



Roj: **STS 165/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:165**

Id Cendoj: **28079150012018100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **83/2017**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Recurso contencioso-disciplinario militar**

Ponente: **BENITO GALVEZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

REC. CONTENCIOSO. DISCIPLI. MILITAR ORDINARIO núm.: 83/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Benito Galvez Acosta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 5/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderon Cerezo, presidente

D. Javier Juliani Hernan

D. Benito Galvez Acosta

Dª. Clara Martinez de Careaga y Garcia

D. Francisco Javier de Mendoza Fernandez

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 204/83/2017, interpuesto por el guardia civil don Evaristo representado por la letrada doña Mónica Ceán Álvarez, frente a la resolución de fecha 3 de febrero de 2017 dictada por la Excma. Sra. Ministra de Defensa, que desestimaba el recurso de reposición frente a otra resolución de fecha 29 de julio de 2016, por la que se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio como autor de la infracción disciplinaria prevista en el núm. 13 del artículo 7 de la Ley Orgánica 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 y a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica". Ha sido parte recurrida el Ilmo. Sr. abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Benito Galvez Acosta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2016, la Excma. Sra. Ministra de Defensa, y atendido el informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio, resolvió imponer, a al guardia civil don Evaristo, la sanción disciplinaria de separación de servicio. Dicha resolución fue recurrida en reposición siendo desestimada por otra de fecha 3 de febrero de 2017.

SEGUNDO.- Los hechos que dieron lugar a la imposición de dicha sanción, y se declaran probados por esta Sala, resultan ser los siguientes:



«La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó, en fecha 30 de marzo de 2015, sentencia condenatoria en la causa 22/2015, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 424/2014, que instruyó el Juzgado de lo Penal núm. 3, de La Coruña contra Evaristo , por un delito de agresión sexual, donde consideró probado que:

"El acusado Evaristo , mayor de edad y con antecedentes penales cancelados, en fecha no determinada, pero en todo caso el primer o segundo domingo de febrero de 2012, en compañía de otra persona de origen cubano, sobre las 20:30 horas, se hallaba en el interior del bar "Patillero" de Sta. Cruz de Oleiros (A Coruña), se encontró con Isidora , nacida el NUM000 -1995, y con Melisa , nacida el NUM001 -1996, que se hallaban en compañía de Laureano .

Así el acusado en el interior del establecimiento dirigió a Isidora diversos comentarios, así "me gustaría llevarte a mi casa y follarte" o "me gustaría comerte y me gustas desde pequeña y ahora que no está tu padre lo puedo hacer"; instantes después le tocó varias veces los glúteos e insistiendo en que fuesen a comer los dos a Sada.

Después de insistir reiteradamente para ir a cenar a Sada, las muchachas y Laureano acabaron accediendo, y los trasladó el acusado en el turismo BMW conducido por él mismo.

Una vez en el restaurante se sentaron en una mesa de manera que, aprovechando la inmediatez de Isidora , el acusado le tocaba las piernas, los pechos, aquella se apartaba, se oponía, y cuando ella se levantaba le frotaba con su miembro viril la zona de los glúteos.

En otro momento el acusado repentinamente agarró a Melisa y la sentó encima de él, aprovechando a tocarle los glúteos, oponiéndose aquella y comenzando a llorar.

Durante el transcurso de ese tiempo el acusado amenazó a las chicas, y a Laureano con no pagar la factura y dejarlas allí tiradas en Sada; asimismo, el acusado que tenía 39 años en aquellas fechas era guardia civil, condición profesional que era conocida por ambas víctimas, además vivía en el inmueble en el que el padre de Isidora tenía un negocio.

Sobre las 00:00 horas emprendieron el viaje de vuelta en el BMW del acusado, conducido por el mismo, yendo de copiloto la persona de origen cubano, y los demás en la parte de atrás; primeramente dejaron a Melisa , después a la persona de origen cubano en Sta. Cruz de Oleiros, y entonces el acusado insistió en que Isidora fuese en el asiento del copiloto para trasladarla a A Coruña y en la parte de atrás iba Laureano , así durante el trayecto hacia A Coruña el acusado volvió a tocarle las piernas y la zona genital a Sada, además una vez que ésta se dirigía a su domicilio salió detrás de ella e intentó besarla empujándole aquella.

El pronunciamiento contenido en la sentencia fue:

"Que CONDENAMOS a Evaristo , como autor de un delito de agresión sexual (unidad natural de acción) y otro delito de agresión sexual previstos por el artículo 178 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas:

- a) Tres años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; prohibición de aproximarse a Isidora a menos de 200 metros y a comunicarse con ella por tiempo de 4 años, por el delito de agresión sexual (unidad natural de acción).
- b) Dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; prohibición de aproximarse a Melisa a menos de 200 metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de tres años.

Asimismo se le impone en relación a tales delitos la libertad vigilada por el tiempo de tres años y con expresa aplicación del art. 106.1) del C.Penal .

Satisfará las costas causadas en el procedimiento.

El acusado indemnizará a Isidora en 3.000 euros por daños morales".

Recurrida en Casación, en fecha veintitrés de noviembre de 2015 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dicta Sentencia número 761/2015, en el recurso de casación número 1002/2015 , por la que se declara haber lugar parcialmente al recurso de casación, casando así la sentencia de la Audiencia y sustituyéndola por la Segunda Sentencia del Tribunal Supremo, cuyo fallo expresa que "Debemos condenar y condenamos a Evaristo , como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual ya definidos (del art. 181 del Código Penal) a sendas penas de 2 años y diez meses de prohibición de comunicación y aproximación y libertad vigilada así como a la obligación de reparación civil y de pago de costas en la instancia que se impuso en la sentencia recurrida.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida no modificados por el presente fallo.».



TERCERO.- Contra citada resolución, por el sancionado don Evaristo , se interpuso recurso de reposición, que fue desestimado, por la Excm. Sra. Ministra de Defensa, en otra resolución de fecha 13 de febrero de 2007, tras analizar en sus fundamentos los alegatos constitutivos de la pretensión revocatoria consistentes en:

- Caducidad del procedimiento.
- Incompetencia del Ministerio de Defensa en funciones para dictar la resolución impugnada. Vulneración del principio non bis in ídem.
- Vulneración del derecho de defensa, por denegación indebida de la prueba.
- Vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.
- Vulneración del principio de proporcionalidad.
- Suspensión de la ejecución de la sanción durante la tramitación del procedimiento.

CUARTO.- Agotada la vía administrativa, por la representación procesal del sancionado, Don Evaristo , se ha interpuesto recurso contencioso disciplinario militar ordinario, ante esta Sala, sustentado en los siguientes motivos:

Primero: Caducidad del expediente disciplinario. (correlativo fundamento de derecho primero de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

Segundo: Falta de competencia del Ministro de Defensa. (Correlativo fundamento de derecho segundo de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

Tercero: Vulneración del derecho a la defensa del 24 de la Constitución Española. (correlativo fundamento de derecho tercero de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

Cuarto: Vulneración del principio non bis in ídem, el principio procesal de "cosa Juzgada, el principio de legalidad y seguridad jurídica recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución Española , y el derecho del dicente a un procedimiento con todas las garantías que consagra el art. 24 de dicha norma . (correlativo fundamento de derecho cuarto de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

Quinto: Vulneración del principio de legalidad en su vertiente de legalidad y tipicidad del 25 de la Constitución Española. (correlativo fundamento de derecho quinto de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

Sexto: Vulneración del principio de proporcionalidad del artículo 19 de la LDGC. (correlativo fundamento de derecho sexto de la resolución de la Ministra de Defensa de 13 de febrero de 2017).

QUINTO.- Por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en el correspondiente trámite se ha formulado expresa oposición a dicho recurso, interesando la confirmación de la resolución recurrida, por sus propios fundamentos.

SEXTO.- Dado traslado a las partes, por término de diez días, para que presentaran las conclusiones que estimaran oportunas, lo realizaron en sus correspondientes escritos.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala, se acordó señalar, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del recurso el día 17 de enero de 2018; lo que se llevó a efecto con el resultado que a continuación se expresa.

Habiendo redactado el ponente la presente Sentencia con fecha 18 de enero de 2018.

HECHOS PROBADOS

Se establecen como tales los mismos que se recogen en la Resolución sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2016 el Excmo. Sr. Ministro de Defensa, y por los propios antecedentes de hecho y fundamentos de derecho del informe de su Asesoría Jurídica General de fecha 19 de julio de 2016, acordó imponer al guardia civil Don Evaristo , la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio, en virtud del expediente disciplinario que, como autor de una falta muy grave prevista en el número 13 del artículo 7 de la LO 12/07, de 22 de octubre , del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil se le había instruido.

Con carácter previo procede anotar la reiteración de argumentos que el recurrente, en esta vía jurisdiccional, efectúa en relación a aquellos que fueron planteados en la alzada, y razonadamente resueltos en la resolución de la Excm. Sra. Ministra de Defensa de fecha 13 de febrero de 2017.



Ello establecido, versando sobre el primer motivo de recurso, hemos de anticipar su desestimación ya que es obvio que el acuerdo de incoación del expediente es de fecha 29 de febrero de 2016, y no de fecha 21 de enero de 2016 como postula el recurrente, pues en esta fecha tan solo se produjo una propuesta previa a la adopción del referido acuerdo.

Desde tal premisa, se ha de afirmar que en el presente expediente ha sido respetado el plazo máximo de seis meses que establece el art. 65.1 de la LO 12/07, de 22 de octubre de RDGC, que dispone: «la resolución a la que se refiere el art. 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha de acuerdo de incoación del expediente»

Efectivamente, se evidencia que aludido plazo ha sido respetado, toda vez que la incoación del expediente, como se indicó, lo fue en fecha 29 de febrero de 2016, y la resolución fue notificada al interesado el 8 de agosto de 2016.

SEGUNDO.- El segundo de los motivos ha de ser igualmente rechazado ante su absoluta carencia de fundamentos, y venir sustentado en el simple alegato de encontrarse la Ministra en Funciones, al tiempo de dictar la resolución sancionadora.

En tal sentido el art. 21.3 de la Ley 50/97, de 23 de noviembre establece que en tales circunstancias el Gobierno «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas».

En su relación, se ha de traer a colación lo dispuesto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 2 de diciembre de 2005 y 28 de mayo de 2013. Sentencias en las que la Sala, tras un exhaustivo e ilustrado análisis concluye, en definitiva, afirmando: "el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas, ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse".

A la luz de tal interpretación, la necesaria aplicación del régimen disciplinario, de forma cotidiana y continuada, de acuerdo con los estrictos principios jurídicos que lo rigen, se ha de inscribir en el denominado "despacho ordinario", propio de todo Gobierno en Funciones, dado que es una gestión necesaria en el marco de la Administración Militar.

En consecuencia, que la sanción fuera impuesta por la Ministra de Defensa en Funciones se inscribe en el marco normativo, precedentemente aludido, apartado 3 del art. 21 de la Ley 50/97 de 27 de noviembre del Gobierno.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el motivo tercero aduce el recurrente infracción del derecho de defensa por denegación, a su juicio indebida, de la prueba solicitada por el mismo, al cuestionar la versión de los hechos que refleja como probados la sentencia penal, firme condenatoria, que es presupuesto de la sanción impuesta.

Tal pretensión, ha de ser desestimada, toda vez que el propio precepto sancionador dispone «[...] la resolución definitiva de dichos procedimientos sancionadores sólo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados».

Efectivamente, desde tal premisa, es obvio no cabe discusión alguna sobre los hechos probados declarados en la sentencia penal; y, por ende, todo intento modificador en el ámbito disciplinario ha de ser rechazado, como afirma la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2014 en su fundamento de derecho segundo «las anteriores alegaciones no pueden ser aceptadas, ninguna de estas circunstancias puede conectarse con la infracción, basada en la existencia de una sentencia firme en la que se declaran probados hechos de extrema gravedad. Son circunstancias completamente ajenas al hecho sancionado y que en modo alguno pueden tener incidencia en la graduación de la sanción impuesta, anudada siempre a hechos indubitados que, en su parte sustancial, aparecen predeterminados por una Sentencia penal firme.

No es posible aceptar en este procedimiento una causa de inimputabilidad que determinara, de haberse probado, una sentencia que le hubiera declarado exento de responsabilidad criminal. La existencia de una sentencia condenatoria, como admite el recurrente, es un hecho objetivo e irrefutable, por ello, el motivo es desestimado».

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.



CUARTO.- La pretendida vulneración del principio *non bis in ídem*, solo podría prosperar obviando la doctrina de esta Sala, reiterada en múltiples sentencias, por todas la de 2 de diciembre de 2013 : «esta Sala viene reiteradamente recordando que mientras el reproche penal se impone al recurrente en su condición de sujeto activo de un ilícito penal común, la corrección disciplinaria encuentra su apoyatura en la relación de sujeción especial que vincula al funcionario con la Administración, de la que resultan una serie de obligaciones y deberes específicos exigibles, cuya vulneración está en la base del segundo procedimiento (aspecto formal o procesal del referido principio *non bis in ídem*) y de la sanción disciplinaria (aspecto material). En la medida en que ambos reproches obedecen a la vulneración de distintos bienes jurídicos objeto de protección y que, por ello, la dualidad pena- sanción administrativa se revela necesaria para abarcar la totalidad del injusto penal y disciplinario, no cabe conceptuar la sucesión de dichas respuestas de excesiva, desproporcionada y lesiva del derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), en que se inscribe el referido principio (STC 2/2003, de 16 de Enero y 188/2005, de 7 de Julio y SS. de esta Sala de 5 de Junio de 2.006 , 23 de Septiembre de 2.005 y 16 de Febrero , 22 de Junio y 20 de Diciembre de 2.004 , entre otras muchas)».

El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Viene sustentado el quinto de los alegatos impugnatorios, en la pretensión del recurrente de considerar que el tipo aplicable no ha de ser el del art. 13 de la LO 12/07 , falta muy grave; sino el del artículo 8.29, falta grave. Y ello desde la consideración, que hace, de que no se ha producido, con su conducta penal, grave daño a los ciudadanos a la vista de la indemnización señalada en la sentencia penal condenatoria.

Tal pretensión ha de ser rechazada, sin especial esfuerzo argumental, por cuanto que en la conducta penada al hoy sancionado disciplinariamente, se encuentra ínsito el grave daño a los ciudadanos que el abuso sexual a dos menores de edad comporta. Más, cuando su autor es agente de la Autoridad, cuya condición de guardia civil era conocida por las víctimas de su abuso, y los hechos contemplados en el ámbito penal han trascendido públicamente.

El motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- Finalmente, de igual suerte desestimatoria se hace acreedor el sexto de los motivos, atinente a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

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. Ciertamente, a la vista de lo que hemos dicho con anterioridad, se ha de tener por fundamentada la elección, de entre las sanciones previstas en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica 12/2007 , la de separación del servicio como más adecuada en el caso de autos, dado que la gravedad y circunstancias concurrentes en la conducta del sancionado, guardan proporción con la sanción escogida por la Administración para castigarla, en los términos que al efecto fija el párrafo primero del artículo 19 de la aludida Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil .

Ciertamente, la naturaleza especialmente reprobable de los delitos cometidos, la gravedad de las penas impuestas, la intensa afectación de los hechos al crédito e imagen de la Guardia Civil, y las circunstancias en que estos se cometieron, son razones que justifican, plenamente, la imposición de la más rigurosa de las sanciones legalmente previstas.

Lo expuesto, permite a esta Sala entender que no se ha conculcado, en la elección de la sanción disciplinaria impuesta el principio de proporcionalidad. Resultando, en consecuencia, acertada la elección por la Autoridad, con competencia disciplinaria, de la sanción de separación del servicio. Y, dada la imposibilidad de graduar o individualizar dicha sanción, por no ser susceptible de ser aplicada en extensión variable, no cabe entrar en el examen de la concurrencia de los criterios de graduación de las sanciones, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 19 de la vigente Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , Orgánica 12/2007. Tales criterios 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.

La alegación debe ser rechazada, y, con ella, 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 .

FALLO

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



1.- Desestimar y desestimamos el recurso de casación número 204-83/17, interpuesto por don Evaristo , representado por la letrada doña Mónica Ceán Álvarez, contra la resolución de la Excma. Sra. Ministra de Defensa de fecha 3 de febrero de 2017, que desestimaba el recurso de reposición frente a otra resolución de fecha 29 de julio de 2016, por la que se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio como autor de la infracción disciplinaria prevista en el núm. 13 del artículo 7 de la Ley Orgánica 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".

2.- Confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

3.- Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes con remisión de testimonio a la autoridad sancionadora, devolución de los antecedentes que en su día elevó a esta Sala, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Angel Calderon Cerezo

Javier Juliani Hernan Benito Galvez Acosta

Clara Martinez de Careaga y Garcia Fco. Javier de Mendoza Fernández