

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2010-2011

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. PENAL

1. DELITO CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO
Delito de Deslealtad. Parte médico toscamente manipulado. Inidoneidad para producir el engaño deseado. Absolución.
2. ELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.
Delito de Abandono de destino. Situación de enfermedad que no justifica la ausencia. Aplicación del pleno no jurisdiccional de 13 de octubre de 2010.
3. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.
Abandono de residencia tras la derogación del artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.
4. RECURSO DE REVISIÓN RESPECTO DE SENTENCIA DICTADA POR CONSEJO DE GUERRA.
Solicitud de autorización para recurrir, basada en la aparición de nuevas pruebas y de un hecho nuevo representado por la ley denominada de Memoria Histórica. Desestimación

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. FALTA GRAVE DE SUBORDINACIÓN
Negativa a desalojar pabellón oficial de la Guardia Civil
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.
Ponderación específica cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerce en relación con el derecho fundamental de defensa.
3. FALTAS LEVES.
Caducidad de los procedimientos disciplinarios por falta leve en el ámbito de la LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.
4. INCUMPLIMIENTO DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.
Actividades de administración del patrimonio familiar o personal: quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades.
5. FALTA GRAVE CONSISTENTE EN HACER USO DE LA CONDICIÓN DE MILITAR EN UNA REUNIÓN PÚBLICA DE CARÁCTER SINDICAL.
Asistencia a una concentración de miembros de la guardia Civil en la Plaza Mayor de Madrid, de un Suboficial de las Fuerzas Armadas, Presidente de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), que dirigió unas palabras a los reunidos.
6. FALTA GRAVE DE UTILIZACIÓN DE ARMAS SIN CAUSA JUSTIFICADA FUERA DEL SERVICIO INFRINGIENDO LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE REGULAN SU EMPLEO.
Alegación de nulidad por haber devuelto la autoridad disciplinaria al Instructor su Propuesta de Resolución, previa anulación de la misma, para que, previa notificación al interesado, formule una nueva. Prejudicialidad penal: el Expediente puede paralizarse antes de dictar resolución o hasta que finalice el procedimiento penal con resolución firme; incorporación de la

información previa o reservada -carece de valor probatorio si no es ratificada con posterioridad en el Expediente Disciplinario.

7. CUMPLIMIENTO DE SANCIÓN DE ARRESTO POR FALTA GRAVE EN ESTABLECIMIENTO DISCIPLINARIO O ESTABLECIMIENTO MILITAR.
Nulidad del cumplimiento en el propio domicilio por motivos de salud.
8. INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS SOBRE INCOMPATIBILIDADES.
Condiciones para la validez de las pruebas practicadas en un anterior expediente incoado por los mismos hechos y archivado por caducidad.
9. DERECHO DE DEFENSA.
Indefensión causada por falta de asistencia jurídica solicitada por el recurrente del Tribunal de instancia. Apreciación de desigualdad procesal. Tutela judicial efectiva sin indefensión.

I. PENAL*

1. Delito contra los deberes del servicio.

Delito de Deslealtad. Parte médico toscamente manipulado. Inidoneidad para producir el engaño deseado. Absolución.

En la **STS-22-09-2010 (Rc 24/2010)**, se describe como por el Tribunal sentenciador se había absuelto de los delitos de Abandono de destino y Deslealtad por los que venía siendo acusado, a Soldado del Ejército que encontrándose de baja había burdamente alterado la fecha de un parte médico.

Recurre en casación el Ministerio Público únicamente en relación con el segundo de los delitos mencionado, pues entiende que del relato fáctico probado concurre el tipo de deslealtad. La Sala lo desestima.

La resolución fija como doctrina que el art. 117 del Código Penal Militar sanciona como autor del delito de deslealtad al militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño.

El Tribunal sentenciador afirmó que la relevancia que había de alcanzar el engaño relacionado con el servicio para que se realizara el tipo no concurría en el supuesto de autos.

Constituye consolidada doctrina de la Sala, sigue exponiendo la resolución, que la apreciación de la deslealtad típica del reiterado art. 117 CPM se sustenta, en primer término, en la entidad objetiva de la simulación o engaño utilizado de manera que resulte idónea para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad. Lo será en la mayoría de los casos en que se empleen elementos documentales falsos, cuya absorción por el tipo desleal o la punición en régimen concursal habrá de discernirse según resulte, o no, imprescindible la falsificación para cometer el delito en su concreta concepción y dinámica ejecutiva; y en segundo término habrá de ponderarse la clase de deber militar a cuya excusa tienda el despliegue de la conducta mendaz, excluyéndose del tipo delictivo los deberes u obligaciones genéricos que no constituyan específicos actos de servicio (art. 15 CPM). De manera que en función de ambos parámetros -entidad del engaño y del deber referente-, cabe afrontar casuísticamente la realización del presente delito.

En el caso actual es fácil apreciar la naturaleza extremadamente burda de la alteración de la verdad o "*mutatio veritatis*", absolutamente inidónea para causar error alguno o confundir al destinatario de la mendacidad. Basta la contemplación del parte médico para apreciar a simple vista la manipulación, y que por tanto la hipotética capacidad de engañar es nula.

La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Carlos BALMISA GARCÍA-SERRANO, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en el sentido de que cuando una alteración documental es tan burda, grosera o patente que cualquiera pueda fácilmente advertirla, pierde la capacidad de generar la fehaciencia y la confianza que pudiera crear tal mutación, y en tales supuestos no se entiende atacado el bien jurídico protegido (Sentencias de 16 de Octubre de 2.003, 7 Junio 2.006 y 25 Enero 2.008, Sala 2ª), constituyendo una consecuencia necesaria que el engaño que pretende realizarse a través de la misma carece de idoneidad para inducir a error.

2. Delito contra el deber de presencia.

Delito de Abandono de destino. Situación de enfermedad que no justifica la ausencia. Aplicación del Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 13 de octubre de 2010.

Declarándose probado que el acusado se encontraba en situación de baja médica y autorizado para residir en su domicilio, se le remitió burofax desde su Unidad para que en plazo de tres días desde la recepción se presentara en el destino para revisión médica, o bien remitiera informe médico sobre imposibilidad de desplazarse por razones de salud. El acusado recibió el burofax cuyo contenido desatendió, razón por la cual el mando dispuso que se personara en su domicilio una comisión médica compuesta por Facultativo y Capitán enfermero, sin hallar en el mismo al acusado. Se le envió nuevo burofax comunicándole la falta de autorización de la baja y requiriéndole para que se presentara en el destino en el menor tiempo posible, por cuanto que, consecuentemente, se encontraba como falto en el mismo.

Habiéndose librado parte judicial por estos hechos, el acusado compareció ante el Juzgado Togado y se presentó en la Unidad a requerimiento judicial; tras lo cual fue reconocido por los servicios sanitarios y a propuesta de éstos el mando le concedió baja médica.

Durante los periodos de ausencia el acusado remitía periódicamente informes de facultativos particulares adscritos al ISFAS, que acompañaba de una solicitud de baja con cita de lo dispuesto en la Instrucción 169/2001, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, sin que en ninguno de dichos informes se aludiera a la imposibilidad de desplazarse al destino.

Por estos hechos el Tribunal Territorial condenó por delito de Abandono de destino (art. 119 CPM), imponiendo la pena de tres meses y un día de prisión. Recurre en Casación el condenado y se desestima. Al respecto la **STS de 11-11-2010 (Rc 101/11/2010)** señala que, la mera situación de enfermedad no se equipara a la justificación de la ausencia, como la Sala ha declarado invariablemente y ha reiterado en Acuerdo de la Junta General celebrada el 13 de octubre de 2010. Dicha situación no suspende de ordinario el contenido de la relación jurídica militar, sino que produce sus efectos en cuanto a la prestación del servicio del que queda dispensado, en todo o en parte, quien padezca la enfermedad. De dicha relación jurídica forman parte principal los deberes de presencia en el destino y la permanente disponibilidad de los

militares, que son deberes objeto de protección por la figura penal de que se trata en la medida en que dichas obligaciones, con la consiguiente localización y sometimiento al debido control de los mandos, resultan imprescindibles para que las Fuerzas Armadas cumplan las misiones que tienen encomendadas.

La situación de enfermedad, cuyo control y seguimiento se produce con sujeción al marco normativo representado por la citada Instrucción 169/2001, no agota otras posibles justificaciones que tengan como presupuesto la enfermedad del sujeto obligado, siempre que éste acredite junto a ese hecho imprescindible la concurrencia de causas obstativas del cumplimiento de aquellas obligaciones, cuya prestación está en la base de la configuración e inteligencia del tipo penal. Dicho en otros términos, no solo lo autorizado está justificado si bien que a quien sostenga de otro modo la justificación, que actúa como elemento normativo (negativo) del tipo incumbe producir la prueba correspondiente.

La figura penal no reúne las características de los tipos penales en blanco, cuya perfección se anuda a la infracción de otra normativa integradora o complementaria – señaladamente la mencionada Instrucción -, en la medida en que no se está ante un delito creado para castigar infracciones reglamentarias, sancionables en la vía disciplinaria, sino como reacción punitiva frente a la afectación de los bienes jurídicos que se protegen, cuya lesión o puesta en peligro habrá de verificarse en todo caso.

3. Delito contra el deber de presencia.

Abandono de residencia tras la derogación del artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

El acusado era, a la sazón, Soldado alumno en determinado Centro de Formación Específica y como quiera que perdió más de un tercio de las horas lectivas por bajas médicas, solicitó y obtuvo autorización para repetir el curso, si bien se le denegó marchar a su domicilio familiar para continuar el tratamiento médico. Y ello en base a lo dispuesto en la OM. 42/2000, punto 2º, que preceptúa la permanencia en estos casos en el centro docente de formación, en las condiciones que se determinen. No obstante lo cual el Soldado alumno, que se encontraba de baja para el servicio, se ausentó de la Unidad trasladándose a su domicilio donde continuó el tratamiento no reincorporándose a la misma hasta tres meses más tarde, tras ser requerido por el Juzgado Togado y habiendo desatendido anteriores requerimientos en tal sentido recibidos desde la Unidad. Posteriormente no llegó a realizar el curso al no recuperarse de la lesión que padecía, por lo que ocho meses más tarde perdió su condición militar.

El Tribunal Territorial dictó Sentencia absolutoria que fue recurrida por la Fiscalía Togada. Se desestima el Recurso en función de las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sin compartir la Sala el núcleo de la argumentación contenida en la Sentencia recurrida.

Señala la **STS de Pleno de 03-12-2010 (Rc 101/86/2009)** que, el criterio del Tribunal de instancia no es el que mantiene la Sala de Casación, en cuanto a la incidencia que en el tipo penal descrito en el art. 119 CPM ha producido la derogación del art. 175 RROO. En las Sentencias 24.11.2008 y 24.11.2009 ya se sostuvo que el citado precepto penal no es tipo en blanco, que se integre por otra norma complementaria, sino que es norma penal completa y autónoma que incorpora la prohibición de faltar al deber de residencia que resulta exigible a los militares. Ha dicho la Sala que la “residencia” a que la norma penal se refiere, funciona como elemento normativo del tipo, por lo que lo primero que había que indagar es si existe un concreto deber de residir en lugar determinado que vincule al militar. Y en este sentido ya aludía la Sala a los supuestos de voluntaria designación de residencia, cuyo cambio no puede producirse unilateral y sorpresivamente, al margen de la autorización correspondiente que implica la designación de otra residencia debidamente comunicada.

Tiene declarado la Sala que el desaparecido art. 175 no creó el deber de residencia, sino que se limitó a concretar el ámbito espacial de su cumplimiento en el lugar del destino, y aún en términos relativos por la posible autorización de otras residencias alternativas compatibles con el desempeño de las obligaciones militares, con lo que la derogación no ha significado la supresión del dicho deber si bien que, en lo que a su cumplimiento concierne, los sujetos obligados podrán fijarla ahora, en principio, en cualquier punto del territorio nacional según lo dispuesto en el art. 19, pfo. primero CE., al no existir en estos momentos cualquier norma legal limitativa del ejercicio del derecho fundamental a la libre residencia, aunque comunicando a los mandos cual sea en cada momento la residencia electiva a efectos de control y localización del personal.

En la Sentencia 22-02-2009 se afirmó, en cambio, la aplicación de expresado derecho fundamental (del art. 19 CE.), sin la limitación que representaba el tan citado art. 175 RROO., de manera que derogado este último precepto quedarían también sin efecto las normas de rango inferior referidas a la obligación de residir, como sucede con las previsiones de la Instrucción 169/2001, sobre bajas médicas, y decaería asimismo la posible apreciación del tipo penal en los casos de incumplimiento de la obligación de fijar una residencia electiva y comunicarlo al mando, lo que constituiría solo infracción disciplinaria (según se dijo en esta última Sentencia).

A efectos de unificación de criterios en esta materia así controvertida, se reunió el Pleno no jurisdiccional de la Sala con fecha 27 de octubre de 2010 adoptando el siguiente Acuerdo: “El delito de Abandono de residencia previsto en el art. 119 CPM, sigue siendo aplicable tras la derogación del art. 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”.

No se comparte que el art. 119 CPM sea tipo penal en blanco que se viniera integrando en función de lo dispuesto en el art. 175 RROO. Tal afirmación no forma parte de la jurisprudencia, porque las RROO no crearon tal deber sino que mediante el art. 175 meramente se concretó el lugar de su

cumplimiento habitual, sin perjuicio de autorizaciones para residir. La residencia exigible a los militares se encuentra establecida en el art. 119 CPM., al haber elevado el legislador al rango de bien jurídico penalmente protegido el cumplimiento de un deber que resulta necesario en la organización castrense, para el logro de la esencial disponibilidad permanente de los militares.

A éstos corresponde, por principio, el mismo régimen de derechos y libertades fundamentales que al resto de los ciudadanos (art. 169 RROO de 1978), de manera que cualquier limitación de los mismos deberá articularse mediante Ley Orgánica que respete el núcleo del derecho esencial de que se trate.

La elección de residencia es derecho subjetivo individual, cuyo contenido positivo legitima la libre fijación y cambio de la misma; y en su vertiente negativa conlleva la abstención de los poderes públicos de interferir en aquella decisión salvo lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La anterior afirmación no excluye posibles modulaciones del concreto ejercicio del derecho, entre la que destaca la aceptación de residencias determinadas que sean fruto de pactos y compromisos que se inscriben en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que producen sus efectos claramente en el sector privado y también en el ámbito de la función pública, de modo explícito mediante la suscripción de compromisos de incorporación a los Ejércitos en condiciones que pasan por el sometimiento a procesos de formación en régimen de internado como alumno en centros de enseñanza genéricos o específicos, cuyo seguimiento y superación es precisa para alcanzar la condición de militar profesional. Tampoco pueden descartarse en la función pública límites implícitos al ejercicio del derecho de residencia, el cual no tiene carácter absoluto, y así en los casos de aceptación de ciertos cargos que comportan la obligación de estar y permanecer en lugar determinado; o incluso su modulación puede derivarse del ejercicio racional del derecho por los militares, en condiciones en que la libre elección de residencia sea compatible con el cumplimiento de los deberes profesionales.

La desestimación de este recurso se basa en que la reacción punitiva se produciría por razones solo formales, sin que medie antijuridicidad material ni desvalor de la conducta en relación con un bien jurídico solo aparente porque, aparte el control formal del acusado por sus mandos, no está presente la necesaria lesión de la disponibilidad por quien siendo alumno en fase de formación se hallaba de baja para seguir el proceso formativo y selectivo, con lo que aquella disponibilidad carecía de sentido sustancial como se puso de manifiesto tras los últimos ocho meses de falta de ocupación, que precedieron a la baja definitiva en el centro y a la resolución del compromiso.

4. Recurso de revisión respecto de sentencia dictada por Consejo de Guerra.

Solicitud de autorización para recurrir, basada en la aparición de nuevas pruebas y de un hecho nuevo representado por la ley denominada de Memoria Histórica. Desestimación.

En el **ATS de 21-02-2011 (Rc 102/54/2010)**, la Sala aborda por primera vez la incidencia de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como de “Memoria Histórica”, sobre las pretensiones de revisión de sentencias condenatorias dictadas por Consejos de Guerra durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Los antecedentes del caso se contraen a la sentencia de fecha 18-01-1940 dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 5, de Madrid, en que se condenó a D. Miguel Hernández Gilabert a la pena de muerte –luego conmutada-, como autor de un Delito de Adhesión a la Rebelión.

En julio de 2010, un familiar en línea directa del condenado, promovió solicitud de autorización para interponer Recurso de Revisión frente a la expresada sentencia. Como fundamento de la petición se adujo la causa prevista en el art. 328.6ª de la Ley Procesal Militar, esto es, “*Cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas*”. Tales “*pruebas indubitadas*” estarían representadas por dos avales personales de buena conducta cívica de que disponía el procesado y que entregó en otra causa que se le seguía en el Juzgado Militar de Orihuela, documentos que no llegó a conocer el Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, que le condenó. El segundo motivo se basó en la aparición de un hecho nuevo, representado por la entrada en vigor de la Ley 52/2007.

El Ministerio Fiscal interesó que, en aplicación de las previsiones contenidas en la expresada Ley, se declarara la nulidad de pleno derecho de la sentencia con desestimación de la pretensión por la doble razón de que los documentos invocados no eran pruebas de ningún hecho, ni mucho menos, tenían el carácter de indubitados para evidenciar el error de la condena, y, en segundo lugar, porque siendo nula la sentencia según la Ley 52/2007, la solicitud para interponer Recurso de Revisión frente a la misma carecía de objeto.

La Sala al denegar la autorización para recurrir, que constituía el objeto de la pretensión deducida, sostiene que la sentencia de que se trata se encuentra incluida dentro de las previsiones de la ley 52/2007 por el carácter inequívocamente político e ideológico de la condena (delito de adhesión a la rebelión previsto en el artículo 238.2º del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de Septiembre de 1.890), por lo que resulta aplicable lo dispuesto en la misma, tanto en lo que se refiere al “*reconocimiento general*” del carácter radicalmente injusto de la condena (art. 2º.1), como en lo relativo a la “*declaración de ilegitimidad*” establecida por su art. 3º. Conforme a este último precepto se declaran ilegítimos los Consejos de Guerra constituidos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura, por motivos políticos e ideológicos, y, asimismo, se declara la ilegitimidad de las condenas dictadas por estos Tribunales por motivos políticos e ideológicos.

De manera que según la reiterada Ley, la sentencia en cuestión al haber sido declarada ilegítima y haber sido expulsada del mundo jurídico, carece

actualmente de vigencia. No obstante, la Sala considera que no puede efectuar la declaración de nulidad de pleno derecho que solicitó la Fiscalía Togada, primero porque ello sería incongruente con el procedimiento seguido, cuyo objeto se contrae a decidir si se autoriza o deniega la interposición de Recurso extraordinario de Revisión; y en segundo lugar porque la ley 52/007 no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a que se refiere, sino que efectúa un pronunciamiento general de injusticia de éstas y de ilegitimidad de los Tribunales que las dictaron.

La carencia de vigencia jurídica actual de la sentencia determina la ausencia del presupuesto mismo de la Revisión, representado por la existencia de una sentencia condenatoria vigente.

II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Falta Grave de Subordinación.

Negativa a desalojar pabellón oficial de la Guardia Civil

Recurre en casación un Guardia Civil sancionado con pérdida de diez días de haberes por la comisión de la infracción grave consistente en la falta de subordinación cuando no constituya delito, impuesta por su negativa a abandonar el pabellón oficial que le fuera adjudicado por razón de su destino, una vez recibiera la orden de abandonarlo tras haber cesado en el mismo.

Plantea el recurrente la infracción del principio de legalidad por ausencia de tipicidad alguna en su comportamiento, que justifica argumentando que la orden de la superioridad para que procediera al desalojo voluntario de la vivienda oficial que ocupaba, no estaba en modo alguno relacionado de forma directa con el servicio, ni resultaba esencial para el desempeño del mismo.

Dice la **STS- 03-09-2010 (Rc 20/2010)**, que se remonta al año 1991 la doctrina de la Sala que establece que el mandato de desalojo del pabellón constituye una orden, cuando en él se dan los requisitos personales de relación jerárquica entre superior y subordinado, los de carácter formal, mandato claro, concreto y personal, además de imperativo, con plena conciencia de su exigibilidad, y los materiales, es decir, que lo ordenado esté dentro de las atribuciones que corresponden al superior y afecten esencialmente al servicio y al buen régimen y gobierno de la Unidad.

Más recientemente, en la Sentencia de 22 de octubre de 2009, reitera la Sala Quinta que el mandato de desalojo de un pabellón de cargo o de una vivienda de régimen especial constituye sin duda una orden relativa al servicio, legítima y lícita en orden al fin que persigue en la que concurren los requisitos personales de relación jerárquica, es decir, el mandato emana de un superior militar y se dirige a un inferior subordinado, su alcance no es el de un simple recordatorio de preceptos legales o reglamentarios o de órdenes generales del Cuerpo, sino una prescripción concreta, personal y directa, que desarrolla su

virtualidad necesariamente en su acatamiento, adoptada dentro de las atribuciones que legalmente corresponden al superior y emitida de forma adecuada -por escrito debidamente notificado-- deduciéndose de los propios términos de la misma el contenido inequívoco de cumplimiento total de desalojo.

En el caso de autos se le señaló al recurrente al requerir el desalojo de la vivienda que ocupaba, que el pabellón en cuestión estaba al servicio propio de la Unidad, a cuyo cupo pertenecía, y su permanencia en él y el no abandonarlo, impedía que otro componente de la Unidad, que sí reuniera los requisitos exigidos, pudiera entrar a ocuparlo y de esta forma, ser más eficaz su localización para la realización de cualquier servicio que requiera su pronta incorporación.

Consiguientemente, en la orden de desalojo de la vivienda ocupada, que reunía los requisitos de legitimidad y exigibilidad, estaba presente el interés del servicio y, su utilización afectaba al buen régimen de la Unidad, al estar el pabellón en cuestión al servicio de ella, por lo que la orden concreta, directa y personal recibida por el recurrente debió ser obedecida.

Finalmente, y por lo que se refiere a posible existencia de cauces jurídicos alternativos para conseguir el desalojo, es preciso separar el reproche disciplinario de la posterior actuación administrativa dirigida a conseguir el efectivo abandono de la vivienda por quien indebidamente la ocupa.

2. Libertad de expresión de los militares.

Ponderación específica cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerce en relación con el derecho fundamental de defensa.

En su **STS 20-09-2010 (RC 27/2010)**, la Sala toma en consideración el siguiente relato fáctico: el recurrente, a la sazón Teniente Coronel, había sido sancionado por el Jefe de Estado Mayor del Ejército a un mes y un día de arresto, a cumplir en establecimiento disciplinario militar, como autor de la falta grave consistente en hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas. Tales expresiones fueron vertidas en escrito dirigido al Ministro de Defensa en solicitud de ser mantenido en lo que denominaba como puesto de trabajo (destino) y se abriera expediente para determinar las responsabilidades, de lo que calificaba expresamente de “robo o prevaricación”, a que hubiere lugar en relación con la reposición de los fondos económicos que fueron sustraídos de su Acuartelamiento de destino.

El recurrente sostiene, nuclearmente, que el Tribunal Militar Central vulneró el derecho fundamental a la libertad de expresión, al confirmar la conclusión de la resolución sancionadora que apreció que algunas de las expresiones vertidas en la carta que dirigió al Ministro de Defensa constituían la falta grave apuntada.

Para adoptar la decisión adecuada, la Sala considera preciso recordar la reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre las libertades del artículo 20.1 a) de la Constitución Española, y así lo hace profusamente en la resolución.

En aplicación de la doctrina expuesta, la Sala entiende, como el Tribunal Militar Central, que el recurrente rebasó los límites del derecho a la libertad de expresión por cuanto algunas de las expresiones utilizadas en la carta dirigida al Ministro de Defensa -en concreto, que son las expresiones recogidas en la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora, que dicho Tribunal hizo suya-, no se ajustan al buen modo exigido a los militares por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y son claramente irrespetuosas.

Ahora bien, es preciso examinar el contexto en que el recurrente vertió las expresiones por las que fue sancionado.

Es cierto que el recurrente no las utilizó en defensa de sus intereses para intentar modificar una decisión que le perjudicaba. Pero sí las utilizó en un escrito dirigido al Ministro de Defensa en el que solicitaba, por una parte, que se le mantuviera en su puesto de trabajo y, por otra, que dicha autoridad acordara incoar un expediente para la averiguación de los hechos. Peticiones ambas justificadas: la primera porque es asumible que un militar quiera permanecer en su destino; la segunda porque en su condición de jefe del Acuartelamiento estaba legitimado para conocer las circunstancias relativas a los fondos que habían sido sustraídos.

Pues bien, la valoración de las frases en ese contexto defensivo, lleva a la Sala a entender que es más ajustada a derecho la subsunción de los hechos como falta leve, en lugar de grave como fue calificada en la instancia.

Lo expuesto, en concordancia con la doctrina de la Sala que ya sostuvo en un supuesto similar (STS, Sala Quinta de 7 de abril de 2006) en el sentido de que, aun cuando algunas de las expresiones utilizadas por el recurrente han de ser objetivamente valoradas como desconsideradas e innecesarias y que conculcan el buen modo y el respeto al superior [...] hay también que ponderar que, cuando tales expresiones quedan incardinadas en la voluntad de sustentar sus quejas en el parte y la denuncia que formula, ante una situación que entiende como injusta y perjudicial, tal circunstancia, conduce a la minoración del reproche disciplinario.

3. Faltas Leves.

Caducidad de los procedimientos disciplinarios por falta leve en el ámbito de la LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

El Tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso disciplinario militar ordinario que formalizara un Guardia Civil, contra la resolución sancionadora que le impusiera sanción por falta leve.

El demandante entonces, recurrente en casación ahora, sostuvo entonces y reitera ahora, la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos por faltas de menor entidad. El Tribunal “a quo” concluía en contra de lo sustentado por el sancionado que, a falta de previsión legal para los procedimientos por falta leve en el ámbito de la Guardia Civil, el régimen que ha de seguirse, en lo que a la caducidad se refiere, no difiere del regulado en la legislación precedente, esto es, el recogido en la Ley Orgánica 11/1991 y por la jurisprudencia recaída al efecto.

Al respecto, entiende la Sala en **STS 20-12-2010 (Rec 201/05/2010)** que, conforme a una hermeneusis integradora de la nueva Ley Orgánica reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no resulta tal conclusión conforme a Derecho por cuanto que la previsión que del juego de la caducidad se contiene en el artículo 65.1 de dicha norma sancionadora -bien que en relación a los expedientes incoados por falta grave y muy grave- obliga a entender, por razones de coherencia de dicho texto legal que, en el marco de la aludida norma el instituto de la caducidad resulta igualmente aplicable a los procedimientos seguidos por faltas leves.

La caducidad debe aplicarse a estos últimos procedimientos en orden a lograr una interpretación congruente del conjunto de aquella Ley Orgánica, pues si la concordancia o armonía se predica de la totalidad del ordenamiento jurídico, más necesaria lo es en el seno de las concretas normas que lo integran.

Una vez prevista la caducidad en la vigente Ley disciplinaria de la Guardia Civil respecto a los expedientes incoados para la sanción de faltas graves y muy graves, ninguna razón permite sostener, sin desajustar el cánón de lógica interna, que la garantía que para los administrados representa el instituto de la caducidad -en cuanto que impide que el expediente pueda estar pendiente de resolución indefinida o ilimitadamente- no deba operar en el régimen disciplinario del Instituto Armado únicamente en relación a los procedimientos sancionadores por falta leve, a pesar de que sí lo hace en el resto de los casos.

A los efectos de justificar la extensión de la caducidad a los procedimientos por faltas leves, se destaca el significativo aumento de que han sido objeto los plazos de prescripción de las faltas por mor de la nueva Ley respecto a los que fijaba la Ley Orgánica 11/1991, acrecentamiento que, en lo que concierne, precisamente, a las faltas leves -y a las graves-, cabe calificar de extraordinario, ya que si, a tenor del artículo 68.1 de la Ley Orgánica 11/1991, prescribían a los dos meses, ahora, conforme al artículo 21.1 de la Ley Orgánica 12/2007, lo hacen a los seis meses. Este excepcional alargamiento, por lo que concierne a las faltas leves, del plazo extintivo de la responsabilidad disciplinaria en que consiste la prescripción no tiene, en buena lógica, otra razón de ser que la de posibilitar a la Administración la apertura, en su caso, una vez declarada la caducidad del expediente sancionador incoado por aquella clase de faltas -como en el caso del instruido por faltas graves o muy graves-, un nuevo procedimiento sancionador por razón de los mismos

hechos en orden a ejercer el "ius puniendi", siempre que los mismos no hubieren prescrito.

Asimismo, la efectiva aplicación del instituto de la caducidad en este ámbito por falta leve se produce también, en todo caso, por aplicación de los artículos 44.2, 92, y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, atribuye expresamente el carácter de norma de aplicación supletoria, precisamente por falta de una disposición específica en la Ley Orgánica 12/2007 que se pronuncie en sentido contrario a la aplicabilidad del instituto de la caducidad a las faltas leves configuradas en el artículo 9 de la misma.

En conclusión, la coherencia interna del sistema; exige que la regulación de la caducidad que ahora se prevé resulte acorde con lo que viene siendo la regla general en los procedimientos sancionadores, a saber, la virtualidad de la caducidad como causa de terminación de los procedimientos en que se exceda el plazo de tramitación en que la Administración ejercita potestades disciplinarias, salvo que, como ha venido ocurriendo hasta 2007 en el ámbito sancionador propio de la Guardia Civil -y sigue ocurriendo ahora en el de la misma índole de las Fuerzas Armadas-, exista una regulación específica o singular ajena a los efectos de la caducidad.

4. Incumplimiento del régimen de incompatibilidades.

Actividades de administración del patrimonio familiar o personal: quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades.

La recurrente, Guardia Civil a quien le fuera impuesta sanción de suspensión de empleo por un año como autora de una falta muy grave consistente en desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades, interpuso ante esta Sala recurso contencioso-disciplinario militar contra la resolución de la Ministra de Defensa desestimatoria del recurso de reposición.

Constataba aquella resolución sancionadora luego recurrida en vía jurisdiccional que la Guardia Civil expedientada, destinada en el País Vasco, era titular de un establecimiento comercial radicado en la Provincia de Palencia, no constando que la interesada hubiera cesado en la titularidad o hubiese solicitado a la Administración la concesión de la pertinente compatibilidad para desarrollar las actividades empresariales descritas.

Señala la sentencia **STS 25-01-2011 (RC 67/2010)** que la cuestión consiste en determinar si la demandante se limitó a gestionar el patrimonio personal o familiar, como ella sostiene, o realizó sin solicitar autorización una actividad incompatible con su pertenencia al Instituto de la Guardia Civil, como concluyó la autoridad sancionadora.

Para resolver esta cuestión ajustadamente a derecho es necesario conocer cuáles fueron las actividades que la autoridad sancionadora consideró que la demandante había realizado.

Pues bien, en el relato de hechos probados de la resolución sancionadora se atribuye a la demandante ser titular del establecimiento comercial y las dos actividades siguientes: contratar a empleados para dicho establecimiento y contestar a dos pliegos de cargos formulados en sendos expedientes por excederse de la hora de cierre.

En aplicación de las normas sobre incompatibilidades concluye la Sala que procede resolver la cuestión que se analiza en sentido favorable a la demandante.

La titularidad de un establecimiento comercial no tiene por sí la condición de actividad. Porque una persona sea titular de un establecimiento comercial, sigue diciendo la resolución, no realiza actividad alguna; en consecuencia, ninguna cuyo ejercicio requiera el previo reconocimiento de compatibilidad. El hecho de ser titular de un bien no equivale al ejercicio de ninguna actividad, correspondiendo a la Administración probar que aquel realiza alguna.

Por lo que respecta a las actividades atribuidas a la demandante, lo primero que procede señalar es que la investigación realizada durante la información reservada únicamente detectó las dos señaladas arriba: las consistentes en contratar a empleados y contestar a dos pliegos de cargos formulados en sendos expedientes por no respetar la hora de cierre del establecimiento.

Pues bien, la Sala entiende que estas dos actividades no son de explotación, sino propias de la administración o gestión del patrimonio personal o familiar. Y como no cabe negar, según resulta de informe emitido por el Ayuntamiento en el que radica la explotación, que la demandante ya era titular del establecimiento antes de su ingreso en el Instituto de la Guardia civil y continuó siéndolo excepto durante un período de tiempo en que la titularidad correspondió a su hermana, tales actividades están excluidas del régimen de incompatibilidades por expresa disposición del artículo 19 de la Ley 53/1984 y del artículo 15 del Real Decreto 517/1986: "*Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes: a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar [...]*".

Por lo demás la Sala también subraya que lo reprochado a la demandante ni se relaciona con las funciones propias del Instituto de la Guardia Civil, ni impide o menoscaba el estricto cumplimiento de sus deberes, ni compromete su imparcialidad o independencia; menos aún si se tiene en cuenta, como hizo la Asesoría General del Ministerio de Defensa, que la demandante estaba destinada en Bilbao y el establecimiento estaba ubicado en una localidad de la Provincia de Palencia.

5. Falta grave consistente en hacer uso de la condición de militar en una reunión pública de carácter sindical.

Asistencia a una concentración de miembros de la guardia Civil en la Plaza Mayor de Madrid, de un Suboficial de las Fuerzas Armadas, Presidente de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), que dirigió unas palabras a los reunidos.

El relato fáctico refiere a que el día 20 de enero de 2007, la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC) convocó una concentración autorizada en la Plaza Mayor de Madrid, bajo el lema "DERECHOS YA", en la que participaron Guardias Civiles de uniforme. Tanto la convocatoria como su celebración, tuvieron una amplia cobertura informativa, a nivel nacional, que se concretó en numerosa información escrita y fotográfica. El objeto de la convocatoria, según recogen las informaciones periodísticas, se concretaba en el discurso que cerró el acto, donde el líder de AUGC reclamaba una regulación de derechos "exactamente igual al resto de los policías de España", después de subrayar que los guardias tienen limitados sus derechos de circulación, libertad de expresión, reunión, petición, huelga, asociación y sindicación. En los días previos a la concentración, la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), según diversas informaciones periodísticas, manifestó su pleno apoyo a la concentración y anunció que asistiría representada por su Presidente, hoy recurrente, y ello por coincidir con la AUGC en la "necesidad de que, una vez por todas, se reconozca un estatus de ciudadanía plena para los guardias y para los miembros de las Fuerzas Armadas". Celebrada la concentración, numerosas noticias de prensa informaron sobre ella, expresando que "la convocatoria estuvo jalonada por gritos en contra del gobierno tales como "Zapatero embustero" o "Rubalcaba, súbenos la paga".

Por tales hechos, el presidente de la referida asociación de empleo militar Suboficial, fue sancionado por la Ministra de Defensa con un mes y diez días de arresto en Establecimiento Disciplinario Militar, al considerarle autor responsable de una falta grave consistente en "*sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical*".

El primer motivo de recurso se interpone al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los artículos 24, 25.3 y 17.1 de la Constitución Española, en relación con los artículos 96 y 10.2 de la misma norma y en conexión con los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH.

Alega el recurrente que la sanción consiste en una privación de libertad impuesta por una autoridad administrativa en contravención con los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Recuerda la Sala en **STS 25-01-2011 (RC 40/2010)** que, esta misma alegación ya fue analizada y resuelta, en sentido desestimatorio, al decidir la

Sala el recurso contencioso Disciplinario Militar formulado con carácter preferente y sumario.

En dicha resolución, invocando otros precedentes, se estimó que la reserva realizada por el Estado español respecto de la aplicación de los arts. 5 y 6 del Convenio al régimen disciplinario militar es válida con independencia de que se hubiese demorado su actualización en relación con la Ley 8/98 de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, pues la actualización cumple una función diferenciada relacionada con el control del TEDH, pero su retraso no afecta en el ámbito interno a la validez de las sanciones impuestas al amparo de la cobertura de la reserva. Reserva que surte efecto indefinidamente como parte integrante del Tratado.

Finalmente, ante la alegada vulneración de los artículos 25 de la Constitución Española, en relación con los artículos 20.1.a y 22 de la misma, por cuanto insiste el recurrente en que no hizo uso de su condición de militar sino que acudió a la concentración como representante de una Asociación legalmente constituida, la sentencia recuerda que en el ámbito militar el derecho a la libertad de expresión que se recoge en el artículo 20.1º a) de la Constitución no solo se encuentra afectado por las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos, que se derivan de lo dispuesto en el párrafo 4º de dicho artículo 20, sino también por las limitaciones "específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna... Lo viene afirmando la Sala así sobre todo para mantener la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los Institutos armados de naturaleza militar, y asimismo para proteger al deber de neutralidad política de los militares, pero siempre que no reduzcan a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio.

6. Falta grave de utilización de armas de armas sin causa justificada fuera del servicio infringiendo los principios y normas que regulan su empleo.

Alegación de nulidad por haber devuelto la autoridad disciplinaria al Instructor su Propuesta de Resolución, previa anulación de la misma, para que, previa notificación al interesado, formule una nueva. Prejudicialidad penal: el Expediente puede paralizarse antes de dictar resolución o hasta que finalice el procedimiento penal con resolución firme; incorporación de la información previa o reservada -carece de valor probatorio si no es ratificada con posterioridad en el Expediente Disciplinario.

El recurrente, a la sazón Guardia Civil destinado en San Sebastián, a quien se impuso la sanción disciplinaria de pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones por igual periodo de tiempo, como autor de la falta grave consistente en la utilización de armas de manera injustificada fuera

del servicio infringiendo los principios y normas que regulan su empleo, alegaba la posible nulidad de actuaciones con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que, con evidente falta de rigor sistemático, con razón en la devolución al Instructor del Expediente de la Propuesta de Resolución, a fin de que éste, tras notificar la anterior decisión a los expedientados anulara la misma, y, formulare nueva Propuesta de Resolución.

Al respecto señala la Sala **STS 11-02-2011 (Rc 75/2010)** que el art. 62 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario versa sobre las potestades que incumben al órgano de decisión en cuanto a ordenar la práctica de diligencias complementarias, entre las que se considera incluida la anulación de la propuesta y devolución del expediente para su reconducción valorativa respetando siempre los hechos que dieron lugar a la incoación del mismo, con notificación al encartado de todo lo que se actúe de nuevo por el Instructor para garantizar la defensa de aquél. Tales facultades asisten en efecto a la autoridad sancionadora, si bien dicha autoridad debe cuidarse de no anticipar su criterio sobre la valoración jurídica que los hechos sancionables le merecieran, porque con este modo de proceder podía causar indefensión al encartado.

En el presente caso, las funciones de control y, en última instancia, de dirección del procedimiento que incumben a la autoridad sancionadora se ejercieron por ésta en condiciones que en el ámbito administrativo sancionador pueden considerarse comprendidas en el límite de aquellas posibilidades de control, sin incidir en el derecho de defensa constitucionalmente proclamado, en función de aquellas valoraciones jurídicas que forman parte de la anulación de la propuesta.

Respecto a la alegación según la cual la declaración de hechos probados de la Sentencia impugnada debió ceñirse a lo recogido en un Auto previo de sobreseimiento libre de órgano jurisdiccional ordinario, la Sala considera que es lo cierto que la declaración de hechos probados de la Sentencia impugnada se ajusta a las declaraciones que se realizan en la fundamentación jurídica del meritado Auto de sobreseimiento libre.

Lo que impide el artículo 4 de la actual Ley Disciplinaria es que se dicte resolución definitiva en un procedimiento disciplinario hasta tanto no haya recaído resolución firme en las actuaciones penales que, eventualmente, se sigan por los mismos hechos, y ello con el fin de evitar lo que se conoce como el fenómeno de las "dos verdades", esto es, que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado, siendo único el poder punitivo del mismo, puedan existir y dejar de existir al mismo tiempo, pues resulta evidente que, por un elemental principio de seguridad jurídica, no puede haber una verdad para los Tribunales y otra distinta para la Administración. En consecuencia, los procedimientos disciplinarios quedan vinculados a la declaración de hechos probados establecida en la resolución jurisdiccional recaída en el ámbito penal cuando la conducta que motive la incoación de aquellos haya sido objeto de un procedimiento judicial de índole criminal.

7. Cumplimiento de sanción de arresto por falta grave en establecimiento disciplinario o en otro establecimiento militar.

Nulidad del cumplimiento en el propio domicilio por motivos de salud.

Alega el representante de la Administración que la sentencia que se impugna confirma la resolución sancionadora del General Jefe de la Fuerza Terrestre, en virtud de la cual se impuso al encartado la corrección disciplinaria de arresto de un mes y siete días en un establecimiento militar y sin embargo anula su resolución de 28 de noviembre de 2007, en virtud de la cual se autorizó a cumplir el arresto en su domicilio con permiso incluso para efectuar determinadas salidas (por razón de asistencia a consultas médicas y observancia de sus deberes religiosos) y además, a pesar de confirmar la resolución sancionadora en todos sus extremos, acuerda una indemnización a favor del encartado por haber sido autorizado para el cumplimiento de la sanción en su domicilio, lo que se considera nulo de pleno derecho.

Considera el Abogado del Estado que la Resolución anulada constituyó simplemente "una modulación" en la forma de ejecutar una sanción que redundó en beneficio del corregido disciplinariamente, y debe entenderse conforme a Derecho y dictada dentro de las competencias de la autoridad sancionadora, ya que si la autoridad sancionadora puede determinar el cumplimiento íntegro de la sanción así como la suspensión de la misma, puede también otorgar permisos para ausentarse de este establecimiento para realizar salidas más o menos esporádicas, sin que, por tratarse de una medida en beneficio del encartado, pueda hablarse de lesión de los derechos fundamentales del mismo y, por ello, al anular el permiso para cumplir el arresto en su domicilio, entiende que la sentencia combatida vulneró los preceptos antes indicados y en especial el art. 70 de la Ley Orgánica 8/1998 por cuanto que desconoce las facultades de las Autoridades disciplinarias para suavizar, en beneficio del encartado, las condiciones del cumplimiento de una sanción.

Una vez delimitada la cuestión sometida a debate, pasa la **STS 15-02-2011 (Rc 92/2010)** a analizar si resulta acertada la decisión de la sentencia recurrida de declarar nula de pleno derecho, por no ser conforme con el ordenamiento jurídico la resolución dictada por el General Jefe de la Fuerza Terrestre, mediante la que se autorizaba al sancionado a cumplir el arresto en su domicilio o, por el contrario, como mantiene el Abogado del Estado recurrente, dicha resolución constituyó simplemente una modulación en la forma de ejecutar una sanción que redundó en beneficio del corregido disciplinariamente y debe entenderse conforme a Derecho por estar dictada dentro de las competencias de la autoridad sancionadora.

No obstante los argumentos del recurrente, antes expresados, y aunque la Sala acepte que, sin duda, la intención de la autoridad sancionadora pretendía favorecer al sancionado en el cumplimiento de la sanción de arresto de forma menos gravosa para él atendiendo a los dictámenes médicos

aportados, manifiesta su rechazo a las alegaciones del recurrente y, por tanto, se muestra conforme con la sentencia y con el Ministerio Fiscal en este punto.

Conforme a lo dispuesto en el citado art. 67 de la ley disciplinaria 8/1998, la autoridad sancionadora adoptará en los arrestos por falta grave las medidas oportunas para el inmediato ingreso del sancionado en establecimiento disciplinario, o en otro establecimiento militar que dependa de la misma. Por otra parte, el art. 70 de la misma ley, señala que la citada autoridad podrá acordar de oficio la suspensión de la ejecución de la sanción por plazo inferior a su prescripción, o la inejecución cuando mediare justa causa para ello y no se causara perjuicio a la disciplina. En el presente caso resulta evidente que el General Jefe de la Fuerza Terrestre no actuó conforme a lo previsto en la ley disciplinaria y no hizo uso correcto de las facultades y atribuciones que la ley disciplinaria le confiere pues, si bien es cierto que la sanción que impuso al Soldado (arresto de un mes y siete días) se ajusta a las previstas para el tipo disciplinario cometido (la falta grave del art. 8.20 de la Ley 8/1998) y está comprendida en lo dispuesto en el art. 9.2 de la citada ley disciplinaria para las faltas graves, también es cierto que en la ejecución de la misma se vulneró el principio de legalidad al acordar su cumplimiento en el domicilio sin tener competencia para ello.

En el caso que se analiza, por tanto, es acertada la declaración de nulidad, que efectúa el Tribunal de instancia, de la citada resolución ya que la autoridad sancionadora legalmente podía resolver manteniendo el cumplimiento de la sanción en un establecimiento militar, suspendiendo la ejecución del cumplimiento por plazo inferior a su prescripción o acordando su inejecución por mediar causa justa para ello y no causar perjuicio a la disciplina; como acertadamente afirma el Ministerio fiscal pudo optar por alguna de dichas alternativas, pero no llevar a efecto su cumplimiento del modo como lo hizo, de forma no prevista en la legislación vigente, aunque pretenda justificarse como una interpretación dictada en beneficio del sancionado para suavizar sus condiciones de cumplimiento y pudiera invocarse y esté reconocida esta forma de cumplimiento de los arrestos en el art. 13 de la Ley disciplinaria para los arrestos impuestos por falta leve.

Alegaba, por último, el representante de la Administración, que la sentencia recurrida incurría en una evidente infracción al conceder al sancionado una indemnización; argumentaba que, partiendo como hace la resolución judicial de que la sanción de arresto por falta grave es ajustada a Derecho, no puede concluirse que se han lesionado los derechos del encartado por no haber sido internado para su cumplimiento en un establecimiento militar; no se le ha causado al sancionado, un daño indemnizable, por haber acordado el cumplimiento del arresto en su domicilio y ello aún en el supuesto de que se declare nula la resolución que autorizó el cumplimiento en arresto domiciliario.

Concluye al respecto la sentencia la improcedencia de tal indemnización pues, la sentencia confirma las resoluciones sancionadoras que impusieron al recurrido la sanción de arresto por falta grave por lo que ningún derecho puede considerarse lesionado por la declaración de nulidad del acuerdo que, con

posterioridad, dispuso el cumplimiento del arresto en el domicilio familiar; la sentencia recurrida no establece que el encartado tuviese derecho a obtener la suspensión de la ejecución de la sanción, ni la declaración de inejecución de la misma, decisiones que son competencia de la autoridad sancionadora y que puede adoptar libremente, atendiendo a las circunstancias subjetivas de cada caso y al posible perjuicio que pueda causarse a la disciplina.

8. Incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.

Condiciones para la validez de las pruebas practicadas en un anterior expediente incoado por los mismos hechos y archivado por caducidad.

Resume la **STS 08-03-2011 (Rc 114/2009)** que, el recurrente a quien se le impuso la sanción disciplinaria de Separación del Servicio, como autor de una falta muy grave consistente en el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, desempeñando una actividad privada, salvo las exceptuadas en la legislación sobre las mismas, comienza por sostener la nulidad de las pruebas que se han incorporado al expediente sancionador por ser las mismas que obraban en un anterior expediente disciplinario que le fue incoado por los mismos hechos y que concluyó por resolución por la que se declaró la caducidad y acordó su archivo.

Esta alegación no puede ser acogida sentencia la resolución ahora sintetizada. Es sabido que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador, mientras la infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (*la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción*).

Pues bien, conforme a una doctrina jurisprudencial consolidada el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse), puede y debe fundarse en los mismos documentos que con el valor de denuncia determinaron la iniciación del expediente caducado.

En el segundo motivo de recurso el recurrente sostiene la inaplicabilidad al caso de la Ley 53/1.984, de 26 de Diciembre, sobre Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Publicas por cuanto las actividades que deriven de la administración del patrimonio personal o familiar están expresamente excluidas del régimen de incompatibilidades.

Es cierto que según se establece expresamente en el apartado a) del citado artículo 19 quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades las actividades "*derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar*". Sucede que la actividad del recurrente, atendiendo personalmente el quiosco de prensa de su compañera sentimental en jornada laboral completa, abriendo y cerrando el mismo, ordenando el material para su venta y atendiendo y cobrando al público, evidencia el ejercicio de una actividad profesional laboral

de carácter mercantil que, en modo alguno, puede calificarse de administración del patrimonio familiar y que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 14 de esta Ley, requiere el previo reconocimiento de compatibilidad.

En relación con dicho supuesto, esta Sala ha reiterado que la actividad exceptuada del régimen de incompatibilidades consistente en la administración del patrimonio personal y familiar, se refiere a la ejecución de actos de mera inversión económica incompatible con la realización de trabajos, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales, encaminados no al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular, sino que tienden a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa o negocio de que se trate.

9. Derecho de Defensa.

Indefensión causada por falta de asistencia jurídica solicitada por el recurrente del Tribunal de instancia. Apreciación de desigualdad procesal. Tutela judicial efectiva sin indefensión.

En la **STS 13-04-2011 (Rc 46/2010)**, se examina la denuncia casacional de la recurrente sobre vulneración del derecho fundamental de defensa, padecida por aquél al no haber podido contar con asistencia jurídica en la sustanciación del Recurso jurisdiccional de instancia, a pesar de haberla solicitado formal y expresamente en el escrito de interposición, sin haberse proveído su solicitud en modo alguno por el Tribunal sentenciador. Razona el recurrente que con este motivo no ha podido atender en condiciones de solvencia jurídica a la defensa de sus intereses, habiendo litigado en condiciones de desigualdad dentro del Recurso Contencioso-Disciplinario Preferente y Sumario, frente a la Abogacía del Estado y a la Fiscalía Jurídico Militar como partes procesales.

Recuerda la sentencia, que anticipa la estimación del recurso, los datos que reputan de interés en el caso:

El hoy recurrente fue sancionado como autor de una falta disciplinaria de carácter leve, con imposición de treinta días de arresto, resolución recurrida en Alzada.

El mando sancionador remitió lo actuado a la superioridad por si los mismos hechos fueran constitutivos de falta grave, acumulándose al nuevo expediente disciplinario aquel Recurso de Alzada.

El expediente concluyó sin declaración de responsabilidad, primero por finalización del compromiso del sancionado con las Fuerzas Armadas, y, definitivamente, al apreciarse prescripción de la posible falta grave.

Pendiente de decidir aquel Recurso de Alzada frente a la sanción por falta leve, debió instar su resolución el propio recurrente.

En la desestimación del Recurso de Alzada, que acabó decidiendo el General Jefe de la Fuerza Terrestre, en vez del Coronel 2º Jefe de la Brigada Paracaidista, se instruyó al sancionado como posible Recurso jurisdiccional a formular contra lo resuelto en vía administrativa, el Contencioso Administrativo a interponer ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Planteado en dichos términos competenciales el Recurso jurisdiccional, finalmente se decantó la competencia a favor de la Jurisdicción Militar.

El recurrente contó con asistencia jurídica gratuita ante el Tribunal Superior de Justicia.

En el escrito de interposición del Recurso Contencioso Disciplinario Militar Preferente y Sumario, el recurrente solicitó formalmente asistencia jurídica gratuita, en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, sin que el Tribunal de instancia llegara a proveer la expresada solicitud.

En la sustanciación del Recurso de Casación el recurrente ha contado con asistencia jurídica gratuita.

Expuesto lo que antecede, concluye la Sala que la indefensión que se denuncia consistió en la situación de desequilibrio jurídico a que se dio lugar en el seno de un proceso objetivamente complejo, según los términos que se acaban de describir, en el que si bien la intervención de Abogado y Procurador no resultaba preceptiva, según lo dispuesto en el art. 463 de la Ley Procesal Militar, la designación de estos profesionales era necesaria "para garantizar la igualdad de las partes en el proceso", según establece el art. 6.3 de la mencionada Ley 1/1996. Ciertamente el recurrente pudo pedir la asistencia directamente ante el Colegio de Abogados correspondiente, pero ello no dispensa al Tribunal competente de proveer lo necesario para que el proceso se tramitara en las condiciones de igualdad, que constituye presupuesto para el otorgamiento de la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE.

Con lo que en el presente caso, la indefensión apreciada se hace depender de la inobservancia de lo previsto en la reiterada Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y en su Reglamento, en la medida en que con ello se obstaculizó que el recurrente dispusiera de asesoramiento jurídico imprescindible para la defensa de un asunto que revestía notoria dificultad, sobre todo para una persona leiga en derecho. Por lo que la omisión del órgano judicial ha propiciado que la parte recurrente experimente un menoscabo sensible de las posibilidades de alegar y justificar sus pretensiones en el proceso, en igualdad de condiciones respecto de las demás partes.