

Roj: **STS 563/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:563**Id Cendoj: **28079150012017100023**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2017**Nº de Recurso: **102/2016**Nº de Resolución: **23/2017**Procedimiento: **RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR.**Ponente: **FRANCISCO MENCHEN HERREROS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 204/102/2016, interpuesto por el **Cabo** 1º de la Armada D. Víctor , representado por la procuradora D.ª María Luisa González García , bajo la dirección letrada de D. Juan J. Blanco Martínez, contra la resolución del Ministro de Defensa de 27 de abril de 2016, confirmatoria en reposición de la resolución de fecha 30 de julio de 2015 por la que se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio como autor de la infracción disciplinaria prevista en el número 3 del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , consistente en "consumir drogas tóxicas o estupefacientes con habitualidad". Ha sido parte recurrida el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de resolución del Ministro de Defensa de fecha 30 de julio de 2015, le fue impuesta al **Cabo** 1º de la Armada D. Víctor la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio, como autor de la infracción disciplinaria prevista en el número 3 del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , consistente en "consumir drogas tóxicas o estupefacientes con habitualidad".

SEGUNDO.- Los hechos que fundamentan la sanción impuesta que forman parte de la resolución punitiva son los siguientes:

"El **Cabo** Primero permanente DON Víctor ha dado resultado positivo al consumo de drogas en las pruebas analíticas que, mediante recogida de muestras de orina, le fueron practicadas los días 18 de septiembre de 2012 (cocaína y cannabis), 6 de junio de 2013 (cocaína) y 5 de junio de 2014 (cocaína). El resultado positivo de las referidas pruebas fue formalmente notificado al encartado según resultado acreditado de las actuaciones obrantes en el expediente (folios 12 a 15) sin que hiciera uso de su derecho a solicitar el contraanálisis que se le ofreció".

TERCERO.- Contra dicha resolución el **Cabo** 1º de la Armada interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución del Ministro de Defensa de 27 de abril de 2016.

CUARTO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal con fecha 20 de julio de 2016, la procuradora D.ª María Luisa González García, asistida del letrado D. Juan J. Blanco Martínez, actuando en nombre y representación de D. Víctor , interpuso ante esta Sala recurso contencioso-disciplinario militar contra las resoluciones del Ministro de Defensa de 30 de julio de 2015 y 27 de abril de 2016.

Solicitado al Ministerio de Defensa el expediente gubernativo y recibido el mismo, se concedió al recurrente el plazo de quince días para que dedujera la demanda correspondiente, trámite que efectuó mediante escrito



presentado el 17 de noviembre de 2016 y en el que, tras las alegaciones que consideró oportuno formular según su derecho, el interesado formuló el siguiente suplico:

"Que tenga por efectuado el presente ESCRITO DE DEMANDA y por evacuado el trámite conferido y en su virtud se digne dejar sin efecto la resolución que se recurre por su inadecuación al orden jurídico, quedando sin efecto la sanción impuesta y el derecho del recurrente a incorporarse al servicio activo, desde la fecha de su cese, con los efectos administrativos y económicos derivados, incrementados los intereses legales de los emolumentos dejados de percibir.

Y con carácter subsidiario, de reputarse válidos los tres episodios, se sustituya la sanción impuesta de separación del servicio, por la de suspensión de empleo por seis meses o un año..."

QUINTO.- Dado traslado del escrito de demanda al Ilmo. Sr. Abogado del Estado por plazo de quince días, formuló contestación en la que terminaba suplicando a la Sala "... tener por evacuado el traslado conferido y por formulada contestación a la demanda y que, previos los trámites de ley, dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por el ex-Cabo 1º de la Armada D. Víctor contra las resoluciones del Sr. Ministro de Defensa de 30 de julio de 2015 y 27 de abril de 2016, al ser las mismas plenamente conformes a Derecho".

SEXTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por ninguna de las partes, ni la celebración de vista y no estimándolo necesario la Sala, se concedió el plazo de diez días para que formularan sus respectivos escritos de conclusiones acerca de los hechos alegados, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que, respectivamente, apoyaran sus pretensiones.

Evacuado el traslado por ambas partes, el Ilmo. Sr. Abogado del Estado interesó que se dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por D. Víctor, solicitando el recurrente que se dicte resolución conforme con la súplica de la demanda.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 18 de enero de 2017 se acordó señalar el día 8 de febrero siguiente para la deliberación, votación y fallo del recurso; acto que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta Sentencia.

El ponente dictó la presente sentencia con fecha 16 de febrero de 2017.

HECHOS PROBADOS

La Sala establece como tales los mismos que figuran en el Antecedente de Hecho Segundo y se corresponden con la relación fáctica de la resolución sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En la primera alegación de la demanda, tras admitir el recurrente que "pudo haber efectuado algún consumo puntual de la sustancia cocaína" afirma que nunca en más de dos ocasiones; ni estando de servicio, ni en días previos. Continúa su alegación reiterando las que ha efectuado en el expediente sancionador. Así denuncia que no se han respetado las reglas, protocolos y garantías de la Instrucción Técnica nº 01/12 de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa y se muestra "disconforme con la sanción impuesta y con el procedimiento llevado a efecto".

2.- Abordamos la primera de las alegaciones que desarrolla y que se refiere a la caducidad del expediente, ya que -dice- el expediente debió resolverse en el plazo máximo de seis meses y, por tanto, adolece de caducidad. Manifiesta el demandante que ello es así porque, aunque no ha solicitado la aplicación de la vigente Ley Orgánica 8/2014 bien pudiera ser de aplicación sus disposiciones más favorables y, siendo cierto que se ha tramitado conforme a la derogada Ley Orgánica 8/1998, dicha Ley establece un plazo máximo también de seis meses para la tramitación del expediente gubernativo.

El demandante conoce la motivada respuesta que ha recibido en la resolución ministerial que no es otra que la transcripción de la disposición transitoria primera, apartado 2º de la vigente Ley Orgánica 8/2014 "Los procedimientos que en la referida fecha se encontrasen en tramitación continuarán rigiéndose, hasta su conclusión, por las normas vigentes en el momento de su iniciación, sin que les sea aplicable lo dispuesto en esta ley sobre caducidad".

Es decir, que si bien, como afirma el recurrente, en la nueva Ley orgánica 8/2014 se regula la figura de la caducidad, su toma en consideración está expresamente excluida para los procedimientos iniciados al amparo de la Ley anterior (Ley Orgánica 8/1998) conforme al precepto de acabamos de transcribir.



Hemos de añadir también que la jurisprudencia de esta Sala es inequívoca en el sentido de declarar inviable la aplicación de la caducidad en el específico ámbito disciplinario previsto para las Fuerzas Armadas, por establecerlo así el art. 25.1 de la citada LO 8/1998, según el cual el único efecto que se sigue del transcurso del plazo señalado por la ley para la instrucción de los expedientes gubernativos, es que vuelve a correr (art. 22.2 LO 8/1998) íntegramente y desde el principio el plazo prescriptivo de dos años establecido entonces para las faltas muy graves (sentencias de 14 y 26 de febrero de 2001, - de Pleno de la Sala-; 26 de enero de 2004; 10 de noviembre de 2005, 3 de julio de 2006; 10 de noviembre de 2008; 14 de septiembre de 2009; 8 de junio de 2012; 19 de noviembre de 2012; y 27 de noviembre de 2012, entre otras muchas).

SEGUNDO.- En cuanto a la alegación, también reiterada, de que no se ha respetado el necesario "consentimiento informado" del sancionado de acceder al sometimiento de la prueba y la debida información, así como también se ha vulnerado la "cadena de custodia" pues, aunque consta en el expediente la diligencia ordenada por el instructor con esta finalidad, el demandante cree que no ha quedado demostrada la autenticidad de las muestras, con toda garantía, por lo que "las dudas que pudieran suscitarse debieron resolverse en favor del encartado en virtud del principio in dubio pro reo".

En respuesta a esta reiterada alegación, debemos decir en primer lugar sobre la necesidad del "consentimiento informado" que lo cierto es que, como conoce el recurrente y pone de manifiesto la resolución sancionadora, el sometimiento del militar a reconocimientos médicos para determinar su aptitud para prestar el servicio viene legalmente autorizada por el art. 83.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar que dispone que: "Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Por tanto, no es preciso el "consentimiento informado"; no es preciso el consentimiento libre y voluntario del militar que va a someterse a la analítica de recogida de muestras de orina. Tenemos que recordar al demandante que es militar de carrera sujeto a un estatuto profesional voluntariamente aceptado, que previene tanto la obligación de someterse a dichos reconocimientos para la detección de sustancias prohibidas, como la realización sistemática de la misma en diverso personal de las unidades para erradicar dicho consumo del ámbito de las Fuerzas Armadas. Por ello, la causa de nulidad de la prueba debe ser desestimada.

Por lo que se refiere a la inexistencia de documento de plena garantía de la cadena de custodia de las muestras, recordemos también que, como conoce el demandante, el instructor se dirigió al Jefe de Apoyo Sanitario del Arsenal Militar de **Cartagena** solicitando información relativa a las analíticas de orina practicadas al **Cabo** 1º Víctor, sobre todos sus aspectos, a saber: "el motivo de los controles efectuados y personal que intervino en las actuaciones prácticas y en la cadena de custodia de las muestras, acreditándose todo ello debidamente con la documentación pertinente" [folio 5a) del expediente sancionador]. En respuesta a dicha solicitud se remiten los documentos solicitados (folios 69 a 89) que dan cumplida respuesta a lo solicitado informando que el personal que interviene en la cadena de custodia es el siguiente: el propio interesado que emite las muestras; el Comandante enfermero Celso; el Capitán enfermero Enrique; el ordenanza Germán y, finalmente en el Laboratorio del Comandante Farmacéutico Joaquín.

Toda la documentación que acabamos de referir, acredita la autenticidad de las muestras sobre las que el laboratorio realizó los correspondientes análisis, y el cumplimiento de la cadena de custodia por lo que debemos rechazar las dudas infundadas que, ahora, pretende plantear el demandante relativas a que los documentos no ofrecen plenas garantías por no dejar constancia "ni del lugar, ni en qué condiciones se precintan y cierra el contenedor con las muestras; ni del lugar en que queda depositado el contenedor; ni de la temperatura". Así como también se afirma que no especifica si se ha guardado en un horno o en un frigorífico.

Por todo ello, la Sala, de conformidad con la conclusión de la resolución sancionadora, estima que no existe duda alguna sobre la identidad y autenticidad de las muestras de orina y del cumplimiento de la cadena de custodia que culminó con la notificación al sancionado del consumo de las sustancias no permitidas sin que el mismo solicitara la práctica de contraanálisis, ni de ninguna otra prueba por lo que procede desestimar la pretendida nulidad de la prueba practicada.

TERCERO.- Finalmente el demandante alega la vulneración del principio de proporcionalidad estimando que, en el presente caso, pudiera ser más proporcionada la propuesta del instructor del expediente de suspensión de empleo por un año. ya que tal propuesta se ha realizado tras "una esmerada actividad probatoria en lo que a testificales se refiere, así como con relación al historial y calificaciones personales del encartado". Especialmente hace referencia a las declaraciones de sus jefes que no observaron ninguna afectación del consumo en la prestación del servicio. Así mismo, el recurrente destaca que por conducta reiterada debe interpretarse el consumo "en tres o más ocasiones". Pues, si con tres positivos se impone la pena máxima, quiebra el principio de proporcionalidad.



Ante tal pretensión debemos señalar que en materia de consumo de las denominadas "drogas duras" decíamos en la sentencia de 28 de mayo de 2013 que <<esta Sala viene reiterando (por todas, Sentencia de 30 de Marzo de 2.010) que "no debe descartarse que el mínimo de episodios de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contemplados en la infracción y constitutivos de la falta, pueda acarrear la sanción más grave de las previstas por ser ésta la más adecuada en el caso concreto, sin que con ello se vulnere el principio de proporcionalidad. Los hechos sancionados pueden justificar la elección de tal sanción por tener en cuenta el tipo de sustancias consumidas, las circunstancias en las que se haya producido el consumo o las consecuencias de éste">>.

Nuestra función en el control jurisdiccional (art. 106.1 CE) se contrae a verificar junto con la legalidad de la sanción, la razonabilidad de la elección entre las posibles en función de la gravedad del hecho (antijuridicidad material) y las circunstancias personales de su autor (culpabilidad), así como la afectación del valor disciplina y su repercusión sobre el interés del servicio, junto con la posible reiteración de la conducta sancionable (art. 22.1 LO 8/2014). Incluso si en el caso se ha observado el deber de motivación reforzada que la sala viene exigiendo cuando se trata de las sanciones de mayor entidad (sentencias del Tribunal Constitucional 91/2009, de 20 de abril y de esta Sala 7 de mayo de 2008; 6 de julio de 2010; 8 de julio de 2011; 19 de mayo de 2015 y 30 de julio de 2015, entre otras).

En el ejercicio de nuestra función controladora apreciamos que en la resolución sancionadora, y también en la reposición, la Administración explica razonablemente el sentido de su decisión con un esfuerzo motivador que aleja ambas resoluciones de la arbitrariedad proscrita constitucionalmente (art. 9.3 CE). La respuesta disciplinaria es de grave entidad por su contenido y efectos en cuanto implica para el sancionado "quedar fuera de los Ejércitos, sin poder volver a ingresar en ellos voluntariamente y perder los derechos militares adquiridos, excepto el empleo y los derechos pasivos que hubiese consolidado" (art. 21 de la Ley orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), pero milita especialmente en contra del recurrente el que todos los resultados fueran positivos al consumo de cocaína que, como es sabido, es droga que causa grave daño a la salud (art. 368 del Código Penal).

Ciertamente, en el presente caso nos encontramos con que la autoridad disciplinaria ha valorado con detenimiento los elementos que hay que tener en cuenta para realizar un correcto juicio de proporcionalidad (la conceptualización que del expediente han mostrado sus mandos superiores, especialmente el Comandante del buque de su destino, que le consideran no apto para el servicio en las Fuerzas Armadas, y la naturaleza de las drogas consumidas, cocaína), estimando su concurrencia y optando por una responsabilidad agravada teniendo en cuenta el severo juicio que los hechos merecían.

Por tanto, en modo alguno puede tacharse de desproporcionada la sanción resultante, que ha respetado escrupulosamente los criterios impuestos por el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, procediendo a introducir factores individualizadores para llegar a lo que, en definitiva se pretende en el momento de la subsunción de los hechos en la norma sancionadora, que es la consecución de una respuesta punitiva justa.

Así las cosas, en la resolución que se impugna, además de valorarse los precitados elementos, se apunta el riesgo, gravedad y trascendencia que el consumo reiterado de drogas implica para la prestación del servicio y para los demás miembros de las Fuerzas Armadas, tratándose de preservar el prestigio de la Institución y el propio servicio, que no puede ser desempeñado en las mínimas condiciones exigibles por quienes consumen habitualmente esas sustancias dado el riesgo que ello comporta para las Fuerzas Armadas, en las que sus miembros son servidores públicos que portan armas en razón a la naturaleza del servicio que prestan.

A todo lo anterior hay que añadir que, junto a estos factores jurisprudencialmente consagrados como fundamento jurídico del mayor rigor en la reprobación del consumo de estupefacientes en el ámbito militar, existe una consideración, menos abstracta y más apreciable a simple vista, que es el gravísimo perjuicio que supone para la disciplina la realización de conductas como la expresada, significativa de que el sujeto activo de la infracción aparece incapaz de acomodar su comportamiento a las exigencias de un código deontológico voluntariamente asumido al optar por integrarse en las Fuerzas Armadas.

La disciplina militar consiste, como es sabido, no solo en el respeto a los superiores y el acatamiento de sus órdenes y decisiones, sino también en la comunión integral con una serie de normas y principios que han sido condensados en las denominadas "reglas esenciales del comportamiento de los militares" (art. 20 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional), definidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, y especificadas en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero) y entre esas normas se encuentran, además de la sumisión a la disciplina, como factor de cohesión, y el estricto respeto al orden jerárquico, el cumplimiento de los deberes y obligaciones por el militar "... impulsado por el sentimiento del honor", lo cual no se compadece en



absoluto con el modo de proceder de quien reiteradamente incumple su obligación de abstenerse de consumir sustancias prohibidas.

El tratamiento disciplinario en las Fuerzas Armadas del consumo de productos psicotrópicos, no puede decirse que sea extremadamente riguroso, en cuanto que en los dos primeros episodios de detección de consumos ilícitos -siempre que tengan lugar sin relación con el servicio-, prima el propósito reeducativo y recuperador sobre el correccional. Cuando a pesar de las advertencias previas, el militar se revela incapaz de abstenerse en lo sucesivo de incurrir en un comportamiento severamente vedado, aparece entonces justificado un enérgico reproche que obedece, sobre todo, a la acreditada reiteración de actos antidisciplinarios.

A ello debe añadirse que, como ya hemos dicho, se está en presencia de un consumo de sustancias consideradas como de grave afección a la salud o "duras", como es la cocaína, unida a otro consumo también de cannabis, sobre la que esta Sala se ha pronunciado recientemente (sentencia de 28 de marzo de 2014) <<"nuestra más reciente jurisprudencia se decanta por confirmar la imposición de la sanción más rigurosa tratándose del consumo de cocaína, por la especial incidencia negativa que su consumo adictivo produce en las facultades psicofísicas de las personas; lo que adquiere especial relevancia cuando se refiere a los profesionales de las Fuerzas Armadas que, entre otros cometidos que desempeñan, resultan ser los depositarios de la fuerza de las armas que la Nación les entrega (Sentencias 30.03.2010 ; 04.11.2010 ; 17.11.2010 y 01.03.2011 , entre otras)".

Atendido lo expuesto, procede la desestimación del motivo, por cuanto que dada la gravedad de la conducta del expedientado y su transcendencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas, como bien razona la resolución sancionadora, la sanción más adecuada y proporcional para su represión es la de separación del servicio>>.

En definitiva, resulta plenamente adecuada la sanción dosificada por la resolución impugnada, que ha de ser confirmada.

Con desestimación, por tanto, de esta última alegación y del recurso en su totalidad.

CUARTO.- 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 .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 204/102/2016, interpuesto por el **Cabo** 1º de la Armada D. Víctor , representado por la procuradora D.ª María Luisa González García , bajo la dirección letrada de D. Juan J. Blanco Martínez, contra la resolución del Ministro de Defensa de 27 de abril de 2016, confirmatoria en reposición de la resolución de fecha 30 de julio de 2015 por la que se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio como autor de la infracción disciplinaria prevista en el número 3 del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , consistente en "consumir drogas tóxicas o estupefacientes con habitualidad". 2.- Confirmar la resolución recurrida por ser conforme a Derecho. 3.- Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Angel Calderon Cerezo Francisco Menchen Herreros Fernando Pignatelli Meca Clara Martinez de Careaga y Garcia Jacobo Lopez Barja de Quiroga