañía, transmitió a los integrantes de las dos patrullas que no eran la del expedientado que a las 10:45 h tenían que estar en el campo de fútbol de la comandancia para atender a una visita escolar que comenzaría a las 11:00 h. Esta orden no pudo ser transmitida en ese momento al expedientado y al guardia auxiliar de pareja, ya que estos, al finalizar la charla, habían acordado hacer la pausa para el desayuno, dirigiéndose el auxiliar de pareja al bar y el expedientado a su pabellón. Acudiendo el cabo primero al bar donde se encontraba el guardia auxiliar de pareja, le transmitió la orden. A las 10:45 h comparecieron en el campo de fútbol cinco de los seis componentes de las tres patrullas, no haciéndolo el expedientado, al que no se había trasladado la orden, por lo que el teniente ordenó al guardia auxiliar de pareja que lo localizase

telefónicamente, lo que no pudo llevarse a efecto en el único intento realizado, al figurar el móvil del expedientado en estado de «apagado o fuera de cobertura». Finalmente, el expedientado compareció en el campo de fútbol a las 11:15 h. En la papeleta de servicio cumplimentada por el recurrente anotó que la charla a la que había asistido acabó, aproximadamente, a las 10:30 h y que a las 10:40 h comenzó su descanso, hasta las 11:10 h.

Analizada la tipicidad de la primera infracción disciplinaria por la que fue sancionado el recurrente, señala la sala que la norma no exige que la conducta de quien emite un informe que no se ajuste a la realidad sea necesariamente inveraz o falsaria en los casos en los que la inexactitud o discordancia de lo informado con la realidad se atribuya no a una clara intención de faltar a la verdad sino a una percepción errónea de lo ocurrido. Del relato de hechos probados se deduce una ligera divergencia de cinco minutos entre la secuencia temporal de cómo ocurrieron los hechos y la ofrecida como aproximada por el recurrente en la papeleta de servicio, de lo que cabe deducir que no concurrió una deliberada consciencia de estar faltando a la verdad, sino un posible error de apreciación, comprensible cuando el conocimiento por el recurrente de la hora exacta en que dio comienzo su descanso no era entonces relevante para él, al no haber sido aún advertido de su necesaria presencia a una hora determinada en otro lugar a prestar otro servicio. En consecuencia, considera la sala que no concurre la falta grave apreciada.

En cuanto a la infracción leve de desatención, entiende la sala que sí concurre, ya que lo que se reprocha al recurrente no es que no concurriera a tiempo al servicio que tenía asignado -pues quedó claro que no se le había comunicado-, sino que se ausentara durante, al menos, cincuenta y cinco minutos, de los que solo treinta estaban justificados por la pausa del desayuno, y que lo hiciera sin llegar a tener disponible su teléfono móvil, lo que le hubiera permitido atender cualquier incidencia sobrevenida en relación al servicio.

#### **9. Falta leve de desatención de un servicio. Responsabilidad del auxiliar de pareja. Tipicidad**

**STS de 22-3-2018 (Rc 117/17) ECLI:ES:TS:2018:1132.** En esta sentencia de pleno, con un voto particular discrepante firmado por dos magistrados y dos votos concurrentes, el primero de ellos firmado por un magistrado y el segundo por dos, desestima la sala el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia por la que se había estimado el recurso contencioso disciplinario militar ordinario formulado por un guardia civil contra la resolución que le había sancionado como autor de una falta leve de desatención de un servicio.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia se limita a señalar que el guardia civil recurrente tenía asignado, como auxiliar de pareja, un servicio de control de alcoholemia de conductores en un determinado punto kilométrico de una carretera. En el mismo punto kilométrico y en el sentido contrario debía prestar servicio al mismo tiempo otra patrulla. Dentro del horario asignado al referido servicio de control de alcoholemia se personó en el lugar un sargento de la Guardia Civil que pudo comprobar que los componentes de ambas patrullas se encontraban en el interior de sus vehículos sin haber montado ninguna señalización y sin estar realizando el control.

El abogado del Estado muestra su disconformidad con la argumentación jurídica de la sentencia recurrida, que, según afirma, parece girar en torno a la idea de que toda la responsabilidad ha de recaer sobre el jefe de pareja, quedando exento de ella, en todo caso, el auxiliar de pareja, en virtud de la debida obediencia.

Señala la sala que en un sistema democrático no cabe la exención de responsabilidad por razón de la obediencia debida, ya que solo existe obligación de obedecer las órdenes del superior que resulten conformes con el ordenamiento jurídico, con la correlativa obligación de desobedecer toda aquella que lo infrinja, ya que no caben mandatos antijurídicos obligatorios.

Ahora bien, afirma la sala que ello no significa que no exista un deber de obediencia jerárquica, deber que concurre entre el auxiliar y el jefe de pareja en cuanto al desarrollo del servicio, ya que es el jefe de pareja, como superior, quien determina su forma de cumplimiento, sin que el auxiliar tenga ninguna capacidad de decisión autónoma al respecto.

Y añade la sala que, aunque, como afirma la Abogacía del Estado, es cierto que en el relato de hechos probados no consta ninguna orden del jefe de pareja al auxiliar para eximir a este de responsabilidad, esa no es la cuestión. La sala entiende que la clave para confirmar la sentencia recurrida por la que se estimó el recurso contencioso disciplinario militar ordinario consiste en que los hechos declarados probados son insuficientes para ser subsumidos en la falta de desatención del servicio impuesta.

Así, afirma la sentencia que únicamente consta en el relato de hechos probados que el sancionado, junto con su jefe de pareja, se encontraba en el interior del vehículo oficial sin prestar ni haber montado el control de alcoholemia que tenían encomendado. Pero añade que determinados aspectos fácticos relevantes y no incorporados al relato de hechos probados no resultan inequívocos en las actuaciones, pues en los antecedentes de hecho de la resolución sancionadora se hizo constar que el vehículo asignado no tenía etilómetro, razón por la que los guardias tuvieron que esperar a la pareja saliente de servicio, que ya había advertido de previos problemas con el suyo, que ellos también tuvieron esos problemas y que intentaron arreglarlos y realizar las comprobaciones oportunas, pero que, al no conseguir que el etilómetro funcionara, decidieron retirar las señales.

Concluye la sala señalando que, en tales circunstancias, la declaración de hechos probados resulta inocua, pues no especifica las razones por las que no se estaba prestando el servicio asignado, de forma que la aplicación al recurrido del principio *in dubio pro reo* exige que no quepa afirmar que se produjo la desatención apreciada.

**10. Obligación de informar verazmente sobre asuntos del servicio. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Principio acusatorio**

**STS 4-6-2018 (Rc 121/17) ECLI:ES:TS:2017:2030.** Estima la sala parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario promovido por el recurrente frente a las resoluciones que lo sancionaban como autor de dos faltas, una consistente en la emisión de informes o partes del servicio que

no se ajusten a la realidad o la desvirtúen y otra consistente en la ausencia del servicio, declarando la nulidad de la sanción impuesta por la primera de ellas.

El recurrente, miembro del Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), dentro del horario previsto en el servicio burocrático administrativo y de desplazamiento para servicio burocrático administrativo que le había sido encomendado, salió del acuartelamiento donde lo prestaba, vistiendo de paisano y utilizando su vehículo particular, y se dirigió a una localidad en la que se entrevistó con el presidente de la comunidad de regantes y con un trabajador de la misma para tratar con ellos una cuestión atinente a la reparación de una tubería de riego que había resultado dañada por unos trabajos realizados en una finca de su propiedad, incluida en la referida comunidad de regantes.

Advertida por el capitán adjunto de la compañía la falta de presencia del recurrente, y tras efectuar diversas indagaciones sobre sus entradas y salidas del acuartelamiento, el superior le ordenó que emitiera un informe sobre las actuaciones efectuadas en la prestación de dicho servicio, informe en el que el recurrente hizo constar el desplazamiento efectuado para entrevistarse con el presidente de la comunidad de regantes, aunque en él incluyó falsamente que la entrevista tuvo por objeto el tratamiento de la problemática de la comunidad de regantes en relación con los aportes de aguas de la Confederación Hidrográfica.

Interpuesto recurso contencioso disciplinario frente a las sanciones impuestas, el tribunal de instancia consideró nulo de pleno derecho el informe de servicio emitido por el expedientado, por haberse exigido con vulneración de sus derechos fundamentales. Sin embargo, no por ello apreció el tribunal sentenciador la nulidad de las resoluciones sancionadoras, al considerar que existían otras pruebas del hecho sancionado totalmente desconectadas del informe, como eran la papeleta de servicio en la que, con anterioridad a la emisión de aquel, el recurrente ya había anotado falsamente el contenido de su entrevista con el presidente de la comunidad de regantes, falsedad también deducida del resultado de dos declaraciones testificales y del informe emitido por otra integrante del SEPRONA.

Comienza la sala por recordar su doctrina sobre la aplicación de los derechos instrumentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en el procedimiento administrativo sancionador, sintetizada en la **STS 8-2-2017 (Rc 116/16) ECLI:ES:TS:2017:430**, de pleno, conforme a la cual, aquellos derechos rigen tanto en las actuaciones predisciplinarias seguidas para el esclarecimiento de los hechos, como, con carácter de defensa preventiva, en los casos en que el deber de informar sobre asuntos del servicio pueda comportar autoincriminación para el obligado a hacerlo, al haber incurrido en hechos con relevancia penal o disciplinaria previamente conocidos por el superior que ordena la emisión del informe o declaración.

Y añade que, una vez que la sentencia de instancia, por aplicación de la anterior doctrina, excluye del acervo probatorio el informe con cuya emisión habían afirmado las resoluciones sancionadoras que se había consumado la falta disciplinaria grave de informes irreales, no es posible afirmar que otros elementos probatorios –como la papeleta de servicio, las declaraciones testificales u otros informes- acreditan la comisión de la infracción, pues viola el

derecho fundamental a la presunción de inocencia la convalidación como prueba de cargo de la practicada en el expediente sancionador con vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa, ya que el tribunal de instancia modifica los términos de la imputación al entender que la falta se consumó, no en el momento en el que el recurrente emitió el informe de servicio que le fue requerido, como consideró la autoridad sancionadora, sino cuando diligenció la papeleta de servicio.