

Roj: **STS 3450/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3450**Id Cendoj: **28079150012017100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/09/2017**Nº de Recurso: **68/2017**Nº de Resolución: **92/2017**Procedimiento: **RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR.**Ponente: **FRANCISCO JAVIER DE MENDOZA FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el presente recurso contencioso disciplinario militar ordinario nº 204/68/2017, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Adela Gilsanz Madroño, en la representación procesal que ostenta del recurrente don Marcelino , bajo la dirección letrada de don Jordi Carrasco Urriaga, frente a la resolución de la ministra de Defensa de fecha 28 de febrero de 2017, en el seno del expediente disciplinario por falta muy grave nº NUM000 , por el que se le imponía al hoy recurrente sanción disciplinaria de "separación del servicio", como autor de la falta muy grave recogida en el art. 7.13 de la LO 12/2007, de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "cometer un delito doloso condenado por sentencia firme, relacionado con el servicio, o cualquier otro delito que cause grave daño a la administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica". Ha sido parte el Ilmo. Sr. abogado del estado en la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La ministra de Defensa, dictó resolución con fecha 28 de febrero de 2017, poniendo fin al expediente disciplinario por falta muy grave nº NUM000 , instruido en virtud de orden de proceder del Excmo. Sr. director general de la Guardia Civil de fecha 8 de septiembre de 2016, seguido al guardia civil don Marcelino , como autor de una falta muy grave prevista en el art. 7.13 de la LO 12/2007, de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "cometer un delito doloso condenado por sentencia firme, relacionado con el servicio, o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica", imponiéndole la sanción disciplinaria de "separación del servicio".

SEGUNDO.- El expediente disciplinario NUM000 , se incoa como consecuencia de la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, sección segunda, de fecha 16 de marzo de 2015, ratificada por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2016 .

TERCERO.- Los hechos que dieron lugar a la imposición de dicha sanción y que esta sala declara como probados los siguientes:

«Primero.- En la madrugada del 7 de octubre de 2007, fue incautado por efectivos de la Policía Judicial de la Guardia Civil de la Comandancia de Tarragona en una cala de la playa sita en las proximidades del Camping "Les Alfaques", de la localidad de Alcaná (Tarragona) y de la Urbanización Montsiá Mar, al lado de Sant Carles de la Rápita, un cargamento de 101 fardos de hachís con un peso total de 3.169 kilos, una riqueza del principio activo de tetrahidrocannabinol (THC) que oscila entre el 6,2% y el 10,5% y un valor en el mercado ilícito que asciende a la cantidad de 4.379.558 euros, cargamento que había sido transportado por mar hasta la costa española en una embarcación.

La operación del desembarco había sido organizada, al menos, por el acusado David , en aquellos momentos Guardia Civil del Acuartelamiento de Sant Carles de la Rápita (Tarragona), que para conseguir su cometido



propuso a sus compañero del Cuerpo destinados en el mismo acuartelamiento, los también acusados Millán , Marcelino y Carlos Manuel , que participaran en la citada operación, ofreciéndoles dinero a cambio, concretamente a Carlos Manuel entre 3.000 y 4.000 euros. Tal proposición fue aceptada por los citados compañeros Guardias Civiles, a los que David dotó unos meses antes de teléfonos móviles de seguridad con los que fueron manteniendo comunicaciones y conversaciones previas relativas al desembarco del alijo que iba a tener lugar.

Previamente a la noche en que se realizó el desembarco en la playa cercana al camping, al menos David y Carlos Manuel , habían estado en el puesto de Sant Carles de la Rápita buscando un lugar donde realizarlo.

La misma noche en que iba a realizarse la operación en la playa del camping "Les Alfaques", lugar finalmente elegido, David proporcionó a Carlos Manuel un visor nocturno, indicándole que se situara en un descampado sito en la parte de atrás del camping para vigilar si pasaba algún coche oficial o alguna persona a pie, lo que también indicó a Millán y a Marcelino , de modo que si detectaban algún vehículo o persona se pusieran en contacto con David a través del teléfono móvil de seguridad.

Tales instrucciones fueron acatadas y realizadas por Carlos Manuel , que se desplazó al lugar indicado en su vehículo TOYOTA KARINA, matrícula de Barcelona, adoptando su posición en el descampado a tales efectos, del mismo modo que fueron acatadas y realizadas por Millán y Marcelino , que también se desplazaron al descampado, haciéndolo Marcelino en su vehículo, y se situaron en el mismo para realizar sus funciones de vigilancia y garantizar el éxito del desembarco, estando los tres dotados del visor nocturno que les había facilitado David , que al parecer no funcionaba.

David , que estaba de servicio de guardia aquella noche, pasó varias veces con el vehículo oficial por la zona en momentos previos al desembarco para supervisar y controlar la operación.

En la operación urdida por, al menos David , estaba prevista la intervención de más personal que así lo hicieron, siendo captadas por terceros intermediarios para participar en la misma.

Concretamente de entre tales personas, al menor Rogelio , Pedro Antonio , Damaso , Javier , Dionisio y Alfredo .

Los tres primeros, Rogelio , Pedro Antonio y Damaso , ciudadanos del País Vasco, fueron contactados en Bilbao por una tercera persona, conocida de Pedro Antonio , a fin de que a cambio de 6.000 euros para cada uno, según les propuso aquélla participaran en una operación de desembarco de hachís. Para ello tenían que alquilar previamente un chalet concreto sito en la playa en la que se iba a realizar, donde debería guardarse y custodiarse el cargamento una vez realizado el desembarco, hasta que vinieran a buscarlo quienes tuvieran que hacerse cargo del mismo para su posterior distribución. A cuyo efecto, la tercera persona mostró a Pedro Antonio una fotografía del chalet y le facilitó el teléfono de la inmobiliaria en la que se gestionaba el arrendamiento, así como el dinero para el alquiler y para el viaje a Zaragoza, localidad donde se tenía que realizar el contrato de arrendamiento dado que los propietarios del chalet eran de esa localidad. Y con ese cometido se desplazaron allí Rogelio e Pedro Antonio desde Bilbao, formalizando finalmente el contrato Rogelio .

El día anterior a la madrugada del desembarco Rogelio , Pedro Antonio y Damaso , se desplazaron desde Bilbao hasta la playa próxima al camping "Les Alfaques" en el vehículo Audi de Rogelio , y ocuparon el chalet por la tarde, al que también llegaron, unas horas después, David , Dionisio y Alfredo , para participar también en la operación.

En el chalet estuvieron esperando a que llegara la embarcación, al menos Rogelio , Pedro Antonio ; Damaso y David , mientras que Dionisio y Alfredo , que a su vez fueron captados por un tercero en Melilla, a cambio de unos 600 euros, y traídos a España en avión por esa persona, tomaron sus respectivas posiciones a unos metros del chalet para realizar las funciones de vigilancia que aquella persona les había encomendado.

Pedro Antonio tenía el cometido de hacer señales luminosas a la embarcación desde el chalet según la había transmitido la persona que lo captó en Bilbao, lo que así hizo desde una habitación del segundo piso, que daba al mar, cuando oyeron los motores y le vieron llegar.

Llegada la embarcación a la playa, alrededor de las 06#00 horas de la madrugada del día 07, salieron todos los ocupantes del chalet a descargar el alijo, para lo cual se formó una cadena en la que unos descargaban de la embarcación y tiraban los fardos a la playa, y otros los cogían y los llevaban a la casa, entres estos últimos, al menos Rogelio , Pedro Antonio y Damaso .

Una vez los fardos estuvieron descargados de la embarcación, incluso algunos situados en el muro del chalet y otros ya dentro del inmueble, se produjo la intervención del operativo policial, que la voz de "alto policía" y tras irrumpir los agentes en el lugar, procedieron a la detención de, al menos, Carlos Manuel y Marcelino en el



mismo descampado donde estaban situados, produciéndose la de Millán , que había huido del lugar, ya por la mañana del mismo día 07 en su domicilio de Sant Carle de la Rápita,, como también se produjo la de David en momentos posteriores a la irrupción de la policía y en lugar distinto al del desembarco; la de Rogelio , Pedro Antonio , Damaso y Javier se produjo en el interior del chalet; y la de Dionisio y Alfredo en el exterior.

Segundo.- No ha quedado debidamente acreditado mediante prueba lícita que los acusados Calixto , Daniel y Lorena tuvieran participación en la operación de tráfico de drogas que se les atribuye,

Tercero.- No ha quedado debidamente acreditado mediante prueba lícita que los acusados David , Marcelino y Millán se apropiaran el 18 de abril de 2007 de un fardo de un partida de hachís depositada en el Acuartelamiento de Sant Carles de La Rápita a disposición del Juzgado de Instrucción nº 2 de Tortosa (Tarragona).»

CUARTO.- Contra las anteriores resoluciones la procuradora doña Adela Gilsanz Madroño, en la representación indicada, interpuso recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ante esta sala, que se tramitó bajo el número 204/68/2017, recibido el expediente disciplinario ante la misma, se dio traslado a la parte recurrente a fin de que, en el plazo de quince días, procediera a su formalización, presentando escrito con fecha 5 de mayo de 2017, solicitando que "previos los trámites legales, dicte sentencia, por la que estimando el presente recurso, declare nula y sin efectos la resolución recurrida, con todos los efectos que sean procedentes", igualmente mediante otrosí, solicitaba el recibimiento del pleito a prueba conforme al art. 485 de la LPM .

QUINTO.- El Ilmo. Sr. abogado del estado, dentro del plazo concedido para la contestación a la demanda, presentó escrito con fecha 7 de junio de 2017, solicitando "se dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por el ex-guardia civil don Marcelino , contra la resolución de 28 de febrero de 2017, al ser la misma plenamente ajustada a Derecho". En cuanto al recibimiento del pleito a prueba, sostiene "no tiene la representación del Estado interés en oponerse al recibimiento de los autos a prueba, bien que lo considere innecesario atendido que la solicitud de un indulto es irrelevante a los efectos disciplinarios".

SEXTO.- Mediante auto de fecha 14 de junio de 2017, la sala acuerda denegar el recibimiento del pleito a prueba interesado por el recurrente don Marcelino .

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de julio de 2017, no habiendo solicitado las partes celebración de vista, ni estimándolo necesario la sala, se acuerda, de conformidad con el art. 489 de la LPM , conceder a las partes plazo común de diez días a fin de que presenten conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados y los fundamentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones, evacuado el trámite conferido por ambas partes con el resultado que consta en autos.

OCTAVO.- Por proveído de 26 de julio de 2017, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, el día 19 de septiembre de 2017, a las 12:00 horas, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

La presente sentencia ha quedado redactada por el ponente con fecha 25 de septiembre de 2017 y se ha pasado, a continuación, a la firma del resto de los miembros de la sala.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los que se consideran acreditados en la resolución sancionadora y que se relatan en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La primera de las alegaciones se articula por infracción de los arts. 40.5 y 70.4 de la LPACAP y del art. 38 de la LORDGC , sobre individualización de sanciones, protección de datos personales y ordenación del expediente causantes de la nulidad de pleno derecho.

2. En ella se queja el demandante de que no se ha tenido en cuenta el hecho de que solicitó indulto y que dicha solicitud no figura en el expediente adjuntándola de nuevo. La representación del Estado sostiene que, la solicitud o, mejor, la obtención de un indulto, afectaría a la condena penal, pero que nada tiene que ver con las actuaciones disciplinarias.

Efectivamente, esta sala ya se ha pronunciado sobre la intrascendencia para aplicar esta sanción que tiene la concesión del indulto, y así, por todas, la sentencia de esta sala de 11 de julio de 2002 , donde se establece que la mera solicitud de indulto es un hecho ajeno al objeto del recurso porque no afecta para nada al tema sustantivo o de fondo del proceso contencioso que es exclusivamente examen jurisdiccional de una resolución administrativa que, con base en una sentencia penal condenatoria, había sancionado al mismo



con la separación del servicio, puesto que, aun en la hipótesis de que se hubiera producido el resultado más favorable a dicha solicitud, cuál sería la obtención del indulto, ello no tendría por qué incidir en la resolución del litigio, ya que, como se dijo en la sentencia de 21 de septiembre de 1995, el hecho de la concesión posterior de indulto al interesado es una circunstancia "que supone una aplicación de clemencia y derecho de gracia, que afecta a la ejecución de la pena, y que no desvirtúa el supuesto fáctico de la falta disciplinaria, que es de la condena del recurrente por sentencia firme".

3. Censura el actor también que todo el expediente disciplinario se dirigió contra él y contra otros dos guardias civiles, vulnerándose con ello todo lo establecido sobre la individualización de las sanciones y de protección de datos personales (arts. 40.5 y 70.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas).

Se trata de una reiteración de lo alegado en sede administrativa y recibió puntual respuesta en el informe del asesor jurídico general de la defensa que hizo suyo la autoridad sancionadora, donde se puntualizó que la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, afirma en el apartado 2 del artículo 6 que *no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencia*, por lo que en el presente caso, una vez recibido el testimonio de la sentencia firme condenatoria, el director general de la guardia civil procedió a dictar la orden de incoación, en la que se incluye a los tres expedientados, condenados en un mismo procedimiento penal seguido contra ellos por razón de su participación en unos mismos hechos.

Pues bien, la tramitación de un único expediente respecto de dos o más personas implicadas en la realización de hechos iguales o conexos, no está prohibida por la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil y aún el seguimiento del mismo expediente resulta obligado no sólo por razones de economía procesal, sino para no quebrar la denominada continencia de la causa cuando se aprecia aquella identidad sustancial o íntima conexión entre los hechos, a que se refiere el art. 73 de la ley 30/1992, hoy art. 57 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, respecto de la procedencia de la acumulación de procedimientos, y así lo venimos reiterando, por todas sentencias de esta sala de 26.5.16 ; 29.11.16 .

Tampoco cabe acoger la queja de que existen en el expediente documentos que se refieren a los otros dos guardias civiles, pues como se puso de manifiesto en la resolución sancionadora, en el expediente, tal como previene la ley disciplinaria, el instructor ha notificado a cada uno de ellos el inicio del expediente, ha cumplimentado el trámite de audiencia de manera separada y, ha hecho lo propio al notificarles el pliego de cargos y la propuesta de resolución. Se desestima la alegación.

SEGUNDO.- 1. La segunda de las alegaciones se formula por infracción del art. 38 LORDGC y del art, 24 CE, sobre imparcialidad, presunción de inocencia y defensa, e inalterabilidad de los hechos imputados, causantes de nulidad de pleno derecho.

2. Se queja la representación del actor que se han venido formulando algunos excesos sobre su mandante, pues no en vano lo llega a calificar como delincuente que estaba integrado en una organización delictiva, pues nunca fue condenado por ello.

El abogado del estado por su parte dice que el hecho de que el recurrente es un delincuente no es una invención del instructor, es una consecuencia de su condena como autor de un delito contra la salud pública del art. 368 del código penal ; porque la supuesta alteración de los hechos en nada ha perjudicado al recurrente, pues la sanción obedece a su condena por un delito doloso y esto es un hecho incontestable y, porque la sentencia de 15 de marzo de 2016 al examinar el cuarto de los motivos del recurso de casación interpuesto por Marcelino, concluye que: *los actos declarados probados suponen la realización de actos de promoción, favorecimiento y facilitación de consumo ilegal de sustancias tóxicas, por lo que el motivo se desestima*.

Y ocurre, y así se constata que las referencias a la participación e intervención del demandante en los hechos objeto de condena son reflejo de las sentencias judiciales, especialmente la de la sala segunda de este Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación. Consecuentemente con lo expuesto no cabe acoger lo alegado.

TERCERO.- 1. La tercera de las alegaciones denuncia infracción del art. 24.2 CE, del art. 42 de la LORDGC y del art. 53.1.G) y 2 de la LPACAP, sobre el derecho de defensa y de asistencia letrada, causante de nulidad de pleno derecho.

2. Se aduce por el demandante que se le tomó declaración como expedientado el 7 de octubre de 2016 sin la presencia de su abogado a pesar de hacerlo constar expresamente.

El abogado del estado se opone contestando que la denuncia es inadmisibles porque el recurrente pretende hacer recaer sobre la administración las consecuencias de su propia y libérrima decisión.

Tiene razón el abogado del estado.



3. La indefensión es una noción material, de modo que, para considerarla relevante, no basta con que se haya producido la infracción de una o varias reglas procesales, sino que es necesario, además, que, como consecuencia de ello, se haya entorpecido o dificultado, de manera sustancial, la defensa de derechos o intereses del acusado.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional (STC 35/1989, de 14 de febrero) ha dicho que «es preciso recordar, de la consolidada doctrina que este Tribunal ha elaborado sobre la noción constitucional de indefensión, tres pautas interpretativas reiteradas en numerosas ocasiones: de una parte, que «las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias» de cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre , fundamento jurídico 3º); de otra, que la indefensión que se prohíbe en el art. 24.1 de la Constitución no nace «de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscrib» (STC 102/1987, de 17 de junio , fundamento jurídico 2º), sino que, no coincidiendo necesariamente el concepto de indefensión con relevancia jurídico-constitucional con el concepto de indefensión meramente jurídico-procesal, se produce aquella «cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (STC 155/1988 de 22 de julio , fundamento jurídico 4º), y, por último, y como complemento de la anterior, que el art. 24.1 de la Constitución no protege en situaciones de simple indefensión formal, pues no son tales situaciones las que en su caso deben corregirse mediante la concesión del amparo, sino en supuestos de indefensión material en los que se «haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, pues de otra manera no sólo la estimación del amparo tendría una consecuencia puramente formal, sino que no haría más que dilatar indebidamente el proceso» (STC 161/1985, de 29 de noviembre , fundamento jurídico 5º)».

Y perfila el concepto el garante constitucional al decir que las denominadas *irregularidades procesales* no suponen *necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente -por error o falta de diligencia- inaprovechados*, (auto TC 484/1983, de 19 de octubre), y en la sentencia de fecha 25 enero 1995 (sala 1ª del mismo Tribunal) reitera que una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa de un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988/90]).

En conclusión resulta necesario para apreciar la indefensión denunciada que se haya producido de forma segura y lleve consigo el consiguiente perjuicio real y efectivo y actual para los intereses del afectado, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo y por ello hemos hablado siempre de indefensión "material".

4. En el presente caso, es lo cierto que el expedientado fue informado de los derechos que le asistían cuando se le notificó el inicio del expediente (folios 36 a 38). Posteriormente el 20 de septiembre de 2016 se le cita para que comparezca en calidad de expedientado, el 7 de octubre y en el trámite de audiencia, consta que no le asiste letrado y manifiesta que por ese motivo no desea declarar.

Entre el conjunto de garantías que forman parte del proceso justo, se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que en ocasiones es un puro derecho del encartado y en otras, además, puede conformar un requisito procesal. En los procedimientos disciplinarios este segundo aspecto no concurre porque al no ser necesaria la presencia del letrado una exigencia procedimental necesaria, es por ello que ni el instructor ni la autoridad disciplinaria han de velar por su cumplimiento *ex officio* , como tampoco pesa sobre ellos la obligación, por carecer de cobertura legal, de proporcionárselo de oficio.

Y ocurre en el presente supuesto que notificado expresamente al interesado sobre tal extremo, pese a ello, comparece a prestar la declaración inicial sin ser asistido de letrado, aunque no renuncia a este derecho en posteriores diligencias y lo que aflora del examen del expediente es que no ha existido tal indefensión puesto que ha podido valerse de asistencia letrada, derecho del que el recurrente tenía pleno conocimiento desde que se le notificó el inicio del procedimiento y que, tal como significa el abogado del estado, ha utilizado cumplidamente desplegando durante la instrucción del expediente una actividad impugnatoria que revela su conocimiento de causa, y ha formulado, con su asistencia, las alegaciones que tuvo por conveniente a su derecho, por lo que no cabe apreciar la predicada indefensión.

Se desestima la alegación.



CUARTO.- 1. La cuarta alegación viene desarrollada por infracción de los arts. 38 y 19 de la LORDGC , sobre principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de las sanciones causantes de nulidad de pleno derecho.

2. La proporcionalidad principio apuntado en el artículo 106.1 de la Constitución y positivamente recogido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 12/2007 , de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil juega como regla de elección de la más adecuada, entre las posibles sanciones que pueden imponerse a la conducta antidisciplinaria realizada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será, precisamente, la entidad y circunstancias de la infracción genéricamente contemplada. Es, pues, la correspondencia que ha de existir entre los hechos que definen la conducta del presunto autor y las sanciones legalmente establecidas, la armonía o adecuación objetiva, en suma, entre la infracción y la sanción.

Propiamente, el juicio sobre la proporcionalidad de la sanción es competencia del legislador que establece por ley el elenco de sanciones a imponer a los distintos tipos de infracciones según la gravedad de las mismas.

Ahora bien, como todo juicio no reglado sistemáticamente hasta sus últimas consecuencias es un juicio de razonabilidad, y requiere, además, que las leyes contengan unos criterios complementarios de dosimetría sancionadora que respondan a las exigencias de la justicia, satisfaciéndolas en su plenitud.

Este criterio es el de la individualización de la sanción, que no es más que la "singularización" del caso con la especificación de las circunstancias que concurran, ajustando la sanción ya valorada -según criterio de proporcionalidad- al caso particularizado quedando para este momento la determinación de la extensión de la sanción que normalmente tiene su campo de desarrollo en las sanciones susceptibles de ser aplicadas en extensión variable (por todas sentencia de 18 de enero de 2011).

3. En el caso de autos, al hallarse la sanción impuesta -separación de servicio-, entre las específicamente contempladas en el artículo 11.1 de la LO 12/2007, de 22 de octubre , del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no cabe duda que la exigible proporcionalidad queda debidamente satisfecha desde el punto de vista objetivo con la cumplida adecuación entre la entidad de la conducta observada y la clase y naturaleza de tal sanción.

Es doctrina de la sala, tal como significa la sentencia de 2 de noviembre de 2011 que: «Con reiterada virtualidad venimos diciendo que es a la autoridad sancionadora en el ejercicio de la potestad que le es propia, a quien incumbe decidir sobre la proporcionalidad y eventual individualización de la sanción elegida en términos de razonable motivación, de manera que la que se imponga represente adecuada respuesta a la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad del autor, correspondiendo verificar la legalidad de lo actuado al órgano jurisdiccional (sentencias 22.06.2009 ; 29.06.2009 ; 04.02.2010 y 06.07.2010 , entre otras)».

También hemos dicho que la autoridad sancionadora puede imponer cualquiera de las sanciones previstas para la infracción de que se trate, dando cuenta motivada de su decisión, porque con ello se cumple con la obligación impuesta por el art. 6 LO. 8/1998 (sentencias. 24.4.2007 ; 24.9.2008 ; 3.4.2009 ; 18.12.2009 ; 1.3.2010 , y 6.7.2010). Y, finalmente, en los casos en que la sanción impuesta sea la más grave e irreversible de las previstas, venimos afirmando la necesidad de realizar un esfuerzo argumentativo a modo de motivación reforzada (sentencias 7.5.2008 y 6.7.2010 , entre otras).

Decíamos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2012 , que el párrafo primero del artículo 19 de la Ley Orgánica 12/2007 , contiene las reglas integrantes del principio de individualización proporcionada de la sanción disciplinaria a imponer en cada caso, y que deben seguirse por la autoridad disciplinaria. Y el párrafo segundo, del citado artículo 19 de la vigente Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , añade unos criterios de graduación de las sanciones, que no son sino la concreción de los cánones, reglas o medidas de individualización de la sanción más adecuada ya elegida de entre las legalmente posibles -y que lo ha sido, conforme al aludido párrafo primero de este artículo 19, en función de la naturaleza, o gravedad, y circunstancias de los hechos. Es decir, de la significación especialmente contraria a los bienes jurídicos tutelados por el tipo disciplinario que tales hechos, o conducta, motivadores de la sanción comporten; o, en otras palabras, de la entidad antidisciplinaria objetivamente considerada del hecho o conducta de que se trate a que, con la denominación de vicisitudes, se refiere el segundo inciso del párrafo primero del citado artículo 19 de la Ley Orgánica 12/2007 . Vicisitudes que, a tenor del meritado segundo inciso del párrafo primero, son de dos clases, a saber, las que concurran en los autores, -es decir, de carácter personal o subjetivo; y las que afecten al interés del servicio, que podemos calificar como de naturaleza objetiva o de resultado-. A tal efecto, en el párrafo segundo del reiterado artículo 19 se contienen unos criterios generales -los de los apartados a) a f)-, en cuanto concernientes a cualquier clase de faltas de las comprendidas en los artículos 7 , 8 y 9 de la Ley Orgánica 12/2007, y otros específicos -los dos que se contienen en el apartado g)- en cuanto que son atinentes, únicamente a las faltas tipificadas en el apartado 13 del artículo 7 y en el apartado 29 del artículo 8 de la tan citada Ley Orgánica. Faltas estas dos últimas -y sólo en ellas- en las que, por consecuencia, además de los



critérios generales, habrá de valorarse, de manera cumulativa con los criterios generales, y particularizada la cuantía o entidad de la pena impuesta en la sentencia firme condenatoria, y la relación de la conducta delictiva con las funciones y tareas asignadas - al condenado ahora encartado-. Dentro de los primeramente citados criterios -generales-, que han de tenerse en cuenta para la individualización de la sanción -la determinación de la extensión de ésta, siempre y cuando se trate de una sanción susceptible de ser aplicada en extensión variable-, los tres primeros -apartados a) a c)- especifican otras tantas vicisitudes que pueden concurrir en los autores; es decir, son criterios de carácter subjetivo. Y en los tres siguientes -apartados d) a f)- otras tantas vicisitudes que, indudablemente, resultan susceptibles de afectar al interés del servicio, o sea, de naturaleza objetiva o de resultado. De manera que con arreglo a la vigente Ley Orgánica 12/2007, la autoridad disciplinaria deberá tener en cuenta, a la hora de individualizar la sanción a imponer en cualquier tipo de falta de las configuradas en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil vigente, estos criterios subjetivos o personales y objetivos o de resultado y ningún otro; dado que la enunciación legal que de los mismos se lleva a cabo por el párrafo segundo del artículo 19 tiene carácter de *numerus clausus*, salvo en los singulares supuestos de las faltas muy graves y graves, de condena penal por delitos o faltas dolosas a que se contraen los apartados 13 del artículo 7 y 29 del artículo 8, ambos de la Ley Orgánica 12/2007, en los que, además de los criterios generales -subjetivos y objetivos o de resultado-, al momento de la individualización de la sanción habrá de valorarse, de forma particular o especial, la cuantía o entidad de la pena impuesta, y la relación de la conducta delictiva con las funciones o tareas asignadas -en el desempeño de los cometidos públicos que su condición de guardia civil comporte- al encartado.

En consecuencia ha de ser, pues, a la vista del conjunto de criterios contenidos en el párrafo primero del artículo 19 de la Ley Orgánica 12/2007, como esta Sala habrá de ponderar si, en orden a la elección de la sanción definitivamente impuesta, la autoridad disciplinaria ha acertado o no al escoger, de entre las que para las faltas muy graves se conminan, en orden de mayor a menor gravedad, en el apartado 1 del artículo 11 de la mencionada Ley Orgánica: suspensión de empleo desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años; pérdida de puestos en el escalafón; la más aflictiva de ellas, la separación del servicio. Sin que, en caso afirmativo, haya de entrarse en el análisis de los criterios de graduación para la individualización de la sanción del párrafo segundo del mencionado artículo 19, ya que, la de separación del servicio no es una sanción susceptible de ser aplicada en extensión variable.

4. Examinadas las actuaciones y por ende los dictámenes de la asesoría jurídica general de Defensa y la propia resolución sancionadora, la conclusión a obtener es que la sanción de separación de servicio resulta ser la más adecuada en el caso de autos porque no podemos sino confirmar los acertados razonamientos de la resolución recurrida porque valora acertadamente la trascendencia de los hechos que declara probados y la gravedad que supone que, quienes por ley han de luchar contra determinados delitos, los cometan, como ocurre con el tráfico de drogas, aun cuando al realizar los hechos no se hallare de servicio el recurrente. Así pues, atendida la naturaleza de los hechos y de su repercusión, y especialmente de la relación funcional en que se comete el delito, ha de decirse que la sanción es proporcional a los hechos, y que la resolución razona especial y atinadamente la elección de aquélla, por lo que ha de confirmarse por los mismos argumentos, y resulta obligado recordar que el Tribunal Constitucional ya señaló en su sentencia 180/2004, de 2 de noviembre que: «Pues bien, tarea propia de la Guardia Civil es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Dijimos entonces respecto de la policía, y ahora debemos reiterar, que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*.

Debemos ahora añadir que con la firmeza de la Sentencia penal condenatoria por delito con dolo resulta comprometida la idoneidad del guardia civil condenado para el desempeño de su actividad profesional, pues, del mismo modo que la ausencia de antecedentes penales se configura como condición para el acceso al Instituto (art. 17 del Real Decreto 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del cuerpo de la Guardia Civil), también la condena firme por delito doloso que lleve aparejada privación de libertad pone de manifiesto la pérdida de esa aptitud o idoneidad profesional para seguir desempeñando las funciones propias de los miembros del cuerpo de la Guardia Civil, lo

cual constituye un fundamento o interés jurídico a proteger distinto de la preservación de la dignidad exigible a los miembros del Instituto».

Y por los mismos motivos ha de rechazarse la alegación, de conformidad con la doctrina reiterada de esta sala, por todas sentencias 31.5.2011 ; 6.5.2014 ; 6.11.2014 .

QUINTO. -1. La quinta de las alegaciones denuncia la infracción del art. 35.1.A) de la LPACAP, por falta de motivación de la resolución impugnada, así como vulneración del art. 24.1 CE sobre derecho a la tutela judicial efectiva, causante de nulidad de pleno derecho.

2. Sustancialmente refiere el demandante que no se ha valorado ni tenido en cuenta sus razones exculpatorias.

El abogado del estado se opone a dicha alegación.

3. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y de esta propia sala que las sentencias a fin de dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) han de contener una motivación mínima pero suficiente que permitan un control a posteriori por parte de los Tribunales competentes para ello por la vía de los recursos pertinentes, y que ésta, según ha reiterado el Tribunal Constitucional (sentencias 224/1997 de 11 de diciembre y 77/2000, de 27 de marzo , por todas), "la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta -en su caso- ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la "ratio decidendi" de las resoluciones".

Este derecho va directamente relacionado con el de un derecho a un proceso público con todas las garantías. El principio exige, y eso se ha cumplido, que las partes sean oídas en el proceso con intención de lograr una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión ejercitada siempre que, como en este caso, se cumplan los requisitos procesales (sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 1990 y 10 de marzo de 1998).

Pues bien, la alegación carece de consistencia y a los efectos desestimatorios, baste constatar que la resolución sancionadora hace suyo el informe de la asesoría jurídica general del ministerio de Defensa, que recoge los hechos probados y las consideraciones jurídicas correspondientes al caso propio del expedientado, por lo que es válida en la forma y en el fondo de lo que decide. Efectivamente, cuenta con motivación que, a los efectos de que se trata, debe considerarse suficiente y razonable, alejada en todo caso de la arbitrariedad que denuncia el demandante, y así, en los fundamentos de derecho, precisamente, en los apartados VIII, IX, X y XI del informe del asesor general de la defensa, que forma parte inseparable del acuerdo de la Sra. ministra, quedan expuestas las razones alegadas por el expedientado y los motivos por los que no se acogen.

Se rechaza la alegación.

SEXTO.- Denuncia el recurrente la infracción del art. 55 de la LORDGC , sobre el plazo de seis meses para la instrucción en relación con el art. 65.1 LORDGC causante de la caducidad del expediente.

Sostiene el recurrente que siendo el acuerdo de inicio del expediente de fecha 10 de junio de 2016 y la notificación de la resolución de la ministra de defensa el 2 de marzo de 2017 transcurrió un periodo de tiempo de 8 meses y 19 días, tiempo que excede del de seis meses previsto legalmente.

Sin embargo, tiene razón la ilustre representación del Estado al decir que la sola lectura del folio 2 del expediente por falta muy grave NUM000 pone de manifiesto que la orden de incoación numerada 141992, está fechada en 9 de septiembre de 2016 (folio 2 del expediente), por lo que los seis meses se cumplían el 8 de marzo de 2017, y habiéndose notificado la resolución sancionadora el 2 de marzo de 2017 forzoso es concluir que lo fue en tiempo y forma.

Se desestima la alegación y con ello el recurso.

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 .

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.º Desestimar el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 204/68/2017, interpuesto por don Marcelino , contra la resolución de la ministra de Defensa de fecha 28 de febrero de 2017, por la que se le



impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio como autor de una falta muy grave del art. 7 núm. 13 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil . **2.º** Declarar de oficio las costas de este recurso. **3.º** Confirmar en todos sus extremos la resolución recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ