

# **CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2014-2015



TRIBUNAL SUPREMO

2015

## **SALA QUINTA**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. PENAL

1. Abandono de servicio de armas  
Carácter continuo de la prestación del servicio
2. Abuso de autoridad con trato degradante  
Absolución en la instancia basada en valoración de prueba personal  
Gravedad de la conducta
3. Delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte causada por negligencia profesional  
Ejercicios de riesgo incrementado por el condenado
4. Delito contra la eficacia del servicio con resultado de lesiones  
Elementos del tipo en su modalidad imprudente  
Aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios causados en las personas en accidente de circulación
5. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar  
Presunción de inocencia: nulidad de la confesión obtenida con infracción de derechos fundamentales  
Modalidad típica del artículo 196.2 CPM  
Concepto de munición
6. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar  
Presunción de inocencia  
Doctrina sobre la prueba indiciaria  
Error de hecho en la apreciación de la prueba  
Tipicidad
7. Delito de desobediencia  
Tipicidad
8. Delito de insulto a superior en su modalidad de injurias en su presencia  
Concurso de leyes militares y comunes: competencia de la jurisdicción militar  
Requisitos para no hacer uso de la facultad del artículo 733 LEcrim  
Presunción de inocencia: derecho de la esposa a no declarar; valor probatorio de la declaración de la víctima
9. Falsa denuncia de artefacto explosivo en lugar militar  
Presunción de inocencia  
Tipicidad

### II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Falta leve de desconsideración a los superiores  
Recusación del instructor del expediente

Libertad de expresión reforzada por la defensa de interés legítimo

2. Falta muy grave de abuso de atribuciones

Presunción de inocencia: valor probatorio de lo actuado en información reservada; prueba indiciaria

Tipicidad

Proporcionalidad e individualización de la sanción

3. Faltas graves de desatender un servicio y utilizar armas sin causa justificada

Eficacia probatoria de las videograbaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

Tipicidad

Proporcionalidad de la sanción

4. Infracción de las normas sobre el deber de residencia

Imparcialidad y objetividad de la autoridad sancionadora

Tutela judicial efectiva sin indefensión

Presunción de inocencia

Tipicidad

5. Negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales

Tipicidad

6. Prueba ilegalmente obtenida

Hallazgo casual

La intervención telefónica no es hábil para investigar una infracción administrativa

7. Recurso de alzada

Modificación de la calificación jurídica

8. Vulneración del régimen de incompatibilidades

Oficial de la Guardia Civil en situación de reserva que desempeña el cargo de Jefe de la Policía Local

9. Vulneración del régimen de incompatibilidades

Proporcionalidad e individualización de la sanción

En el año judicial 2014-2015 la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha dictado resoluciones dentro de su doble ámbito competencial, penal y contencioso disciplinario. En la presente crónica se seleccionan algunas sentencias que abordan materias sobre las que la sala ha reiterado, confirmándola de forma autorizada, su propia doctrina, dado que durante el año judicial no se han introducido nuevos criterios jurisprudenciales que hayan modificado la anterior<sup>1</sup>

## **I. PENAL**

### **1. Abandono de servicio de armas. Carácter continuo de la prestación del servicio.**

En la **STS 21-10-2014 (Rc 36/14) ECLI:ES:TS:2014:4145** se declaró probado que las dos procesadas, con destino en la Escuela Naval Militar, se hallaban desempeñando un servicio de guardia de 24 horas de duración a las órdenes del Comandante de la misma. A primera hora de la madrugada, encontrándose en un periodo de descanso dentro de aquel servicio, se ausentaron de la Unidad de su destino sin contar con la previa y preceptiva autorización del mando de que dependían, trasladándose en automóvil a una población próxima en donde no consta lo que hicieran, siendo vistas poco después en el interior de un bar vistiendo uniforme reglamentario. Conocida esta incidencia por sus superiores, se les ordenó telefónicamente que volvieran de inmediato, lo que obedecieron efectivamente tras 40 minutos de ausencia si bien que una de ellas presentaba estado de embriaguez, lo que determinó que fuera relevada del servicio por no encontrarse en condiciones de prestarlo.

En base a los anteriores hechos, el tribunal de instancia condenó a ambas procesadas como autoras responsables de un delito de “abandono de servicio de armas” (artículo 144.3º del Código Penal Militar, en lo sucesivo, CPM), imponiendo a una de ellas la pena de tres meses y un día de prisión y a la otra, a quien hubo de relevar del servicio, la de cuatro meses de privación de libertad.

El interés del recurso, deducido por infracción de ley penal sustantiva, se contrae a la calificación del servicio que se prestaba como de armas, lo que se cuestiona en base a dos consideraciones: a) que la ausencia de la Unidad se produjo en un periodo de descanso; y b) que las procesadas no portaban armas de ninguna clase durante su realización, por no estar expresamente previsto dada su condición de “vigilantes”.

En la desestimación de la queja casacional lo primero que declara la sala es la obligatoriedad de atenerse a lo establecido en los hechos que declaró probados el tribunal de instancia, que en casación resultan inamovibles y vinculantes. Tras la reconducción del motivo a la disciplina casacional, la sala establece:

---

<sup>1</sup> La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ VERGARA, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

a) Los servicios de armas tienen carácter continuo y permanente, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, incluidos cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio se relacionen con este o afecten a su ejecución (artículo 16 CPM), siendo irrelevante para la pérdida de dicha continuidad el que los hechos se produzcan en periodo de descaso, pues mientras dura un servicio de esta clase “el militar está sobre las armas de modo continuo”, sin que puedan hacerse distinciones sobre fases o periodos del servicio (sentencias 24-5-1989, 29-9-1989 y, más recientemente, 20-11-2002, 14-1-2004 y 6-3-2012). Esta doctrina no quiebra con la reciente sentencia 2-6-2014 invocada por la recurrente, porque el caso allí contemplado se refería a unos ejercicios o maniobras militares en que la ausencia de los acusados (absueltos) tuvo lugar durante un periodo programado como de ocio, cuando quienes participaban en los ejercicios no tenían encomendada misión alguna específica ni realizaban cualquier actividad predeterminada.

b) El servicio ordenado a las procesadas era el de Guardia con misión de “vigilantes”, con dotación de armamento consistente en armas de fuego largas y cortas, aunque de excepcional utilización según las órdenes del Comandante de la Guardia, quien asimismo custodiaba la llave del pañol en que se guardaban. La jurisprudencia de la sala es constante en el sentido de que la conceptualización de los servicios como de armas, a los efectos previstos en el artículo 16 CPM, no depende de la efectiva utilización o porte del armamento, bastando que por las características del servicio ello esté previsto, legal o reglamentariamente o en la orden legítima de designación (sentencias 7-2-2005, 27-2-2006, 20-2-2007 y 27-4-2012, entre otras).

## **2. Abuso de autoridad con trato degradante. Absolución en la instancia basada en valoración de prueba personal. Gravedad de la conducta.**

La **STS 17-2-2015 (Rc 61/14) ECLI:ES:TS:2015:648** desestima el recurso de casación interpuesto por una Sargento de Artillería contra la sentencia por la que se absolvía al Capitán procesado del delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia señala, en síntesis, que el procesado es un Oficial bien conceptualizado por el mando de su Unidad y al que sus propios subordinados califican de perfeccionista y muy exigente, tanto con ellos como con él mismo. En esas relaciones con sus subordinados, sin distinción de empleo ni de sexo, suele emplear en exceso el conocido como “lenguaje cuartelero”, con recurso frecuente a expresiones y palabras malsonantes y símiles soeces y vulgares, como forma habitual de recriminar incorrecciones leves relativas al servicio.

En ese contexto, quedó acreditado que, en sucesivas fechas de los meses de febrero y marzo de 2012, la Sargento denunciante fue objeto de expresiones malsonantes por parte del Capitán, como: “deja de hacerte pajas, no mejor, como tú eres mujer, deja de hacerte dedillos y piensa”; “supones un lastre para la Batería, así que vete a Botiquín y que te rebajen”; “inútil, no tienes ni puta idea, ponte las pilas, ¿para qué coño te quiero, si no sabes ni siquiera

alinearse una formación”; “no me sirves, no sé como eres Sargento, te voy a arrestar”.

Días más tarde, la Sargento sufrió un accidente al encaramarse a un camión que se disponía a partir para una instrucción en el momento en que el vehículo inició la marcha, cayendo y haciéndose daño en las rodillas. Tras acudir al Botiquín, la Sargento mantuvo una conversación telefónica con el procesado, que le dirigió reproches como: “eres una inútil, no te da vergüenza lo que estás haciendo, eres peor que un soldado renegado de infantería”. Más tarde, en alta voz y ante algún mando, profirió expresiones como: “lo que faltaba, la Batería tiene una Sargento que se cae de los camiones y que encima le dan ataques de ansiedad”.

La Sargento fue dada de baja, con diagnóstico de traumatismo en ambas rodillas, y cuando obtuvo el alta se hizo constar que padecía una condropatía incipiente en ambas rodillas, por lo que era remitida a rehabilitación y se aconsejaba rebajarla de actividades físicas. Más tarde, recibió el alta sin restricciones para el servicio al haber finalizado su rehabilitación.

Tras su reincorporación, el Capitán se dirigió a ella en varias ocasiones y en distintas fechas con expresiones como las siguientes: “¿sigues de baja, estás rebajada o no?”; “¿qué coño te pasa, qué coño es eso de que tienes que llevar un papelín al Botiquín?”; “¿hasta cuándo vas a seguir echando cara a lo de la rodilla?, ¿en dos años no te ha dado tiempo a ponerte en forma?”. En otra ocasión cuestionó ante el personal que estuviera lesionada, diciéndole que dejara de inventar cosas y de traer papelitos de acupuntor.

Más tarde, la Sargento acudió al Botiquín en estado de nerviosismo, calificando su estado el Capitán enfermero como “de ansiedad”, aunque, posteriormente, el Comandante médico consideró que se encontraba bajo una crisis nerviosa que no alcanzaba el grado de crisis de ansiedad.

La sentencia absolutoria del tribunal de instancia resultó recurrida en casación por infracción de ley penal sustantiva por indebida inaplicación del artículo 106 CPM.

La sala comienza por reiterar su doctrina sobre la posible revisión de sentencias absolutorias, conforme a la cual, la variación de una sentencia absolutoria por el órgano *ad quem*, empeorando la situación del reo declarada en la instancia, requiere nueva práctica de prueba -con oralidad, publicidad, intermediación y contradicción-, contando, en todo caso, con la audiencia del acusado ante el tribunal superior.

Señala, sin embargo, que esta doctrina no puede aplicarse en la casación cuando se mantienen intactos los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y la cuestión se reduce a subsumirlos en la norma que se considera infringida en el debate jurídico ni cuando el resultado de la valoración de la prueba depende solo de la percepción sensorial del testimonio, regido por el principio de intermediación.

Por otra parte, considera que la valoración del acervo probatorio realizada por el tribunal de instancia no puede tacharse de ilógica, arbitraria, inverosímil o absurda cuando sostiene, como presupuesto del criterio absolutorio, que las expresiones dirigidas a la Sargento se produjeron en el contexto de un inaceptable entendimiento del ejercicio del mando y que los excesos verbales no tenían suficiente entidad como para integrar el concepto de trato degradante, además de producir en la recurrente como único menoscabo psíquico el padecimiento de una crisis nerviosa que no alcanzaba el grado de crisis de ansiedad, sin que ni siquiera se hubiese acreditado que la misma se debiera exclusivamente a la actitud del Capitán.

En cuanto a la recalificación de los hechos pretendida por la recurrente para subsumirlos en el tipo delictivo, señala la sala que constituyen trato degradante los actos que rebajan la estimación, reputación y dignidad personal o provocan situaciones patentes de desprecio que envilecen, deshonoran o humillan al sujeto. Y añade que han de revestir un mínimo de gravedad, cuya apreciación es relativa, en función de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, duración de los malos tratos, efectos físicos o mentales, sexo, edad o estado de salud de la víctima, así como sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación o envilecimiento provocados en ella.

Considera, finalmente, que el relato probatorio descarta de forma no arbitraria que los hechos revistan la entidad necesaria para ser considerados como abuso de autoridad de alcance delictivo, sin perjuicio de la valoración que pudieran tener en vía disciplinaria.

### **3. Delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte causada por negligencia profesional. Ejercicios de riesgo incrementado por el condenado.**

En la **STS 24-4-2015 (Rc 60/14) ECLI:ES:TS:2015:1865** se declaró probado que por los mandos de determinada Unidad de las Fuerzas Armadas se organizaron unos ejercicios de adiestramiento de buceadores consistentes en la inmersión en aguas de un pantano, a una profundidad de 34 metros y con escasa o ninguna visibilidad. De la preparación *in situ* y de la coordinación se encargó un Sargento (Brigada), mientras que la ejecución corrió a cargo de un Jefe de Buceadores con empleo de Suboficial que asumía la responsabilidad del ejercicio en cuanto a los tres buceadores a su cargo.

Probado asimismo que la inmersión no se desarrolló según lo previsto, por la mayor duración del descenso y el tiempo perdido en la recolocación del fondeo que se había situado cinco metros más abajo de lo planeado: los tiempos programados no se cumplieron por lo que saltaron las alarmas de descompresión que portaban los buzos. Ante las complicaciones sobrevenidas, el Sargento acusado no dio la orden de abortar el ejercicio y subir a superficie hasta que lo solicitó uno de los buceadores, momento en que, por circunstancias no bien precisadas, el nerviosismo se apoderó de los buzos, que se disgregaron, dispersándose los dos binomios que formaban los cuatro soldados que habían descendido.

En el curso de la situación de descontrol a que se dio lugar, el Sargento acusado ascendió a la superficie por sus propios medios desde una profundidad de 39 metros, haciendo lo propio otros dos buceadores, pero desapareciendo un tercer buceador que falleció por asfixia por sumersión compatible con edema pulmonar agudo.

En la instancia se condenó al Sargento acusado por el delito de que se trata, cometido por negligencia profesional con resultado de muerte, estableciéndose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. El tribunal *a quo* apreció imprudencia temeraria, si bien que la degradó a negligencia profesional (leve), tras apreciar la concurrencia de comportamiento asimismo imprudente por parte del buzo fallecido, por haber consentido descender a profundidad superior a la que estaba habilitado y por no verificar el correcto estado de su equipo y la carga completa de la monobotella de aire que constituía su dotación.

Recurrieron en casación tanto la defensa como la acusación particular y la sala desestimó ambos recursos, efectuando las siguientes declaraciones de interés:

a) Los hechos se produjeron en la realización de una actividad dispuesta en el seno de una organización compleja y jerarquizada propia de las Fuerzas Armadas, en cuya progresión se fueron tomando determinaciones escalonadas de manera que las adoptadas a mayor nivel constituían antecedente y presupuesto de otras posteriores, todas ellas regidas por el principio de confianza lo que se traduce en que los sucesivos intervinientes en el desenvolvimiento de lo planeado podían esperar razonablemente en lo correcto de las decisiones anteriores. En definitiva, se creó una situación de peligro en función de las necesidades de preparación y formación permanente de los miembros de las Fuerzas Armadas; y estas actividades de riesgo deben considerarse permitidas por la finalidad y utilidad social a que tienden, si bien que en estos casos el nivel de cuidado exigible ha de estar en consonancia con el riesgo extraordinario que se crea para que no se produzca con tal motivo un resultado típico.

Por consiguiente, se valora en el caso los datos relativos a la clase de actividad organizada en distintos escalones de mando, el principio de confianza, la creación de una situación de riesgo permitido a controlar por quien lo creó, su elevación desde lo tolerado a lo prohibido, el deber de cuidado y la previsión del resultado mortal que se produjo en el ámbito del riesgo prohibido por haberlo incrementado el recurrente.

b) Sobre el delito de que se trata existe un consolidado cuerpo de jurisprudencia, según la cual el tipo imprudente consiste en la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, que produce un resultado típico por infracción del deber de cuidado exigible con carácter general o específicamente en la realización de una concreta actividad.

c) La conducta del acusado fue sobre todo omisiva y estuvo desprovista de aquel deber de cuidado, exigible por la posición de garante que le incumbía respecto de la indemnidad física de los buceadores puestos a su cargo. En concreto desconoció que el soldado fallecido no contaba con habilitación para descender a la profundidad marcada y que carecía de experiencia en la práctica de inmersiones análogas. Debió abortar el ejercicio a la vista de las complicaciones surgidas en su desarrollo. Igual decisión debió tomar cuando se dispararon las alarmas de descompresión, indicativas del desajuste de los tiempos calculados para la actividad, sobre todo teniendo en cuenta que la decisión de darlo por concluido quedaba en sus manos, para adoptarla por su iniciativa o a petición de cualquiera de los buceadores.

En cambio la sala no considera comportamiento imprudente, en contra del parecer del tribunal sentenciador, el no haber cargado a la máxima capacidad el equipo monobotella del fallecido, porque el aire de que este disponía era suficiente para realizar el ejercicio de inmersión programado de 29 minutos de duración, que se abortó a los 17 minutos y que el último que ascendió lo hizo en el minuto 25. Además, al ser rescatado el cadáver, 24 horas más tarde, aún quedaba un resto de aire en su botella, por lo que la causa del fallecimiento no fue la deficiente dotación de aire. En ese sentido, y al no constar las circunstancias de la muerte, esta se habría producido con independencia del llenado al límite de la botella.

d) La sala comparte que medió negligencia en la conducta del recurrente por las omisiones en que incurrió, es decir, consentir el descenso y no abortarlo en situación de riesgo incrementado del que era responsable. Sin embargo, la misma no fue grave o temeraria en si misma considerada y sin necesidad de acudir a la compensación que se hizo en la instancia. En realidad el tribunal *a quo* tomó en consideración incorrectamente lo que la doctrina denomina "autopuesta en peligro de la víctima". No hubo tal, porque a ello se opone el principio de confianza en la secuencia correcta de las decisiones previamente adoptadas por los superiores y, asimismo, porque la aceptación del peligro no consta que estuviera precedida de la completa información del riesgo que se asumía.

e) Respecto del nexo causal, no es posible verificar el vínculo naturalístico entre la acción negligente y la imputación objetiva del resultado a dicha conducta, al ser un comportamiento imprudente de carácter omisivo. Tratándose de omisión, basta con afirmar el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con probabilidad rayana en la certeza, la lesión del bien jurídico que tutela la norma penal.

#### **4. Delito contra la eficacia del servicio con resultado de lesiones. Elementos del tipo en su modalidad imprudente. Aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios causados en las personas en accidente de circulación.**

La **STS 18-7-2014 (Rc 21/14) ECLI:ES:TS:2014:3486** desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado y estima parcialmente el interpuesto por la acusación particular frente a la sentencia por la que se

condenaba a un Caballero Legionario por un delito contra la eficacia del servicio previsto y penado en el artículo 159.2 CPM.

En el relato de hechos probados de la sentencia de instancia se describe la forma en que se produjeron unas lesiones graves en el curso de unos ejercicios tácticos con morteros pesados. En lo aquí trascendente, deben destacarse los siguientes hechos: el servicio de cada pieza durante los ejercicios se realizaba por una escuadra compuesta por un Cabo, que era el jefe de la misma y desempeñaba las funciones de apuntador y tirador, un artificiero, dos proveedores y un cargador. Entre las funciones correspondientes al procesado, el Caballero Legionario que actuaba como cargador, se encontraban, tras la realización del disparo, las relativas a la comprobación de que la granada hubiera salido, para lo que había de mirar el interior del tubo y gritar "tubo o ánima libre" o, en caso contrario, dar la novedad pertinente.

Tras accionar el mecanismo de disparo, el tirador y el cargador se miraron mutuamente al no estar seguros de que la granada hubiera salido, pues el estruendo derivado del disparo simultáneo de todas las piezas les hizo dudar, concluyendo que así había sido por apreciaciones de ambos.

A continuación, el cargador se dirigió al tubo para comprobar que había salido la granada, sin que el tirador hubiera puesto el seguro como era su obligación. Y tras mirar en su interior gritó "tubo libre", sin haberse cerciorado plenamente de si la granada seguía alojada en su interior. Posteriormente, el Cabo, convencido de que el mortero estaba vacío, se dirigió al tubo para colocar en su extremo el tapabocas. En el instante en el que el Cabo hizo el gesto de colocar la citada pieza con la mano izquierda, el cargador, excediéndose en sus funciones, sin que nadie se lo ordenase y omitiendo las precauciones necesarias, accionó la palanca de disparo del mortero, produciéndose la percusión de la granada alojada en su interior, que en su trayectoria de salida impactó en la mano y antebrazo izquierdo del Cabo, hiriéndolo de gravedad.

El tribunal de instancia condenó al Caballero Legionario que actuaba como cargador como autor responsable de un delito "contra la eficacia en el servicio" previsto y penado en el artículo 159.2 CPM, a la pena de tres meses y un día de privación de libertad, accesorias y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnizara al perjudicado en la cantidad de 161.270 euros, más intereses legales, con responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Frente a la sentencia de instancia recurrieron en casación tanto el condenado como la acusación particular.

El recurso del condenado se basa en varios motivos, todos ellos desestimados. Además de los relativos a la vulneración del principio de presunción de inocencia –sobre el que la sala entiende que no concurre el necesario vacío probatorio ni la irracionalidad o arbitrariedad en el proceso de inferencia realizado-, del principio acusatorio –respecto del que también se aprecia que no se da, pues la sentencia de instancia razona expresamente sobre la controversia que tuvo lugar en el acto de juicio oral sobre el extremo denunciado por el recurrente relativo a si accionó la palanca de disparo o el tirafrictor-, al error facti –respecto del que señala la sala que no se cumple en el supuesto ninguno de sus requisitos jurisprudenciales- y al error invencible –que ya fue aceptado por el tribunal sentenciador al condenar por un delito producido por negligencia profesional, en el que se excluye el dolo-, merece especial mención el motivo relativo a la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.

Señala la sala a este respecto que en el tipo del párrafo segundo del artículo 159 CPM se contempla un delito culposo. Y añade que en el actuar descrito en el relato de hechos probados concurren todos los elementos del tipo, a saber: (1) la condición de militar del condenado; (2) la comisión del hecho en ejecución de un acto de servicio de armas; y (3) la producción de las lesiones como consecuencia de imprudencia profesional.

Respecto de este último requisito, recuerda la sala que “la base de la imprudencia punible se halla en la infracción del deber subjetivo y objetivo de cuidado, es decir, en la falta de previsión de lo previsible y de evitación de lo evitable, si el sujeto hubiera desplegado la diligencia exigible en el caso concreto”. Y añade que la imprudencia exige la concurrencia de cuatro elementos: (1) acción imprudente contraria a la norma objetiva de cuidado, que impone dos deberes sucesivos, advertir la existencia del peligro y adecuar la propia conducta a ese conocimiento; (2) resultado lesivo o dañoso; (3) relación o nexo causal entre ambos; e (4) imputación objetiva al autor.

En el recurso se cuestionan la existencia de nexo causal y la imputación del resultado lesivo al condenado. La sala, por el contrario, aprecia que sí concurren, pues la actuación del recurrente fue causa eficiente de las lesiones producidas: en primer lugar, al dar la voz de “tubo libre” sin haberse cerciorado de si en el interior del tubo permanecía o no alojada la granada, lo que generó un riesgo desaprobado jurídicamente; por otra, al dirigirse al puesto de tirador y manipular la palanca de disparo sin comprobar si el seguro estaba puesto. Por todo ello, se considera que el condenado fue el causante directo y eficaz del resultado lesivo, en la medida en que fue él quien concretó y realizó el riesgo.

En cuanto al recurso interpuesto por la acusación particular, acumula varias pretensiones o submotivos relativos a la aplicación del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la circulación de Vehículos de Motor.

Comienza la sala confirmando la aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil. Asimismo,

afirma que aunque la cuantía de las indemnizaciones concedidas por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no es revisable en casación, pues se trata de una función soberana de los tribunales de instancia, este no es un principio rígido. Así, recuerda que conforme a la doctrina de la Sala 1ª cabe la revisión casacional cuando se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la indemnización, así como en los supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada, a lo que ahora añade la sala que cabe la revisión en casación de la aplicación que el tribunal de instancia haya realizado de las reglas y fórmulas contempladas en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, al tratarse de una norma jurídica sustantiva.

Aplicando esta doctrina, la sala entiende que la sentencia de instancia no aplicó correctamente la “fórmula Baltathar” prevista para las secuelas concurrentes, lo que lleva a modificar la cuantía de la indemnización básica por lesiones permanentes.

Por otra parte, estima el motivo del recurso relativo a la indebida exclusión del factor de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes, al no compartir el argumento de la sentencia de instancia que fundamentó la exclusión en la pensión de clases pasivas percibida por la víctima tras su pase a la situación de retiro por inutilidad en acto de servicio.

También se estima el motivo relativo a la clase de incapacidad apreciada por la sentencia de instancia para fijar la indemnización, dado que entre los documentos unidos a las actuaciones figura una resolución del Ministro de Defensa en la que se acordaba el pase de la víctima a retiro por incapacidad permanente para toda profesión u oficio, por lo que no debió indemnizarse por incapacidad permanente total para la ocupación o actividad habitual de la víctima, sino por incapacidad absoluta para toda profesión.

Por último, se desestima la petición relativa a la eliminación del elemento corrector de disminución de la indemnización, al entender que la víctima también contribuyó con su proceder al resultado lesivo, al haber omitido poner el seguro del arma como era su obligación.

##### **5. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar. Presunción de inocencia: nulidad de la confesión obtenida con infracción de derechos fundamentales. Modalidad típica del artículo 196.2 CPM. Concepto de munición.**

La **STS 4-2-2015 (Rc 55/14) ECLI:ES:TS:2015:665** estima el recurso de casación formalizado por un Sargento y un Soldado del Ejército del Aire frente a la sentencia de instancia por la que se les había condenado como autores, en grado de tentativa, de sendos delitos contra la Hacienda en el ámbito militar previstos y penados en el párrafo segundo del artículo 196 CPM.

Los hechos probados reflejados en la sentencia condenatoria de instancia ponen de manifiesto que durante el transcurso de una patrulla de guardia de seguridad realizada en el interior de la Base Aérea de Torrejón se

interceptó un vehículo que salía de una zona restringida correspondiente al Grupo de Armamento. Una vez identificados sus ocupantes, se procedió a registrar el vehículo, encontrando en su maletero 17 cajas de madera que contenían vainas de latón y de material plástico de munición ya usada. El Sargento que integraba el personal de guardia de seguridad preguntó a los procesados sobre cómo habían accedido al interior del recinto, a lo que contestaron que utilizaron una copia de la llave que tenían. Avisado el Comandante de la guardia, se presentó en el lugar de la interceptación del vehículo y preguntó al Sargento procesado por la razón de que se encontraran las cajas de vainas en el interior del vehículo, a lo que respondió que se las llevaban para después venderlas y, con el dinero obtenido, arreglar un vehículo de su propiedad. Dado aviso a la Jefe de día, también se personó en el lugar en que estaba detenido el vehículo y preguntó a los acusados por el motivo por el que tenían las cajas en su poder, a lo que respondieron que tenían un vehículo propio averiado y que querían sacar las cajas para venderlas, pagando el arreglo del vehículo con el importe que obtuvieran de esa venta.

Frente a la sentencia condenatoria se interpuso recurso de casación por dos motivos: el primero por infracción de precepto constitucional, al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, por encontrarse la prueba de cargo viciada de nulidad de pleno derecho; el segundo, por infracción del principio de legalidad en relación con el artículo 196.2 CPM.

Respecto del primer motivo de casación, señala la sala que para enervar la presunción de inocencia, el tribunal dispuso de suficiente prueba de cargo, válidamente obtenida, regularmente practicada y racionalmente valorada en cuanto al elemento esencial que permitía subsumir los hechos en el delito contra la Hacienda en el ámbito militar, la circunstancia de haber sido sorprendidos los recurrentes en posesión del material militar intervenido. Y en cuanto al elemento intencional, insiste la sala en que el tribunal de instancia valoró también razonablemente el suficiente acervo probatorio de cargo, a pesar de que dos de los testimonios prestados han de ser anulados y no tenidos en cuenta, al tratarse de declaraciones de superiores que interrogaron a los recurrentes cuando razonablemente podían ser ya sometidos a imputación sin informarles previamente de su derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.

En cuanto al motivo de casación relativo a la posible ausencia de tipicidad, la sala afirma que el delito previsto en el artículo 196.2º CPM es autónomo del de su párrafo 1º y se caracteriza por la clase de bienes sustraídos -material de guerra, armamento o munición-, sin que tenga relevancia punitiva su valor, pues el bien jurídico protegido no es meramente económico sino predominantemente militar, la necesaria incolumidad de los medios materiales del poder bélico del Estado. Para la integración del tipo delictivo es irrelevante el elemento intencional, pero sí es necesario que el apoderamiento recaiga sobre aquella clase de bienes, no pudiendo considerarse munición los casquillos o vainas intervenidos, al no ser aptos para el disparo con armas convencionales.

**6. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar. Presunción de inocencia. Doctrina sobre la prueba indiciaria. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Tipicidad.**

La **STS 24-7-2014 (Rc 44/13) ECLI:ES:TS:2014:3809** estima los recursos de casación interpuestos por un Capitán y un Teniente del Ejército de Tierra y por un particular frente a la sentencia que los había condenado, como autores a los dos primeros y como cooperador necesario al tercero, de un delito consumado contra la Hacienda en el ámbito militar, en su modalidad de sustraer materiales que se tengan bajo la responsabilidad por razón del cargo o destino, previsto y penado en el artículo 195 CPM. Asimismo, desestima los recursos de casación interpuestos por el Teniente del Ejército de Tierra y por el particular frente a la misma sentencia que los había condenado, al primero de ellos, como autor de un delito consumado contra la Hacienda en el ámbito militar, en su modalidad de deteriorar materiales que se tengan bajo la responsabilidad por razón del cargo o destino, previsto y penado en el artículo 195 CPM, y, al segundo, como autor de un delito consumado contra la Hacienda en el ámbito militar, en su modalidad de deteriorar materiales que se tengan bajo la responsabilidad por razón del cargo o destino, previsto y penado en el artículo 195 CPM, y de otro delito consumado contra la Hacienda en el ámbito militar, en su modalidad de tener en su poder efectos a que se hace referencia en los artículos 195 y 196 CPM, previsto y penado en el artículo 197 CPM.

Del relato de hechos probados de la sentencia de instancia se desprende, sintéticamente, que:

En marzo de 2010 el Capitán recurrente, como Jefe de Destacamento, ordenó al entonces Subteniente (Teniente en la fecha de la sentencia), como Jefe de la Plana Mayor de la Unidad, que, con personal de la misma, se desmontaran de sus torres los aproximadamente dos kilómetros de cableado en desuso (aunque utilizable para conducción de energía eléctrica mediante la reparación de algunos elementos puntuales). Esta desinstalación no estaba prevista en el Plan General de Instrucción, no fue comunicada a la Unidad superior, ni el material fue dado de baja. El cable desinstalado fue trasladado a un almacén por orden del entonces Subteniente y más tarde, cargado en un camión conducido por el particular también recurrente, representante de una empresa adjudicataria de varios contratos en el acuartelamiento. El cable fue trasladado y vendido a una empresa por este particular, que recibió como contraprestación 432 euros en metálico, cantidad no ingresada en el Tesoro Público. De todas estas operaciones fueron concedores el Capitán y el Subteniente.

Entre finales de mayo y principios de junio de 2010, el Subteniente y el particular anteriormente citado procedieron a extraer, por desenterramiento en los casos en que fue preciso, unos 7600 metros de cable de cobre, cuyo mantenimiento era responsabilidad del referido Subteniente. El valor del cable extraído se cifra en 5500 euros según especifica la sentencia.

Con anterioridad a tales hechos, en enero de 2010, el particular de referencia entregó a la misma empresa a que se ha hecho anterior mención, en concepto de latón (sin que conste así en la contabilidad de la empresa), 2066 vainas ya disparadas, afirmando que procedían de la Unidad y que la operación estaba autorizada por un hombre de uniforme que le acompañaba y que decía ser capitán. Por dicha operación el particular recibió la suma de 4441,90 euros, cantidad que no fue ingresada en el Tesoro Público.

De los diversos motivos de casación aducidos en los recursos articulados por los tres condenados la sala estima los siguientes:

a) Vulneración del principio de presunción de inocencia del Capitán condenado. Afirma el recurrente que la sentencia de instancia vulneró aquel derecho al haberse apoyado la prueba de la autoría de los hechos únicamente en tres indicios que no cumplen los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para considerarla de cargo. La sala, tras reiterar la doctrina general sobre el control casacional cuando es invocada la vulneración de la presunción de inocencia, señala los requisitos que han de concurrir para que la prueba indiciaria pueda enervar aquel derecho: los indicios han de estar acreditados por prueba directa; deben ser plurales, independientes y concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión; esta debe darse de forma inmediata, no a través de varias deducciones o cadena de silogismos; debe motivarse racionalmente el proceso deductivo –juicio de inferencia- por el que de unos hechos –indicios- se deducen otros –consecuencias-. Y añade que la acreditación del hecho-base mediante prueba directa no es revisable en casación, ex artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim), pero sí lo es la razonabilidad del juicio de inferencia realizado por el tribunal sentenciador, para analizar si se adecua a las reglas de la lógica, lo que, no obstante, no permite sustituir la inferencia hecha por otra distinta, igualmente razonable. Y concluye la sala al respecto que, partiendo de los indicios reflejados en la sentencia de instancia, el juicio de inferencia realizado resulta contrario a la lógica y a la razón en lo que afecta a elementos relevantes para la calificación jurídica de los hechos, como los relativos la voluntad, conocimiento y participación del Capitán en el desmontaje, traslado, depósito, extracción y posterior venta del cable como una operación única y planeada en su conjunto, conclusiones cuya motivación no exterioriza la sentencia.

b) Infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, con vulneración del principio de presunción de inocencia de los tres condenados por el delito del artículo 195 CPM, en su modalidad de sustracción de materiales, al existir vacío probatorio respecto de la identidad y valor de la cosa sustraída. Pone la sala de manifiesto al respecto la falta de acreditación suficiente, mediante informe pericial o mediante documento o factura acreditativos del precio por el que la Administración lo adquirió, del valor del material sustraído, para analizar si el mismo es o no superior a la cuantía mínima establecida para el delito de hurto, como elemento esencial a los efectos de entender integrado el elemento objetivo del tipo delictivo.

Por el contrario, se rechazan los restantes. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

a) Error de hecho en la apreciación de la prueba. El particular recurrente invoca, como único motivo de casación, el error facti, al entender que de los documentos que constan en autos se desprende que no debieron entenderse probados los hechos por los que resultó condenado. La sala, para desestimar el motivo, recuerda la doctrina aplicable al respecto y señala que: en el anuncio de su recurso la parte no designa los particulares de los documentos que, a su juicio, muestran el error; no se concretan, ni en el escrito de anuncio del recurso ni en el de formalización, los términos en que hubiera de adicionarse, suprimirse o modificarse el relato de hechos probados; un voto particular no es documento a efectos casacionales; las declaraciones de los testigos y de las partes, así como el acta de juicio oral son pruebas personales documentadas, no documentos con valor casacional.

b) Vulneración del principio de presunción de inocencia del Teniente condenado en cuanto a los hechos del relato fáctico relativos a la extracción entre finales de mayo y principios de junio de 2010 de unos 7600 metros de cable de cobre. El recurso afirma que la participación del Subteniente en tales hechos carece de sustento probatorio y se ha deducido, mediante un irracional juicio de inferencia, de la prueba indiciaria practicada. La sala, en este caso, entiende que el juicio de inferencia realizado por el tribunal sentenciador no es irracional, como se pone de manifiesto por la motivación que la sentencia ofrece del nexo entre los datos acreditados y la conclusión ofrecida.

c) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías invocado por el Teniente condenado. Se afirma en el recurso que la sentencia se basa en declaraciones de testigos que son contradictorias y están contaminadas por la animadversión de aquellos hacia el recurrente y, además, que se ha dado credibilidad a un testigo drogodependiente. Pone de manifiesto al respecto la sala que corresponde al tribunal de instancia la valoración de la prueba testifical, prestada bajo el principio de inmediación, y que, en el supuesto enjuiciado, la sentencia motivó suficientemente haber tenido en cuenta las notas o parámetros que permiten entender como racional la apreciación realizada: credibilidad subjetiva de los testigos, al no apreciar en ellos motivos espurios o abyectos; credibilidad objetiva o verosimilitud de los testimonios; y persistencia en la incriminación. Y respecto de la alegación relativa a la credibilidad del testimonio de un drogodependiente, afirma la sala que para que afectara a su valoración tendría que haberse probado, no solo la drogodependencia, sino que la misma alcanzara un nivel suficiente como para incidir en la calidad del testimonio.

d) Principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. Alega el recurrente la inexistencia de ánimo de lucro ni de intención maliciosa por su parte. La sala recuerda que se está ante un ilícito penal de resultado que no requiere para su consumación sino el dolo genérico o dolo neutro, consistente en el designio del agente de causar u ocasionar el menoscabo del equipo reglamentario, materiales o efectos sobre los que recae la acción, de forma que el dolo o elemento subjetivo del injusto preciso para la integración del subtipo delictivo no comporta necesariamente la intencionalidad específica del *animus damnandi*, es decir, el designio de querer, directa y exclusivamente, estropear, menoscabar, o hacer

detrimento del material que el agente tiene bajo su responsabilidad por razón de su cargo o destino, aunque tampoco la excluye.

## **7. Delito de desobediencia. Tipicidad.**

La **STS 16-12-2014 (Rc 52/14) ECLI:ES:TS:2014:5382** estima el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Togado frente a la sentencia por la que se absolvía al acusado del delito de desobediencia tipificado en el artículo 102 CPM.

Los hechos probados de la sentencia de instancia ponen de manifiesto, sintéticamente, que: (1) el Cabo acusado se encontraba en el listado de personal de su Unidad que debía pasar un control rutinario de urianálisis para la detección de posible consumo de sustancias psicotrópicas; (2) se negó a pasar el control, alegando que el procedimiento empleado para la realización de la prueba vulneraba su intimidad; (3) cumplimentó el modelo de negativa oficial a someterse al análisis y fue requerido por el Jefe del Batallón para que se sometiera al análisis, advertido de las responsabilidades en que podía incurrir, a pesar de lo cual, el acusado se negó nuevamente a pasar el control; (4) el procedimiento seguido en la Unidad para la obtención de la muestra de orina obliga a pasar el control a varias personas a la vez, que deben desnudarse de cintura para abajo, siendo observadas mientras realizan la micción, y en él se siguen formas calificadas por los testigos como humillantes, desagradables o incómodas, en especial, cuando el personal que se somete al control ya tiene positivos previos; (5) el acusado ya había tenido positivos anteriores, de forma que si hubiera dado positivo de nuevo habría sido el tercero en el plazo de dos años; (6) el incumplimiento de la orden no supuso afectación para el servicio ni el mando desobedecido apreció gravedad en la desobediencia; (7) posteriormente, a requerimiento del juez instructor, el acusado se sometió voluntariamente a un control de consumo de drogas que dio positivo a cocaína.

La sentencia absolutoria dictada por el tribunal de instancia argumentó que los hechos declarados probados no eran constitutivos del delito de “desobediencia” del artículo 102 CPM, al no concurrir en ellos el elemento de la gravedad. El recurso del Ministerio Fiscal invocó, como único motivo de casación, la infracción de ley por inaplicación de precepto sustantivo, ya que, a su entender, los hechos probados podían subsumirse en el tipo.

Señala la sala que los elementos del tipo penal de desobediencia exigen: que la orden sea legítima; que sea taxativa en su contenido; que se transmita de forma adecuada y personal y por medio idóneo al efecto, aunque sea a través de subordinado; que sea relativa a acto de servicio -lo que se da en caso de obligada comparecencia para someterse a reconocimientos médicos-; y que sea de grave entidad.

Añade que la gravedad del incumplimiento, que permite deslindar la infracción delictiva de la disciplinaria, ha de analizarse en atención a las circunstancias concretas del caso, tales como la reiteración de la negativa, la intencionalidad y, sobre todo, el grado de peligro que supone la conducta desobediente para la disciplina, que es el bien jurídico protegido.

Y concluye que la negativa a cumplir la orden de someterse a las pruebas analíticas sobre detección de sustancias psicotrópicas es penalmente relevante y cumple todos los elementos típicos del delito de desobediencia. La gravedad de la desobediencia viene marcada por la clara intencionalidad del sujeto de eludir un posible positivo en la analítica al efecto de evitar un tercer positivo en plazo de dos años, lo que podría llevar aparejada su expulsión de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la sala considera necesario hacer referencia al procedimiento seguido por la Unidad de destino del acusado para obtener la prueba de orina y señala que resulta razonable advertir que el procedimiento de recogida de muestras ha de invadir lo menos posible la intimidad de las personas, evitando que se realice en grupos de varias personas a la vez, salvo que las circunstancias impidan una recogida individual, lo que habría de razonarse por el responsable de la supervisión del procedimiento.

**8. Delito de insulto a superior en su modalidad de injurias en su presencia. Concurso de leyes militares y comunes: competencia de la jurisdicción militar. Requisitos para no hacer uso de la facultad del artículo 733 LEcrim. Presunción de inocencia: derecho de la esposa a no declarar; valor probatorio de la declaración de la víctima.**

La **STS 2-12-2014 (Rc 51/14) ECLI:ES:TS:2014:5381** estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia por la que se absolvía al recurrente del delito de insulto a superior en su modalidad de injurias en su presencia y se le condenaba como autor responsable de una falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2º del Código Penal (en lo sucesivo, CP).

El Cabo 1º procesado se encontraba separado de su esposa desde hacía tres años aunque su matrimonio se mantenía en vigor, llevando ambos vidas independientes y teniendo un hijo en común. El día de los hechos, su esposa se encontraba en un pub en compañía de un Capitán Enfermero, que entonces era su pareja. Encontrándose en el lugar el procesado, que conocía al Capitán de un anterior destino común, se dirigió al superior diciéndole: “Bola, sal fuera que quiero hablar contigo [...]”, a lo que el Capitán hizo caso omiso, añadiendo el procesado: “eres una maricon, no sabía que eras tan maricon”. El Capitán, días más tarde, redactó un parte con los hechos que remitió al Juez Togado Militar.

Aduce el recurrente en su primer motivo de casación infracción de ley penal sustantiva, al entender indebidamente aplicado por el tribunal de instancia el artículo 620.2 CP, ya que lo hizo de forma sorpresiva cuando el recurrente venía acusado por el delito del artículo 101 CPM. Afirma que la jurisdicción castrense carece de competencia para aplicar aquel precepto, ya que cuando un hecho es susceptible de tipificarse en el CP y en el CPM solo se atribuye competencia a la jurisdicción marcial para conocer del delito contemplado en el CP cuanto este reserve una pena más grave que la prevista en el CPM.

Señala al respecto la sala, en primer lugar, que en caso de concurso de leyes militares y comunes que tipifiquen el delito en relación de alternatividad, con

independencia de la pena prevista para uno u otro tipo delictivo, resulta siempre competente la jurisdicción militar.

A continuación, afirma la sala, siguiendo el informe de la Fiscalía Togada, que el problema principal que podía derivar de la modificación de la calificación de los hechos en el momento en que el tribunal de instancia dictó sentencia es el relativo a la posible afectación del principio acusatorio, en su vertiente garantizadora del derecho del acusado a no sufrir indefensión. Sin embargo, considera que en el caso no se produjo indefensión al condenar por delito distinto del imputado en la acusación, ya que concurrieron las circunstancias de homogeneidad delictiva -en cuanto al bien jurídico protegido y a los hechos configuradores del tipo- e imposición de menor pena, en cuyo caso no es imprescindible el planteamiento de la *tesis*, pues el acusado tuvo oportunidad cierta de defenderse en debate contradictorio.

Se queja también el recurrente de la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, al haberse tenido en cuenta como prueba de cargo la declaración sumarial de su esposa, a la que el tribunal sentenciador indicó en sala que tenía obligación de declarar al entender que no le era aplicable el artículo 416 LECrim, por lo que, ante la negativa de la testigo a declarar, se dio lectura a su declaración sumarial. Señala la sala al respecto que, no ocurridos los hechos tras la disolución del matrimonio entre el acusado y la testigo, mantiene esta su derecho a no declarar, por lo que, ejercido el mismo en el juicio oral, no puede darse lectura a la declaración prestada en fase sumarial, lectura que ha de quedar invalidada.

En cuanto a la valoración de la prueba no invalidada, recuerda la sala que su apreciación compete en exclusiva al tribunal sentenciador, dotado de irrepetible inmediación, limitándose el control casacional a comprobar que ha existido prueba de cargo suficientemente incriminatoria y que ha sido válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente apreciada. Sin embargo, recuerda que conforme a su doctrina, puede entrarse en una nueva valoración de la prueba cuando el proceso deductivo empleado en la sentencia de instancia sea manifiestamente irracional, ilógico, arbitrario o contrario a los criterios de la experiencia.

Y, analizando la declaración de la víctima, recuerda que puede constituir la única prueba de cargo, pero siempre que goce de credibilidad subjetiva, de credibilidad objetiva -coherencia interna y corroboraciones periféricas- y de persistencia en la incriminación, circunstancias que no entiende la sala que concurren en el supuesto enjuiciado. Así, las diversas versiones dadas por el Capitán Enfermero en momentos diferentes, las esenciales contradicciones en que incurre, la variación paulatina del relato de lo acaecido entre unas y otras declaraciones y la falta de concreción precisa de los hechos permiten deducir una falta de persistencia material en la incriminación que lleva a entender que dicha prueba carece de sentido de cargo, por lo que se entiende vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo suficiente para enervarlo.

## **9. Falsa denuncia de artefacto explosivo en lugar militar. Tipicidad.**

La **STS 25-9-2014 (Rc 17/14) ECLI:ES:TS:2014:3887** desestima el recurso de casación interpuesto por un Soldado del Ejército de Tierra que había sido condenado como autor de un delito de falsa denuncia de artefacto explosivo en lugar militar tipificado en el artículo 59 CPM.

En el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria consta que el 30 de junio de 2011 en la Unidad de Seguridad de la Base Militar de Bétera se recibieron dos llamadas telefónicas consecutivas, en la segunda de las cuales el interlocutor afirmó “yo solo te digo que hemos puesto una bomba en Bétera”. El Cabo que recibió la llamada creyó reconocer la voz del autor de la llamada como la del Soldado que luego resultó imputado y puso los hechos en conocimiento del Oficial de Guardia, desplegándose a continuación el operativo previsto para este tipo de amenazas. En la Unidad de Seguridad no se contaba con dispositivo identificador de llamadas entrantes, pero, posteriormente, a requerimiento del juez instructor, la compañía telefónica dio a conocer la identidad de las líneas desde las que se hicieron las llamadas, correspondiendo la de la segunda llamada al Soldado recurrente.

En el recurso de casación se invocó vulneración del derecho a la presunción de inocencia, así como infracción del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad por indebida aplicación del artículo 59 CPM.

Respecto de la posible infracción del principio de presunción de inocencia, señala la sala que concurre en la causa prueba suficiente para conformar el hecho probado. Así, consta documental cuyo resultado refrenda las declaraciones testimoniales a las que el tribunal de instancia confiere verosimilitud, al ser coincidentes entre sí, por lo que la posible equivocación de uno de los testigos sobre la hora en que le comunican lo ocurrido no afecta a la esencia de los hechos probados en relación con la prueba practicada, de forma que la conclusión que alcanza el tribunal sentenciador no es arbitraria, irracional, ilógica ni va contra las reglas de la experiencia.

En cuanto al tipo delictivo de falsa denuncia de artefacto explosivo en lugar militar, afirma la sala que exige que el sujeto activo sea un militar, consistiendo la acción típica en afirmar, con falsedad, la existencia en un lugar militar de un aparato explosivo, lo que se deduce cuando se llama telefónicamente a un lugar militar dando cuenta de la existencia de una bomba. Y entiende que esta conducta es suficiente a los efectos típicos, sin necesidad de más concreción, siempre que de las circunstancias fácticas pueda suponerse que el lugar militar al que se realiza la llamada es donde se encuentra colocado el artefacto explosivo.

## **II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO**

### **1. Falta leve de desconsideración a los superiores. Recusación del instructor del expediente. Libertad de expresión reforzada por la defensa de interés legítimo.**

La **STS 31-10-2014 (Rc 96/14) ECLI:ES:TS:2014:4352** estima el recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil frente a la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso disciplinario militar

ordinario contra la resolución sancionadora, confirmada en alzada, por la que se le consideró autor de la falta leve del artículo 9.1 de la LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en lo sucesivo, LORDGC), consistente en la “desconsideración o incorrección con superiores”.

En los hechos probados de la sentencia de instancia consta acreditado que el Guardia Civil recurrente había presentado en el Puesto en el que prestaba servicios un escrito de alegaciones relacionado con su informe personal de calificación (IPEGUCI), confeccionado por el Sargento Jefe del Área de Prevención del citado Puesto, en el que efectuaba una serie de manifestaciones hacia la persona del calificador, tales como: "Es parecer de esta parte que la actitud del calificador responde a intereses alejados del objetivo de la evaluación que le ha sido encomendada, en clara infracción de lo dispuesto en el artículo 36 de las citadas Reales Ordenanzas: Obrará con la mayor reflexión, justicia y equidad en la elaboración de los informes personales, así como en los procesos de evaluación en los que participe, así como contraviniendo los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, ejemplaridad, eficacia y honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental que el artículo 5 de la misma norma impone a todo militar en su actuación, como servidor público que es".

Como primer motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 53.10ª de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, con fundamento en que el recurrente-recusante, por razón de su destino, dependía directa e inmediatamente del Sargento Jefe del Área de Prevención del Puesto Principal de su destino y del Teniente Jefe de dicho Puesto Principal, siendo que el Instructor del expediente se hallaba destinado en un Puesto Auxiliar de los incluidos en la demarcación de aquel Puesto Principal.

Para resolver este motivo la sala pone de manifiesto que la recusación ya fue planteada por el recurrente tanto en el expediente disciplinario como en la instancia jurisdiccional, siendo en ambos casos desestimada. Al no introducirse en el recurso ninguna argumentación crítica respecto de lo decidido en la instancia, y limitándose a reproducir el debate jurídico en los términos ya planteados y resueltos como si se estuviera ante un recurso ordinario en lugar de ante uno extraordinario por motivos tasados, la sala pone de manifiesto que ha de confirmarse el criterio del órgano sentenciador.

Por otra parte, afirma la sala que las argumentaciones introducidas *ex novo* por la Abogacía del Estado en su escrito de oposición al recurso sobre la admisibilidad en el supuesto enjuiciado de la causa de recusación planteada no pueden ser tenidas en consideración, pues, no habiéndose cuestionado la sentencia recurrida la aplicación al caso de la causa de recusación, se alterarían los términos del debate y se causaría indefensión al recurrente.

El segundo motivo de casación denuncia vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión. Recuerda la sala su doctrina sobre este derecho diciendo que los militares y miembros de la Guardia Civil son titulares del derecho fundamental a la libertad de expresión, con las limitaciones generales del

mismo y las específicas propias de las funciones castrenses necesarias para preservar los principios y valores esenciales de la organización militar (disciplina, jerarquía, unidad y cohesión interna, neutralidad política), siempre que no reduzcan a sus miembros al puro y simple silencio.

Entiende la sala que en el supuesto enjuiciado debió ponderarse que las expresiones consideradas por la sentencia de instancia como objetivamente insultantes, ofensivas y desconsideradas para el Suboficial superior se realizaron con ocasión de presentar un escrito de alegaciones frente al IPEC, al estar en desacuerdo con las notas o calificaciones desfavorables que el evaluado estimó inmerecidas. Y declara que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión se refuerza cuando aparece vinculado al derecho de defensa, lo que permite, en ciertos casos, justificar determinados excesos cometidos por tal motivo, eliminando la antijuridicidad material de la conducta o degradando el nivel de reproche disciplinario.

## **2. Falta muy grave de abuso de atribuciones. Presunción de inocencia: valor probatorio de lo actuado en información reservada; prueba indiciaria. Tipicidad. Proporcionalidad e individualización de la sanción.**

La **STS 10-3-2015 (Rc 160/14) ECLI:ES:TS:2015:851** desestima el recurso de casación interpuesto por un Brigada de la Guardia Civil frente a la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la resolución del Director General de la Guardia Civil y la del Ministro de Defensa, confirmatoria de la anterior, por la que se le impuso la sanción de siete meses de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave del apartado 7 del artículo 7 LORDGC consistente en “el abuso de atribuciones que cause grave daño a los ciudadanos, a las entidades con personalidad jurídica, a los subordinados o a la Administración”.

Del relato de hechos probados de la sentencia de instancia se desprende que:

El Brigada recurrente, en el momento de los hechos con empleo de Sargento 1º y Comandante de Puesto Interino, en compañía de un Guardia de su mismo destino y libre de servicio, accedió de madrugada a un club de alterne situado dentro de la demarcación territorial del Puesto de que era Comandante Interino. Ambos se identificaron como Guardias Civiles y consumieron diferentes bebidas, lo que ya habían realizado en otro lugar anterior, por lo que presentaban un estado que revelaba síntomas de embriaguez.

Dentro del local mantuvieron una discusión con el encargado, lo que derivó en que los componentes de la Guardia Civil obligaran a las mujeres que allí trabajaban a ponerse en fila y a exhibir su documentación. Varias de ellas, que consiguieron evitar la identificación y refugiarse, realizaron llamadas al acuartelamiento relatando lo que estaba sucediendo.

Poco después, el compañero del recurrente solicitó telefónicamente al Centro Operativo Complejo (en lo sucesivo, COC) la presencia de una pareja

uniformada en el club. El operador del COC contactó con una patrulla, a la que informó de las expresiones inconexas y de la voz pastosa que presentaba su interlocutor.

Al llegar al local la patrulla, sus integrantes consideraron que el recurrente y su compañero estaban bebidos y, tras una conversación telefónica del recurrente con el Teniente Jefe Interino de la Compañía, tanto él como el Guardia que le acompañaba abandonaron el local.

Personado más tarde el Teniente en el club, el encargado del local le narró que el recurrente y un Guardia Civil llegaron al mismo mostrando síntomas de embriaguez, en actitud altanera, exigiéndole el Guardia que le invitara a un polvo con una de las chicas. Ante su negativa, ambos se fueron al bar donde estaban las chicas, a las que propusieron relaciones sexuales y, al negarse estas, comenzaron a amenazarlas, obligándolas a ir a la zona de recepción del local, donde el Sargento 1º hizo ver a las chicas que él era quien daba las órdenes y que se haría lo que él dijera. Muchas de las chicas se escaparon como pudieron hacia las habitaciones y la zona de monte colindante.

Los hechos llegaron a general conocimiento, de forma que el Subdelegado del Gobierno tuvo que dar explicaciones en una rueda de prensa.

Tras la sanción impuesta y agotada la vía administrativa, el recurrente interpuso recurso contencioso disciplinario militar ordinario, que resultó desestimado. Frente a la sentencia desestimatoria interpuso recurso de casación, en el que articuló tres motivos: vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del principio de legalidad y del de proporcionalidad, por infracción de las normas sobre individualización de la sanción.

En cuanto al primero de los motivos del recurso, otorga la sala la razón al recurrente en el particular relativo a la falta de valor probatorio de los testimonios practicados en la información reservada que luego no fueron ratificados en el expediente disciplinario, pues es en este donde ha de llevarse a efecto la prueba de cargo con todas las garantías.

No obstante, afirma la sala que en el supuesto enjuiciado la prueba de cargo no estaba constituida únicamente por los testigos presenciales de los hechos (el encargado del establecimiento y las empleadas que allí trabajaban) que solo declararon en la información reservada sin ratificar sus testimonios en el expediente disciplinario, sino que concurría suficiente prueba incriminatoria de carácter indiciario, idónea y apta para enervar la presunción de inocencia. Así, aun prescindiendo de aquellas declaraciones no ratificadas en el expediente bajo el principio de contradicción, considera la sala que son muchos los indicios base acreditados a través de otros medios (como la testifical del Teniente y de varios Guardias Civiles). Y añade que estos indicios acreditados se enlazan entre sí y se refuerzan lógicamente y racionalmente hasta concluir en el sentido que sostiene la sentencia de instancia.

En cuanto al segundo de los motivos de casación, el relativo al principio de legalidad y su complemento de tipicidad, declara la sala que la conducta del sancionado colma el tipo objetivo, representado por la realización de una acción notoriamente arbitraria y la causación de grave daño a las personas y a la Administración, representada por el Cuerpo de la Guardia Civil, cuya organización operativa fue activada por la caprichosa decisión del recurrente. Y afirma que se colma, asimismo, el tipo subjetivo, representado por el dolo genérico que se advierte en la conducta desplegada por quien conoce los componentes objetivos de la infracción (elemento intelectual del dolo) y sin embargo, actúa en función de dicho conocimiento (elemento volitivo).

Por último, en cuanto la proporcionalidad e individualización de la sanción impuesta, considera la sala que está razonadamente justificado lo ajustado de la respuesta disciplinaria, que se sitúa en el grado mínimo de su posible duración, en atención a la gravedad del hecho (antijuridicidad material), las circunstancias de su autor (culpabilidad) y la grave y muy negativa repercusión del hecho sobre la imagen de la Institución.

### **3. Faltas graves de desatender un servicio y utilizar armas sin causa justificada. Eficacia probatoria de las videograbaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Tipicidad. Proporcionalidad de la sanción.**

La **STS 4-12-2014 (Rc 92/14) ECLI:ES:TS:2014:5084** desestima el recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil frente a la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la resolución, confirmada en alzada, por la que se le impuso la sanción de pérdida de siete días de haberes como autor de una falta grave del apartado 10 del artículo 8 LORDGC consistente en “desatender un servicio” y la de pérdida de cinco días de haberes como autor de una falta grave del apartado 23 del artículo 8 de la misma norma, consistente en “utilización de armas sin causa justificada”.

Conforme a la declaración de hechos probados realizada por el tribunal sentenciador, el Guardia Civil recurrente el 31 de diciembre de 2011 se encontraba prestando, junto con otros dos Guardias Civiles, un servicio de protección y seguridad del acuartelamiento en que estaba destinado, teniendo encomendadas labores de protección y seguridad, control de acceso de personas y vehículos, así como de los monitores, y vigilancia estática de la zona perimetral del acuartelamiento. Cada treinta minutos debían relevarse en cada una de las funciones, permaneciendo uno de ellos en los monitores y los otros dos en los exteriores.

Tras las campanadas de Fin de Año, el recurrente y uno de sus compañeros procedieron a felicitar el nuevo año a los vecinos de las viviendas colindantes encendiendo los prioritarios de los vehículos oficiales estacionados en el acuartelamiento y accionando los acústicos. Además, los tres miembros de servicio coincidieron a la vez en el exterior del acuartelamiento, sin que el recurrente portara arma larga ni vistiera el chaleco antibalas ni la prenda de la cabeza.

Posteriormente, el Guardia Civil recurrente trató de activar un aparato pirotécnico y, al no conseguirlo, lo lanzó hacia el cielo, extrajo con una mano su pistola reglamentaria de la funda de su cinturón, apuntó hacia el artefacto lanzado e, inmediatamente, volvió a introducirla en la funda.

Se alza en primer lugar el recurrente invocando la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Recuerda a este respecto la sala que el control casacional de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, a los efectos de constatar si se ha enervado el derecho a la presunción de inocencia, se circunscribe a analizar si ha habido prueba de cargo válidamente obtenida y regularmente practicada, así como si fue valorada racionalmente, lo que entiende que tuvo lugar en el supuesto enjuiciado, en el que el tribunal *a quo* dispuso, además de la testifical practicada, del visionado de las imágenes de las cámaras de seguridad del acuartelamiento.

Declara la sala que las grabaciones realizadas por las cámaras de seguridad del acuartelamiento en que se encontraba el sancionado son prueba legítima, ya que no infringen el derecho a la intimidad constitucionalmente reconocido: su uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y otros supuestos está amparado por la ley y no se trata de un mecanismo clandestino para el control de la vida privada o del rendimiento de los trabajadores, sino de un sistema de vigilancia público y notorio.

Como segundo motivo de casación plantea el recurrente la vulneración del principio de legalidad, en la medida en que entiende que la conducta considerada probada por la sentencia de instancia adolece de falta de tipicidad, tanto en referencia a los elementos objetivos como subjetivos del tipo.

Afirma la sala al respecto que del inamovible relato de hechos probados se desprende que el sancionado incurrió en las conductas típicas, ya que consta que no prestó atención a las obligaciones detalladas en la papeleta de servicio y que, aun sin pretender hacer uso real del arma, sacó su pistola y apuntó con ella en la mano hacia el cielo simulando un intento de activar un aparato pirotécnico, lo que supone una ostentación del arma sin causa justificada.

Por último, en cuanto a la denuncia relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción por inadecuada interpretación de los criterios de graduación de la gravedad de la conducta, recuerda la sala que compete a la Administración la individualización de la sanción, tomando en consideración los factores objetivos y subjetivos concurrentes y motivando las razones justificativas de la sanción elegida de entre las previstas en la norma. En el control de legalidad de esa labor que compete a la jurisdicción entiende el tribunal que la sanción impuesta es adecuada, ya que se eligió la sanción menos gravosa de las tres posibles y, dentro de ella, un tipo muy bajo, ya que podía imponerse por cada falta entre cinco y veinte días de pérdida de haberes, lo que se considera ajustado a las circunstancias concurrentes, al haber incrementado el riesgo que su desatención implicó con carácter general con otras conductas como las de no vestir en el exterior del acuartelamiento el chaleco antibalas ni portar el arma larga.

#### **4. Infracción de las normas sobre el deber de residencia. Imparcialidad y objetividad de la autoridad sancionadora. Tutela judicial efectiva sin indefensión. Presunción de inocencia. Tipicidad.**

La **STS 3-7-2014 (Rc 50/14) ECLI:ES:TS:2014:3051** estima el recurso de casación interpuesto por una Guardia Civil frente a la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la resolución, confirmada en alzada, por la que se la sancionó como autora de una falta leve del apartado 4 del artículo 9 LORDGC consistente en “la infracción de las normas sobre el deber de residencia”.

Como hechos probados declara expresamente la sentencia de instancia que la Guardia Civil recurrente se encontraba de baja médica para el servicio cuando informó telefónicamente a sus superiores que mientras realizaba un viaje por Portugal, desconocido por ellos, sufrió un accidente y fue atendida médicamente en localidad distante de la de su destino. A consecuencia de estos hechos, el Teniente Comandante del Puesto Principal en que estaba destinada emitió un parte que motivó que por el Capitán Jefe de la Compañía se iniciase expediente sancionador y se ordenase la instrucción de una información verbal a elaborar por parte del Teniente Comandante de otro Puesto Principal. El Capitán de la Compañía resolvió el expediente imponiendo la sanción de reprensión, que fue confirmada en alzada.

Alega la recurrente que el Capitán Jefe de la Compañía participó de forma trascendente en la instrucción del procedimiento sancionador mediante la decisión de incoar un procedimiento por falta leve tras analizar la documentación y mediante la decisión sobre la prueba admisible, lo que le hizo conocer previamente el asunto y perder la aptitud para pronunciarse con objetividad en el momento de resolver el expediente.

Recuerda la sala que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es predicable en la misma medida de un órgano administrativo. Lo que se reclama de los funcionarios y autoridades actuantes en un procedimiento sancionador no es que actúen en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúen con objetividad, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal. Considera la sala que en el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que el mando que impuso la sanción hubiera realizado un previo juicio de imputación al acordar la incoación del expediente ni al pronunciarse sobre la prueba admisible en aplicación del artículo 50 de la LORDGC, pues la motivación de su resolución no hizo juicio de valor alguno sobre los hechos imputados y la participación en los mismos del recurrente.

En cuanto a la alegación relativa a la infracción del derecho fundamental a la tutela efectiva sin indefensión, recuerda la sala que la tutela de los tribunales no comporta ni el derecho a que se dé la razón a los postulantes ni al acierto de las resoluciones, cumpliéndose las exigencias derivadas de dicho derecho con un pronunciamiento de los tribunales que dé respuesta fundada y no arbitraria a las pretensiones. No se acredita, a juicio de la sala, de qué forma provocó indefensión material y efectiva a la parte el hecho de que al parte

disciplinario no se acompañara la información verbal previa, pues en tal información no se hacía referencia a hechos distintos de los relatados en el parte disciplinario, lo que permitió a la recurrente ejercitar con plenitud su derecho de contradicción y emplear los medios de prueba pertinentes para su defensa.

La denuncia relativa a la vulneración del principio de presunción de inocencia es también desestimada, ya que se entiende que en el supuesto enjuiciado existe prueba válidamente obtenida y practicada, de sentido indudablemente incriminatorio o de cargo, suficiente para enervar aquella presunción. Analiza a continuación la sala el valor probatorio del parte disciplinario, respecto del que declara que no concurren razones en el caso para dudar de su verosimilitud y credibilidad, además de estar corroborado periféricamente por la testifical practicada. Y concluye al respecto que la prueba de que dispuso el tribunal de instancia fue valorada de manera lógica y razonable.

Por último, se aborda el motivo relativo a la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. Y, tras declarar que se está ante un precepto disciplinario en blanco que debe ser integrado mediante la determinación de las normas sobre el deber de residencia eventualmente incumplidas y el alcance de las mismas, concluye la sala que, en este caso, no se ha infringido la norma reglamentaria o “pretipo” que sirve de sustrato o complemento al tipo en que los hechos fueron subsumidos.

La resolución sancionadora se remitió, como norma infringida, a la normativa reglamentaria que se contiene en el artículo 5, punto 1º de la Orden General número 2/2003 sobre “lugar de residencia, desplazamientos y localización del personal”, en el que se describen las condiciones en que ha de ser fijada la residencia temporal en lugar distinto al de la residencia habitual durante una situación de baja médica para el servicio. Sin embargo, señala la sala que no consta acreditado que la recurrente hubiera fijado o intentado fijar su residencia temporal en lugar distinto del de su residencia habitual, sino que se encontraba realizando un viaje, en ejercicio del derecho de libre desplazamiento de que gozan los miembros de la Guardia Civil, sin perjuicio de las limitaciones que deriven del cumplimiento de su misión (artículo 21 de la LO 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil).

La recurrente sí pudo haber infringido el apartado 2 del artículo 6 de la LO citada, que le obligaba a comunicar previamente a sus superiores su desplazamiento al extranjero, pero al no haberse aplicado este “pretipo” por la autoridad sancionadora, la recurrente no pudo defenderse de tal posible calificación, por lo que señala la sala que no cabe sino estimar el motivo de casación.

## **5. Negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales. Tipicidad.**

La **STS 11-7-2014 (Rc 35/14) ECLI:ES:TS:2014:3044** desestima el recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil frente a la sentencia por la que se había desestimado su recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la resolución, confirmada en alzada, por la que se le sancionó como

autor de una falta grave del apartado 33 del artículo 8 LORDGC consistente en “la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales”.

Conforme se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el Guardia Civil recurrente fue dado de baja médica para el servicio por enfermedad común (lumbalgia) en febrero de 2010. Examinado por la Unidad de Reconocimientos Médicos en diciembre de 2010, se acordó un nuevo examen al cabo de dos meses. Comparecido para realizar este en marzo de 2011, en el apartado de observaciones del dictamen médico elaborado se hizo constar que el paciente no aportó los resultados de pruebas que le habían sido prescritas, sin los que era imposible valorar el proceso, especificándose, además, que la actitud del paciente era apática y de poca colaboración.

Unos meses después, en mayo de 2011, resultaron infructuosas todas las gestiones realizadas hasta en cuatro ocasiones para contactar con él a fin de hacerle llegar la orden de la Jefatura de la Comandancia de que compareciera ante los Servicios de Asistencia Sanitaria de la Unidad.

En junio siguiente, la Unidad de Reconocimientos Médicos comunicó que el paciente no había podido ser valorado por el traumatólogo al no haberse aportado el resultado de sus pruebas diagnósticas. Dispuesta su nueva comparecencia, fue requerido personalmente para la aportación de las mismas, a lo que siguió negándose hasta que las aportó definitivamente el 29 de julio siguiente.

En los meses de febrero y marzo de 2012 se dispuso su comparecencia ante la Unidad de Reconocimiento para evaluar su patología, no presentándose a ninguna de las tres citas, tras aportar previamente a cada una de ellas un certificado médico en el que se prescribía reposo absoluto durante 72 horas.

Ante el irregular comportamiento del Guardia Civil, se llevó a cabo un control de actividades por el Grupo de Información, del que resultó que el expedientado acudía con asiduidad a un gimnasio en el que llevaba a cabo una rutina de ejercicios enérgicos de alta intensidad en extremidades y tronco.

Ante la imposibilidad de que pudiera ser examinado en la Unidad de Reconocimientos, el Teniente Coronel Médico y el Capitán Jefe del Servicio de Asistencia Sanitaria de la Comandancia se personaron en el domicilio del expedientado, sin que pudiera llevarse a cabo dicho reconocimiento adecuadamente ante la actitud obstruccionista de la familia del encartado.

Se articula como único motivo de casación la vulneración del principio de tipicidad, dado que, a juicio del recurrente, el tribunal de instancia no concreta cuáles son las obligaciones profesionales negligentemente cumplimentadas, lo que resulta necesario para que quede integrado el tipo disciplinario, como norma en blanco que es.

Afirma la sala que, en efecto, la infracción grave regulada en el artículo 8.33 LORDGC es un precepto disciplinario en blanco que debe ser integrado, para salvaguardar la seguridad jurídica y la legalidad sancionadora, mediante la debida

remisión a la normativa, legal o reglamentaria, reguladora de las correspondientes obligaciones profesionales incumplidas o imperfectamente realizadas, porque la norma no señala cuáles son los deberes u obligaciones que están en la base del precepto. No obstante, añade que no es preciso que la resolución sancionadora mencione ese específico complemento cuando la obligación profesional negligentemente cumplida forma parte del marco legal básico de la Guardia Civil, pues se presume que el elenco de deberes y obligaciones contenido en el mismo es conocido por todos los integrantes del Instituto Armado. Esto es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado, en el que se infringieron deberes esenciales, como el de sometimiento a los reconocimientos médicos o psicofísicos necesarios para determinar la aptitud para el servicio, la normativa sobre bajas para el servicio, así como el deber de facilitar los medios de localización para poder atender puntualmente a las obligaciones profesionales.

Como elemento objetivo del tipo señala la sala la necesidad de que la conducta consista en negligencia grave, sin exigirse la afectación del servicio u otro resultado, por tratarse de un ilícito de simple o mera actividad. Por una parte, ha de tratarse de un obrar no conforme a derecho que venga a significar descuido, omisión, falta de aplicación o falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y debe prestarlo. Además, se precisa la gravedad del comportamiento negligente.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, comienza la sala por recordar que la culpabilidad, bien a título de dolo o de negligencia, constituye en el ámbito del derecho administrativo sancionador un presupuesto necesario que ha de estar siempre presente para la apreciación de las infracciones administrativas. Y añade que el incumplimiento intencional o doloso de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas puede integrar diversas faltas disciplinarias muy graves, graves o leves o, incluso, determinados delitos previstos tanto en el CP como en el CPM. Sin embargo, especifica que en tipo disciplinario contemplado en el apartado 33 del artículo 8 de la LORDGC solo cabe incardinar conductas imprudentes o negligentes.

Y concluye la sala señalando que el comportamiento del recurrente, en el mejor de los casos, fue constitutivo de una grave negligencia, pues, aun cuando ni la autoridad sancionadora ni el tribunal de instancia estimaron intencionalidad en su conducta, lo que hubiera permitido otra calificación más grave, vulneró el más elemental deber objetivo de diligencia o cuidado que todo miembro de la Guardia Civil ha de observar en aras a cumplimentar las obligaciones o deberes profesionales que sobre él pesan, infringiendo lo legalmente prescrito sobre sometimiento a reconocimientos psicofísicos y sobre localización (y, por ende, disponibilidad), que constituyen bienes jurídicos de la máxima relevancia y que, con su descuido proceder, puso en evidente riesgo o peligro.

## **6. Prueba ilegalmente obtenida. Hallazgo casual. La intervención telefónica no es hábil para investigar una infracción administrativa.**

La **STS 29-1-2015 (Rc 127/14) ECLI:ES:TS:2015:122** estima el recurso de casación interpuesto por un Cabo 1º de la Guardia Civil frente a la sentencia por la que se desestimaba su recurso contencioso disciplinario militar ordinario

frente a la resolución del Director General de la Policía y de la Guardia Civil por la que se le sancionó al considerarlo autor de la falta grave consistente en “la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil”.

El primero de los motivos de casación, que es estimado, se basa en la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La sala anula la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y los sustituye por otros que hacen referencia, no al fondo de los hechos por los que fue sancionado el recurrente, sino a la forma en que fueron conocidos. En síntesis: (1) el expediente disciplinario fue incoado como consecuencia de un auto dictado por un Juzgado de Instrucción en el que se acordó deducir y remitir a la autoridad competente testimonio de particulares por si el resto de los hechos que figuraban en las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas en el procedimiento penal y que no integraban el delito de descubrimiento y revelación de secretos perseguido pudieran ser constitutivos de infracción administrativa; (2) la Audiencia Provincial, mediante sentencia que quedó firme al ser desestimado el recurso de casación interpuesto frente a la misma, declaró que las intervenciones telefónicas habidas en la causa penal constituían prueba ilícita.

Señala la sala para estimar el recurso:

a) Si una investigación se lleva a cabo en razón a las diligencias practicadas en otro proceso anterior, para que las diligencias sean lícitas y admisibles es necesario que los medios de investigación sean válidos en atención al objeto del nuevo proceso.

b) Esto ocurre también con los denominados hallazgos casuales: si en el curso de una intervención telefónica lícita aparecen indicios de otro delito, solo puede utilizarse lo averiguado mediante la intervención cuando, conforme al objeto del nuevo proceso, pudiera haberse empleado ese medio de investigación.

c) Las intervenciones telefónicas han de ser necesarias, motivadas, lícitas y proporcionadas. Para que se acuerden ha de analizarse la proporcionalidad de la medida, poniendo en relación los derechos fundamentales afectados y la gravedad de los delitos investigados. Así, si no se está ante la investigación de un delito grave la intervención telefónica será ilícita, en tanto que con ella se quebranta el principio de proporcionalidad.

d) Y si los delitos de menor gravedad no justifican la adopción de una intervención telefónica, con mayor razón no pueden justificarla los datos relativos a una falta disciplinaria.

En definitiva, la sala estima que en el supuesto enjuiciado la prueba se obtuvo directa o indirectamente violentando derechos fundamentales, pues aunque no se tuvieron en cuenta las transcripciones de las conversaciones telefónicas interceptadas, el conocimiento de los hechos tuvo lugar a través de ellas, es decir, de modo ilícito.

## **7. Recurso de alzada. Modificación de la calificación jurídica.**

La **STS 11-2-2015 (Rc 120/14) ECLI:ES:TS:2015:421** desestima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia que había estimado el recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto en su día por un miembro de la Guardia Civil.

Conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, en la fecha de los hechos el Guardia Civil recurrente no debía prestar servicio, al estar pendiente de determinación de aptitudes psicofísicas por la Junta Médico Pericial. Por esa razón, desde la Unidad contactaron con él para que devolviera determinados efectos y la llave del hangar, a lo que manifestó que se encontraba en un bar de la localidad. Personados dos Sargentos en el local, vistiendo ambos de uniforme, observaron que el Guardia Civil estaba consumiendo alcohol y presentaba síntomas de embriaguez. Tras informarle del motivo concreto por el que se habían presentado en el lugar, se le ordenó reiteradamente la entrega de los efectos oficiales que le habilitaban para el acceso a la Unidad, a lo que el inculpado se negó, lo que generó que se iniciara un incidente en el interior del establecimiento, en el que había personas ajenas al Cuerpo, durante el que el recurrente se portó de forma desconsiderada con los superiores, reaccionó airadamente y llegó a derramar la bebida que estaba ingiriendo. Una vez en el exterior del establecimiento, le fue llamada la atención por su comportamiento, llegando a encararse con su superior, por lo que, ante el cariz que tomaba el asunto, los superiores decidieron abandonar el lugar.

Más tarde, el Guardia Civil protagonizó otro incidente en otro bar en el que se encontraba en evidente estado de embriaguez. Personada una unidad policial en el local, se negó a la identificación que le había sido requerida y se mantuvo en estado violento y agresivo, increpando a los agentes policiales. Una vez conseguida su identificación como miembro de la Guardia Civil, se acordó requerir la presencia de un superior del expedientado, concurriendo al local un Cabo, con quien el recurrente también mantuvo una conducta agresiva e imperativa para que le acompañara a seguir de copas, dirigiéndose posteriormente a otro local y al bar de la Residencia Militar de la localidad, donde igualmente alteró el orden.

Por resolución del Coronel Jefe Accidental de Zona se impusieron al encartado dos sanciones de pérdida de quince días de haberes por cada una de las infracciones disciplinarias graves apreciadas en su comportamiento, consistentes en “la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil” del apartado 1 del artículo 8 LORDGC y en “la grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o ciudadanos en el ejercicio de sus funciones” del apartado 6 del artículo 8 de la misma norma.

Interpuesto recurso de alzada, mediante resolución del Director General de la Guardia Civil se acordó su estimación parcial, anulando la resolución recurrida respecto a la calificación jurídica de las infracciones y apreciando en

su lugar la comisión de la falta grave consistente en “la embriaguez fuera del servicio cuando tales circunstancias afecten a la imagen de la Guardia Civil o de la función pública” del apartado 26 del artículo 8 LORDGC, imponiendo al expedientado la sanción de pérdida de veinte días de haberes.

Agotada la vía administrativa, el sancionado interpuso recurso contencioso disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central, que lo estimó mediante sentencia por la que acordó dejar sin efecto tanto la resolución del Director General de la Guardia Civil como la del Coronel Jefe Accidental de Zona, al entender que se había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y, en concreto, el derecho a ser informado de la acusación.

Por la Abogacía del Estado se interpuso recurso de casación por vulneración de los artículos 9 y 24 de la Constitución y 47 LORDGC en la interpretación jurisprudencial de los mismos. A su entender, la sentencia de instancia prescinde de dos elementos decisivos: (1) el procedimiento se inició con la misma calificación jurídica que finalmente determinó la resolución del recurso de alzada, por lo que no puede entenderse que el cambio de calificación fuese sorpresivo y produjera indefensión; (2) si el artículo 47 LORDGC admite que se tengan en cuenta los hechos del acuerdo de inicio o los del pliego de cargos, con más razón puede la resolución sancionadora tener en cuenta la calificación jurídica de uno u otro. Por otra parte, se afirma en el recurso que no concurre en el caso la *reformatio in peius*, ya que la sanción definitivamente impuesta fue menor.

Tras recordar que el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, la sala señala que si la calificación jurídica de los hechos contenida en la orden de proceder se cambia en el pliego de cargos y en la resolución sancionadora no se genera indefensión, por aplicación del artículo 47 LORDGC.

Sin embargo, afirma la sala que esta doctrina no es aplicable al recurso de alzada, que es un nuevo procedimiento, de distinta naturaleza y finalidad que el sancionador. A través del recurso de alzada se ejerce una potestad administrativa diferente, cuyo objeto consiste en revisar la previa actuación administrativa para comprobar si el órgano inferior se ajustó al ordenamiento jurídico en el ejercicio de su potestad sancionadora.

En este caso sí se produce indefensión si, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, la autoridad disciplinaria, al resolver el recurso de alzada, califica los hechos como constitutivos de una falta distinta de las dos por las que había sido sancionado el recurrente y que, además, lleva aparejada una sanción superior a la de cada una de aquéllas.

El artículo 47 LORDGC no es aplicable al recurso de alzada aunque en este se acoja la calificación jurídica contenida en el acuerdo de incoación. Cabe en él introducir una diferente valoración jurídica de los hechos, pero siempre con dos límites: uno formal, consistente en informar de la modificación cuando entrañe agravación; otro material, que impide el cambio de calificación si no se está ante infracciones homogéneas -que protejan el mismo bien jurídico-. En el supuesto

enjuiciado, una de las faltas por las que venía sancionado el recurrente no es homogénea ni subsumible en los hechos probados, por ello, se produce una *reformatio in peius*, ya que, siendo solo sancionable y homogénea una de las faltas por las que se le había sancionado, se mantienen los hechos, pero se modifica su calificación y se impone una sanción más grave.

## **8. Vulneración del régimen de incompatibilidades. Oficial de la Guardia Civil en situación de reserva que desempeña el cargo de Jefe de la Policía Local.**

En la **STS 15-10-2014 (Rc 26/14) ECLI:ES:TS:2014:3870** se declara probado que determinado Oficial de la Guardia Civil en situación de reserva tomó parte en un concurso y se le adjudicó la plaza de Inspector Jefe de la Policía Local de un Ayuntamiento. El Oficial carecía de destino militar pero aceptó el nombramiento sin haber pasado a la situación de excedencia voluntaria en su Cuerpo de procedencia, ni haber obtenido la previa y preceptiva declaración de compatibilidad. Durante más de cinco años en que desempeñó el cargo municipal percibió también los haberes correspondientes a su situación de reserva en el Instituto armado. La irregularidad se puso de manifiesto al comprobar años más tarde el Ayuntamiento su documentación personal.

En el expediente disciplinario seguido al efecto, recayó resolución sancionadora por la comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 7.18 LORDGC, con imposición al encartado de la sanción de suspensión por tiempo de un año. Recurrida en alzada, el Ministro de Defensa lo estimó parcialmente reduciendo la sanción a seis meses de duración.

Al haberse modificado en alzada por el Ministro de Defensa la resolución sancionadora (ex artículo 23.5 LO 4/1987, de 15 de julio, reguladora de la Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar), ello resulta determinante de la competencia de la Sala 5ª como órgano de instancia única. En su demanda, el recurrente alegó caducidad del procedimiento y atipicidad de los hechos.

Al desestimar el recurso la sala declara:

a) Ciertamente, desde la iniciación del expediente hasta la notificación de la resolución que lo concluyó transcurrieron más de seis meses, que es el plazo de duración del trámite establecido en el artículo 65.1 LORDGC, si bien que habiéndose remitido el expediente al Consejo Superior de la Guardia Civil para emisión del preceptivo informe (artículo 65.2.c), el tiempo invertido al efecto debe deducirse del cómputo semestral con lo que, restado el periodo de suspensión, no se alcanzaron los seis meses de caducidad.

b) La infracción consistente en realizar actividad incompatible (artículo 7.18 LORDGC) es tipo disciplinario en blanco que se integra por remisión a otra normativa, integradora y complementadora del mismo, representada en el caso por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el RD 517/1986, de 21 de febrero,

sobre Incompatibilidades del Personal Militar, normativa según la cual solo cabe la dedicación a un puesto de trabajo en el sector público (artículos 1º, apartado 1 de la Ley y 2º del RD), de manera que salvo autorización expresa no se podrá percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas (artículo 1º, apartado 2 de la Ley). En el reiterado RD se establece respecto del personal en situación de reserva activa que no ocupe destino que podrá desempeñar actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales de carácter privado (artículo 17.1) excluyéndose en consecuencia el simultáneo desempeño de otro puesto o actividad pública sin contar con autorización de compatibilidad, cuyo incumplimiento llevaría aparejada la responsabilidad disciplinaria a que hubiera lugar (artículo 16.1).

Se descarta el argumento exculpatario del recurrente desplazando la responsabilidad al Ayuntamiento por omisión de la debida diligencia, al conferir el nombramiento sin comprobar el requisito de la compatibilidad, constando su condición de Guardia Civil y en consecuencia la vinculación a su específico régimen estatutario. El rechazo se basa en que la obligación de observar el sistema de incompatibilidades incumbe inexcusablemente al funcionario que pretende desempeñar un segundo puesto de trabajo, sin que resulte viable alegar un posible error o desconocimiento de obligaciones que forman parte elemental del estatuto funcional (sentencias 22.12.2010; 11.02.2011; 05.03.2012 y 06.06.2012), y en menor medida tratándose de un Oficial del Cuerpo de que se trata y cuando el error que se alega pudo desvanecerse fácilmente consultando con la superioridad, y ello ante el hecho concluyente de seguir percibiendo las remuneraciones propias de su pase a la reserva en el Instituto armado.

#### **9. Vulneración del régimen de incompatibilidades. Proporcionalidad e individualización de la sanción.**

La **STS 18-9-2014 (Rc 55/14) ECLI:ES:TS:2014:5814** estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia por la que se había estimado parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto por un Guardia Civil contra la resolución del Ministro de Defensa, confirmatoria en alzada de la dictada por el Director General de la Guardia Civil.

Conforme a la declaración de hechos probados realizada por el tribunal sentenciador, el Guardia Civil recurrente constituyó junto con otras dos personas una comunidad de bienes dedicada a la restauración, de la que más tarde dejó de ser comunero para que fuera su esposa quien adquiriera tal condición. En el curso de unas inspecciones realizadas en el café-concierto de titularidad de la comunidad de bienes, el Guardia Civil recurrente estaba tras la barra del local sin compañía de ninguna otra persona y se dirigió a los agentes locales como encargado del café. Consta, asimismo, que el Guardia Civil recurrente había realizado gestiones en el Ayuntamiento como gerente del local y había puesto, en tal condición, una denuncia. Por último, está acreditado que no había solicitado autorización de compatibilidad de su cargo público con el de gerente o encargado del bar de copas.

En vía disciplinaria fue impuesta al Guardia Civil una sanción de un año de suspensión de empleo con cese en el destino como autor de una falta muy grave del apartado 18 del artículo 7 LORDGC consistente en “desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades”, sanción confirmada en alzada por el Ministro de Defensa.

Interpuesto recurso contencioso disciplinario militar ordinario, el Tribunal Militar Central lo estimó parcialmente y sustituyó la sanción impuesta por la de cuatro meses de suspensión de empleo.

Frente a dicha sentencia se alza la Abogacía del Estado invocando como único motivo de su recurso de casación la vulneración del principio de proporcionalidad en relación con la individualización en la graduación de la sanción, dado que, aunque la sentencia de instancia razona de forma suficiente el acierto de la Administración al decantarse por la sanción de gravedad intermedia de entre las previstas para las faltas muy graves, luego aplica una atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, circunstancia no prevista en el artículo 19 LORDGC entre los criterios de graduación de las sanciones disciplinarias.

Analiza la sala que, en efecto, el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada apoya la decisión de sustituir la sanción de un año de suspensión de empleo por la de cuatro meses en la duración extraordinariamente larga del procedimiento sancionador, que se prolongó más de tres años desde la fecha de incoación del primer expediente (caducado) y la resolución definitiva del Ministro de Defensa en el segundo, así como en que, aunque dicho retraso no obedece a dilaciones indebidas, sí es responsabilidad de la Administración.

Entiende la sala que la estimación del recurso procede por dos razones:

a) En la resolución judicial recurrida no aparece justificada en modo alguno la individualización de la sanción, es decir, la determinación o concreción de la extensión de cuatro meses elegida para la sanción de suspensión de empleo. El juicio de individualización de la sanción realizado por la sentencia de instancia vulnera el contenido del artículo 19 LORDGC, dado que no se apoya en ninguno de los criterios de graduación subjetivos o personales y objetivos o de resultado que en dicho precepto se contemplan con carácter de *numerus clausus*, sino en una pretendida razón de justicia no contemplada legalmente.

b) La sentencia de instancia mezcla para el cómputo de la duración del procedimiento sancionador el empleado en la instrucción de dos expedientes y considera que la Administración es responsable del exceso de tiempo empleado en su terminación desde la incoación del primero, sin tener en cuenta la doctrina de la sala relativa a la posibilidad que tiene la Administración, mientras la infracción no haya prescrito, de incoar otro o sucesivos expedientes que son nuevos, no meras reproducciones del caducado, y que, por lo tanto, tienen su propio plazo de tramitación.

Por otra parte, señala la sala que la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas apreciada por la sentencia recurrida no opera en el ámbito administrativo, sino exclusivamente en el jurisdiccional, dado que el exceso del tiempo de tramitación en los procedimientos administrativos produce otros efectos, como la caducidad del expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los funcionarios.