

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. PENAL

1. Delito de abandono de destino
 - Falta de razonabilidad de la valoración probatoria
 - Elemento subjetivo del tipo
2. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar
 - Ley penal más favorable
3. Delitos de abuso de autoridad, en su modalidad de abuso sexual, y relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, en su modalidad de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas
 - Revisión de sentencias absolutorias
 - Tipicidad
4. Delitos de abuso de autoridad y de lesiones
 - Falta de previsión de la doble instancia penal en la jurisdicción militar
 - Tipicidad
 - Error de prohibición
5. Delitos de abuso de autoridad, en sus modalidades de trato degradante, inhumano o humillante, en concurso ideal con delito de lesiones psíquicas, de acoso sexual y de abuso sexual
 - Ley penal aplicable
 - Continuidad delictiva
 - Absorción normativa o concurso aparente de normas
 - Principio acusatorio y prohibición de la *reformatio in peius*
6. Delito de insulto a superior en su modalidad de amenazas
 - Tipicidad
 - Unidad de acción delictiva
7. Delito de abuso de autoridad, en su modalidad de acoso sexual y profesional sobre subordinado
 - Tipicidad

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Falta grave de negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas
 - Tipicidad
2. Falta muy grave de abuso de atribuciones que cause grave daño a los ciudadanos o a la Administración
 - Presunción de inocencia
 - Tipicidad

3. Falta grave de desatención del servicio
 - Tutela judicial efectiva
 - Motivación

4. Falta grave de falta de subordinación
 - Tutela judicial efectiva
 - Motivación
 - Supuesta discriminación por razón de sexo
 - Supuesta vulneración del derecho a la indemnidad

5. Falta muy grave de negativa injustificada a someterse a prueba de alcoholemia a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio
 - Tipicidad

6. Faltas graves de desatención del servicio y de emisión de informes irreales
 - Derecho a no autoincriminarse
 - Tipicidad

7. Falta grave de infracción del deber de neutralidad política
 - Libertad de expresión
 - Tipicidad
 - Derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías

En el año judicial 2020-2021 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 de abandono de destino. Falta de razonabilidad de la valoración probatoria. Elemento subjetivo del tipo

STS 6-7-2020 (Rc 4/20) ECLI:ES:TS:2020:2845. Estima la sala, con un voto particular discrepante, el recurso de casación interpuesto por una cabo frente a la sentencia de instancia que la había condenado a la pena de cinco meses de prisión como autora de un delito de abandono de destino del art. 119 CPM de 1985.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de la que trae causa el recurso, la recurrente remitió a su unidad de destino parte de solicitud de baja temporal para el servicio por contingencia profesional. Para determinar la existencia de la contingencia profesional, se acordó la iniciación de un expediente en el que se intentó contactar reiteradamente con la acusada de forma infructuosa, primero telefónicamente y luego por medio de burofax. Ante la incomparecencia de la interesada, se declaró su baja temporal para el servicio por contingencia común, con autorización de permanecer de baja médica en su domicilio familiar en la localidad de su destino, con cita para pasar nueva revisión, siendo citada posteriormente para reconocimiento médico en sucesivas ocasiones en el domicilio autorizado, también de forma infructuosa.

También consta en el relato fáctico que la recurrente había pedido por fax a su unidad autorización de cambio de domicilio a localidad distinta de la de su destino hasta determinada fecha, solicitud que fue resuelta en sentido negativo por resolución del coronel del regimiento, permaneciendo la interesada en otra localidad, a pesar de la denegación, al menos, durante nueve días.

Al margen del examen y desestimación de otros motivos casacionales, lo relevante de la sentencia es que, como consecuencia del análisis que realiza de la falta de razonabilidad de la valoración probatoria llevada a efecto por el tribunal sentenciador respecto de los intentos de citación a la interesada, considera que no concurre el elemento subjetivo del tipo penal apreciado, relativo a la voluntad de la acusada de sustraerse al control de sus mandos.

El tribunal de instancia había entendido que la acusada se había sustraído voluntariamente al control de sus mandos y se había mantenido en una situación de ilocalización, sobre la base de una prueba testifical destinada a acreditar la veracidad de las llamadas telefónicas realizadas a la recurrente

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. Jacobo BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

desde su unidad y de la documental consistente en las copias de cinco burofaxes remitidos a la acusada para citarla a reconocimientos médicos. Sin embargo, señala la sala que las únicas anotaciones realizadas para localizar a la recurrente o bien se habían realizado en fecha anterior a la ausencia que le era imputada o no constaba en qué fecha se habían realizado e iban inmediatamente seguidas de respuesta de la acusada, por lo que entiende que no existía prueba suficiente de las llamadas telefónicas realizadas infructuosamente para localizar a la acusada durante el periodo al que se contraían las actuaciones. En cuanto a los burofaxes, afirma la sala que no constaba que tres de ellos llegaran realmente a su destinataria y que, tras los que figuraban como efectivamente recibidos, la acusada compareció personalmente en su unidad.

Sin embargo, lo más significativo de la sentencia es la apreciación que realiza relativa a la circunstancia de que en el expediente de baja por contingencia profesional abierto a la recurrente se había designado como instructor a un capitán que había sido previamente denunciado por aquella por presunto acoso profesional, de lo que la sala deduce que la prueba incriminatoria practicada en tal expediente había de ser analizada con especial rigor. Y, a este respecto, concluye la sala que las circunstancias concurrentes, el trastorno de ansiedad generalizada diagnosticado a la acusada y su presunta relación con el denunciado acoso sufrido de un superior, permiten cuestionar que, mientras estuvo de baja -una baja debidamente acreditada y respecto de la que se remitieron los partes correspondientes a la unidad-, concurrese voluntad de sustraerse al control de los mandos, elemento subjetivo que ha de estimarse suficientemente acreditado para fundamentar la condena por el tipo delictivo objeto de acusación.

2. Delito contra el patrimonio en el ámbito militar. Ley penal más favorable

STS 22-7-2020 (Rc 7/20) ECLI:ES:TS:2020:2846. Estima la sala el recurso de casación interpuesto por un soldado del Ejército del Aire que había sido condenado a la pena de un año de prisión como autor de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el procesado, en fechas que no podían precisarse con exactitud, pero comprendidas entre los años 2012 y 2013, se había apoderado ilícitamente de una serie de objetos y efectos -diverso material de cobre, un motor generador de corriente, un taladro, cuatro hamacas, un colchón hinchable- accediendo al interior de las dependencias en que se encontraban los objetos sustraídos sin emplear fuerza en las cosas.

Señala la sala que, aunque el tribunal de instancia tuvo por acreditadas las diversas sustracciones de material, dejó indeterminadas las fechas o el modo de su comisión. En consecuencia, entiende que no puede considerarse que existiera en ellas unidad de acción, sino que se cometieron en distintas ocasiones y sin conexión temporal entre ellas. Por lo tanto, debiendo ser enjuiciada por sí misma cada acción, considera la sala que no cabe sumar la valoración económica de los efectos sustraídos en cada uno de los hurtos.

Y, careciendo de sustento probatorio el importe a que pudiera ascender el material hurtado en cada caso -pues la referencia a «diverso material de cobre» ni siquiera permite conocer la cantidad de material sustraída-, afirma la sala que ha de asumirse la solución más favorable al acusado, es decir,

considerar que en cada una de las acciones el valor de lo sustraído no excedía de 400 euros.

En consecuencia, si las diversas sustracciones fueron constitutivas de diversas faltas de hurto -al haberse cometido antes de la supresión de las faltas por obra de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del CP-, la ley más favorable al reo no es el vigente CPM de 2015 -cuyo art. 82 se refiere genéricamente al delito de hurto-, sino el derogado CPM de 1985, bajo cuya vigencia se cometieron los hechos y cuyos arts. 195 y 196 no incluían en el tipo las sustracciones que fueran constitutivas de falta de hurto, es decir, aquellas en que el valor de la cosa sustraída no alcanzara la cuantía mínima establecida entonces en el CP para el delito de hurto.

Por todo ello, en su segunda sentencia, la sala absuelve al recurrente.

3. Delitos de abuso de autoridad, en su modalidad de abuso sexual, y relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, en su modalidad de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas. Revisión de sentencias absolutorias. Tipicidad

STS 29-9-2020 (Rc 3/20) ECLI:ES:TS:2020:2989. Estima la sala, con un voto particular discrepante suscrito por dos magistrados, el recurso de casación interpuesto por una soldado del Ejército de Tierra, que ejercía la acusación particular, frente a la sentencia por la que se había absuelto a un sargento que venía acusado de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de abuso sexual, y una soldado que venía acusada de un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, en su modalidad de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas.

Los hechos por los que se ejercía la acusación, en síntesis, eran los siguientes:

Tras la ingesta de varios chupitos en una reunión mantenida entre varios miembros del mismo destacamento de artilleros en la proximidad de las fiestas navideñas, tanto la recurrente como una compañera suya acabaron con claros síntomas de embriaguez. Ante el estado en que se encontraban, un sargento y un artillero las llevaron a la habitación del personal femenino, donde las dejaron tumbadas en las camas y se marcharon, tras haber dejado cerrada la puerta.

Al salir, se encontraron con el artillero que era pareja sentimental de la recurrente, al que le dijeron que habían dejado a las chicas en la habitación y que estaban bebidas, a lo que este les contestó que luego iría a verlas.

Al cabo de un rato, el sargento volvió para comprobar cómo se encontraban ambas. Tras llamar a la puerta e identificarse, le dijeron que pasara y, al entrar, observó que estaban desnudas y manteniendo relaciones sexuales, situación ante la que decidió incorporarse a las relaciones sexuales, permaneciendo en la habitación con la puerta cerrada entre 20 y 30 minutos.

Cuando, transcurrido ese tiempo, llamó a la puerta el compañero sentimental de la recurrente, el sargento acabó por marcharse, pudiendo comprobar aquel que su pareja estaba con claros síntomas de embriaguez -los ojos abiertos, balbuceando, haciendo muecas y sonriéndose-, lo que le

dificultaba levantarse de la cama, hasta el punto de que, una vez que lo consiguió, se cayó al suelo y se golpeó la cabeza, produciéndose una brecha en la ceja.

Aborda la sala en la sentencia, en primer lugar, la posibilidad de revisar sentencias absolutorias. Así, recuerda 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 considera que la recurrente, en su pretensión de condena, obtuvo del tribunal sentenciador respuesta fundada en derecho que, en materia probatoria, no cabe tildar de ilógica o irracional, por lo que, en cualquier caso, la resolución del recurso ha de partir del relato de hechos probados consignado por el tribunal de instancia.

Tras insistir en que la impugnación formulada al amparo del art. 849.1 LECRIM exige pleno respeto a los hechos, señala la sala que, en el caso, la subsunción realizada no fue correcta. Así, considera que, aun cuando la víctima no estaba totalmente inconsciente, la situación de embriaguez en que se encontraba afectó a sus facultades intelecto-volitivas en un grado de intensidad tal que las mermaba, lo que comporta que no pudiera emitir un consentimiento válido o, cuanto menos, no viciado, para llevar a cabo las prácticas sexuales realizadas.

Y afirma la sala que dentro de la expresión «privadas de sentido» del art. 181 CP han de integrarse los supuestos en que la pérdida de conciencia no es total, pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción de la víctima frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad.

En definitiva, considera la sala que del intangible relato de hechos probados se desprende que concurren los elementos objetivos de los delitos contemplados en los arts. 49 y 47 CPM, ambos en relación con el delito del art. 181.1 CP, así como el dolo genérico preciso para la integración de ambos tipos.

4. Delitos de abuso de autoridad y de lesiones. Falta de previsión de la doble instancia penal en la jurisdicción militar. Tipicidad. Error de prohibición

STS 26-11-2020 (Rc 18/20) ECLI:ES:TS:2020:3978. Desestima la sala el recurso de casación interpuesto por un cabo del Ejército de Tierra frente a la sentencia que lo condenaba a nueve meses de prisión como autor de un delito de abuso de autoridad y a tres meses de prisión como autor de otro de lesiones, con obligación de indemnizar a la perjudicada en 600 euros por el daño físico sufrido por esta y por el daño moral causado.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el cabo acusado, siguiendo un rito llevado a cabo como novatada de iniciación del personal de nueva incorporación en la unidad de su destino, procedió a «bautizar» a varios de ellos haciéndoles beber un chupito de licor utilizando, a modo de embudo, la «galleta» del uniforme que, posteriormente, les era nuevamente colocada sobre aquel, propinándoles encima un golpe con el puño cerrado, impactando fuertemente en la parte superior del torso de los soldados, aproximadamente entre el esternón y la clavícula izquierda. El golpe propinado a una de las soldados de nueva incorporación fue tan fuerte que le provocó una fractura costal.

Ante la censura formulada por el recurrente relativa a la indefensión que

le provoca la falta de previsión de doble instancia penal en la jurisdicción militar, señala la sala que tal falta de previsión legal no puede provocar indefensión en el condenado, de modo que cuando el recurso de casación invoque vulneración de la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva cabe la íntegra revisión de la sentencia de condena. Realizando en el caso ese análisis, concluye la sala que no se vio afectado el derecho a la presunción de inocencia, ya que el tribunal de instancia dispuso de prueba válidamente obtenida, regularmente practicada y valorada de forma racional.

En cuanto al juicio de tipicidad, además de afirmar que entendía que la execrable práctica de las novatadas estaba totalmente erradicada de las Fuerzas Armadas, considera la sala que el inamovible relato de hechos probados cumple todos los elementos del tipo de abuso de autoridad apreciado: objetivos -cualquier agresión física de un superior a un inferior capaz de causar perturbación en el bienestar corporal de una persona, realizada en un contexto no ajeno al servicio- y subjetivo -dolo genérico-.

Por otra parte, en cuanto al invocado error de prohibición -referido al desconocimiento de la ilicitud de la conducta-, considera la sala que se está ante una conducta cuya ilicitud es meridianamente evidente incluso para sujetos de mentalidad elemental, siendo, además, que el cabo acusado es un profesional experimentado en el cumplimiento de los deberes militares. Pero, además, afirma la sala que falta cualquier prueba, incluso el menor indicio, sobre la que sustentar el error afirmado, prueba que incumbe a quien lo aduce.

5. Delitos de abuso de autoridad, en sus modalidades de trato degradante, inhumano o humillante, en concurso ideal con delito de lesiones psíquicas, de acoso sexual y de abuso sexual. Ley penal aplicable. Continuidad delictiva. Absorción normativa o concurso aparente de normas. Principio acusatorio y prohibición de la *reformatio in peius*

STS 15-12-2020 (Rc 15/20) ECLI:ES:TS:2020:4480. La sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se había condenado al recurrente como autor: (1) de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, inhumano o humillante del art. 47, inciso primero, CPM, en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas; (2) de un delito de acoso sexual previsto en el art. 48 CPM; y (3) de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de abuso sexual del art. 47, inciso segundo, CPM.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, en fechas no concretamente determinadas, pero, en todo caso, comprendidas entre octubre de 2014 y marzo de 2016, aprovechando momentos en que se encontraban solos, el acusado -con empleo militar de subteniente en aquellas fechas-, de forma reiterada y en contra de la voluntad de la víctima -con empleo militar de soldado-, le dirigía frases y protagonizaba ante ella actos de marcado carácter sexual -como tocarse el pene o masturbarse en su presencia-, en alguna ocasión llegó a tocar a la víctima exteriormente en los genitales y, pese a la oposición de aquella, le hizo reiteradas proposiciones de mantener relaciones sexuales, con veladas amenazas para el caso de que no accediera.

Al margen del examen de otros motivos de casación, la relevancia de la sentencia se encuentra en el análisis que realiza sobre la tipicidad de los hechos, del que se desprende la estimación parcial acordada por la sala.

Habida cuenta del tiempo en que los hechos fueron cometidos -en parte durante la vigencia del CPM 1985 y en parte estando ya en vigor el CPM 2015-, analiza la sala el problema de la vigencia de la ley penal aplicable al caso. Y señala que, aunque el CPM 2015 es más desfavorable que el precedente en el tratamiento punitivo del delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, inhumano o degradante, el caso ha de ser resuelto desde la perspectiva de la continuidad delictiva, lo que exige entender que el delito tiene carácter unitario y se entiende consumado cuando se ejecuta la última acción que conforma el complejo delictivo, siendo este el momento en que se determina la ley penal aplicable -el CPM de 2015-, sin que ello suponga aplicación retroactiva de ley penal desfavorable.

Entiende la sala que se está ante una serie de hechos individuales realizados de manera prolongada a lo largo del tiempo sobre un mismo sujeto pasivo, obedeciendo a un dolo único o con unidad de propósito y llevados a cabo sirviéndose el sujeto activo de similares ocasiones -los momentos en que el actor y la víctima se hallaban a solas y bajo una misma situación de aprovechamiento por el agente de su posición jerárquica-, por lo que no puede entenderse que se trate de una reproducción de hechos en diversas ocasiones, sino de una sola acción desarrollada en una misma situación y sobre una misma persona.

Por eso, entiende la sala que no cabe apreciar, como hizo la sala de instancia, que los hechos sean constitutivos, por una parte, de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante del inciso primero del art. 47 CPM, en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas, y, por otra, de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de acoso sexual del art. 48 CPM, ya que no cabe hablar de pluralidad de delitos, sino de uno solo que absorbe o consume en la infracción penal más grave a la que lo es menos.

La absorción o consunción de los hechos calificados por la sentencia de instancia como constitutivos del delito de abuso de autoridad en su modalidad de acoso sexual del art. 48 CPM en el delito continuado de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, inhumano o humillante del art. 47, inciso primero, CPM, en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas, se produce conforme a la regla de absorción normativa o concurso aparente de normas contemplada en el art. 8, regla 3.^a, CP, por la menor gravedad, entidad o afflictividad de la pena del primero de los delitos.

Por otra parte, afirma la sala que la continuidad delictiva habría de haberse aplicado también a los hechos calificados por el tribunal de instancia como un delito de abuso de autoridad en su modalidad de abuso sexual del art. 47, inciso segundo, CPM, que debieron ser calificados como un delito consumado y continuado de dicho delito, en concurso ideal con un delito de abuso sexual sin acceso carnal del art. 181.1 CP, pues el abuso sexual puede integrarse no solo por tocamientos -como los que el relato de hechos probados afirma que tuvieron lugar en alguna ocasión exteriormente en los genitales de la víctima-, sino también sin necesidad de contacto físico o corporal entre el agresor y la víctima -en el caso, los repetidos actos masturbatorios-, delito continuado que debería haberse castigado conforme a la norma contemplada en el art. 74.1 CP, calificación que, sin embargo, la sala ha de mantener por imposición del principio acusatorio y la prohibición de la *reformatio in peius*.

6. Delito de insulto a superior en su modalidad de amenazas. Tipicidad. Unidad de acción delictiva

STS 4-5-2021 (Rc 3/21) ECLI:ES:TS:2021:1511. Desestima la sala el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se había condenado al recurrente a seis meses de prisión como autor responsable de un delito de insulto a superior en su modalidad de amenazas.

Al margen de otros motivos de casación rechazados por la sala, lo relevante de la sentencia es el juicio de tipicidad que realiza. Conforme al relato fáctico de la sentencia recurrida, en síntesis, como consecuencia de un incidente provocado por la posible sanción que le podía ser impuesta por una infracción de tráfico, el guardia civil recurrente se dirigió de malos modos hacia un cabo primero integrante de la patrulla de la Guardia Civil de Tráfico interviniente con reiteradas expresiones irrespetuosas, elevando progresivamente el tono de voz, profiriendo continuos insultos contra él, hasta que llegó a decirle en varias ocasiones que hiciera lo que le saliera de los cojones y, con una actitud agresiva y amenazante, se le encaró diciéndole que se quitara del lugar en el que estaba o que le pasaba por encima.

Entiende la sala que el relato de hechos probados cumple todos los requisitos del tipo apreciado: la condición militar de ambos sujetos y la relación de subordinación entre ellos; la reiterada amenaza del inferior hacia el superior -de grave entidad, habida cuenta de la agresiva actitud del inferior y el contexto en que se produjo- y que -a pesar de la calificación realizada por el Ministerio Fiscal, que había acusado por dos delitos de insulto a superior, uno en su modalidad de injurias y otro en la de amenazas-, aunque viniera precedida de una pluralidad de insultos e injurias, se considera como una sola conducta cometida en unidad de acción delictiva, habida cuenta de que la discusión se produjo mediante un *iter* delictivo consistente en faltas de respeto que se fueron convirtiendo progresivamente en una conducta más agresiva y violenta, de forma que, tras las expresiones insultantes y vejatorias vertidas contra la víctima, se llegó a amenazar al superior con producirle un mal físico, lo que permite absorber todo el comportamiento en una sola figura delictiva, en el caso, la más grave, es decir, la de insulto a superior, en su modalidad de amenazas; y el dolo genérico, habida cuenta de la voluntaria ejecución de la acción por el sujeto activo, consciente de los elementos objetivos y normativos del tipo y del carácter antijurídico de la conducta.

Afirma la sala que, con su comportamiento, el recurrente atentó contra los diversos bienes jurídicos protegidos por la norma: la dignidad y honor del superior, su tranquilidad personal, seguridad e integridad física, y la disciplina.

7. Delito de abuso de autoridad, en su modalidad de acoso sexual y profesional sobre subordinado. Tipicidad

STS 1-6-2021 (Rc 9/21) ECLI:ES:TS:2021:2174. La sala desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se había condenado al recurrente como autor de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de acoso sexual y profesional sobre subordinado, previsto en el art. 48 CPM.

Conforme al inamovible relato de hechos probados, en síntesis, el acusado -con empleo militar de teniente coronel- y la víctima -cabo primero-,

desde la llegada de aquel a su unidad de destino, comenzaron a mantener una relación caracterizada por una familiaridad y confianza excesivas e impropia de la diferencia de empleo militar existente entre ambos y de la situación relativa de cada uno de ellos en la unidad, relación ya apreciada por compañeros de la víctima, que le aconsejaron que tuviera cuidado con las confianzas excesivas con el acusado -que saludaba a la víctima cogiéndola de los hombros por detrás y zarandeándola o dándole palmadas en la espalda, cosa que no hacía con ningún otro miembro de la unidad-.

Esta relación de confianza se intensificó a través de los mensajes que comenzaron a remitirse a través de una aplicación de mensajería de telefonía móvil, esencialmente el acusado hacia la víctima, muchos de cuyos mensajes no eran contestados por esta o lo eran por pura cortesía o deferencia hacia su superior, al que trataba de usted en sus respuestas, pese a sentirse incomodada por ciertas comunicaciones que recibía de él, aunque en alguna ocasión también había llevado ella la iniciativa de la comunicación.

A través de dichos mensajes, el acusado se dirigía a la cabo primero mediante el apelativo de «bruja», le preguntaba por la salud de sus tres hijos y de su padre, le felicitaba los cumpleaños, la nochebuena o el año nuevo, mensajes que comenzaron a remitirse fuera del horario de trabajo, en días no laborables, sin relación alguna con el servicio e, incluso, a horas intempestivas. Durante este tiempo, además, el acusado ofrecía a la cabo primero algún día libre o facilidades horarias.

En una ocasión, tras apreciar que la cabo primero estaba disgustada y llorosa -como consecuencia de ciertas desavenencias surgidas con su marido-, el acusado la convenció para que comieran juntos en la cafetería de la unidad. En dicho encuentro, le dijo lo guapa, lo lista y lo buena trabajadora que era y que una mujer como ella podía tener el hombre que deseara, intentando convencerla para que dejase a su marido. Posteriormente, le remitió hasta dos veces un mensaje en el que le decía cómo le había gustado comer, pasar ese rato y charlar con ella.

Tras el referido encuentro, los mensajes que el acusado enviaba a la víctima fueron subiendo progresivamente en cercanía y familiaridad, llegando a ser cariñosos, mediante la remisión de chistes, fotografías o chascarrillos, hasta que un día, a las 6 de la mañana, le remitió un vídeo en el que aparecía desnudo y en el que le decía «ha llegado el momento de que sepas que esto es tuyo si lo quieres», a la vez que se tocaba los genitales y se masturbaba.

Ese mismo día, al llegar a la unidad, la cabo primero se dirigió al despacho del acusado y se encaró con él, diciéndole que se había equivocado con ella y que nunca más le remitiera mensajes de semejante contenido.

Tras dicho incidente, el teniente coronel cambió radicalmente su trato hacia la cabo primero, a la que dejó de hablar y a la que comenzó a dirigirse a través de terceros, disponiendo una drástica reducción de sus funciones respecto de las que, hasta entonces, venía ejerciendo y adoptando una serie de decisiones que afectaban negativamente a las condiciones de trabajo y el entorno laboral en que venía prestando servicio.

Como consecuencia de todo ello, la víctima padeció un trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado depresivo, para el que precisó tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico.

Al margen del examen de otros motivos de casación, la relevancia de la sentencia se encuentra en el análisis que realiza sobre la tipicidad de los hechos.

Considera la sala que en los hechos declarados probados concurren todos los elementos exigidos por el tipo penal previsto en el art. 48 CPM:

- Ninguna duda existe de la condición militar de ambos interesados y de la relación jerárquica existente entre ellos.

- Considera la sala que concurre la acción típica, ya que, a diferencia del acoso profesional -que sí necesita una pluralidad de actos o conductas al respecto-, el acoso sexual no requiere de una continuidad de actos o conductas que puedan considerarse como tales, bastando con la mera solicitud de manera inequívoca de favores sexuales, lo que entiende la sala que ocurrió de forma inequívoca a través de la remisión del vídeo en el que el acusado se masturbaba, considerado por la víctima no solo inapropiado, sino también humillante y atentatorio a su intimidad.

- Entiende la sala que también concurre el elemento relativo a que la solicitud de los favores sexuales tenga lugar en el seno de la relación laboral, con independencia de que muchos de los mensajes, y en concreto el que contenía el vídeo anteriormente referido, tuvieran lugar fuera de la unidad y del horario de trabajo, sin relación con el servicio o a horas intempestivas. Considera la sala que concurre el llamado «acoso ambiental», ya que el origen de la relación entre los interesados es de naturaleza laboral, ámbito en el que el teniente coronel comenzó a ganarse la confianza de la cabo primero y en el que tuvo acceso a su móvil, lo que acabó desembocando en la inequívoca solicitud de favores sexuales que, al ser rechazados, provocaron una reacción del superior que afectó a los cometidos y funciones profesionales que hasta entonces venía desempeñando la inferior.

- Concurre, asimismo, a juicio de la sala, el resultado típico de la acción, ya que a través de ella se provocó en la víctima una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante para ella.

- Por último, entiende la sala que concurre el dolo genérico exigido por el tipo, independientemente del móvil o propósito que guiase al autor.

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Falta grave de negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas. Tipicidad

STS 1-10-2020 (Rc 3/20) ECLI:ES:TS:2020:3113. La sala desestima el recurso de casación interpuesto por un cabo primero de la Guardia Civil contra la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra la resolución del director general de la Guardia Civil confirmatoria en alzada de la que le había sancionado como autor

de una falta grave consistente en «la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas».

Tras la denuncia presentada por una ciudadana de origen marroquí de una situación de violencia en el marco de la violencia de género, y acordada la activación del protocolo judicial correspondiente a exploración forense a víctima de delitos contra la libertad sexual, se encargó al recurrente que trasladase a la víctima al hospital al objeto de que fuera reconocida por un médico forense y que, finalizado el mismo, la acompañara al puesto principal de la Guardia Civil para la recogida de la denuncia y posterior instrucción de diligencias, toda vez que el presunto agresor no había sido detenido.

Terminada la exploración forense, cuando el recurrente y la víctima se dirigían al acuartelamiento, y en sus proximidades, esta manifestó a aquel la necesidad que tenía de pasar a su domicilio, distante a unos 100 metros del cuartel, para atender a sus hijos menores, ante cuya solicitud, el recurrente permitió que se marchara a su domicilio sin adoptar medida alguna orientada a garantizar la seguridad de la víctima una vez que esta accedió a su domicilio, sin conocer dónde se encontraba el presunto agresor, indicándole que se personara en el cuartel a la mayor brevedad, lo que la víctima no hizo hasta horas después, cuando, una vez que el recurrente había finalizado su servicio, se ordenó una movilización de personal tendente a localizarla.

Tras la desestimación de otros motivos de casación, aborda la sala el juicio de tipicidad y señala que la conducta enjuiciada se incardina en el tipo apreciado, ya que el recurrente incurrió en una negligencia que, atendidas las circunstancias del caso, debe ser calificada como grave -al concurrir la infracción del deber de cuidado más elemental que cabe exigir en el comportamiento de un profesional precavido en el cumplimiento de sus obligaciones, que ha de ejercer sus funciones con la decisión necesaria para evitar un daño grave, inmediato e irreparable-.

Pero, además, afirma la sala que también fue desatendida gravemente la orden de un superior, ya que, la Norma Técnica de Funcionamiento 1/2016, reguladora del procedimiento de actuación de las unidades de la Guardia Civil en materia de violencia de género y gestión de seguridad de las víctimas, en cuanto a la «especial protección a las víctimas», establece que deben adoptarse medidas como su traslado a lugar idóneo hasta que tengan lugar las primeras diligencias y se verifique la situación de riesgo, precaución que el encartado omitió, dejando solos a la víctima y a sus hijos durante un dilatado periodo de tiempo y en situación de riesgo potencial.

Por último, señala la sala que la gravedad de la culpa o negligencia se desprende también de la condición de cabo primero de la Benemérita que ostenta el recurrente, a la que cabe aparejar un conocimiento, experiencia y formación que permitían advertir fácilmente el peligro de la situación afrontada.

2. Falta muy grave de abuso de atribuciones que cause grave daño a los ciudadanos o a la Administración. Presunción de inocencia. Tipicidad

STS 27-10-2020 (Rc 11/20) ECLI:ES:TS:2020:3393. Desestima la sala, con un voto particular discrepante, el recurso de casación interpuesto por un guardia civil frente a la sentencia por la que se había desestimado el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario deducido frente a la resolución de la

ministra de Defensa confirmatoria en alzada de la del director general de la Guardia Civil por la que se le había impuesto la sanción de tres meses y un día de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave consistente en «el abuso de atribuciones que cause grave daño a los ciudadanos o a la Administración».

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, en síntesis, el encartado permitió que una detenida que se que se encontraba bajo su custodia saliera en dos ocasiones de los calabozos, así como que entrara en ellos la pareja sentimental del recurrente, amiga de la detenida.

La sala descarta, en primer lugar, que se viera afectado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la queja que al respecto articula -referida a que la entrega por el encartado de su teléfono móvil a la detenida se introdujo en el relato fáctico como una mera conjetura- no se refiere a los hechos nucleares que la sala de instancia había tenido en cuenta para conformar el tipo disciplinario apreciado.

En cuanto al examen de tipicidad de los hechos, analiza la sala si revisten la gravedad necesaria para conformar el tipo disciplinario muy grave apreciado o si, por el contrario, el abuso de atribuciones cometido debió considerarse como falta grave.

Declara la sala que el tipo disciplinario del art. 7.7 LORDGC gira en torno al abuso de atribuciones, lo que comporta que se haya hecho un mal uso de las mismas mediante el incumplimiento de un deber.

Añade la sala que el perfeccionamiento del tipo disciplinario no precisa de un resultado externo o que trascienda al exterior, que no es necesario que el daño derivado del abuso sea real, sino que basta con que, potencial o hipotéticamente, a través del abuso, pueda causarse un grave daño a los ciudadanos, a las entidades con personalidad jurídica, a los subordinados o a la Administración.

Para integrar el tipo disciplinario, en consecuencia, basta con la creación de un riesgo que tenga potencialidad para constituir un daño concreto, pues si el riesgo llegara a materializarse, podría estarse ante una calificación jurídica más grave.

3. Falta grave de desatención del servicio. Tutela judicial efectiva. Motivación

STS 10-11-2020 (Rc 2/20) ECLI:ES:TS:2020:3760. La sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por un guardia civil contra la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra la resolución del director general de la Guardia Civil confirmatoria en alzada de la que le había sancionado como autor de una falta grave consistente en «la desatención del servicio», anulando la sentencia recurrida, con devolución de las actuaciones al tribunal de instancia para que, con la misma composición, dicte otra que se atenga a las observaciones que la sala realiza sobre las infracciones en que incurre del deber de motivación y de la tutela judicial efectiva.

La queja parcialmente estimada por la sala versa sobre la falta de valoración motivada por parte de la sentencia impugnada de la prueba de

descargo practicada en sede disciplinaria -la declaración de dos testigos-, apreciación que, a juicio del recurrente, habría permitido tener por acreditados los hechos a que se referían tales declaraciones, solicitando a la sala que integre con los mismos el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Recuerda la sala que la valoración de la prueba de descargo es un presupuesto inexcusable del deber de motivación de la convicción fáctica, de forma que la omisión de este deber constitucional representa un déficit de otorgamiento de la tutela judicial a la parte pasiva del proceso, cuya subsanación corresponde realizarla al tribunal de instancia mediante una valoración razonada de la prueba de descargo sobre la que no hubiera habido pronunciamiento previo en sede disciplinaria.

Y entiende la sala que el tribunal de instancia quebrantó el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, al no explicar las razones por las que no tomó en consideración las declaraciones prestadas por aquellos dos testigos en el seno del proceso contencioso-disciplinario sobre la duración y objeto de la actividad que el recurrente había desplegado en el interior de una casa rural durante la prestación de un servicio, ya que la cuestión resultaba relevante para determinar si este desatendió o no el servicio encomendado a la patrulla de la Guardia Civil en la que estaba integrado durante la visita practicada a la referida casa rural.

Considera la sala que no se está tanto ante una irracional valoración de la prueba en su conjunto como ante una ausencia de valoración de la prueba de descargo, lo que impide comprobar la racionalidad del proceso deductivo llevado a cabo por el tribunal sentenciador. Ese déficit de otorgamiento de la tutela judicial lleva a la sala a anular la sentencia con devolución de las actuaciones al tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia debidamente motivada.

4. Falta grave de falta de subordinación. Tutela judicial efectiva. Motivación. Supuesta discriminación por razón de sexo. Supuesta vulneración del derecho a la indemnidad

STS 16-12-2020 (Rc 84/19) ECLI:ES:TS:2020:4314. La sala desestima el recurso de casación interpuesto por una guardia civil contra la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra la resolución del director general de la Guardia Civil confirmatoria en alzada de la que la había sancionado como autora de una falta grave consistente en «la falta de subordinación».

En la prestación de un servicio de seguridad ciudadana, por el capitán jefe de la compañía a la que pertenecía la recurrente se impartieron instrucciones concretas relativas a la utilización de los chalecos antibalas reglamentarios - aquellos de los que estaban dotadas las unidades que realizaban la operación- en la ejecución de los controles de personas y vehículos que se había acordado practicar en la vía pública.

La recurrente solicitó al capitán autorización para utilizar uno de su propiedad de color negro -ya que, según afirmaba, los chalecos antibalas oficiales no se ajustaban a su fisonomía y le quedaban demasiado largos-. La petición fue expresamente denegada por el oficial, por ser contraria a la normativa emanada de la Dirección General de la Guardia Civil y por haberle sido ya denegada en dos resoluciones anteriores, por lo que el capitán le dirigió,

de nuevo, la orden de forma individualizada, recalcando que se trataba de una orden y preguntando a la interesada que si sabía lo que era una orden, ante lo que la afectada respondió afirmativamente.

A pesar de todo ello, la recurrente tomó parte en el dispositivo de control sin utilizar el chaleco antibalas reglamentario, vistiendo en su lugar el de su propiedad de color negro.

La recurrente considera que la sentencia impugnada vulneró la tutela judicial efectiva, al entender infringidos diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Entiende la sala que la sentencia de instancia no infringió el derecho a la tutela judicial efectiva, desde el punto de vista de la motivación, ya que dio respuesta congruente, motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones de la recurrente, sin que pudiera apreciarse en ella atisbo alguno de arbitrariedad. En concreto, señala la sala que la sentencia dio respuesta fundada a las alegaciones de la recurrente, rechazando que sufriera ningún tipo de discriminación por razón de sexo ni que la acción disciplinaria seguida contra ella constituyera una represalia que vulnerara su derecho a la indemnidad.

Y añade la sala que la aplicación de la garantía de indemnidad en el ámbito disciplinario jurídico público que vincula a los miembros de la Guardia Civil con el cuerpo al que pertenecen requiere una actividad probatoria que incumbe al demandante, que debe aportar un indicio razonable de que el acto recurrido lesiona su derecho fundamental, aportación de prueba que no tuvo lugar en el caso, en el que, sin embargo, sí existe prueba cumplida de la realidad de una conducta desobediente imputable a la demandante -que se negó palmariamente a cumplir con la orden recibida de utilizar el chaleco antibalas reglamentario, orden legítima que no se basó en actuación discriminatoria alguna, ya que en el momento en que se emitió no se disponía en la unidad de material de protección antibalas que se adaptara a la fisonomía de la recurrente-

5. Falta muy grave de negativa injustificada a someterse a prueba de alcoholemia a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio. Tipicidad

STS 10-02-2021 (Rc 57/20) ECLI:ES:TS:2021:410. La sala desestima el recurso de casación interpuesto por un guardia civil contra la sentencia que había rechazado el recurso por él promovido frente a la resolución de la Ministra de Defensa por la que se confirmaba en alzada la que le había sancionado como autor de dos faltas, una muy grave consistente en «la negativa injustificada a someterse a [...] prueba de alcoholemia [...], legítimamente ordenada por la autoridad competente, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio», y una grave consistente en «no comparecer a prestar un servicio» .

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en síntesis, el guardia civil recurrente, cuando llegó la hora de montar el servicio de tráfico que tenía asignado como auxiliar de pareja, no se presentó a prestarlo, haciéndolo solo el jefe de pareja. Este, tras intentar localizar al interesado, comunicó la novedad al jefe de destacamento y al jefe de su unidad. Tras varios intentos infructuosos de localizar al recurrente, el jefe de destacamento ordenó al jefe de pareja que pasara a formar parte de otro servicio. Posteriormente,

ordenadas nuevas gestiones para localizar al encartado, fue finalmente hallado en el pabellón oficial que constituía su domicilio, en el que manifestó haberse quedado dormido. Reclamada su presencia ante el jefe de destacamento, al apreciar que el encartado no parecía encontrarse en condiciones de prestar servicio, le requirió en sucesivas ocasiones para que se sometiera a la realización de una prueba de alcoholemia, a lo que se negó reiteradamente, a pesar de haber sido suficientemente informado de las consecuencias disciplinarias de la negativa.

De la respuesta dada por la sala a las alegaciones del recurrente resultan especialmente relevantes las que atañen al juicio de tipicidad de la primera falta apreciada.

El recurrente no niega el mandato que le fue dirigido para que se sometiera a las pruebas de detección de alcoholemia, pero entiende que, dadas las circunstancias concurrentes, la orden no era procedente -ya que el servicio que le había sido nombrado fue anulado con carácter previo a la entrevista que mantuvo con el mando y, por lo tanto, ni estaba prestando ni iba a prestar servicio alguno-, por lo que el incumplimiento de la orden no era constitutivo de la infracción contemplada en el art. 7.24 de la Ley Orgánica 12/2007, que hace referencia expresa a la constatación de «la capacidad psicofísica para prestar servicio».

La sala entiende que el motivo no puede ser atendido, ya que, al no haberse presentado el encartado al servicio que tenía señalado, el mando ordenó a su compañero de pareja que pasara a formar parte de otro servicio, pero, por ello, el recurrente no dejó de estar disponible para el servicio -como pone de manifiesto el hecho de que el superior le ordenara comparecer a su presencia en su despacho-, ya que, además, se encontraba dentro de su jornada y en el horario de trabajo que tenía señalado.

Por otra parte, afirma la sala que la frase final del art. 7.24 de la Ley Orgánica 12/2007, relativa a que la prueba se realice «a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio», no puede ser interpretada en el sentido de que solo pueda ordenarse su práctica cuando el interesado se encuentra de servicio, sino que, antes al contrario, la realización de la prueba de detección de alcoholemia puede considerarse necesaria antes, durante o tras la prestación de un servicio, pues está predeterminada a detectar la aptitud para el mismo. Por servicio, a estos efectos, no puede entenderse únicamente el espacio de tiempo comprendido en la papeleta -ya que «servicio» y «disponible para el servicio», a estos efectos, deben considerarse equivalentes, sin perjuicio, de que también haya de tenerse en cuenta el horario de trabajo correspondiente.

6. Faltas graves de desatención del servicio y de emisión de informes irreales. Derecho a no autoincriminarse. Tipicidad

STS 15-03-2021 (Rc 21/20) ECLI:ES:TS:2021:1000. La sala desestima el recurso de casación preferente y sumario interpuesto por un sargento de la Guardia Civil contra la sentencia que había desestimado su recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario promovido frente a la resolución que le había sancionado como autor de dos faltas graves, 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 «no comparecer a prestar un servicio, ausentarse de él o desatenderlo».

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el encartado, destinado en la sección fiscal de un aeropuerto, durante la prestación del servicio de vigilancia fiscal en su condición de jefe de turno, no realizó, o realizó incorrectamente, alguno de los puntos de verificación fiscal que anotó en su papeleta de servicio como efectivamente realizados.

Al margen de otras alegaciones rechazadas por la sala, el interés de la sentencia se centra en la respuesta que ofrece a la pretensión del recurrente de ser sancionado solo por uno de los dos tipos disciplinarios, concretamente, el contemplado en el art. 8.10 de la ley disciplinaria -referido a la desatención del servicio-, pero nunca por el previsto en el apartado 9 de dicha norma -el referido a la emisión de informes irreales-, pues, a su juicio, ello podría ser contrario a su derecho constitucional a no autoincriminarse, ya que la actuación consistente en anotar las novedades en la orden de servicio constituye una actuación instrumental para respaldar su afirmación de que prestó el servicio correctamente.

Recuerda al respecto la sala su doctrina más reciente sobre la anulación de las sanciones disciplinarias impuestas por infracciones para cuyo descubrimiento y determinación habían sido utilizadas como prueba de cargo declaraciones, informes o manifestaciones del expedientado realizadas sin la previa advertencia de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable -vertidas tanto en el seno del propio expediente como en actos preparatorios del mismo-, doctrina que, sin embargo, se restringe a los casos en que la infracción fuera sospechada o conocida por los mandos y estos compelieran al interesado a realizar un informe o relato, verbal o escrito, que pudiera autoincriminarle.

Descendiendo a las circunstancias del caso, la sala afirma que el ámbito de aplicación del derecho a no autoincriminarse queda alejado de él, pues cuando el recurrente cumplimentó la papeleta de servicio era desconocido por el mando que la información reflejada en ella no se ajustaba a la realidad, circunstancia luego descubierta mediante el visionado de las cámaras de seguridad del aeropuerto, sin que, en consecuencia, el recurrente hubiera sido compelido a elegir entre autoincriminarse o alterar la verdad.

Afirma la sala que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente contemplan conductas claramente separables, vulneradoras de bienes jurídicos distintos y objeto de reproche diferenciado en la ley disciplinaria, ya que el encubrimiento de otra infracción no está contemplado como excusa absolutoria de la falta disciplinaria consistente en emitir informes que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen.

7. Falta grave de infracción del deber de neutralidad política. Libertad de expresión. Tipicidad. Derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías

STS 17-03-2021 (Rc 72/19) ECLI:ES:TS:2021:1000. La sala estima parcialmente el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario promovido frente a la resolución de la Ministra de Defensa por la que se confirmaba en reposición la que le había impuesto la sanción económica disciplinaria de quince días como autor de una falta grave consistente en «efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política».

En la web «ad alerta digital» se publicó un artículo del recurrente, teniente coronel en situación de reserva, en el que achacaba veladamente al presidente del Gobierno estar dilapidando la cohesión social a través de la Ley de Memoria Histórica, el conflicto catalán, el conflicto vasco y sus alianzas con la «extrema morada izquierda», de la que considera que quiere dilapidar la nación española, para concluir señalando que tales problemas debían solucionarse con buena voluntad de las partes, pero que, si esta no existiera, a los militares les quedaría la solución armada, en la que se aplicaría la ley del Estado con toda su contundencia.

Recuerda la sala que lo que se limita a los militares no es su libertad de opinión, sino la de expresión, de manera que a través de ella no lesionen ni pongan en riesgo los valores incorporados a los bienes jurídicos protegidos por las leyes. Y considera que en los hechos objeto de sanción concurren todos los elementos de la infracción disciplinaria apreciada, ya que el recurrente firmó un artículo de opinión política ostentando su condición de militar y su empleo de teniente coronel en la situación de reserva y, por lo tanto, sujeto al régimen disciplinario de los miembros de las FF.AA., al no implicar aquella situación una suspensión de su condición de militar sujeto a su régimen de derechos y deberes.

Añade la sala que, en el artículo en cuestión, el recurrente expresaba opiniones contrarias al deber de neutralidad política del militar, que dicho artículo se difundió a través de un medio de comunicación social, lo que denota la incuestionable concurrencia del dolo exigible como elemento subjetivo del tipo aplicado.

Por todo ello, considera la sala que la calificación jurídica llevada a efecto por la resolución sancionadora fue correcta y no infringió en modo alguno la jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de expresión de los militares y sus límites de la propia Sala Quinta del TS, del TEDH y del TC.

Sin embargo, la sala estima parcialmente el recurso en lo que atañe a la sanción impuesta, pero no por no estar contemplada entre aquellas que puede imponer la autoridad sancionadora en atención a la infracción apreciada ni por quiebra de los principios de proporcionalidad, individualización y motivación de la sanción impuesta, sino porque la autoridad sancionadora elevó la sanción respecto de la que le había sido propuesta por el instructor del expediente, para lo que debió devolverle el expediente a fin de que formulara otra que incluyera sanción de mayor gravedad, con traslado al expedientado para formular alegaciones.