

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. PENAL

1. Delito contra la eficacia del servicio en su modalidad de imprudencia simple
 - Tipicidad
 - Revisión en casación de sentencias absolutorias
2. Delito de ultraje contra el himno nacional
 - Legitimación para recurrir del acusado absuelto
 - Error de hecho en la apreciación de la prueba
3. Delitos de insulto a superior y contra la seguridad vial
 - Prueba de las circunstancias modificativas de la responsabilidad
 - Prueba del estado de embriaguez
 - Tipicidad
4. Delito continuado contra el patrimonio en el ámbito militar
 - Tipicidad
 - Principio de igualdad
 - Principio de legalidad en la aplicación de la pena
5. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar
 - Quebrantamiento de forma por indebida denegación de prueba
 - Efectos de la nulidad de la sentencia respecto del cooperador necesario condenado en firme
6. Presuntos delitos de abuso de autoridad en sus modalidades de maltrato de obra y trato degradante
 - Sobreseimiento definitivo y total
7. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar
 - Ilícitud de la prueba. Doctrina del fruto del árbol envenenado
 - Tipicidad. Continuidad delictiva
 - Motivación en la imposición de la pena

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Sanción de separación del servicio
 - Finalidad correctora en situación administrativa de reserva
2. Falta muy grave de condena firme por delito
 - Incumplimiento de la base subjetiva del tipo: la excedencia sitúa al sujeto fuera del ámbito de la norma disciplinaria
3. Expediente disciplinario que pueda llevar aparejada sanción de separación del servicio
 - Coexistencia con expediente de determinación de condiciones psicofísicas

4. Falta grave de desconsideración con los superiores
Grabación clandestina de conversación mantenida con el mando
5. Presunción de inocencia
Doctrina Murray
Valoración del ejercicio del derecho a no declarar cuando concurre con prueba de cargo objetiva y consistente
6. Cese cautelar de funciones
Carácter preventivo
Imposible quebranto de la presunción de inocencia
Control casacional de las medidas cautelares
7. Presunción de inocencia
Prueba electrónica
Prueba indiciaria
8. Régimen de notificaciones
Notificación al defensor o asesor del interesado
9. Derecho a la asistencia letrada
Condiciones de ejercicio del derecho
Retroacción de actuaciones
Non bis in ídem
10. Falta grave consistente en efectuar peticiones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas
Presunción de inocencia. Valor del parte militar
Libertad de expresión
Tipicidad

En el año judicial 2018-2019 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

I. PENAL

1. Delito contra la eficacia del servicio en su modalidad de imprudencia simple. Tipicidad. Revisión en casación de sentencias absolutorias

STS 30-6-2018 (Rc 14/17) ECLI:ES:TS:2018:2968. A través de esta sentencia, que cuenta con un voto particular discrepante, la sala estima parcialmente uno de los tres recursos de casación interpuestos frente a una sentencia por la que se condenaba al acusado como autor responsable de un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de imprudencia simple, previsto en el art. 77.2 del CPM de 2015. En concreto, se estima el recurso promovido por una de las acusaciones particulares, si bien solo en lo relativo a la indemnización por el daño moral sufrido por la pareja de hecho de la víctima, y se desestiman los recursos de casación interpuestos por el condenado y por otra de las acusaciones particulares.

En el extenso relato de hechos probados de la sentencia de instancia se hace referencia a los antecedentes, preparativos y desenvolvimiento de un ejercicio de búsqueda y rescate de víctimas en aguas rápidas desarrollado dentro del programa de instrucción y adiestramiento del Batallón de Intervención de Emergencias de la Unidad Militar de Emergencias (UME) en el que resultó gravemente lesionado un cabo primero.

Comienza el relato fáctico por describir la normativa aplicable en la organización de una maniobra como la proyectada, con descripción de los apoyos logísticos de todo orden, tanto materiales como personales, especialmente sanitarios, que resultaban necesarios para el desenvolvimiento de los ejercicios, así como el esencial contenido del manual básico que especificaba las medidas a tener en cuenta por los rescatadores en el medio acuático.

A continuación, se refleja cómo el suboficial acusado, en su calidad de jefe accidental del pelotón, dispuso el desplazamiento al lugar donde se iba a desarrollar el ejercicio sin que previamente se hubiera solicitado apoyo sanitario, se hubiera comunicado a ningún centro hospitalario la realización del ejercicio ni acompañara al pelotón ambulancia ni personal sanitario alguno. Se describe, igualmente, cómo el pelotón se dirigió a pie por una pronunciada pendiente hasta el cauce del río, situado a unos 220 metros del lugar en que quedaron estacionados los vehículos, en uno de los cuales quedó depositado el material de apoyo (teléfono y mochila o botiquín de soporte vital básico).

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.

Continúa el relato fáctico por señalar la forma en que comenzó a desarrollarse el ejercicio y cómo durante el mismo, probablemente como consecuencia de haberse enredado con alguna rama oculta por la corriente la cuerda que llevaba cogida al cuerpo en bandolera con un nudo corredizo el cabo primero, quedó este atrapado bajo el agua por un tiempo aproximado de diez minutos hasta que pudo ser rescatado.

Acto seguido, se describen las vicisitudes sufridas para conseguir que el lesionado pudiera ser atendido por los servicios médicos, ante la falta de cobertura para comunicar telefónicamente con el 112, las dificultades sufridas por una ambulancia de soporte vital básico para acceder al lugar y la necesidad de movilizar definitivamente a un helicóptero.

El lesionado sufrió un grave daño cerebral por anoxia (falta de oxígeno) tras ahogamiento, con secuelas irreversibles en diferentes niveles neurológicos en las áreas motoras, sensitivas y cognitivas, que lo llevaron a convertirse en una persona totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida, resultando judicialmente modificada su capacidad de obrar. Por su parte, su pareja de hecho sufrió un trastorno adaptativo que le provocó una incapacidad laboral temporal.

La sentencia de instancia condenó al procesado como autor responsable de un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de imprudencia simple previsto en el art. 77.2 del CPM de 2015, y a que indemnizara en diversas cantidades, con responsabilidad civil subsidiaria del Estado, al cabo primero perjudicado, a sus padres y a su pareja de hecho. Por otra parte, absolvía a otros dos acusados del delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad del art. 159.2 del CPM de 1985, y del de negligencia profesional del art. 160.4 del CPM de 1985 de que alternativamente venían acusados.

Al margen de los razonamientos de la sentencia relativos a otros muy diversos motivos casacionales, merecen especial consideración los atinentes a la infracción de ley penal sustantiva en lo que atañe a los elementos del tipo delictivo por el que fue condenado el acusado y los referidos a la confirmación de la absolución de los otros dos acusados.

La sala desestima el motivo de casación del condenado. Así, declara que la conducta del recurrente, de naturaleza omisiva, estuvo desprovista del deber de cuidado que le era exigible como garante de la indemnidad física de todos los militares que participaban en el ejercicio y que estaban a su cargo: (i) nunca debió permitir que el cabo primero entrara solo en el agua a sabiendas de que iba sin chaleco de rescate y de las difíciles condiciones que presentaba la corriente del río; (ii) nunca debió consentir que lo hiciera, además, de forma irregular, con la cuerda atravesada en bandolera; (iii) en ningún momento debió dejarlo solo, desplazándose aguas abajo y perdiendo la visibilidad del mismo; (iv) debió considerar y ordenar la presencia de un botiquín de soporte vital básico en un lugar cercano a aquel en el que se desarrollaban los ejercicios; y (v) en fin, nunca debió permitir la continuación del ejercicio ante la falta de elementos de seguridad y los riesgos que presentaba el río.

Por todo ello, declara la sala que, conforme al inamovible relato de hechos probados, la conducta del procesado es subsumible en el tipo aplicado, ya que concurren los elementos psicológico y normativo de la imprudencia,

radicados en el deber de prever y en el poder evitar la creación del riesgo, mediante la observación de las reglas de precaución que estaban a su alcance y le eran exigibles.

Por otra parte, recuerda la sala que la concurrencia de la culpa de la víctima –que se ató la cuerda al cuerpo en bandolera- ya fue apreciada por el tribunal de instancia para calificar de simple la negligencia. En cuanto a la fijación de la indemnización, declara la sala que no concurren errores notorios, estando debidamente razonada su moderación debido a la contribución causal de la propia víctima.

En cuanto a las peticiones de condena de los acusados absueltos, recuerda la sala que en casación no cabe revisar la absolución de dos mandos responsables del apoyo sanitario y del control a distancia del ejercicio, pues la apreciación como imprudente de su conducta excede de la mera subsunción jurídica. La estimación de los motivos de casación exigiría una reconsideración del relato fáctico, mediante una nueva valoración probatoria en perjuicio de los acusados absueltos, lo que queda vedado por reiterada doctrina constitucional.

Por último, señala la sala que no cabe aplicar al mando responsable del apoyo sanitario, y que resultó absuelto, el delito del art. 160.4 CPM de 1985, que se le imputaba alternativamente por una de las acusaciones, delito aquel que no exigía resultado, ya que en el CPM de 2015 solo se castiga el incumplimiento por impericia de deberes técnicos si causa grave daño al servicio, norma más favorable al acusado.

2. Delito de ultraje contra el himno nacional. Legitimación para recurrir del acusado absuelto. Error de hecho en la apreciación de la prueba

STS 15-10-2018 (Rc 9/18) ECLI:ES:TS:2018:3462. La sala, con un voto particular discrepante, estima parcialmente el recurso de casación promovido por un guardia civil frente a la sentencia que le había absuelto del delito de ultraje contra el himno nacional por el que había sido acusado, si bien, solo en lo que se refiere al relato de hechos probados contenido en la misma, en el sentido de no tener por acreditada la participación del recurrente en los hechos, sin que, en consecuencia, la estimación parcial afecte al fallo absolutorio de la sentencia recurrida.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el guardia civil recurrente acudió a presenciar en el estadio *Camp Nou* la final de la Copa del Rey de fútbol entre los equipos FC Barcelona y Athletic Club de Bilbao, final que fue presidida por SM El Rey.

Al inicio del partido, ya con la presencia de SM El Rey, al reproducirse por la megafonía del estadio los acordes del himno nacional se produjo una pitada protagonizada por una numerosa parte del público asistente. Durante el desarrollo del partido, el guardia civil acusado, por sí mismo o a través de un tercero, realizó varias fotografías en las que -a salvo de una- aparece como único protagonista, procediendo con posterioridad a colgarlas en su cuenta o perfil personal –configurada en modo público o abierto- de la red social Facebook, junto con comentarios menospreciativos hacia el himno nacional y hacia los sentimientos nacionales.

La publicación de aquellas fotografías y comentarios tuvo una gran difusión en la red social Facebook, siendo, además, difundida por diversos

usuarios de la red a través de Whatsapp, por lo que llegó a conocimiento de sus mandos que, tras realizar las pesquisas de comprobación oportunas, dispusieron la instrucción de la correspondiente investigación.

Al acusado le constaba un antecedente disciplinario desfavorable y, además, tenía incoado expediente disciplinario por los mismos hechos objeto del proceso penal.

Aborda la sala, en primer lugar, la cuestión relativa a la legitimación para recurrir y recuerda la doctrina que permite apreciar legitimación para recurrir en el acusado absuelto cuando la decisión puede causarle algún perjuicio o gravamen. Señala al respecto la sala que, en el supuesto enjuiciado, el recurrente discute la realidad de los hechos reflejados en el relato fáctico de la sentencia -que fue absolutoria por entender que los mismos no eran constitutivos de delito-. Siendo así, y estando en suspenso el expediente disciplinario que tiene abierto por los mismos hechos, entiende la sala que el recurrente ostenta interés legítimo en el recurso, habida cuenta de la vinculación que el relato fáctico de la sentencia penal firme tendría para la autoridad disciplinaria.

A continuación, analiza la sala el motivo referido al posible error de hecho en la apreciación de la prueba, motivo que estima, ya que la sentencia recurrida no toma en consideración la afirmación de la única pericial practicada en las actuaciones, conforme a la cual, resultaba evidente que la fotografía acompañada a la denuncia que dio lugar a la instrucción de la causa fue manipulada y no se correspondía con la original. En sus fundamentos de convicción, el tribunal de instancia no aportó argumentos de peso para rechazar la versión del recurrente relativa a que se había suplantado su identidad en la red, clonando su cuenta de perfil de Facebook y se habían colgado en la nueva cuenta fraudulenta las fotografías y los comentarios menospreciativos, que tilda como falsos. El tribunal de instancia únicamente se apoyó en la admisión de ciertos hechos por el recurrente y en la negativa a declarar en su primera declaración, aunque posteriormente contradijo los hechos en su declaración indagatoria y en el juicio oral.

3. Delitos de insulto a superior y contra la seguridad vial. Prueba de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Prueba del estado de embriaguez. Tipicidad

STS 31-10-2018 (Rc 26/18) ECLI:ES:TS:2018:3681. La sala desestima el recurso de casación interpuesto por un guardia civil frente a una sentencia por la que se le condenaba por sendos delitos de insulto a superior, previsto y penado en el art. 101 del CPM de 1985, y otro conexo contra la seguridad vial, previsto y penado en el art. 379.2 del CP.

Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, en síntesis, son los siguientes:

El guardia civil recurrente, durante la prestación del servicio de patrulla de seguridad ciudadana que tenía encomendado como jefe de pareja y en su turno de descanso, salió del acuartelamiento para tomar un café conduciendo un vehículo oficial, tardando luego aproximadamente dos horas y cuarenta y cinco minutos en volver.

A su regreso, tras estacionar el vehículo en el patio del acuartelamiento, entró en las dependencias del puesto sin mediar palabra con los guardias que se encontraban en el cuarto de puertas y fue directamente al baño. Al cabo de unos cinco o diez minutos, se presentó en el cuarto de puertas el teniente comandante de puesto, que venía preguntando por él, ya que poco antes lo había descubierto en la oficina de atención al ciudadano reclinado sobre la mesa, somnoliento, con olor a alcohol, ojos brillantes, habla pastosa y completamente desorientado. En ese momento, el acusado se personó en la dependencia muy alterado, con evidentes síntomas de haber consumido bebidas alcohólicas y se dirigió al teniente en presencia de otros dos guardias con frases como «si tenía algún problema con él», que «qué le pasaba con él» o «que estaba hasta los cojones», aumentando progresivamente su excitación hasta llegar a llamar al teniente en dos ocasiones «gilipollas» y en una «subnormal», llegando a sacar y depositar con un fuerte golpe sobre la mesa su pistola.

A continuación, abandonó el cuarto de puertas en dirección al patio del acuartelamiento, en el que subió a su vehículo particular y lo desajustó con maniobras bruscas, moviéndolo varios metros con la intención de abandonar con él el puesto, ante lo cual, el teniente y varios compañeros intentaron disuadirlo de que se marchara en ese estado conduciendo, cerrando el portón del acuartelamiento, ante lo que el recurrente, sin desistir de su intención, reiteraba continuamente «que se quería marchar», «que se quería ir al médico», llegando a forcejear con el teniente con el ánimo de abrir el portón, momento en que volvió a dirigirse a su superior en presencia de otros componentes del cuerpo llamándolo «gilipollas» en dos ocasiones.

Una vez que el recurrente abandonó el acuartelamiento por la puerta peatonal, el teniente avisó al equipo de atestados para que pudiera practicarle una prueba de alcoholemia, lo que no pudo llevarse a efecto por no haberlo localizado.

Con posterioridad a los hechos, el acusado comenzó una baja médica por un trastorno mixto adaptativo, del que fue evolucionando desfavorablemente hasta serle diagnosticado un trastorno mixto ansioso depresivo cronicado, con pérdida de aptitud psicofísica para el servicio.

Señala la sala que el relato de hechos que declara probados la sentencia de instancia resulta inamovible y vinculante, al no haberse hecho uso de ninguno de los motivos casacionales que permitirían un eventual cambio del relato fáctico.

Y añade la sala que esa vinculación también alcanza a lo relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que deben estar tan probadas como los mismos hechos. Por ello, afirma que no puede modificarse el *factum* de instancia conforme al cual, el tribunal sentenciador concluye, sin dejar lugar alguno a la duda, que el trastorno diagnosticado al acusado al tiempo del enjuiciamiento no se presentaba cuando cometió los hechos.

En cuanto a la infracción de ley penal sustantiva invocada en lo relativo a la conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la sala recuerda que las pruebas de alcoholemia no constituyen el único medio para acreditar el estado de ebriedad, sino que este puede ser probado por otros medios, como las testificales y las hojas de sintomatología que, en el

caso, resultaron razonada y motivadamente apreciadas por el tribunal sentenciador.

También entiende la sala que el elemento subjetivo relativo a la negativa influencia de la ingesta alcohólica en las facultades psicofísicas necesarias para conducir vehículos de motor sin riesgo para la seguridad vial está razonablemente apreciado y convincentemente explicado por el tribunal de enjuiciamiento. Añade que el delito no exige resultado material ni peligro concreto, sino que se perfecciona con la peligrosidad *ex ante*, o riesgo abstracto para la circulación.

Declara la sala, además, que el patio interior de un cuartel de la Guardia Civil destinado al uso de aparcamiento es espacio apto para cometer el delito, al primar, sobre su naturaleza, el destino al uso público por una colectividad relativamente indeterminada de personas. Y concluye que la acción de aparcar o desaparcar el vehículo, desplazándolo unos metros, colma la exigencia del tipo objetivo.

4. Delito continuado contra el patrimonio en el ámbito militar. Tipicidad. Principio de igualdad. Principio de legalidad en la aplicación de la pena

STS 14-3-2019 (Rc 36/18) ECLI:ES:TS:2019:863. La sala desestima el recurso de casación interpuesto por un capitán del Ejército del Aire frente a la sentencia de instancia por la que se le condenaba como autor responsable de un delito continuado contra el patrimonio en el ámbito militar, en su tipo agravado, previsto y penado en el art. 81.2 del CPM de 2015, a la pena de dos años de prisión.

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida está relacionado con las indemnizaciones por traslado de residencia solicitadas por el recurrente en dos ocasiones, la primera tras la finalización de su periodo de formación en la Academia General del Aire y la segunda, dos años después, con motivo de un nuevo cambio de destino. En ambos casos, el recurrente presentó tres presupuestos de empresas de mudanzas y, una vez aprobado uno de ellos por la administración militar, aportó sendos documentos con apariencia de factura, así como un certificado de recepción del servicio de mudanza por una de las empresas, en uno de los casos, y un fax, manuscrito y firmado por el acusado en que declaraba haber recibido correctamente la mudanza, en el otro, a pesar de que, en ninguno de los dos casos, se llevó a efecto el traslado por las referidas empresas de mudanzas. Sobre la base de tal documentación, la administración militar transfirió al capitán las cantidades de 2.436 y 3.125 euros, respectivamente.

También se declara probado que, en ambas ocasiones, quien proporcionó al capitán los presupuestos de las empresas de mudanzas y los documentos en los que se apoyó la entrega de las indemnizaciones por parte de la administración militar fue un teniente, que resultó condenado, como cooperador necesario, por un delito contra la hacienda en el ámbito militar del art. 189.1 del CPM de 1985, a la pena de tres meses y un día de prisión.

De los catorce motivos casacionales invocados en el recurso, merece análisis el examen que la sala realiza sobre la tipicidad de los hechos, la eventual vulneración del principio de igualdad y la aplicación del principio de legalidad en la imposición de la pena.

Señala la sala que el invariable relato de hechos probados se subsume adecuadamente en el tipo agravado apreciado. La ausencia de ánimo de lucro invocada por el recurrente -como consecuencia de la devolución que luego realizó de las cantidades percibidas- es irrelevante a los efectos de analizar la tipicidad de la conducta, ya que la norma penal protege el deber militar de lealtad e integridad de los recursos puestos a disposición de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de los fines, sin que se esté ante un delito patrimonial de enriquecimiento que requiera del elemento subjetivo del ánimo de lucro, ya que este solo opera para agravar la conducta. El procesado tuvo en su poder durante años las cantidades indebidamente percibidas, de forma que su devolución no puede operar para variar la calificación de un delito ya consumado.

Por otra parte, alega el recurrente que la sentencia impugnada vulnera el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, ya que, aunque él y el teniente se concertaron en la finalidad de beneficiarse con las cantidades recibidas de la Administración, a este se le condenó en concepto de cooperador necesario, pero calificando el delito cometido por él de modo distinto al cometido por el autor -cualificado para el autor, como consecuencia del beneficio económico, y básico, con penalidad reducida, para el cooperador necesario-, lo que permitió que el recurrente fuera condenado a la pena de dos años de prisión mientras que el teniente solo lo fuera a la de tres meses y un día.

Afirma la sala al respecto que -sin perjuicio de lo que más adelante aborda respecto de la aplicación del principio de legalidad en la imposición de la pena-, concurriendo todos los elementos del tipo agravado, el condenado no puede pretender que se le dispense un trato ajeno a la aplicación de la ley penal al amparo de un pretendido principio de igualdad, que solo puede operar dentro de la legalidad.

Por último, analiza la sala en su último fundamento los reproches que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida sobre el distinto trato que le fue dispensado respecto del que obtuvo el teniente condenado como cooperador necesario, al haberse acogido sin crítica alguna los planteamientos de las acusaciones.

En primer lugar, recuerda la sala que la sentencia de instancia solo fue recurrida por el capitán condenado en concepto de autor, por lo que, siendo rechazados todos sus motivos casacionales y no habiendo recurrido el teniente condenado como cooperador necesario, la sentencia recurrida debe ser confirmada en todos sus extremos, al no poder revisar de oficio lo que no fue objeto de impugnación, y menos si se ve afectada la prohibición de la *reformatio in peius*.

Sin embargo, sí señala la sala que las condenas y las penas impuestas no se ajustan a la legalidad.

Por una parte, se condena al recurrente por un delito agravado continuado a menos pena de la prevista: así, la pena prevista en abstracto para el delito continuado del art. 81.2 CPM de 2015 es de dos a diez años de prisión, si bien que, por la continuidad apreciada de la pena, corresponde imponer con carácter imperativo la señalada para el delito más grave en su mitad superior, con lo que el marco penal aplicable iba de seis años y un día a

diez años; concurriendo la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, la pena habría de haber sido impuesta en su mitad inferior; sin embargo, se impuso la pena de dos años de prisión, sin que ninguna de las consideraciones realizadas por la sentencia de instancia para individualizar la pena autorizara imponer pena distinta del marco legal aplicable al tipo elegido por el mismo tribunal al calificar los hechos como delito continuado.

Por otra parte, critica la sala que la sentencia de instancia condene al cooperador necesario por un solo delito en su modalidad básica, al no haber habido aprovechamiento económico, y ello a pesar de que la acusación modificó sus conclusiones provisionales respecto del mismo en el sentido de adicionar la participación del acusado, también como cooperador necesario, en la segunda mudanza. Por ello, señala la sala que, sin perjuicio de que el tribunal de instancia pudiera haber hecho uso de la facultad excepcional prevista en el art. 733 LECRIM, ateniéndose a los propios términos de la acusación, comprensiva de dos delitos en régimen de concurso real, la condena y la pena impuesta, al no haber declarado que procediera la absolución por alguno de ellos, no se ajustan a la legalidad.

5. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar. Quebrantamiento de forma por indebida denegación de prueba. Efectos de la nulidad de la sentencia respecto del cooperador necesario condenado en firme

STS 10-4-2019 (Rc 46/18) ECLI:ES:TS:2019:1207. Estima parcialmente la sala, con un voto particular concurrente, el recurso de casación formulado por un capitán del Ejército del Aire frente a la sentencia por la que se le condenaba como autor responsable de un delito consumado contra el patrimonio en el ámbito militar, previsto y penado en el art. 81.2 del CPM de 2015, a la pena de seis meses de prisión.

Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia tienen también relación con la indebida percepción de una indemnización por traslado de residencia, conseguida mediante la aportación de falsos presupuestos de tres empresas de mudanzas, un documento con apariencia de factura de una de ellas y un certificado de recepción de conformidad de un servicio de mudanzas en realidad no realizado.

En la sentencia resulta también condenado a la pena de tres meses y un día de prisión, como cooperador necesario, el teniente que facilitó al recurrente los documentos que sirvieron de apoyo a la obtención de la indemnización.

La sala estima el motivo casacional basado en el quebrantamiento de forma que autoriza el art. 850.1.º LECRIM como consecuencia de la indebida denegación de una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

El recurrente propuso prueba consistente en la aportación de los acuerdos o sentencias de conformidad dictadas por el propio tribunal de instancia en procesos seguidos por el mismo delito y hechos análogos, en los que la calificación jurídica se refirió al tipo básico, en lugar de al cualificado aplicado al recurrente. El interés en la práctica de la prueba se basaba en la verificación de la aplicación de los principios de legalidad y de igualdad ante la ley. La proposición de prueba fue rechazada en los escuetos términos de no ser útil al esclarecimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento. Formulada la

correspondiente protesta, se reiteró la solicitud al inicio de las sesiones del juicio oral, con iguales rechazo y protesta.

Señala la sala que la prueba propuesta era, en lo esencial, pertinente, posible de practicar, necesaria, relevante e, incluso, indispensable según la finalidad de quiebra del principio de igualdad a que estaba dirigida. En tales condiciones, su rechazo no estuvo justificado con la escueta y errónea motivación de su falta de utilidad en función de los hechos a enjuiciar, pues su objeto era la comprobación de haberse observado los principios de legalidad e igualdad ante la ley.

Afirma la sala que la estimación del motivo comporta la nulidad y retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta para la celebración del juicio oral con distinta composición, estándose a lo resuelto en la instancia respecto del coacusado no recurrente, al que la sala declara que no puede alcanzar la nulidad declarada, por ser firme su condena.

Es sobre los efectos de la nulidad de la sentencia casada sobre lo que versa el voto particular concurrente.

Se afirma en él, con carácter principal, la posibilidad de que, tras la anulación de la sentencia, se aportaran los documentos denegados –que, por tratarse de sentencias firmes, constituyen prueba plena- para que, previo traslado de su contenido a las partes, pudieran ser tomados en consideración por el tribunal de instancia, que, con la misma composición, habría de dictar sentencia sin necesidad de nuevo enjuiciamiento, y ello por obra del principio general de conservación de las actuaciones procesales no afectadas por la nulidad.

Subsidiariamente, el voto sostiene que los efectos de la anulación de la sentencia y de la vista del juicio oral habrían de tener carácter total, comprensivo de la situación de los dos acusados que, por tratarse de autor y partícipe del mismo hecho, habrían de ser ambos objeto de nuevo enjuiciamiento, ya que entre ellos existe una vinculación difícil de escindir, pues el mantenimiento de los hechos probados y fundamentos de la condena del cooperador necesario podrían predeterminar la del autor.

6. Presuntos delitos de abuso de autoridad en sus modalidades de maltrato de obra y trato degradante. Sobreseimiento definitivo y total

STS 10-4-2019 (Rc 45/18) ECLI:ES:TS:2019:1208. Estima la sala íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y parcialmente el promovido por la acusación particular frente al auto de sobreseimiento definitivo y total acordado por el tribunal de instancia en un sumario seguido contra un sargento primero, como autor de los presuntos delitos de abuso de autoridad en sus modalidades de maltrato de obra y de trato degradante y contra dos soldados, en su calidad de cooperadores necesarios de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante.

En los antecedentes de la sentencia, la sala resalta que en el auto de procesamiento se reflejaban indicios suficientes para establecer determinados comportamientos provocados por el sargento acusado para con el soldado denunciante, a quien aquel llamaba, de forma habitual y ante el personal de tropa, «patatero», dirigiéndole expresiones como «patatero, ven aquí, a la

derecha de tu amo» o «patatero, ponte a la derecha de papá», riéndose de él y ridiculizándolo por su forma de correr o de andar, diciéndole que «cuando andaba parecía que esquiaba», «que tenía el cuerpo raro» o que «estaba mal hecho», comentarios que provocaban risas entre el personal de tropa hasta el punto de que acabó siendo llamado de forma generalizada con tal expresión, llegando a utilizarse su nombre para identificar los casos en que alguien cometía un fallo importante en el trabajo.

Asimismo, resalta la sala que el auto de procesamiento reflejaba indicios de otros comportamientos vejatorios realizados por el sargento, en una ocasión mediante burlas sobre la forma en que podría hacer el acto sexual con su novia o mediante referencia a que «las tías que se sacan fotos tirando besos –como aparecía la novia del soldado en una de ellas- parecen putillas». También el auto de procesamiento hacía mención a los indicios de que el sargento, en más de una ocasión, hubiera podido propinar al soldado denunciante un golpe en el pecho.

Por otra parte, el auto de procesamiento reflejaba los indicios de la confección por parte de dos soldados de una canción relativa al soldado denunciante, realizada en tono de burla, en la que se incluía una imitación de su voz.

Respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, apoyado en el único motivo de infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, aborda la sala, en primer lugar, el problema de su legitimación, señalando que está legitimado para denunciar la vulneración de derechos fundamentales por una resolución judicial, no solo en defensa de los derechos de la víctima, sino también, de forma directa, como parte que es del proceso en defensa del interés público.

A continuación, recuerda la sala que para analizar la procedencia del sobreseimiento debe examinarse si concurren presupuestos suficientes para sustentar una acusación razonable porque en los hechos concurren con carácter indiciario las condiciones para sostener de modo no ilógico un provisional juicio de tipicidad.

Y, aplicando tal doctrina al caso concreto, la sala señala que los hechos investigados ponen de manifiesto una serie de comportamientos del sargento acusado para con el soldado denunciante que entrañan: (i) vejaciones y humillaciones en presencia de sus compañeros, reveladoras de una situación hostil sistemática capaz de socavar la propia estima de la víctima, denigrándola y menoscabando gravemente su integridad moral o dignidad; (ii) varias agresiones físicas consistentes en golpes en el pecho con el puño cerrado cuando ordenaba a la víctima ponerse firmes delante de sus compañeros.

Afirma la sala que tales hechos pueden subsumirse indiciariamente en algunos de los tipos penales reflejados en el auto de procesamiento, por lo que entiende que lo razonable es la continuación del procedimiento respecto del suboficial acusado.

En cuanto a la conducta de los soldados acusados como cooperadores necesarios entiende la sala que no es constitutiva, ni aun indiciariamente, del delito imputado, sin perjuicio de su posible trascendencia disciplinaria.

7. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar. Ilícitud de la prueba. Doctrina del fruto del árbol envenenado. Tipicidad. Continuidad delictiva. Motivación en la imposición de la pena

STS 28-5-2019 (Rc 19/18) ECLI:ES:TS:2019:1664. Desestima la sala, en sentencia de pleno, los recursos de casación interpuestos por la Fiscalía Togada y por la representación procesal de dos tenientes coroneles frente a la sentencia de instancia que los había condenado como autores responsables de un delito consumado y continuado contra el patrimonio en el ámbito militar, previsto y penado en el art. 83 del CPM de 2015, en relación con el art. 441 del CP, a las penas de dos años de prisión.

En apretada síntesis, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida señala que los dos acusados, mediante concierto previo, facilitaban, a cambio de ventajas económicas -en efectivo y en especie-, información y asesoramiento a determinados empresarios sobre los procesos de licitación de los que tenían conocimiento por razón de sus cargos en los órganos de contratación del Ministerio de Defensa.

De los diversos motivos de casación invocados por la defensa de los condenados, merecen especial análisis los referidos a la solicitud de nulidad de todo lo actuado en la causa, como consecuencia de la nulidad o invalidez de la grabación de una conversación realizada por uno de los interlocutores, y a la tipicidad de los hechos.

En cuanto al primero de ellos, la sala, con cita de numerosa jurisprudencia del TC y de la Sala Segunda del TS, examina las doctrinas del fruto del árbol envenenado y del descubrimiento inevitable, haciendo hincapié en la necesidad de precisar, en el caso concreto, la denominada «conexión de antijuridicidad», es decir, el grado de vinculación existente entre la prueba ilícita y el resto del material probatorio.

Tras este análisis, la sala concluye que, a la vista de la extensa fundamentación de convicción de la sentencia recurrida, la intervención telefónica acordada en el curso de la causa y el resto de las pruebas de que se valió el tribunal de instancia se produjeron con la regularidad necesarias para ser tenidas en cuenta, sin que repercuta en ellas la nulidad de la grabación de una conversación realizada por uno de los interlocutores, por ser ajenas a la misma.

En cuanto a la tipicidad de las conductas reflejadas en el relato de hechos probados, entiende la sala que se subsumen adecuadamente en el tipo penal aplicado. Aunque el tribunal de instancia condenó por un delito consumado y continuado del art. 83 del CPM de 2015, en relación con el art. 441 del CP, señala la sala que su decisión ha de moverse dentro del marco del recurso delimitado por las partes –que se contrae al encaje de los hechos en el primer inciso del art. 83 del CPM, en el que no se hace referencia al asesoramiento o ejercicio de actividad profesional realizada por la autoridad o funcionario público en relación con los asuntos en que haya intervenido o deba intervenir, a que se refiere el art. 441 del CP-.

Afirma la sala que el delito alcanza realidad por el mero hecho de que un militar, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses, lo que quiere decir tanto como hacer alguna diligencia para conseguir un provecho o

ganancia en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar, sin que ni siquiera sea preciso que el autor consiga el provecho perseguido ni que la Administración resulte económicamente perjudicada, al tratarse de un delito de mera actividad.

En dicha descripción encajan las conductas desplegadas por los acusados que, en todo caso, obtuvieron una ventaja económica, en metálico o en especie, por los servicios prestados, como retribución por la información que facilitaban a las empresas, y de la que eran conocedores por razón de los destinos que ocupaban en los órganos de contratación del Ministerio de Defensa.

En cuanto a la continuidad delictiva, señala la sala que a pesar de que la sentencia de instancia no describe el plan preconcebido -con dolo conjunto y unitario- que se exige para apreciar la continuidad delictiva, su falta de apreciación supondría la constatación de una pluralidad de acciones susceptibles de ser calificadas como delitos independientes, y penados como tales, lo que significaría un empeoramiento de la situación de los recurrentes.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal recurre la sentencia por infracción de ley en lo que respecta a la cuantía y número de las penas, ya que, a juicio de la Fiscalía Togada, la sentencia de instancia descartó indebidamente la imposición de la pena de pérdida de empleo que el art. 83 del CPM de 2015 autoriza a imponer como añadida a la privativa de libertad.

Comienza la sala, al examinar el motivo, por afirmar que el control que le corresponde respecto de la pena impuesta se ciñe a examinar su legalidad y si su extensión es o no manifiestamente irrazonable o arbitraria, lo que permite centrar su análisis en el grado de motivación empleado por el tribunal de instancia para fundamentar la pena impuesta, dentro del margen de arbitrio otorgado por la ley. Y, en el caso concreto, concluye la sala que la extensión de la pena impuesta no carece de motivación, añadiendo que el art. 83 del CPM de 2015 otorga al tribunal sentenciador la facultad de imponer la pena de pérdida de empleo, por lo que su no imposición no exige plus de motivación.

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Sanción de separación del servicio. Finalidad correctora en situación administrativa de reserva

STS 5-7-2018 (Rc 133/17) ECLI:ES:TS:2018:2640. Desestima la sala el recurso contencioso disciplinario ordinario interpuesto por un guardia civil frente a la resolución dictada por la ministra de Defensa por la que se le imponía la sanción disciplinaria de separación de servicio como 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, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica».

Al haber sido condenado el recurrente como autor de un delito contra la salud pública, reitera la sala su doctrina sobre la naturaleza del delito cometido y sobre cómo resulta especialmente ominoso que uno de los miembros de un Instituto que tiene encomendada la represión del tráfico ilegal de drogas sea condenado, precisamente, por uno de esos delitos. También reitera cómo la comisión de estos delitos, además de lesionar el bien jurídico de la salud,

afecta gravemente al crédito e imagen de la Institución y causa grave daño a los ciudadanos, circunstancias, todas ellas, que permiten ratificar la proporcionalidad de la sanción impuesta.

Sin embargo, lo que hace más relevante esta sentencia es cómo resuelve la sala la pretensión del recurrente de que no le fuera aplicada la norma disciplinaria por encontrarse en la situación administrativa de reserva por edad, al entender que, al no prestar ya servicio activo, la imposición de la sanción disciplinaria no cumpliría su finalidad de corrección.

Declara la sala al respecto que el hecho de que el recurrente se encontrara en la reserva por edad no impide que la sanción de separación de servicio impuesta cumpla su finalidad correctora ni afecta a la tipicidad de la conducta. Así, señala que la corrección de comportamientos a que se refiere el art. 10 de la ley disciplinaria no afecta solo a los concretos servicios encomendados sino, también, al servicio que, en general, corresponde prestar a la Guardia Civil, pues el ilícito disciplinario aplicado tutela el buen régimen, crédito, dignidad y prestigio de la Institución, así como el legítimo interés de la Administración en velar por la irreprochabilidad penal de sus miembros, condición que el recurrente tenía al tiempo de realizar su conducta delictiva y que sigue manteniendo en situación de reserva.

2. Falta muy grave de condena firme por delito. Incumplimiento de la base subjetiva del tipo: la excedencia sitúa al sujeto fuera del ámbito de la norma disciplinaria

En la **STS 12-7-2018 (Rc 94/17) ECLI:ES:TS:2018:2762** también aborda la sala un problema relacionado con la situación administrativa del recurrente, en este caso, la de excedencia voluntaria por interés particular en la que se encontraba en la fecha en la que ganó firmeza la sentencia de conformidad por la que se le condenaba como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud.

Estima en este caso la sala el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario ordinario del recurrente frente a la sanción de suspensión de empleo por tres meses que le había sido impuesta en alzada por el director general de la Guardia Civil.

La sala declara que la falta consistente en la condena en virtud de sentencia firme por delito doloso se perfecciona en el momento de la firmeza de la sentencia penal. Y añade que cuando el recurrente fue condenado por una sentencia de conformidad, que causó firmeza en su misma fecha, se encontraba en situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.3 del Real Decreto 1429/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera del cuerpo de la Guardia Civil y de situaciones administrativas del personal de dicho cuerpo, no le era aplicable el régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Por lo tanto, la sala entiende que la subsunción de los hechos en la infracción apreciada vulnera el principio de legalidad, al no concurrir la base subjetiva del tipo, consistente en que el sujeto activo estuviera dentro del

ámbito de aplicación de la normativa disciplinaria al tiempo de alcanzar firmeza la condena.

La sentencia de instancia entendió que, aunque no pudiera abrirse expediente disciplinario al recurrente mientras estuvo en situación de excedencia voluntaria, una vez retornado al servicio activo podía serle incoado por hechos cometidos cuando no estaba vinculado al régimen disciplinario de la Guardia Civil siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de la falta. Sin embargo, la sala considera que esta conclusión es contraria al principio de legalidad, que exige que el recurrente hubiera podido saber que de su conducta contra la salud pública por la que fue condenado podrían derivarse responsabilidades disciplinarias, lo que, de acuerdo con la lógica, no puede sostenerse si al ser condenado estaba desvinculado del cuerpo.

3. Expediente disciplinario que pueda llevar aparejada sanción de separación del servicio. Coexistencia con expediente de determinación de condiciones psicofísicas

Al igual que las dos anteriores, la **STS 13-12-2018 (Rc 43/18) ECLI:ES:TS:2018:4242**, en la que también se aborda un recurso relacionado con una infracción disciplinaria de condena firme por delito doloso, analiza una cuestión procesal relevante, en este caso la relativa a la posible coexistencia entre la tramitación de un expediente disciplinario que pueda llevar aparejada la sanción de separación de servicio y la de un expediente para la declaración de inutilidad permanente para el servicio.

La sentencia desestima el recurso contencioso disciplinario ordinario interpuesto frente a la sanción de separación de servicio impuesta por la ministra de Defensa por la comisión de una falta muy grave de condena por delito doloso, en concreto, por la condena por dos delitos de abusos sexuales y uno de agresión sexual a menor de 16 años.

Denuncia el recurrente actuación fraudulenta de la Administración sancionadora, que le instruyó expediente para determinar insuficiencia de condiciones psicofísicas, expediente en el que se acordó la interrupción del plazo de los trámites sucesivos hasta la finalización del procedimiento penal para que, en caso de que en este recayera sentencia absolutoria o se impusiera pena que no implicara la pérdida de la condición de militar, continuara luego su tramitación. Considera el recurrente que concurre voluntad defraudadora de la Administración cuando, tras la sentencia dictada en el proceso penal, se le impuso la sanción disciplinaria sin tener en consideración la existencia de aquel expediente de determinación de sus condiciones psicofísicas.

Entiende la sala que no concurre proceder fraudulento alguno por parte de la Administración. Y para alcanzar tal conclusión señala que la coexistencia de expediente disciplinario que pueda llevar aparejada sanción de separación de servicio con expediente para declaración de inutilidad permanente para el servicio exige atribuir prioridad al primero, archivándose provisionalmente el segundo a resultas de aquél, pues la eventual pérdida de aptitud psicofísica para el servicio haría imposible proyectar las consecuencias previstas por la ley para la sanción disciplinaria impuesta por una conducta desarrollada mientras se ostentaba relación de servicios con la Administración.

4. Falta grave de desconsideración con los superiores. Grabación clandestina de conversación mantenida con el mando

STS 19-9-2018 (Rc 3/18) ECLI:ES:TS:2018:3391. Desestima la sala, con dos votos particulares discrepantes, el recurso de casación promovido contra a la sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto frente a la resolución del ministro de Defensa, confirmatoria enalzada de la sanción de pérdida de destino impuesta por la comisión de una falta grave de «desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones».

El recurrente fue sancionado como autor de la falta grave de desconsideración con los superiores porque, hallándose de servicio, utilizó de forma oculta un mecanismo de grabación audiovisual para captar la conversación entonces mantenida con el capitán jefe de su unidad, que le estaba haciendo una amonestación verbal por irregularidades en la prestación del servicio. Tal grabación fue acompañada por el recurrente a un parte disciplinario por presunta falta grave de abuso de autoridad que atribuía a dicho capitán.

Entiende la mayoría de la sala que grabar -de forma clandestina y sin conocimiento del mando- la conversación mantenida por el recurrente con su superior entraña una falta de confianza ante este demostrativa de una conducta desleal, que es lo que realmente se sanciona. Considera la sala que la infracción y subsiguiente sanción en que incurrió el recurrente viene determinada no por el simple hecho de la grabación sin conocimiento de su superior, sino por el significado y trascendencia negativa que tal conducta refleja respecto a los principios de disciplina y lealtad imperantes en la relación jerárquica militar, incurriendo así en una conducta radicalmente contraria a la dignidad exigible al recurrente como miembro de la Guardia Civil e impropia de su condición, al entrañar una clara manifestación de deslealtad hacia su superior.

5. Presunción de inocencia. Doctrina Murray. Valoración del ejercicio del derecho a no declarar cuando concurre con prueba de cargo objetiva y consistente

STS 8-10-2018 (Rc 12/18) ECLI:ES:TS:2018:3389. Desestima la sala, con un voto particular discrepante, el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia desestimatoria del recurso contencioso disciplinario militar ordinario que se alzaba frente a la sanción impuesta al recurrente como autor de una falta grave consistente en la «comisión de actos que atenten a la dignidad de las instituciones o poderes del Estado, de las Comunidades Autónomas o Administraciones locales, a las personas o autoridades que los encarnan o a sus símbolos».

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el recurrente, guardia civil en situación de reserva, hizo público en la red social Twitter un comentario dirigido a otro usuario de la misma en el que se aludía al subdelegado del Gobierno en la provincia y en el que, de forma a la vez despectiva y jocosa, comparaba sus conocimientos en materia de seguridad con los de una conocida mascota de un club de fútbol. El texto fue escrito con un pseudónimo junto al que figuraba una fotografía del recurrente vestido con un chaleco amarillo de la Guardia Civil y bajo el que se hacía figurar el nombre

del autor del texto de la forma en que los usuarios de la red se identifican en ella. Aunque el texto iba dirigido a otro usuario, era accesible a cualquiera y fue remitido al propio subdelegado del Gobierno.

El recurrente alega vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la presunción de inocencia y se basa en que, a pesar de la ausencia de pruebas de cargo, el tribunal de instancia dio a su negativa a declarar el valor de indicio complementario de la realidad de la conducta sancionada.

Señala la sala que, conforme a la conocida como doctrina Murray, el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, por ello, el hecho de que el encartado se acoja a su derecho a no declarar no puede constituir prueba de cargo. Sin embargo, afirma que cuando existe prueba incriminatoria objetiva y consistente, apta para desvirtuar la presunción de inocencia, la ausencia de aclaraciones por parte del recurrente puede reforzar el valor de convicción de aquella prueba. En el supuesto enjuiciado, la sala considera que el tribunal sentenciador dispuso del suficiente material probatorio: (i) la documental consistente en copia del twitter en el que el recurrente, debidamente identificado, realiza un comentario jocoso en el que alude a la persona del subdelegado del Gobierno de la provincia, comparando sus conocimientos en materia de seguridad con los de la mascota del club de fútbol de la capital de la provincia; y (ii) el parte disciplinario debidamente ratificado ante el instructor del expediente, sin que el expedientado hiciera uso de su derecho a participar en la ratificación acompañado de su abogado. A ello se añade que en su declaración ante el instructor el recurrente se acogió a su derecho a no declarar. En consecuencia, entiende la sala que el tribunal no vulneró la presunción de inocencia, ya que no decidió en situación de vacío probatorio, sino que se apoyó en pruebas objetivamente de cargo, motivando conforme a las reglas de la lógica el proceso deductivo seguido para fijar los hechos probados y su convicción sobre su ocurrencia.

6. Cese cautelar de funciones. Carácter preventivo. Imposible quebranto de la presunción de inocencia. Control casacional de las medidas cautelares

STS 31-10-2018 (Rc 11/18) ECLI:ES:TS:2018:3768. Desestima la sala el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario promovido contra la resolución por la que se acordaba el cese cautelar en sus funciones por periodo de tres meses de la sargento de la Guardia Civil recurrente.

A la recurrente le fue abierto expediente disciplinario como presunta autora de tres infracciones graves: (i) la primera, por la falta grave consistente en «la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil», como consecuencia de la toma, con fines particulares para el pabellón que ocupaba en el acuartelamiento del que era comandante, de fluido eléctrico de las dependencias oficiales, con afectación del funcionamiento de los sistemas informáticos del puesto; (ii) la segunda, por la falta grave consistente en «la grave desconsideración con los subordinados o ciudadanos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas», como consecuencia del despótico, altivo e incorrecto trato dispensado a todos los subordinados del

puesto, así como a los paisanos que se personaban en las dependencias oficiales o con los que se trataba con motivo del servicio; y (iii) la tercera por la falta grave consistente en «la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta», como consecuencia de la colocación de diversos dispositivos electrónicos de seguimiento y localización en los vehículos oficiales sin conocimiento ni autorización judicial ni de sus mandos.

En la orden de proceder se consideró precisa la adopción de la medida cautelar adoptada, como acción inmediata para mantener la disciplina y evitar que se siguiera produciendo un grave perjuicio a la imagen de la Institución.

Frente al motivo casacional referido a la arbitrariedad de la decisión judicial de instancia por vulneración de los principios de presunción de inocencia y falta de motivación, señala la sala que la actuación disciplinaria consistente en la adopción de medidas cautelares es preventiva, se basa en indicios, no en pruebas, lo que impide argumentar el quebranto de la presunción de inocencia. Y añade que esta solo puede ser menoscabada cuando la adopción de la medida fuera tan desproporcionada o irrazonable que su desmesura la hiciera arbitraria, perdiendo su carácter meramente asegurador para transformarse en sanción impuesta de plano.

Recuerda la sala que el control casacional de la adopción de medidas cautelares consiste en verificar si concurren los elementos que la autorizan, si se han observado los componentes reglados del acto -o si, por el contrario, la medida se ha adoptado por mera discrecionalidad- y, por último, si se ha justificado el acuerdo mediante motivación razonable.

La verificación de este análisis sobre el supuesto sometido a enjuiciamiento permite a la sala afirmar que la medida se adoptó teniendo en cuenta: (i) la existencia de indicios de la comisión de tres faltas graves; (ii) el perjuicio provocado a la disciplina; (iii) la urgencia en la toma del acuerdo cautelar; (iv) la necesidad de adoptar medidas inmediatas para evitar la producción de un grave perjuicio a la disciplina y a la imagen de la Guardia Civil; y (v) la proporcionalidad en la duración de la medida.

Por todo ello, no aprecia la sala que en la adopción de la medida se incurriera en arbitrariedad ni que el tribunal incurriera tampoco en ella al resolver sobre la pretensión impugnativa por la falta de motivación o afectación del principio de presunción de inocencia aducidos por la recurrente.

Por último, en cuanto a la alegada falta de motivación sobre la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada, señala la sala que con ella no se pretende anticipar la sanción, sino poner fin a una situación indeseada, por lo que no le resultan aplicables los criterios legales sobre proporcionalidad e individualización de la sanción.

7. Presunción de inocencia. Prueba electrónica. Prueba indiciaria

STS 29-11-2018 (Rc 21/18) ECLI:ES:TS:2018:4079. Desestima la sala, con un voto particular discrepante, el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia que desestimaba el recurso contencioso disciplinario ordinario deducido contra la resolución del director general de la Guardia Civil,

confirmatoria en alzada, por la que se sancionaba al recurrente como autor de una falta leve consistente en «la indiscreción en cualquier asunto del servicio».

Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia consisten, en síntesis, en la difusión por el recurrente, a través de su cuenta de Twitter, del cuadrante de servicio de su unidad. La verificación de los hechos se encomendó al Equipo de Investigación Tecnológica de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, que comprobó cómo, en el perfil público de la cuenta de Twitter del guardia civil recurrente en la que el nombre de usuario estaba acompañado de una fotografía de su rostro, aparecía un «tuit» en el que se veía la fotografía de un cuadrante de servicio del puesto de la Guardia Civil de destino de este. Tras las referidas labores de verificación, durante las que se realizó la oportuna captura de pantalla, la indicada cuenta de Twitter fue desactivada.

Declara la sala que no fue vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que tanto la autoridad sancionadora como el tribunal de instancia expresaron los indicios que consideraban acreditados y que sirvieron de fundamento a la deducción o inferencia, describiendo el razonamiento a través del que alcanzaron la convicción de que el recurrente hizo público el cuadrante de servicio de su unidad a través de su cuenta de Twitter.

Así, la inferencia se apoyó en diversos indicios: (i) la denominación de la cuenta de usuario, coincidente con el nombre del recurrente; (ii) la aparición, junto al nombre de la cuenta, de una fotografía del rostro del recurrente; (iii) el hecho de que el cuadrante de servicios publicado coincidiera con el de la unidad en que el recurrente estaba destinado; (iv) el hecho de que la cuenta fuera desactivada tras la incoación del procedimiento disciplinario; y (v) el hecho de que el recurrente adujera una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad por haberse solicitado a Twitter Inc. datos de la cuenta de usuario.

Entiende la sala que los indicios están plenamente acreditados, son plurales, concomitantes y se refuerzan entre sí. Por su parte, considera que la inferencia responde a las reglas de la lógica, pues de los hechos base fluye, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, al existir entre ellos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Por otra parte, rechaza la sala la invocación de vulneración del derecho a la intimidad, pues Twitter Inc. no aportó dato personal alguno vinculado a la cuenta de usuario, al haber sido esta desactivada y no estar ya disponibles los datos cuando le fueron recabados.

8. Régimen de notificaciones. Notificación al defensor o asesor del interesado

STS 12-2-2019 (Rc 18/18) ECLI:ES:TS:2019:286. En esta sentencia de pleno estima la sala, con un voto particular discrepante, el recurso de casación contencioso disciplinario militar preferente y sumario interpuesto contra la sentencia desestimatoria del recurso deducido frente a las resoluciones administrativas por las que se imponía al recurrente, y confirmaba en alzada, una sanción económica por considerarlo autor de la falta grave consistente en «hacer peticiones, reclamaciones, quejas o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en consideraciones falsas».

Al margen de los hechos de los que traía causa la sanción impuesta, el relevante interés casacional que para la formación de la jurisprudencia suscitaba este recurso consistía en la interpretación del art. 53.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas –regulador del régimen de notificaciones en el procedimiento sancionador por faltas graves y muy graves en el ámbito de las Fuerzas Armadas-, al no existir hasta entonces pronunciamiento de la sala sobre la interpretación del precepto desde la entrada en vigor de la norma.

El recurso, apoyándose en la omisión de la preceptiva comunicación de la propuesta de resolución sancionadora y de la propia resolución al asesor militar designado por el recurrente, invocaba, entre otros motivos, la vulneración del derecho de defensa.

Comienza la sala por recordar el objeto del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, centrado en la protección de los derechos fundamentales, de forma que si en él se pretende la interpretación de preceptos legales su análisis ha de hacerse a la luz de los valores constitucionales en los términos emanados de la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ello, y aunque la interpretación del precepto de la norma disciplinaria pudiera considerarse una cuestión de legalidad ordinaria ajena al objeto del recurso preferente y sumario, al denunciarse expresamente una vulneración del derecho de defensa, entiende la sala que está obligada a su examen.

A juicio de la sala, el novedoso art. 53.1 de la LO 8/2014 debe ser interpretado en el sentido de que, una vez que el expedientado haya designado para su asesoramiento y asistencia abogado o militar de su confianza con la formación adecuada, las notificaciones que deban llevarse a cabo en el procedimiento han de practicarse no solo con el interesado, sino también con quienes le presten asesoramiento y asistencia para su defensa. Para alcanzar esta conclusión, la sala afirma que así se desprende: (i) de la introducción en el precepto durante su tramitación parlamentaria -y de la justificación de la enmienda- del inciso que se refiere a quienes presten asesoramiento al interesado y asistencia para su defensa; y (ii) de la falta de facultades de representación del abogado o militar designado en el procedimiento disciplinario militar, lo que impide una posible notificación alternativa similar a la contemplada en el art. 41 de la Ley 39/2015.

Por ello, en el caso concreto, considera la sala que la omisión de notificación al asesor militar de la propuesta de resolución y de la resolución sancionadora produjo efectiva indefensión al recurrente, y acuerda anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida, así como la sanción disciplinaria impuesta al recurrente.

9. Derecho a la asistencia letrada. Condiciones de ejercicio del derecho. Retroacción de actuaciones. *Non bis in ídem*

En las **STS 20-2-2019 (Rc 75/18) ECLI:ES:TS:2019:572** y **STS 12-3-2019 (Rc 72/18) ECLI:ES:TS:2019:740** estima la sala parcialmente, con un voto particular discrepante en cada una de ellas, los recursos de casación promovidos contra las sentencias por las que se habían estimado los recursos contencioso disciplinario militares ordinarios interpuestos frente a las resoluciones que habían sancionado a los recurrentes por la comisión de

sendas faltas leves de «retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior, así como la falta de rendimiento en el desempeño del servicio habitual».

En los hechos de que traen causa los recursos fueron sancionados tres guardias civiles en el mismo expediente disciplinario por falta leve. Llegado el momento de solicitar la tutela judicial, los tres guardias interpusieron separadamente sus recursos, aunque asistidos por la misma dirección letrada, de forma que los tres fueron sostenidos, y también resueltos, con idénticos razonamientos.

En el curso del procedimiento sancionador, el instructor denegó la suspensión del señalamiento de una testifical a la que no podía concurrir la abogada de los recurrentes por coincidencia de señalamientos. Las sentencias de instancia decidieron restablecer a los recurrentes en el derecho fundamental a la asistencia letrada que estimaron vulnerado, acordando anular la resolución sancionadora y retrotraer las actuaciones al trámite de práctica de la prueba admitida en el procedimiento disciplinario para que se llevara a efecto de forma respetuosa con el derecho vulnerado.

Sin embargo, a través de tales decisiones jurisdiccionales fueron estimadas solo parcialmente las pretensiones deducidas por los recurrentes, que tenían por objeto la anulación en el fondo de las resolución sancionadora, razón por la que los tres guardias civiles promovieron recursos de casación frente a las mismas, al entender que el tribunal de instancia, al acordar la retroacción de las actuaciones para que se practicara de nuevo la prueba testifical y se dictara nueva resolución que diera por terminado el expediente disciplinario, había vulnerado el principio *non bis in ídem* en su dimensión procesal o formal, que impide la incoación de otro procedimiento cuando en el caso concurre la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento.

Las dos sentencias de la sala a que hasta ahora se ha hecho referencia resuelven dos de los recursos de casación promovidos. Señala la sala en estas dos sentencias que, con independencia de que el tribunal de instancia pudiera haberse decantado por la anulación en cuanto al fondo de la resolución sancionadora, las decisiones de retroacción del procedimiento acordadas no son contrarias al principio *non bis in ídem*, al ser constante la exigencia jurisprudencial de haber adquirido firmeza la resolución que esté en el origen del nuevo enjuiciamiento de la misma conducta con relevancia penal o disciplinaria.

A continuación, recuerda la sala en ambas sentencias que el interés casacional que presentaban ambos recursos versaba sobre la asistencia letrada y las condiciones de su ejercicio en los procedimientos disciplinarios militares. Y declara que el ejercicio del derecho de asistencia letrada en el ámbito disciplinario militar es facultativo, si bien, los mandos con competencia sancionadora están obligados a informar de él a los expedientados, sin poder luego obstaculizar o poner trabas al normal ejercicio de esta opción legítima.

Pero añade que es necesario que obre en el expediente la decisión del encartado de contar con asistencia legal o con el asesoramiento de persona determinada con carácter previo a la práctica de la actuación en que estos hayan de intervenir. Y recuerda que incluso en su reciente **STS 12-2-2019 (Rc**

18/18) ECLI:ES:TS:2019:286 había establecido la necesidad de efectuar la designación desde la primera actuación del encartado.

En tales casos, afirma la sala que el ejercicio del derecho ha de acomodarse a las normas del procedimiento disciplinario o, en su defecto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en el caso de suspensión de diligencias por coincidencia de señalamientos, exige la justificación de esta. Como en los supuestos concretos no constaban ni la designación previa de la letrada ni se había justificado la coincidencia de señalamientos, entiende la sala que fue correcto el acuerdo adoptado por el instructor del expediente disciplinario de denegar la oposición de la práctica de la prueba testifical.

Por todo ello, entiende la sala que los recurrentes no padecieron indefensión material real y efectiva y, en consecuencia, no comparte las decisiones anulatorias de las sentencias recurridas, por lo que acuerda anularlas, con devolución de las actuaciones al tribunal de procedencia para que, con distinta composición, proceda a realizar nuevos enjuiciamientos teniendo en cuenta las declaraciones contenidas en ambas sentencias.

Sin embargo, en la **STS 26-3-2019 (Rc 71/18) ECLI:ES:TS:2019:954**, de pleno, la sala, con dos votos particulares discrepantes, estima íntegramente el recurso de casación interpuesto por el tercero de los guardias civiles sancionados, acordando anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida, así como la sanción impuesta.

Señala en este caso la sala que el objeto del recurso se circunscribe a la decisión de la sentencia de instancia por la que se anuló la resolución sancionadora con retroacción de las actuaciones al momento en que el instructor denegó la suspensión de la testifical por coincidencia de señalamientos de la abogada del recurrente.

Entiende el pleno que el pronunciamiento relativo a la vulneración del derecho de defensa, al no haber sido recurrido, devino firme por aplicación del principio de cosa juzgada, por lo que es ahora inatacable, ya que el único pronunciamiento frente al que se alza el recurrente es el relativo a la retroacción de las actuaciones.

Y a este respecto, entiende la sala que aunque de la alegación relativa a la vulneración del derecho de defensa pueda entenderse implícita la pretensión de restablecimiento del derecho y este pueda hacerse mediante una retroacción de las actuaciones, cuando se ha vulnerado un derecho fundamental la solución puede ser otra, más inmediata y satisfactoria para el recurrente, a través de la estimación del recurso, la declaración de nulidad de la resolución que impuso la sanción y la desaparición de esta a todos los efectos.

Aunque para la estimación del recurso no precisa resolver el motivo relativo a la infracción del *non bis in ídem*, realiza la sala, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Tercera al respecto, una distinción entre actos administrativos generales y sancionadores para analizar la forma adecuada de corregir los defectos apreciados en el acto administrativo. Y afirma que cuando se está ante actos administrativos sancionadores, la retroacción de actuaciones permitiría que, una vez anulada la sanción, se pudiera imponer otra nueva, lo

que chocaría frontalmente con el principio *non bis in ídem* en su dimensión procedimental.

10. Falta grave consistente en efectuar peticiones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas. Presunción de inocencia. Valor del parte militar. Libertad de expresión. Tipicidad

STS 29-5-2019 (Rc 5/19) ECLI:ES:TS:2019:1804. Estima la sala el recurso de casación contencioso disciplinario militar preferente y sumario interpuesto contra la sentencia desestimatoria del recurso promovido frente a la sanción impuesta a un sargento de la Guardia Civil como autor de una falta grave consistente en efectuar «cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas».

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el sargento recurrente se presentó a su superior, sargento primero y jefe interino de la unidad de su destino, y le hizo entrega de un escrito, firmado por él y dirigido al teniente coronel jefe de operaciones de la Comandancia, en el que se hacía referencia a una serie de irregularidades observadas en el nombramiento del servicio por parte del sargento primero, solicitándole que le diera entrada y curso reglamentario, como así se hizo.

En el referido escrito figuraba un párrafo en el que se señalaba literalmente lo siguiente: «además, y para evitar las continuas quejas del personal de esta unidad relativas al servicio, el sargento primero que suscribe (sic) ha optado por no poner el cuadrante de todo el personal de esta unidad y que cada uno lo mire en SIGO, lo cual, aunque legal, no es sino una manera de evitar que el personal de la unidad vea si se cumple lo ordenado en la Orden General».

El sargento primero puso los hechos en conocimiento de la superioridad, por considerar que su subordinado hizo una afirmación completamente falsa y torticera, a sabiendas de su falsedad, a fin de influir negativamente en el teniente coronel, para que este tomase medidas disciplinarias o de otro tipo contra el sargento primero.

Por una parte, la sala estima el motivo casacional amparado en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Afirma la sala que la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia vulneró los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, ya que las conclusiones alcanzadas en la sentencia recurrida no se compadecen con las reglas de la lógica, la razón y la común experiencia. Así, la parte del relato de hechos probados relativa a la afirmación –en realidad opinión o apreciación subjetiva- que en el parte se contiene acerca de la falsedad de lo aseverado por el recurrente en su escrito y a la finalidad que inspiraba el mismo –adopción de medidas disciplinarias o de otro tipo frente al dador del parte- no fue corroborada con el especial rigor exigido por la doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, analizando cuidadosamente su contenido y su credibilidad o verosimilitud, por lo que la valoración probatoria pecó de notoria parcialidad.

En cuanto a la tipicidad de la conducta, afirma la sala que aunque en el último inciso del escrito dirigido por el conducto reglamentario a la superioridad el recurrente realiza una afirmación moderadamente crítica para con su

superior inmediato, aparece formulada en términos de notoria moderación, mesura, prudencia, acatamiento, consideración y respeto hacia este, limitándose a una apreciación o juicio de valor que, por no afectar a la disciplina y sujeción jerárquica, se encuentra amparada por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los miembros de la Guardia Civil.

Y añade que el elemento objetivo del tipo disciplinario radica en la falsedad de las aseveraciones o manifestaciones, mientras que el elemento subjetivo está representado por la intencionalidad de la afirmación, que ha de hacerse a sabiendas de su inveracidad. Por ello, afirma la sala que cualquier intento de derivar la cuestión hacia la falsedad de un juicio de valor está abocado al fracaso, pues la falsedad ha de ir dirigida a un hecho, nunca a un juicio de valor.