



Roj: **STS 4353/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4353**

Id Cendoj: **28079150012014100126**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2014**

Nº de Recurso: **62/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR**

Ponente: **FRANCISCO MENCHEN HERREROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil catorce.

Visto el Recurso de Casación núm. 201/62/2014 que ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo Collado Molinero, en la representación que ostenta de la Soldado del Ejército de Tierra Doña María Milagros , frente a la Sentencia de fecha 30 de enero de 2014 dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo que, desestimando el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario núm. 1/2013, declaró conformes a derecho las resoluciones del Sargento Jefe de Pieza y del Coronel Jefe del Regimiento Mixto de Artillería 30, dictadas el 8 de febrero de 2013 y el 17 de abril de 2013 respectivamente. Han sido parte recurrida el Abogado del Estado y el Fiscal Togado y han concurrido a dictar Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes mencionados bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por acuerdo de 8 de febrero de 2013, el Sargento Jefe de Pieza del Regimiento Mixto de Artillería 30 (Ceuta) impuso a la Soldado del Ejército de Tierra Doña María Milagros la sanción de dos días de arresto como autora de una falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior", prevista en el art. 7 apartado 2º de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas .

SEGUNDO.- Contra dicho acuerdo la Soldado sancionada interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por resolución del Coronel Jefe del Regimiento el 17 de abril de 2013.

TERCERO.- Agotada la vía administrativa, Doña María Milagros , interpuso recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario contra las mencionadas resoluciones, que se tramitó con el núm. 1/2013, cuya nulidad solicitó en la demanda correspondiente.

CUARTO.- El 30 de enero de 2014, el Tribunal Militar Territorial Segundo, poniendo término al mencionado Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario, dictó Sentencia, cuya declaración de Hechos Probados es como sigue:

<<Se declara expresamente probado, a la vista del Expediente sancionador y de la prueba documental obrante en autos: que poco después de las ocho de la mañana del día seis de febrero de dos mil trece, tras la formación del izado de Bandera, en el Regimiento Mixto de Artillería núm. 30 (Ceuta), la Artillero D^a María Milagros solicitó del Cabo 1º D. Gabino , en funciones de Auxiliar del Suboficial de Cuartel que preparaba los grupos para la educación física, permiso para ir al Botiquín de la Unidad para cambiarse el vendaje de la mano, lo que le fue concedido por el citado Cabo 1º quien a la vez ordenó al Cabo de Cuartel, Cabo D. Narciso , para que estuviera presente en el botiquín y apuntara el reconocimiento en el Libro de la oficina. siendo las ocho y media de esa mañana, y estando el Cabo Narciso en el local, lo que fue comunicado al Cabo 1º quien se acercó asimismo al Botiquín, y tras hablar con el Capitán Enfermero, éste le confirmó que la Artillero no había acudido allí>>.



QUINTO.- La parte dispositiva de la expresada Sentencia es del siguiente tenor literal:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Preferente y Sumario número 1/2013, interpuesto por la Artillero Doña María Milagros , contra la resolución del Coronel Jefe del Regimiento Mixto de Artillería 30 de fecha 17 de abril de 2013, que agotó la vía administrativa al desestimar el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Sargento Jefe de Pieza de 8 de febrero anterior, por el que se impuso a la recurrente la sanción de DOS DÍAS de arresto como autora de una falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior", prevista en el art. 7 apartado 2º de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , resoluciones que declaramos ajustadas a derecho en cuanto no han supuesto vulneración de derecho fundamental alguno>>.

SEXTO.- Notificada que fue la Sentencia a las partes, la Procuradora Doña María Luz García-Barranca Banda, en nombre y representación de Doña María Milagros , mediante escrito presentado en fecha 17 de marzo de 2014, manifestó su intención de interponer Recurso de Casación, que se tuvo por preparado según Auto de fecha 19 de marzo de 2014 del Tribunal sentenciador.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, el procurador Don Domingo Colado Molinero, en la representación causídica de dicha Soldado, formalizó con fecha 9 de junio de 2014 el Recurso anunciado, que fundamentó en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del epígrafe d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, considerando conculcado el art. 25.1 de la Constitución (Principio de legalidad).

Segundo.- Al amparo del epígrafe c) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, así como las reguladoras de la sentencia, causando indefensión.

OCTAVO.- Dado traslado del Recurso a la Abogacía del Estado y a la Fiscalía Togada; el Sr. Abogado del Estado, mediante escrito presentado en fecha 23 de junio de 2014, solicitó que se tuviera por evacuado el trámite de oposición al Recurso interpuesto y se dicte Sentencia por al que desestime el mismo.

El Fiscal Togado, en escrito presentado el 1 de agosto de 2014, interesó que se dicte Sentencia acordando la desestimación de todos los motivos del Recurso de Casación articulado por la representación letrada de la Soldado Doña María Milagros .

NOVENO.- Mediante proveído de fecha 16 de septiembre de 2014 se señaló el día 8 de octubre siguiente para la deliberación, votación y fallo del Recurso; acto que dio comienzo en la indicada fecha continuando el día 15 de octubre de 2014 y que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como acertadamente propone el Ministerio Fiscal, por razones de metodología procesal debemos invertir el orden de los dos motivos formulados por el Letrado de la recurrente comenzando por el análisis del segundo formulado como quebrantamiento formal por ausencia de motivación de la Sentencia y abordando después el planteado en primer lugar referente a la infracción constitucional del principio de legalidad.

Así, al amparo del art. 88.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , denuncia el recurrente que la Sentencia dictada por el Tribunal de instancia carece de motivación y es incongruente, al no dar respuesta a todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, causándole indefensión.

Articula la recurrente en este segundo motivo como queja casacional la existencia de un vicio, constitutivo de desviación de poder, que se viene arrastrando - dice- desde la vía administrativa y sin que haya sido remediado en la revisión judicial por el Tribunal de instancia. El vicio alegado consiste en no haber procedido a verificar y a hacer constar el hecho de que *<<la encartada se encontraba de baja temporal para el servicio y de ahí la necesidad de acudir al servicio sanitario>>*, así como la evidencia de un posible acoso por parte del Cabo 1º.

En relación con esta pretensión, debemos recordar al recurrente que en sede casacional no es posible acceder a la pretensión expresa o tácita de repetir el proceso en sus aspectos fácticos y jurídicos como si de una segunda instancia se tratara, sin tener en cuenta que el recurso de casación consiste en juzgar la sentencia del Tribunal "a quo", bien sea en sus aspectos formales como en los sustantivos relativos a la aplicación del derecho, pudiendo, eso sí, solicitar ahora de esta Sala que verifique la corrección con la que procedió el órgano sentenciador en la adecuación al caso de la norma aplicable, dentro del control que le corresponde del ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito castrense.



Por otra parte, y respecto de la pretendida omisión por el Tribunal de instancia del hecho precedentemente expuesto relativo a la situación de baja médica para el servicio que alega la recurrente existente en aquel día, la doctrina de esta Sala ha significado (STS Sala 5ª de 2 de septiembre de 2013 que <<lo relevante es que la sentencia, ofrezca respuesta al planteamiento de aquella, sin perjuicio de que, para que llegue a producirse una posible incongruencia omisiva por parte del juzgador, la falta de respuesta ha de venir referida a las pretensiones o cuestiones que se hayan planteado, pero no cuando se refiera a meras alegaciones que no resulten relevantes respecto del fondo del asunto, sin que sea exigible una respuesta pormenorizada del órgano judicial que vaya exhaustivamente contestando a todas aquéllas, y sin olvidar que cabe la contestación implícita que supone propiamente un rechazo en la medida en que la decisión adoptada resulta incompatible con la pretensión o cuestión planteada>>).

Como señala en su oposición el Ministerio Fiscal, esta alegación versa sobre una cuestión de legalidad ordinaria vedada en la vía casacional y que, en su caso, debió plantear y acreditar con el oportuno documento en la instancia. No obstante, en el relato fáctico consta lo único acreditado que tenía una mano vendada y que conforme solicitó se le dio permiso para ir al botiquín para cambiárselo. Por tanto no ha incurrido el Tribunal en ninguna incongruencia omisiva, que haya ocasionado indefensión a la recurrente.

En cuanto a la alegación que, "ex novo", efectúa ahora sobre la existencia de un posible acoso por parte del Cabo 1º resulta inadmisibles en el seno de este recurso conforme a lo dispuesto en el art. 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

El motivo es desestimado.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se plantea al amparo del epígrafe d) del nº 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, considerando conculcado el artículo 25.1 de la Constitución (principio de legalidad).

Sostiene la recurrente que el Tribunal ha vulnerado el principio de legalidad, por falta de tipicidad absoluta en el presente caso, al considerar que los hechos no tienen encaje en el tipo disciplinario aplicado por la autoridad sancionadora (art. 7, apartado 2º de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas : "La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior") y sí en el apartado 1º del mismo artículo, de la citada Ley Orgánica ("La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal") , en concreto el segundo subtipo del precepto.

Señala la recurrente que: <<Las condiciones que permiten la recalificación o variación de la calificación jurídica y, por tanto, su encaje en un nuevo subtipo disciplinario, se encuentran definidas en la doctrina recogida en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2011 , en la que se modifica el criterio que hasta entonces se había mantenido.

En efecto, así es, en Pleno no jurisdiccional de 16 de abril de 2007, cuya doctrina se plasmó en Sentencias del siguiente día 23 y 22 de junio y 5 de noviembre de 2007 y 4 de febrero de 2008, se acordó, modificando el criterio anterior, que cabe admitir la recalificación siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que entre la falta dejada sin efecto y la apreciada "ex novo" exista homogeneidad, es decir, que tengan la misma o semejante naturaleza, en razón al bien jurídico protegido por las normas aplicables;
- b) que el sustrato fáctico de la nueva falta haya sido acreditado en el expediente disciplinario al efecto seguido;
- c) que no se produzca indefensión, exigiéndose al respecto la existencia de un debate previo al que debe atenderse la Sala; y
- d) que la dirección letrada del recurrente haya admitido expresa o tácitamente la comisión de una falta de menor gravedad a la inicialmente imputada.

El cumplimiento de los citados requisitos, debe ser concurrente, es decir, que se tienen que cumplir todos y cada uno de los requisitos descritos, por tanto, bastaría tan sólo que uno de ellos no se cumpliera, para considerar que no procede admitir la recalificación buscada>>.

Resalta también el Letrado recurrente que en el presente caso no se ha dado la oportunidad a la sancionada de pronunciarse sobre la recalificación de los hechos en otro tipo disciplinario (del apartado 2 al apartado 1 del art. 7) a pesar de lo cual el Tribunal sentenciador proceda a recalificar los hechos acaecidos como integrantes de un diferente tipo disciplinario al aplicado en la resolución sancionadora.

Continúa afirmando que "mi patrocinada, solicitó permiso para acudir al botiquín de la Unidad, a hacerse un cambio de vendaje (por tanto el mando era conocedor de la existencia de una dolencia previa, sujeta a revisión



periódica), lo que había hecho en anteriores días y que, al encontrarse que en dicha dependencia y en ese momento, había más compañeros en espera de ser atendidos, decidió acudir a los dormitorios a cambiarse, con el propósito de acudir un poco más tarde, sin que la expresión de que a las 8,30 h aún no había acudido, deba interpretarse como se ha hecho, es decir, que no acudió, pues lo hizo con posterioridad" por ello considera que los hechos no tienen encaje en el nuevo tipo disciplinario contemplado, siendo evidente que no hay perjuicio para el servicio y, por ello, el bien jurídico protegido por ambos tipos disciplinarios (art. 7.1 y art. 7.2) no es el mismo; lo contrario sería considerar que el servicio se resiente o perjudica con cualquier incumplimiento.

Finalmente considera que resultan forzadas y gratuitas las consideraciones del Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero en cuanto a la *"falta de interés en la instrucción o preparación personal, manejando incluso en este momento, la posible intención de engañar a un superior, actitud ésta que, de haber sido apreciada en su momento, habría podido ser encuadrada en el apartado 2 o en el 34 del mismo artículo 7"*. Por ello, sin pretender modificar los *"Hechos Probados"* manifiesta que la conducta de la Soldado María Milagros no es encuadrable en el tipo disciplinario del apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por inexistencia de homogeneidad entre la falta leve prevista en el art. 7 apartado 1 y el 2. En el primer caso el bien jurídico protegido es el perjuicio al servicio, en tanto que en el segundo apartado es la disciplina. Tampoco se cumple, afirma la recurrente, el segundo de los requisitos exigidos para la recalificación ya que es evidente que los hechos introducidos por el Tribunal a fin de ser encuadrados en el nuevo tipo disciplinario en absoluto son los mismos por los que ha sido sancionada.

TERCERO.- En su oposición al Recurso señala el Ministerio Fiscal que tratándose de un recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario solo están concernidas, conforme al art. 518 de la Ley Procesal Militar, la vulneraciones de derechos fundamentales y por ello debemos limitarnos al examen de si se ha vulnerado el principio de legalidad recogido en el art. 25 de la Constitución Española.

A tal efecto, debemos recordar que las garantías constitucionales aplicables al proceso penal, son igualmente de aplicación (con ciertos matices) al procedimiento administrativo sancionador; así lo señala, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2010, al afirmar que: *<<siguiendo la constante doctrina del Tribunal Constitucional desde su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, que las garantías procesales recogidas en el art. 24.2 de la Constitución Española son de aplicación -con ciertos matices- al ámbito administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución >>*. Y en este sentido, la STC 32/2009, de 9 de febrero, recuerda que *<< este Tribunal ha venido [estableciendo] desde la STC 18/1981, de 8 de junio (F. 2), hasta hoy, por todas STC 243/02007, de 10 de diciembre, la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 24.1 CE, y también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE >>*, tras lo que señala, siguiendo a la STC 70/2008, de 23 de junio que, *<<partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE >>*, entre las que, *<<sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa >>*. E igual pronunciamiento encontramos, en las STS de esta Sala de 11 de febrero y 27 de junio de 2011 y en la STC núm. 82/2009, de 23 de marzo de 2009.

Sentado lo anterior, el debate casacional se circunscribe a determinar en este motivo si se ha quebrantado el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, determinando si los hechos que se imputan a la Soldado María Milagros resultan incardinados en un concreto tipo normativo que describa el ilícito disciplinario "ex ante" al que aquellos se ajusten adecuadamente y al que se anule la sanción.

En el supuesto de autos, el tipo en el que inicialmente se incardinó la conducta de la recurrente, descrita en el ordinal Primero del relato de Hechos Probados por el Tribunal de instancia -que no han sido objeto de modificación alguna-, fue el previsto en el artículo 7.2º de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que tipifica como falta leve, la conducta consistente en *"la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior"*.

El Ministerio Público, que solicita la desestimación del recurso por las mismas razones que la Sentencia recurrida, señala que *"el hecho de que la conducta fuera subsumida en el apartado 2 del art. 7 de la LO 8/1998"*



de RDFAS no implica falta de tipicidad absoluta, sino relativa, sí puede encuadrarse en otro tipo disciplinario, en cuyo caso el planteamiento del problema sería un tema de legalidad ordinaria no accesible ni a este recurso extraordinario de casación, ni al procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, que no es un procedimiento sumario en el sentido procesal del término, sino de un proceso plenario aunque de cognición limitada, limitada a lo que es su esencia, esto es la determinación de la existencia o no de la vulneración de alguno de los derechos fundamentales de los recogidos en el art. 53.2 CE ". Concluyendo que "la incardinación de los hechos en la falta recogida en el apartado 1º del art. 7 de la LO 8/1998, en vez de en el 2º en vía judicial, en la forma que quedaron recogidos en la resolución sancionadora y declara probados la Sentencia que se recurre, sin alteración del relato fáctico, no vulnera el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la CE y sí salvaguarda el principio constitucional de hacer realidad, junto a la exigencia de la 'Lex previa', la de una 'Lex certa', en términos de la ya remota STS Sala V de lo Militar de 12 de noviembre de 2001, al cumplirse la exigencia de que en la resolución sancionadora se exprese y refleje en qué consistiera la inobservancia en cuestión, de cuya imputación ha podido defenderse y sin necesidad de insistir, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, en la correcta subsunción exigida por el tipo y claramente explicitada por la Administración; por lo que el motivo debe ser desestimado".

La Sala, por contra, anticipa que estima que asiste la razón a la recurrente cuando afirma que los hechos introducidos por el Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero y los Hechos Probados por los que fue sancionada no son los mismos; de la misma forma que no existe homogeneidad entre los dos tipos disciplinarios por la falta de identidad del bien jurídico protegido en uno y otro.

CUARTO.- Sobre la falta de incolumidad de los hechos .- Mantiene la Sentencia recurrida que para efectuar la recalificación del tipo disciplinario se exigen tres requisitos; el primero de ellos: "a) el respeto a la incolumidad de los hechos". Razona el Tribunal "a quo" para concluir que se ha mantenido la incolumidad de los hechos lo siguiente: <<si atendemos al inicio del expediente sancionador, resulta que el parte dado por el Cabo 1º Auxiliar del Suboficial de Cuartel, viene en esencia a señalar que la Artillero, pese a haber solicitado autorización para ello, no se dirigió al Botiquín de la Unidad, circunstancia que le fue transmitida por el Cabo de Cuartel y fue corroborada después por el Cabo 1º en conversación con el Capitán Enfermero. Y señala seguidamente "siendo comprobado que pudiera ser un intento de engaño a un superior y claro desinterés por su preparación física", de ahí que considere que la conducta pudiera incluirse en el art. 7.2º (donde finalmente fue ubicada por el mando sancionador) o en el 7.1º ("la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal"). Estos mismos hechos fueron comunicados por el Mando sancionador, en el trámite de audiencia, a la Artillero María Milagros, quien manifiesta que fue al Botiquín, pero como había mucha gente se fue a la camareta. Y estos hechos son aquellos por los que finalmente se impone al sanción, de lo que resulta que, en orden a seguir los requisitos que antes examinábamos, se ha mantenido la incolumidad de los hechos>>.

Pues bien, lo cierto es que los Hechos que declara Probados la resolución sancionadora de 8 de febrero de 2013 y la resolución del segundo recurso de alzada de 17 de abril de 2013, no son los mismos que relata el parte del Cabo 1º que acabamos de transcribir, sino que dicen textualmente: "el día 06/02/13 la citada Soldado pidió permiso al Cabo 1º D. Gabino para acercarse al Botiquín del Acuartelamiento para que le cambiaran el vendaje de la mano. A continuación, el Cabo de Cuartel de la Batería Cabo D. Narciso, fue al Botiquín a apuntar a la misma en el libro correspondiente. Cuando el Cabo 1º regresó de la instrucción físico-militar, fue informado por el citado Cabo, que había estado presente en el Botiquín hasta las 08:30 horas, que la citada Soldado no se había presentado en el mismo, y que había sido vista en dirección al alojamiento femenino. El citado Cabo 1º, posteriormente, habló con el Capitán Enfermero, quien le ratificó que la Soldado no había pasado por el Botiquín".

Este relato de Hechos Probados de la resolución sancionadora difiere, también, en su redacción de los recogidos en la Sentencia recurrida, transcritos en nuestro Antecedente de Hecho Cuarto, pero es de destacar, sobre todo, que en ninguna de las dos redacciones, (los Hechos Probados de la resolución sancionadora y los hechos Probados de la Sentencia recurrida) así como tampoco en los fundamentos de la Convicción del Tribunal se hace referencia a la intención de la Soldado, en la forma que se recoge en el parte del Cabo 1º que da inicio al expediente, "siendo comprobado que pudiera ser un intento de engaño a un superior y claro desinterés por su preparación física". En definitiva, está reconociendo la Sentencia que la sanción se impone por hechos distintos a los declarados probados por la propia Sentencia.

Recalifica la Sentencia los hechos señalando que la conducta de la Artillero no puede ser tipificada, como lo hace la autoridad sancionadora, en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/1998 ya que no colma ninguno de los dos subtipos que describe la norma: "inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior" pues, señala la Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero en relación con el primer subtipo: "en el caso de autos es evidente que no puede hablarse una orden particular, conforme al concepto recogido en el art. 19 del Código Penal Militar, a cuyo inexacto cumplimiento se pudiera vincular la base de



la sanción disciplinaria". Y a la hora de examinar el otro subtipo del ilícito disciplinario de "inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior" -sigue diciendo la Sentencia- "se ha de señalar que estamos en presencia de la típica norma sancionadora en blanco...y en este trance se ha de concluir que tras una lectura detenida del expediente no hay lugar alguno en el que se especifique cuál sea la norma de régimen interior que se haya podido incumplir inexactamente...". "Es evidente que la conducta de la Artillero no es incardinable en la falta de inexacto cumplimiento de las Normas de Régimen Interior, por la sencilla razón que no conocemos cuál sea esa norma a la que se pueda achacar el defectuoso cumplimiento. Habrá por tanto que acudir a otro de los tipos disciplinarios contenidos en el art. 7 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas".

Así, la Sentencia, descartada la aplicación de la falta leve del artículo 7.2º acude al apartado 1º del art. 7, donde se sanciona la "falta de interés en la instrucción o preparación personal porque -dice el Tribunal 'a quo'- "coinciden en ambos supuestos los elementos subjetivos y objetivos exigidos, y se da además una identidad del bien jurídico protegido que no es otro que el perjuicio al servicio, que se produce con la conducta de la sancionada. Cuando el Cabo 1º da parte de los hechos, señala que sobre las 8:10 de la mañana del día seis de febrero, se disponía a formar los grupos de carrera para la hora de educación física, resultando que la Artillero no participó en dicha instrucción al solicitar permiso para ir al Botiquín. Pero ha quedado plenamente acreditado, según resulta del parte del Cabo 1º, que la Artillero no acudió al Botiquín, no participando tampoco en dicha actividad física".

En este punto estima la Sala que se pone de manifiesto la quiebra de la incolumidad de los hechos. La Sentencia se aparta de los hechos que declara probados, y también de los que se han señalado en la resolución sancionadora, porque fija como elemento esencial de la conducta de la Artillero sancionada que "no participó en dicha instrucción (la educación física) al solicitar permiso para ir al Botiquín". Cuando del "factum" sentencial solo se desprende que la Artillero María Milagros solicitó del Cabo 1º, que preparaba los grupos para la educación física, permiso para ir al Botiquín de la Unidad para cambiarse el vendaje de la mano, lo que le fue concedido. No se recoge en los Hechos Probados del expediente, ni en los de la resolución judicial que la Artillero María Milagros formaba parte de los grupos para la educación física y, mucho menos, que su petición de permiso la realizó con la intención de no participar en dicha instrucción.

QUINTO.- Inexistencia de homogeneidad entre los dos tipos disciplinarios. Sostiene la Sentencia recurrida que entre los dos apartados 1º y 2º del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas existe homogeneidad "porque coinciden en ambos supuestos los elementos subjetivos y objetivos exigidos, y se da además una identidad del bien jurídico protegido que no es otro que el perjuicio al servicio que se produce con la conducta de la sancionada".

Pues bien, la Sala estima que en este punto, también, asiste la razón al recurrente cuando afirma que no existe homogeneidad entre los dos tipos disciplinarios, ya que en el apartado 1º el bien jurídico protegido es el perjuicio al servicio y en el apartado 2º del art. 7, es la disciplina.

Intenta vanamente el Ministerio Fiscal remediar la falta de argumento de la Sentencia sobre la existencia de la homogeneidad y así manifiesta que: <<Puede afirmarse, de un modo genérico, que la conducta sancionada tal como ha quedado descrita afecta al deber de prestación del servicio, al referir, en concreto a la obligación de recuperar la permanente aptitud y disponibilidad para el mismo, en aras a cumplir las altas misiones que las FAS tienen constitucionalmente encomendadas y en la que se sitúa esa obligación esencial e inherente a la función militar, que con la conducta de la sancionada se infringe, ya lo sea en virtud de una orden, que en términos del art. 19 CPM se configura como "todo mandato relativo al servicio que un superior da...a un subordinado..."; -aunque no sea éste el supuesto de autos-, ya como deber insito en el código de conducta exigible a todo militar y que forma parte de su estatus propio, teniendo en ambos casos por finalidad la salvaguarda del "servicio">>.

Frente a este razonamiento, la Sala entiende que en "la falta de interés en la instrucción o preparación personal" el bien jurídico que se pretende salvaguardar es el interés del servicio que se vulnera cuando el militar no se sienta estimulado, por su propio honor y espíritu, a obrar siempre bien como exige el art. 14 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero). De manera que, como dice dicho precepto, "vale muy poco para el servicio" el que actúa con desidia, por su falta de interés, por su indiferencia por formarse adecuadamente; o como exige el art. 25 del mismo texto, no mantenga una adecuada preparación física, que le capacite para contribuir a la eficacia de las Fuerzas Armadas.

El Ministerio Fiscal pone de manifiesto, como hemos dicho que el Tribunal "no se ha empleado mucho en razonar el extremo en cuestión" (la homogeneidad entre los dos tipos disciplinarios), pero su esfuerzo por completar este déficit sentencial no puede ser aceptado por la Sala. En efecto estimamos que, si el bien jurídico protegido en el tipo del art. 7.1º, es el servicio; en el caso el art. 7.2º (inexacto cumplimiento de órdenes y normas de régimen interior) el bien jurídico objeto de protección, es indudablemente la disciplina, y no es posible aceptar que exista homogeneidad porque, en el primer caso, además del servicio, también sea objeto



de protección la disciplina "*bien jurídico genérico*" que, se dice, "*presente en todos los tipos disciplinarios con mayor o menor relevancia o protagonismo*".

Por ello, entendiendo también que no existe el requisito de homogeneidad necesario para efectuar la recalificación realizada, el motivo debe ser estimado y, por tanto, el presente recurso.

SEXTO.- Con independencia de lo anterior, debemos también referirnos al fallo de la Sentencia recurrida por cuanto que entendemos que, después de recalificar la falta disciplinaria impuesta como constitutiva de un tipo disciplinario distinto, no es correcto "*declarar ajustadas a Derecho*" las resoluciones sancionadoras recurridas, aunque se matice "*en cuanto no han supuesto vulneración de derecho fundamental alguno*". Estimamos que la Sentencia debió de recoger en el fallo, el tipo disciplinario que, conforme se fundamenta, considera infringido.

Así mismo, es de resaltar que la resolución sancionadora de 17 de abril de 2013 que desestima el recurso de alzada contiene una notificación errónea que ha podido perjudicar a la recurrente, causándole indefensión, en la interposición de su recurso al expresar que: "*La presente resolución se notificará a la interesada, con expresa indicación de que es definitiva en la vía disciplinaria y contra ella cabe interponer, si estima y alega vulneración de algún derecho fundamental, recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (conforme a lo dispuesto en el artículo 77.3 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas) dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación, conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar*".

La resolución sancionadora debió de notificar a la sancionada la posibilidad de interponer también el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, ya que desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2011, de 8 de noviembre de 2011 , son nulos los preceptos legales que impiden dicho recurso ordinario en las sanciones por faltas leves.

SÉPTIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio .

En consecuencia,

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Casación núm. 201/62/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo Collado Molinero en nombre y representación de la Soldado del Ejército de Tierra Doña María Milagros , contra la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo de fecha 30 de enero de 2014 dictada en el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario núm. 1/2013, casamos y dejamos sin efecto la meritada Sentencia y declaramos que la resolución del Coronel Jefe del Regimiento Mixto de Artillería 30 de fecha 17 de abril de 2013, que agotó la vía administrativa al desestimar el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Sargento Jefe de Pieza de 8 de febrero anterior, es nula por vulnerar el principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución Española y, en consecuencia, se anula y deja sin efecto dicha resolución sancionadora, dejando sin efecto tanto la falta apreciada como la sanción impuesta, con los efectos administrativos que se deriven de dicha anulación. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.