

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. PENAL.....	301
1. DELITO CONTRA LA HACIENDA EN EL ÁMBITO MILITAR	301
El dinero transferido como pago anticipado de una indemnización pierde la condición de elemento asignado al servicio..	301
2. DELITO CONTRA LA EFICACIA DEL SERVICIO.....	302
Derecho al proceso con todas las garantías (Juez imparcial). Desestimación previa de Recurso contra Auto de procesamiento. Existencia de dudas fundadas en cuanto a la imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal sentenciador ..	302
3. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD EN SU MODALIDAD DE MALTRATO DE OBRA A INFERIOR	304
Incongruencia omisiva. Contradicción en la práctica de las pruebas. Error en la apreciación de las pruebas. Doctrina de la Sala sobre el delito de Abuso de autoridad. Supresión de responsabilidad civil.....	304
4. DELITO DE DESOBEDIENCIA.....	304
«Error facti»: no concurre. Tipicidad: la calificación es conforme a derecho.....	304
5. DELITO DE DESOBEDIENCIA.....	305
Presunción de inocencia y aplicación del tipo	305
II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO	307
1. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE EXPEDIENTE DISCIPLINARIO	307
2. INCUMPLIMIENTO DE NORMA INTERNA.....	308
Falta del artículo 7.9 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil «Inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior». Problemática de las normas en blanco	308

	<i>Página</i>
3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.....	308
Doctrina. Límites: no cabe el derecho al insulto.....	308
4. INEXACTITUD EN EL CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES.....	310
Falta leve del art. 7.2 LO 8/98 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Trámite de audiencia. Indefensión. Presunción de inocencia. Error en la valoración de la prueba. Doctrina del «árbol envenenado». No se aprecian vulneraciones de los referidos Derechos Fundamentales. Desestimación del recurso.....	310
5. CONSUMIR DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS SIMILARES CON HABITUALIDAD	311
Falta muy grave. Exención de responsabilidad o atenuación de la misma. Proporcionalidad e individualización de la sanción: sustitución de la sanción de separación del servicio por la de suspensión.....	311
6. VIGENCIA AL EFECTO DE LA RESERVA ESPAÑOLA FORMULADA A LOS ARTS. 5.1 Y 6.1 DEL CONVENIO EUROPEO..	313
Arrestos disciplinarios en las FAS. No vulneración del derecho a la libertad personal por aplicación de LO 8/1998. Tutela judicial; alegación de cuestiones de legalidad ordinaria en el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario. Doctrina de la Sala.....	313
7. OBSERVAR CONDUCTAS GRAVEMENTE CONTRARIAS A LA DISCIPLINA, SERVICIO O DIGNIDAD DE LA INSTITUCIÓN QUE NO CONSTITUYAN DELITO.....	316
Presunción de inocencia; requisitos del tipo disciplinario y actuación del sancionado singularmente grave; derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes; imparcialidad del instructor y prueba de cargo obtenida de manera ilegal; valoración de la prueba, prueba de descargo y falta de subsunción de la conducta sancionada.....	316
8. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES.	317
Denegación de la pretensión sobre el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por los daños morales y los gastos producidos por una resolución sancionadora declarada nula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.....	317
9. HACER MANIFESTACIONES CONTRARIAS A LA DISCIPLINA	318
Falta grave cometida por Alumno de Academia Militar. Sanción de baja en el Centro docente. Proporcionalidad. Sustitución por la de arresto. Recalificación de la inicial falta leve. Bis in idem. Error de prohibición.....	318

	<i>Página</i>
10. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LEY DISCIPLINARIA 12/2007, DE LA GUARDIA CIVIL, EN LO FAVORABLE PARA EL SANCIONADO.....	322
Consumo ocasional de drogas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007). Indemnización por daños morales.....	322

I. PENAL

1. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar

El dinero transferido como pago anticipado de una indemnización pierde la condición de elemento asignado al servicio

En la STS 08-02-2008 (Rc 60/2007), sostiene el Ministerio Fiscal en el único motivo de su recurso, que el Tribunal Militar Territorial sentenciador infringió la ley al no subsumir los hechos probados en el artículo 190 del Código penal militar.

Para el Tribunal de instancia tal inclusión típica era improcedente porque no concurrían los elementos esenciales configuradores del tipo delictivo. Por lo que se refiere al elemento objetivo, argumentaba que el dinero (904,16 euros) no devuelto por el soldado encausado no era un *«elemento asignado al servicio como exige la descripción del delito, sino propiedad de dicho militar, que lo recibió como indemnización anticipada por la comisión para la que había sido designado»*. En lo referente al elemento subjetivo, razonó el Tribunal de instancia que la actuación no fue dolosa, por cuanto el soldado recibió la cantidad como indemnización anticipada *«en la creencia de poder disponer de ella legítimamente»*.

Frente a estas razones argumenta el Ministerio Fiscal —basando en ello su pretensión de casar la sentencia de instancia— que el dinero no devuelto, que estaba asignado para la realización del servicio (pago de las dietas), no perdió esa condición porque fuera transferido a una cuenta particular, arguyendo que las cantidades que se transfieren como indemniza-

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 CEREZO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

ciones anticipadas no pasan a formar parte del patrimonio de quienes las reciben hasta que se realiza la correspondiente justificación de gastos.

El soldado a la sazón procesado, en cuanto designado para una comisión de servicio, tenía derecho, en aplicación de lo dispuesto por el R.D. 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, a recibir una determinada cantidad en tal concepto indemnizatorio. Y en correlación con ese derecho existía el deber de la Administración Militar de pagarla. Según prescribe la norma citada, el pago de las indemnizaciones puede ser realizado bien al término de la comisión, bien de modo anticipado, sin perjuicio de la posterior justificación de cuentas, siempre que se tratara de una de las comisiones reguladas en la citada norma reglamentaria. Pues bien, esto último es lo que sucedió en el caso de autos. La Administración Militar ingresó en la cuenta corriente del soldado la cantidad de 904,16 euros en concepto de pago anticipado de sus dietas. Contrariamente a lo defendido por el Ministerio Fiscal, ese dinero dejó de tener la condición de dinero público destinado al servicio y pasó a ser propiedad del soldado con independencia de que hubiera de justificar las cuentas después de la comisión. Mediante la transferencia bancaria la Administración entregó al soldado lo que debía pagarle: la indemnización procedente, siendo cuestión distinta, que tiene su solución en el expediente de reintegro o, si procede, en la correspondiente reclamación civil, la que surgió al no devolver el soldado lo percibido, como resultaba obligado por haber sido anulada la comisión, y, sin que pueda aplicarse analógicamente el tipo contenido en el artículo 254 del Código Penal Ordinario, citado por el Ministerio Fiscal, pues aún dejando al margen que el delito descrito en este artículo exige que el dinero que se niega haber recibido o que no se devuelve haya sido entregado por error (lo que no sucede en el caso: se trata de un pago anticipado de lo debido), el legislador penal militar no ha tipificado conductas similares a esas.

2. Delito contra la eficacia en el servicio

Derecho al proceso con todas las garantías (Juez imparcial). Desestimación previa de Recurso contra Auto de procesamiento. Existencia de dudas fundadas en cuanto a la imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal sentenciador

La STS 12-02-2008 (Rc 76/2007) señala como el recurrente, actualmente Teniente del Ejército de Tierra, denunció la vulneración del dere-

cho fundamental al proceso con todas las garantías, con fundamento en la falta de imparcialidad objetiva afectante al Presidente del Tribunal sentenciador, que anteriormente formó parte de la Sala que desestimó el Recurso de Apelación deducido contra el Auto de procesamiento dictado frente a dicho recurrente. El Tribunal de casación advierte al Tribunal de Instancia sobre la conveniencia de haber éste considerado con carácter previo al enjuiciamiento, la posible incompatibilidad de uno de sus miembros, lo que hubiera podido evitar las consecuencias dilatorias a que da lugar el pronunciamiento estimatorio recaído en ese trance casacional respecto de hechos ocurridos en noviembre de 2002. Existe, recoge la Sentencia una consolidada Jurisprudencia del TEDH según la cual la falta de imparcialidad objetiva puede deducirse de aquel contacto previo o toma en consideración de los hechos procesales, ya consista en la realización de verdaderos actos de instrucción, o bien en el conocimiento en otra instancia de la causa o de la confirmación del procesamiento o de las medidas cautelares adoptadas por el Juez instructor, siempre que se haya producido, o podido producir, el efecto que se trata de evitar consistente en la formación de un prejuicio o convencimiento anticipado que haga temer fundadamente al inculpado que el asunto está ya decidido, con quiebra de la confianza que, en cuanto a la ecuanimidad sobre todo, los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

Conforme a dichas Jurisprudencia y Doctrina aquel efecto «contaminante» que inhabilita para integrar el órgano de enjuiciamiento, por pérdida de la debida imparcialidad, se extrae más claramente a partir de la realización de auténticos actos de instrucción, del conocimiento de la causa en instancia previa, del ejercicio de la función acusadora en el mismo asunto o del hecho de haber acordado el propio Tribunal el procesamiento del acusado. De aquel cuerpo de doctrina y jurisprudencia forma parte la declaración según la cual el conocimiento del procesamiento en grado de apelación, no conduce necesariamente a la exclusión para integrar el Tribunal de enjuiciamiento de los miembros de la Sala que conoció del Recurso. Concluye la Sala en atención al contenido del auto desestimatorio del recurso de apelación frente al procesamiento del recurrente, que, se deduce sin esfuerzo la postura del Tribunal en cuanto al origen del hecho, la participación del procesado, la imputación objetiva del resultado y la imprudencia con que obró desde su condición de oficial al mando de la sección y del carro del que la ametralladora que se disparó formaba parte. Asiste la razón al recurrente cuando se queja porque a través de esa resolución el Tribunal anticipó su criterio, sobre elementos esenciales de lo que constituye el fondo de la cuestión a debatir en el juicio oral.

3. Delito de Abuso de Autoridad en su modalidad de maltrato de obra a inferior.

Incongruencia omisiva. Contradicción en la práctica de las pruebas. Error en la apreciación de las pruebas. Doctrina de la Sala sobre el delito de Abuso de autoridad. Supresión de responsabilidad civil

La STS 18-01-2008 (Rc 45/2007) señala en relación con el tipo delictivo militar por el que el recurrente fuera condenado, que la conducta que aquél prevé consiste en «*toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas*».

Alegado por la parte recurrente la vulneración del derecho fundamental al proceso debido con todas las garantías, concretando la lesión padecida en la falta de contradicción en la práctica de algunas de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador para fijar los hechos probados y la condena, entiende la Sala con el recurrente que, efectivamente, la prueba pericial médica no se practicó en términos de la necesaria contradicción por lo que no pueden tenerse por probados sus contenidos en lo que atañe a las lesiones sufridas por el otro procesado que no recurre, ni en consecuencia el tiempo invertido en su curación, dato este último sobre el que se asienta la declaración de responsabilidad civil que forma parte de la condena.

Suprimido de entre los hechos probados lo relativo a las consecuencias lesivas derivadas de la agresión física padecida por el sujeto pasivo de inferior empleo militar, ello no ha de incidir sobre la tipicidad de la conducta sino meramente en cuanto a la responsabilidad civil, que se declara improcedente.

4. Delito de Desobediencia

«Error facti»: no concurre. Tipicidad: la calificación es conforme a derecho

La STS 24-01-2008 (Rc 63/2007) dando respuesta a los motivos casacionales de la parte recurrente, realiza una exégesis del tipo apreciado

entre cuyos elementos típicos destaca: La existencia de orden legítima, transmitida de forma adecuada. Taxatividad en su contenido, esto es, sin margen de discrecionalidad apreciable por el destinatario de la misma. La condición de la orden como relativa a acto de servicio que corresponde realizar al sujeto activo del delito. La gravedad o entidad de la desobediencia en consideración a la naturaleza del mandato incumplido, consecuencias del incumplimiento, circunstancias del caso, reiteración de la negativa o intencionalidad del sujeto activo y la repercusión sobre la disciplina quebrantada, cuya indemnidad constituye el bien jurídico protegido.

Afirmando su plena concurrencia en el presente caso pues la orden, evidentemente legítima, fue transmitida de forma adecuada, era taxativa y precisa en su contenido y para la realización de un acto de servicio de evidente trascendencia, cual es el desarrollo de una patrulla en el marco de las misiones internacionales en Kosovo.

5. Delito de desobediencia

Presunción de inocencia y aplicación del tipo

La STS 11-02-2008 (Rc 73/2007) reitera la jurisprudencia de la Sala en el sentido que en el ámbito castrense, la orden se define, como mandato relativo al servicio que da un superior a un inferior para que lleve a cabo u omita una actuación concreta, debiendo estar revestida de legalidad por su condición de lícita y legítima. La Sala, en relación con este elemento normativo del tipo, ha precisado, que son «órdenes ilícitas aquellas que entrañen la ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, liberando al inferior que las recibe de la obligación del cumplimiento, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», y que son órdenes ilegítimas «las que, sin estar acogidas en la previsión antes citada, no se acomodan a la exigencia típica del artículo 102 del Código Penal Militar, porque aún cuando estén impartidas por un superior en relación con un inferior, no correspondan al servicio que el inferior deba cumplir, fundamentando tal criterio en el doble concepto de orden y acto de servicio que se establece en los artículos 19 y 15 del propio Código Penal Militar, en el primero de los cuales se señala de forma expresa que, a los efectos del Código Penal Militar, es

orden todo mandato relativo al servicio militar que un superior militar da a un inferior para que lleve a cabo u omita una acción correcta, entendiendo que esa necesidad de vincular la orden con el servicio, en virtud de la dicción del artículo 15 del mismo texto legal, conexiona el mandato con los actos del servicio que, también a los efectos del mismo Código, serán todos los que tengan relación con las funciones que corresponde a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde». En definitiva, y en lo que aquí nos interesa, la orden, siendo lícita, ha de ser emitida de forma adecuada y dentro de las atribuciones que correspondan al superior en relación con el servicio y las funciones que tenga encomendadas el inferior, pero teniendo en cuenta que, «fuera del supuesto de la ilicitud, la orden siempre ha de ser acatada, sin perjuicio de formular objeciones después de cumplirla».

En este sentido la sentencia impugnada hace hincapié en la legitimidad de la orden, ya que el Tribunal de instancia consideró que el mandato de elaborar unas Normas Operativas Particulares sobre ejercicios tipo Alfa, que recibió el acusado, se encontraba dentro de las atribuciones que legalmente correspondían al Capitán, como Jefe de la Batería de Instrucción, Unidad que había de elaborar las normas, significando que *«la tarea encomendada resultaba de habitual elaboración dentro de los cometidos de una Unidad de Artillería»*.

La Sala entiende, por tanto, que no cabía que el recurrente se negara a hacer aquello que se le ordenaba en el ámbito de su Unidad de destino, sin alegar la existencia de una clara y concreta norma que se lo impidiera, cuando además ha quedado acreditado que el Oficial Jefe de la otra Sección de la Batería, no puso objeción a elaborar las Normas e incluso —como señala el Tribunal de instancia— dos Sargentos, que depusieron como testigos en la vista, reconocieron que la elaboración de tales Normas Operativas Particulares era un cometido habitual en todas las Unidades de Artillería y que ellos mismos las habían elaborado en otras Unidades en su condición de Suboficiales.

En definitiva, al asumir la licitud y legitimidad del mandato, no cabe aceptar las razones en las que el recurrente pretende ampararse para excusarse del cumplimiento de la orden recibida, que, por ser relativa al servicio, debió ser acatada, exigencia que viene imperativamente establecida en el artículo 32 de las propias Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, invocadas por el interesado, a quien, además, la objeción

formulada le fue rechazada, no sólo por su inmediato superior, sino por el jefe de ambos.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Caducidad y prescripción de expediente disciplinario

La STS 17-01-2008 (Rc 68/2007), establece a fin de evitar la confusión que se aprecia en el recurso entre los conceptos de caducidad y prescripción, que la superación del plazo legal previsto para la instrucción de los Expedientes, no determina en el ámbito disciplinario militar los efectos previstos en la normativa administrativa general para la caducidad y no tiene otro efecto que la reanudación del cómputo del plazo para la prescripción de la falta de que se trate. En el presente caso, como se trata de una falta muy grave, dicho plazo está determinado en dos años. Ello significa que la figura de la caducidad del procedimiento administrativo común tiene un tratamiento específico y singular en la regulación actual, en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

La Sala, igualmente, ha reiterado que no resulta aplicable, en los Expedientes Disciplinarios en las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 30/1992, reformada por la 4/1999, de 13 de enero, en lo referente al archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en su art. 92. La inaplicación viene justificada en función de la Disposición Adicional 8.^a de la propia Ley 30/1992 y del art. 127.3 de la misma, preceptos éstos en los que se establece que los procedimientos instruidos en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas se rigen por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la propia Ley 30/1992 en tales extremos.

Conforme a tales criterios se ha elaborado la doctrina jurisprudencial en el sentido de que el agotamiento del plazo previsto para la tramitación de las actuaciones disciplinarias militares, solo produce el citado efecto de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, habiendo puntualizado la Sala que ello ha de interpretarse en el sentido de que, a partir de la terminación del plazo de instrucción previsto, ha de volver a computarse de nuevo y en su integridad el plazo prescriptivo que corresponda, lo que significa que, en la falta muy grave contemplada en el Expediente Gubernativo objeto de análisis, desde el día final determinante de

la caducidad al que alude la parte ha de comenzar el cómputo del plazo de dos años para que se produzca el efecto de la prescripción.

2. Incumplimiento de norma interna

Falta del artículo 7.9 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil «Inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior». Problemática de las normas en blanco

La STS 28-01-2008 (Rc 91/2007), declara ante la alegada infracción del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, por aplicación indebida del tipo mencionado, que el objeto del presente recurso de casación se centra en determinar si el guardia civil expedientado, incumplió o no el apartado 3.2 de la Circular 2/1.996 de la Subdirección General de Operaciones del referido Instituto Armado, cuya finalidad es la de centralizar en la persona del Capitán Jefe de la Compañía la coordinación entre las diferentes patrullas de servicio y los desplazamientos de unas y otras.

En efecto, si se constatará como así lo hace el Tribunal de instancia, que el recurrente incumplió la normativa citada al desplazarse a una localidad sin la correspondiente autorización al tratarse de una demarcación distinta a la ordenada, es claro que la falta leve por la que fue corregido se cometió en razón a que el art. 7 apartado 9.º de la LORDGC sanciona el incumplimiento de normas de régimen interior entre las que se encuentra la Circular 2/1.996. Se trata de la clásica norma sancionadora en blanco que se remite a efectos de completar el núcleo de la conducta prohibida a una norma de rango inferior, sin que por ello se conculque, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de legalidad a causa de una eventual indeterminación del tipo disciplinario examinado. Al tenor de lo expuesto concluye la Sala que tanto la falta apreciada como la sanción impuesta se adecuan a las exigencias del principio de legalidad y tipicidad, debiéndose por ello rechazar el motivo casacional alegado.

3. Libertad de expresión de los militares

Doctrina. Límites: no cabe el derecho al insulto

La STS 04-02-2008 (Rc 94/2007), recaída a propósito de recurso de casación formulado por el Abogado del Estado se centra en determinar si

las manifestaciones del sancionado, a la sazón Cte del Ejército del Aire, contenidas en la carta dirigida por éste al General de Ejército y Jefe del Estado Mayor de la Defensa, en la que se vertían una serie de opiniones contra el Director del Museo del Aire, están o no amparadas en el art. 20.1.º de la CE en relación con el art. 18.1 de la CE y, en caso negativo, si alguna de tales manifestaciones constituyen un ilícito disciplinario, ya sea grave o leve.

Así centrado el motivo del recurso, dice la resolución examinada que habrá de determinarse en primer lugar si el expedientado, dada su condición de militar, tenía o no limitado su derecho a criticar la labor efectuada por el Director del Museo del Aire. Ello lleva con carácter previo al análisis de la doctrina del TEDH así como del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala sobre el derecho de expresión de los militares y sus límites, para luego ya, a la vista del contenido de dicha doctrina, concluir sobre si el sancionado podía o no ejercer el derecho a expresar libremente sus ideas sobre la forma en que el reseñado director gestionaba el Museo del Aire. Reitera la Sentencia que el derecho a la libre expresión tiene, según el Tribunal Constitucional, una posición preferente en razón de su dimensión constitucional respecto a las libertades contenidas en el art. 20.1 CE cuando se ejercitan en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural.

Ahora bien, estas libertades no son absolutas. Por el contrario, su ejercicio está sujeto a límites constitucionales expresos y legales, si bien dichas limitaciones tampoco son absolutas, pues como dice el Tribunal Constitucional, dichos límites son excepcionales y, por tanto, de interpretación restrictiva.

Algunos de estos límites son generales, otros en cambio son específicos. Hay sectores o grupos que por razón de la función que desempeñan están sometidos a límites específicos, lógicamente más estrictos. En el caso de los militares dichos límites se deben a la naturaleza del servicio que tales profesionales desempeñan, del grado de jerarquización y disciplina interna a que están sometidos.

Efectivamente, dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE deben singularizarse las referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas y a las misiones que se le atribuyen. A tal fin, las Fuerzas Armadas se configuran específicamente. Entre las singularidades de las mismas figura su carácter jerárquico,

disciplinado y unido. Como consecuencia de ello, el legislador ha establecido para las Fuerzas Armadas un régimen especial, tanto procedimental como sustantivo al prever para sus miembros una serie de limitaciones distintas a las comunes. Peculiaridades que encuentran su justificación en las exigencias de la organización militar.

Entre las limitaciones impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas se hallan las relativas al ejercicio del derecho a la libre expresión, siempre y cuando dichos límites respondan a los principios primordiales de la Institución Militar. En opinión doctrinal, dos grupos de razones justifican la pervivencia de un estatuto especial de las Fuerzas Armadas: la voluntariedad del ingreso y el respeto a determinados principios que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se centran en la neutralidad política de una parte y en el de la jerarquía de otra. De lo expuesto, se desprende, pues, que el problema se circunscribe a precisar los casos en que los militares no pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión a la hora de emitir sus opiniones o ideas. A tenor de dicha doctrina, sólo cabe limitar el derecho de expresión de los militares cuando exista una «necesidad social imperiosa», lo que ocurrirá allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas.

Pues bien, en el caso presente no existía una necesidad social de limitar el derecho del sancionado a criticar la labor del General Director en su condición, no de militar, sino, precisamente, de responsable del Museo del Aire.

4. Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas

Falta leve del art. 7.2 LO 8/98. Trámite de audiencia. Indefensión. Presunción de inocencia. Error en la valoración de la prueba. Doctrina del «árbol envenenado». No se aprecian vulneraciones de los referidos Derechos Fundamentales. Desestimación del recurso

La STS 05-02-2008 (Rc 80/2007), recoge, al socaire de lo alegado por la parte recurrente en relación con la posible vulneración de su derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, en concreto la indefensión ocasionada por conclusión alcanzada por la autoridad administrativa sin previa práctica de prueba, la doctrina del Tribunal Constitución que manifiesta que no es la denegación o la ausencia en la

práctica de la prueba en sí misma (indefensión formal) lo que vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, sino la indefensión derivada de la inactividad judicial —en este caso en la tramitación del Expediente por falta leve— por la relevancia misma de los hechos que se quisieran probar en la decisión final del pleito (indefensión material), ya que en tal caso podrá apreciarse el menoscabo real y efectivo del derecho fundamental.

A juicio de la Sala, en el presente caso no puede hablarse de una disminución real y trascendente de garantías, por las circunstancias concurrentes sin que el hecho de que no se haya admitido, en la resolución del recurso de alzada, una solicitud de práctica de prueba resulte significativo ni produzca ningún tipo de indefensión material, siendo facultad de la Administración la limitación del derecho a la práctica de dichas pruebas si no se consideran necesarias, y si el hecho está suficientemente esclarecido, muy especialmente en el marco de un procedimiento oral de las características del presente.

Por último, el motivo plantea la virtualidad de la teoría del «árbol envenenado». El promovente no razona, como oportunamente aduce la Abogacía del Estado, «la relación de la causa del alegado envenenamiento del árbol». Como es sabido, la doctrina resumida en la expresada metáfora, asumida por el Tribunal Constitucional, ha sido desarrollada por la Sala Segunda, así como por esta Sala y puede enunciarse así: «*cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pueda relacionar con una prueba nula, debe ser, igualmente, estimada nula*». Pues bien, el recurrente no precisa cual es la prueba que considera nula, ni tampoco las que de la misma se derivan, por lo que su alegación en este punto carece de fundamento.

5. Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares con habitualidad

Falta muy grave. Exención de responsabilidad o atenuación de la misma. Proporcionalidad e individualización de la sanción: sustitución de la sanción de separación del servicio por la de suspensión

La STS 06-02-2008 (Rc 55/2006), establece a partir del reconocimiento por el recurrente en su demanda de los hechos que se recogen en la resolución sancionadora, al señalar que nunca ha negado que tuviese

dependencia del alcohol y que hubiese consumido de modo esporádico cocaína, no obstante aduce, que por la Autoridad sancionadora no se ha tenido en cuenta que el origen del consumo fue una depresión mayor, que tuvo a su vez su causa en las circunstancias laborales, personales, familiares, emocionales, sentimentales, alteración de sueño y pesadillas que padeció el demandante, y que están acreditadas por prueba pericial. En este sentido, siendo los hechos relatados constitutivos de la infracción disciplinaria apreciada, entiende el recurrente que **«actuó bajo la cobertura de una causa eximente de responsabilidad y que por ello debe acordarse el sobreseimiento y la declaración de irresponsabilidad»**, subsidiariamente y para el caso de que la eximente invocada no fuese tenida en consideración, formula el demandante, sobre la base de las mismas circunstancias expresadas, su petición de que, de forma analógica con los principios del Derecho Penal, se aprecie la existencia de una atenuante cualificada o eximente incompleta.

Concluye la Sala al socaire de tales afirmaciones que al no haberse acreditado que el estado de depresión en que se pudiera encontrar el demandante, ni las circunstancias laborales, personales, familiares y sentimentales que le afectaban le colocaran en una situación emocional que anulara sus facultades intelectivas y volitivas y, menos aún, que le compelieran necesariamente al consumo de drogas reprochado, no cabe apreciar que concurra la exención de responsabilidad alegada, en cuanto que la posible apreciación de una cierta disminución de las facultades intelectivas y volitivas en el momento de la realización de la conducta infractora podría dar lugar a una minoración del reproche, pero no a la sustitución de la conducta típica apreciada por otra en la que no cabe incardinar tal conducta, pues es en la sancionada en la que destaca el dato de la habitualidad, que resulta sustancial en el tipo disciplinario y lo que confiere a la infracción el carácter de muy grave.

Por último y en relación con la esgrimida infracción del principio de proporcionalidad es lo cierto que, en la infracción disciplinaria apreciada en el presente caso, las previsiones sancionadoras ofrecen la separación del servicio —la más grave y extraordinaria de las correcciones e irreversible en sus efectos—, junto con las sanciones de pérdida de puestos en el escalafón y suspensión de empleo por tiempo de duración variable hasta el máximo de un año, y también que las razones que se expresan para justificar la sanción elegida podrían considerarse apropiadas, si no concurriera circunstancia alguna a tener en cuenta en orden a la individualización —legalmente requerida— de la sanción.

Sin embargo, y aun reconociendo la gravedad de la conducta sancionada disciplinariamente, sí es de considerar en este caso, el comportamiento del demandante posterior a los hechos sancionados, pues éste ha acreditado durante un largo periodo de tiempo su decidida voluntad de apartarse del consumo de drogas, sometiéndose a tratamientos de deshabituación a cocaína y alcohol, que se han considerado favorables por los diferentes especialistas que le han venido atendiendo, lo que, conduce a apreciar más ajustado la sanción de suspensión de empleo por término de un año.

6. Vigencia al efecto de la reserva española formulada a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo

Arrestos disciplinarios en las FAS. No vulneración del derecho a la libertad personal por aplicación de LO 8/1998. Tutela judicial; alegación de cuestiones de legalidad ordinaria en el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario. Doctrina de la Sala

La STS 06-02-2008 (Rc 52/2007), en relación con el primer motivo motivo casacional sobre la vulneración del art. 5.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, establece que la infracción de dicho derecho esencial a la libertad de expresión se habría producido, según razona la parte que recurre, al haberse impuesto al Brigada expedientado, la sanción disciplinaria de un día de arresto en aplicación de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuando ya no estaba en vigor la reserva que respecto de los arts. 5.1 y 6.1 del expresado Convenio formuló el Estado Español mediante Instrumento de Ratificación de fecha 26.09.1979, en cuanto que lo dispuesto en dichos preceptos resultara incompatible con lo previsto en relación con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas entonces regulado en el Código de Justicia Militar (de 1945). Dicha reserva, continúa diciendo el recurrente, fue actualizada por el Gobierno con fecha 28.05.1986 en cuanto a la LO 12/1985, de 27 de noviembre, que sustituyó al derogado CJM en la regulación de la dicha materia disciplinaria, si bien que no se ha procedido por el Gobierno a hacer lo propio en relación con la posterior LO 8/1998, de 2 de diciembre, que ha reemplazado a aquella LO 12/1985.

La parte que recurre apoya su argumentación en el contenido de la STEDH dictada en el caso conocido como «Dacosta Silva», con fecha

02.11.2006, según la cual se apreció la violación del art. 5.1 del Convenio por considerar el Alto Tribunal que la reserva española, actualizada en 1986, no abarcaba los arrestos disciplinarios impuestos a los miembros del Instituto de la Guardia Civil en aplicación de la LO 11/1991, de 17 de junio, respecto de la que España no había efectuado actualización alguna. Los fundamentos jurídicos de la citada STEDH los asume básicamente el recurrente, así como la decisión que se adoptó en aquella Resolución sosteniendo la existencia de un paralelismo esencial entre uno y otro caso.

Lo primero que descarta la resolución examinada es la asimilación que se afirma existe entre los arrestos impuestos en el ámbito del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que fue objeto de la STEDH 02.11.2006, y las sanciones de la misma clase recaídas en el espacio disciplinario propio de las Fuerzas Armadas. En la propia STEDH se exponen las razones por las que resultando provisionalmente aplicable al Cuerpo de la Guardia Civil el régimen de disciplina de las Fuerzas Armadas, últimamente mediante LO 12/1985, la decisión del legislador de establecer un régimen específico para el Instituto armado, en su condición de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado, (art. 9.º. b) LO 2/1986, de 13 de marzo), determinó su separación de aquel ámbito propio de los Ejércitos en sentido estricto, con lo que no podía mantenerse a raíz de la entrada en vigor de la LO 11/1991, que la exclusión aplicativa de los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio representada por la reserva española, comprendiera las privaciones de libertad que en concepto de arrestos disciplinarios pudieran imponerse a los miembros de dicho Instituto. Y a mayor abundamiento cuando la reserva ni siquiera se llegó a actualizar con referencia a la LO 11/1991.

La cuestión se plantea en otros y distintos términos, a criterio de la Sala, en lo que afecta a las Fuerzas Armadas. La reserva española «tenía y ha tenido siempre por objeto el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas» (F.D. 37, apartado tercero STEDH. 02.11.2006), en un principio regulado en el CJM (Instrumento de Ratificación de fecha 26.09.1979), posteriormente reemplazado por LO 12/1985, de lo que se informó el 28.05.1986 a las Partes del Convenio. Esta última LO ha sido sustituida a su vez por la vigente LO 8/1998, cambio legislativo de que el Consejo de Europa no fue informado con anterioridad a la entrada en vigor de la reiterada LO 8/1998, ni tal comunicación se ha producido hasta el 23.05.2007 fecha en la que el Reino de España mantuvo su reserva en los términos publicados en el BOE de 07.11.2007, esto es, «Es-

paña, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre —Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV— del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999».

Reitera la sentencia que la competencia sobre validez de las reservas corresponde al TEDH, y a la Sala incumbe pronunciarse sobre la vulneración del derecho fundamental que se dice afectado, para lo que incidentalmente tendrá que ponderar las consecuencias de aquella omisión del deber de informar acerca de un cambio legislativo directamente relacionado con la norma invocada al formular la reserva. Partiendo de una consideración material del objeto de la reserva, que desde el principio fue el reiterado Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, en lo que ahora interesa, concretamente la posibilidad de que los mandos militares impusieran a los subordinados en la relación castrense sanciones de arresto, en el ejercicio de la acción disciplinaria y al margen de los supuestos previstos y de las garantías contempladas en los arts. 5.1 y 6.1. del Convenio, en relación con los arts. 17.1; 24 y 25.3 CE. Aquella reserva, en su contenido y alcance sustancial, entiende que se mantiene al día de hoy de manera que el ámbito material cubierto sigue siendo el mismo, con abstracción de la norma disciplinaria vigente en cada momento. Ni se han ampliado los contenidos, ni tampoco se ha producido rebaja alguna en el nivel de los compromisos asumidos por España al adherirse al Convenio. Bien al contrario, la LO 12/1985 supuso una indudable mejora en el tratamiento de la materia sustituyendo al CJM que era norma preconstitucional, sobre cuyo rigor en la regulación de las tipologías, las sanciones previstas y el escueto régimen de garantías no creemos necesario detenernos. Razón más que suficiente para que el Estado español informara en 1986 a las demás Partes del relevante cambio normativo. Mientras que la LO 8/1998, representa un claro progreso en la formulación de los tipos, reducción del tiempo de duración de las sanciones de arresto y ampliación de las garantías de los sujetos afectados por la actuación disciplinaria, dándose lugar a una subrogación normativa en la materia que para nada desborda aquel núcleo esencial de lo que fue y sigue siendo el objeto de reserva.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, concluye la Sala dentro de su competencia y al objeto de resolver el motivo casacional, que la

materia de los arrestos impuestos a los militares en aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, continúa rigiéndose por la norma específica que lo regula representada por LO 8/1998, de 2 de diciembre, que forma parte del derecho interno nacional en función y como efecto derivado de la reserva realizada por España en 1979 a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual fue actualizada en 1986 y ha sido mantenida en 2007; de manera que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en SS. 21/1981, de 15 de junio, 44/1983, de 24 de mayo; 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero, y nuestra propia jurisprudencia (Sentencia 27.09.2004, y las que en ella se citan), el hecho de la imposición de los reiterados arrestos en el ámbito singular propio del Régimen Disciplinario Militar, recaídos con sujeción a la expresada normativa, no vulnera por sí solo las disposiciones del Convenio Europeo comprendidas en la reserva, ni el derecho fundamental que se invoca a la libertad personal.

7. Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito

Presunción de inocencia; requisitos del tipo disciplinario y actuación del sancionado singularmente grave; derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes; imparcialidad del instructor y prueba de cargo obtenida de manera ilegal; valoración de la prueba, prueba de descargo y falta de subsunción de la conducta sancionada

La STS 18-02-2008 (Rc 69/2007), reitera que la falta muy grave supracitada, exige la concurrencia de varias acciones, que han de estar temporalmente próximas entre sí, ser homogéneas y constituir un atentado grave a la disciplina, el servicio o la dignidad del Instituto, pero, como también indicamos en la primera de dichas sentencias, la Sala no ha descartado reiteradamente que una sola acción pueda ser valorada disciplinariamente como una de las conductas que configuran dicho ilícito disciplinario. Así, sucederá cuando la actuación del sancionado haya sido singularmente grave y, por su transcendencia revele una manera de conducirse de su autor, pues aunque la forma de gobernarse normalmente se manifiesta en la realización de diversos actos, «hay actos tan significativos que basta uno sólo para concluir que estamos ante una conducta, porque revela la forma de dirigir sus acciones el interesado».

Igualmente recuerda que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional lo que del instructor cabe reclamar, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el sentido que a este concepto ha dado su jurisprudencia, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal.

8. Indemnización por daños morales

Denegación de la pretensión sobre el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por los daños morales y los gastos producidos por una resolución sancionadora declarada nula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia

La STS 25-04-2008 (Rc 95/2007), se dictó sobre la argumentación del recurrente que consistió en esgrimir, básicamente, que el haber sido objeto de un sanción, declarada nula por haber sido impuesta con vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, «constituye muestra evidente de que se han originado unos daños y perjuicios de carácter irreversible, concretados en daños morales, afectación a sus relaciones familiares, en su propia personalidad, en su trayectoria profesional, trascendiendo entre el personal que estaba con [él] destinado, además de los perjuicios económicos que se derivan de la pérdida de destino, con notable perjuicio para su situación económica y de los gastos realizados para solicitar la defensa de sus pretensiones».

A colación de lo últimamente dicho, concluye la resolución por lo que se refiere a los daños morales que, es razonable entender que fluyen del hecho de la sanción, sin exigir, en consecuencia, prueba de su existencia, pues resulta asumible que toda sanción cause aflicción al militar, mayor o menor, según la personalidad de éste y la entidad de aquélla. Pero sucede que ese daño moral queda reparado cuando los tribunales anulan la sanción, no solo por el pronunciamiento anulatorio, sino también porque reponen al sancionado en la situación jurídica y económica anterior. La aflicción, pues, del recurrente por la sanción de pérdida de destino se vió compensada por la estimación de su pretensión principal: la anulación de la sanción declarada por el Tribunal Militar Central, con el consiguiente restablecimiento de la situación

anterior a su ejecución, es claramente reparadora del daño moral causado por ésta.

Respecto a la existencia de emolumentos dejados de percibir, a que el recurrente se refirió en la instancia con la expresión «retribuciones ligadas a la situación de activo con destino», no puede decirse lo mismo que se ha dicho sobre la existencia de los daños morales por cuanto no siempre se produce. Para que proceda declarar el derecho del militar a ser indemnizado por este concepto es necesario que la afirmación sobre el perjuicio económico vaya acompañada de la correspondiente justificación, que es además de fácil obtención. Y en el caso del recurrente, su alegación ha estado desprovista de toda prueba, lo que llevó al Tribunal Militar Central a rechazarla argumentando que el derecho a ser indemnizado no deriva automáticamente de la nulidad de la sanción, sino que necesita ser probado, lo que el recurrente no hizo.

9. Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina

Falta grave cometida por Alumno de Academia Militar. Sanción de baja en el Centro docente. Proporcionalidad. Sustitución por la de arresto. Recalificación de la inicial falta leve. Bis in idem. Error de prohibición

La STS 07-05-2008 (Rc 96/2007), resuelve sendos recursos de casación interpuestos por el sancionado, Alumno de la Academia General del Aire contra la sanción de Baja en el Centro Docente Militar impuesta por el Ministro de Defensa, sustituida en la instancia por la de dos meses de arresto como autor responsable de la falta grave prevista en el art. 8.18 LO 8/1998, de 2 de diciembre, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en «Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina», y, asimismo, interpuso por la Abogacía del Estado impetrando esta parte que se declarara la nulidad de la Sentencia de instancia con devolución de las actuaciones al Tribunal Militar Central para que, una vez subsanados los defectos sentenciales que advirtió el representante de la Administración, se procediera por dicho órgano jurisdiccional a dictar nueva resolución decidiendo otra vez y sobre el fondo la cuestión objeto de debate.

En tal sentido afirma el Abogado del Estado en relación con la forma en que se ha establecido la relación probatoria, que en la narración se mez-

clan hechos objetivos con valoraciones subjetivas, que enmarcan aquellos en una estructura y conforme a una serie de circunstancias no acreditadas y ajenas a una descripción factual neutra, que conducen a modo de pre-determinación del fallo a la conclusión atenuatoria que el Tribunal definitivamente extrae y que lleva a sustituir por otra inferior la sanción impuesta por la autoridad que resolvió el expediente disciplinario.

Al respecto concluye esta sentencia que no deja de tener razón la Abogacía del Estado, cuando se queja porque algunos de los pasajes de aquel extenso relato probatorio va precedido o acompañado de consideraciones que el Tribunal debió reservar para la fundamentación jurídica, así como que algunos asertos que se asientan como probados no se corresponden cumplidamente con los fundamentos de la convicción.

No obstante lo anterior, esgrime la sentencia, que a la vista de la declaración probatoria y aún despojada la misma de los defectos que advierte la parte recurrente, todavía subsisten los datos esenciales a tener en cuenta para la configuración del episodio, su calificación disciplinaria y para calibrar la respuesta sancionadora, estos son: a) La representación denominada «Estratosféricos» llevada a cabo en la tarde-noche del 09.12.2005, estaba formalmente considerada como actividad complementaria de las estrictamente formativas programadas en la Academia Militar del Aire; b) Consistía, en síntesis, en la puesta en escena de un espectáculo organizado por los Alféreces-Alumnos de cuarto año, que se representaba en el salón de actos de la Academia ante el Coronel Director y mandos del Centro de formación, con la presencia de público consistente en los alumnos de la Academia, familiares y amigos de los mismos así como otros invitados; c) La representación tenía carácter festivo y sus contenidos estaban referidos, sobre todo, a las vivencias experimentadas por los miembros de la promoción durante el tiempo de permanencia en el Centro, no exento de componentes críticos, con situaciones cómicas o jocosas aunque en ningún caso ofensivas; d) En este sentido no cabía considerar dicha representación como un acto rigurosamente castrense, o militar en sentido estricto; y así lo demuestra el que poco antes del comienzo de la actuación los protagonistas tiraron al aire a varios de los mandos o que en la representación correspondiente al año 2003, se simuló por los actores la violación de una Oficial allí destinada; e) La puesta en escena prevista para el año 2005 se tituló «El circo de la Academia General del Aire», y para la representación los actores se disfrazaron de payasos con ropa, pelucas multicolores y pinturas propias del caso; f) Al final el Alférez sancionado hoy recurrente, en su condición de

primero de la promoción, invitó a sus compañeros para que se subieran al escenario y se quitaran las pelucas, y así acompañado de veinticuatro de ellos (sobre 41 que al parecer integraban la promoción) dio lectura a unos folios por él escritos, presentados a modo de carta anónima dirigida a los mandos de la Academia, titulada «A USTED»; literalmente reproducida en la narración factual, g) Durante el acto de la lectura no se produjo ninguna interrupción, oyendo los presentes el total contenido de los folios; finalizando con este cuadro la representación que fue cerrada con aplausos del público; y h) Cuatro días más tarde, el 13.12.2005, el Coronel-Director impuso al citado Alférez la sanción disciplinaria de un mes de arresto, como autor de la falta leve prevista en el art. 7.29 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas.

Concretados en tales términos los hechos que el Tribunal sentenciador tuvo por probados, el reproche que a la Sentencia efectúa la Abogacía del Estado no reviste el carácter sustancial con que se presenta, ni se puede convenir en que se haya causado indefensión a la Administración militar en el logro de su interés, lógicamente dirigido a preservar el bien jurídico de la disciplina consustancial a la organización castrense.

A continuación afronta la resolución examinada la problemática suscitada a propósito de la proporcionalidad e individualización en sentido estricto de la sanción, lo que constituye la cuestión medular a que se contrae el meritado Recurso. La Abogacía del Estado sostiene a lo largo de su impugnación que la opción sancionadora fue la adecuada, en términos de la debida proporcionalidad, a la extrema gravedad del comportamiento del Alférez-Alumno; así como que no estaba probado el arrepentimiento del autor ni era correcta la interpretación que en la Sentencia se hace acerca de la existencia de una circunstancia de atenuación específicamente prevista para los Alumnos que incurran en responsabilidad disciplinaria. El representante de la Administración defiende la suficiencia de la motivación expuesta el efecto en la Resolución sancionadora de la Sra. Subsecretaria del Ministerio de Defensa.

Al respecto muestra la Sala su coincidencia con el Tribunal de Instancia en que *«no es posible limitar la conducta reprochada a la mera lectura de la carta, prescindiendo del contexto en el que tal acción se produjo, de ahí el esfuerzo descriptivo de las circunstancias concurrentes efectuado en esta Sentencia»*. (FD. I), y asimismo se conviene en que una justificación realizada en estos términos no es asumible. Las sanciones no se conciben en función de su ejemplaridad derivada del rigor del

castigo, sino por su adecuación a la norma lo que conlleva un primer juicio de la procedencia de su imposición y luego el de proporcionalidad en la concreción al caso y a la persona del autor. Los hechos que dieron lugar al expediente se enmarcan necesariamente dentro de las características de la ocasión en que tuvieron lugar, formando parte de una sucesión de actos programados con criterios más bien festivos y jocosos, antes que los estrictos del ámbito castrense con lo que los límites de lo tolerable desde el punto de vista de la disciplina no quedaban desde el principio bien definidos, lo que explica que el acto se presentara con el título dicho «El circo de la Academia del Aire», el que se disfrazaran con atuendos propios de payasos los Alféreces-Alumnos o consintieran los mandos del Centro en ser lanzados al aire por aquellos, con realización de otros «actos similares de relajado jolgorio», como en la Sentencia se declara probado. Con la organización de la actividad se dio lugar a una situación de confianza en cuanto a la permisividad de ciertas conductas, que resultan inusuales en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias de un Centro de esta clase, de lo que se aprovechó el expediente para manifestarse en términos incuestionablemente inapropiados.

La sanción de Baja en el Centro es la más gravosa de las que pueden imponerse a los alumnos en formación militar, equiparable «mutatis mutandis» a la separación del servicio que solo está prevista con carácter extraordinario para las faltas muy graves cometidas por los militares de oficio. Sus consecuencias irreparables, unido a la previsión de alternativas sancionadoras, hacía necesaria una especial y reforzada motivación, justificadora en términos de razonabilidad del porqué de la elección excluyendo cualquiera otra de las posibles respuestas disciplinarias.

Finalmente, y, en atención ahora al recurso de casación formalizado por el Alumno expedientado, atendida su alegada vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad por la resolución recurrida, El Tribunal de instancia realizó una descripción pormenorizada de las circunstancias en que se inscribe el episodio a que se contrae la corrección disciplinaria, como presupuesto para efectuar la debida subsunción típica y la valoración culpabilística. Aún enmarcando el hecho en el conjunto de la escenificación de un acontecimiento lúdico, jocoso y bufo, en que los niveles de la disciplina exigible no se correspondían con los habituales propios del ámbito castrense, al Tribunal no le cabe duda que con todos los incidentes y pormenores que considera influyeron en el caso y deben tenerse en cuenta para ponderar su relevancia a efectos disciplinarios, la conducta protagonizada por el recurrente constituyó un claro exceso res-

pecto de tales módulos que desbordó la frontera de lo que se pudiera estimar como tolerado o permitido en tal ocasión. Lo que el recurrente presenta como simple crítica normal de los mandos con funciones docentes, alentada incluso por éstos al consentir una representación de tal clase tras las experiencias de excesos cometidos en años anteriores, no deja de ser una alegación defensiva de parte lógicamente interesada, pero objetivamente valorado el texto a partir de la literalidad de sus contenidos, de los que la Sentencia extrae los más llamativos, la conclusión que de su lectura se obtiene es la de constituir una ofensa innecesaria y pública para la profesionalidad de los mandos de la Academia y de su dignidad personal, con lo que se causó grave afectación de las reglas básicas reguladoras del comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuyo acatamiento resulta necesario para asegurar la eficacia de las misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas.

El autor fue consciente de la ilicitud de su proceder y así vino a asumirlo cuando formuló el Recurso de Alzada frente a la Resolución sancionadora, en que se limitó a solicitar del Ministro de Defensa la imposición de arresto en los términos propuestos por el Instructor del expediente, y del mismo modo lo acabamos de establecer al rechazar la concurrencia del alegado error de prohibición. Actuó deliberadamente y con pleno dominio del hecho llevando a cabo lo que desde el principio quiso hacer, ocultando su decisión al Jefe de Estudios y al Capitán en quien éste delegó para la supervisión de las actividades programadas, aunque las consecuencias no fueran buscadas de propósito lo cual no resulta decisivo, porque la intencionalidad viene referida a la acción y no al resultado.

10. Aplicación retroactiva de Ley Disciplinaria 12/2007, de la Guardia Civil, en lo favorable para el sancionado

Consumo ocasional de drogas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007). Indemnización por daños morales

La STS 16-06-2008 (Rc 106/2007), recuerda como la resolución dictada por el Tribunal Militar Central a que el presente Recurso de Casación se contrae, estimó parcialmente la impugnación deducida por Alumno en Centro de formación de la Guardia Civil, frente a la Resolución del Ministro de Defensa que confirmó en Alzada la Resolución sancionadora del Subsecretario del dicho Departamento Ministerial, que concluyó Expe-

diente Disciplinario seguido al expresado recurrente imponiéndole la sanción de «Baja en el Centro docente», al encontrarle autor responsable de la Falta grave prevista en el art. 8.22 LO 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en «Consumir ilícitamente drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas». La estimación parcial recaída en la instancia, se concretó en la sustitución de la sanción disciplinaria impuesta por la Administración Militar por la de arresto de dos meses de duración, con las consecuencias de dicha modificación en cuanto al reingreso del sancionado en el Centro docente.

Frente a dicha Sentencia han recurrido en Casación tanto el sancionado como el Abogado del Estado. Interesa destacar que el escrito de interposición del Recurso deducido por la representación procesal del Guardia Alumno, contiene un segundo motivo cuya última parte viene referida a solicitar la aplicación del régimen transitorio establecido en LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del actual Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, cuya entrada en vigor se produjo el 23.01.2008, argumentando sobre la supresión del anterior art. 8.22 LO 11/1991 por el que fue sancionado, y la nueva regulación que de la conducta del consumo de estupefacientes o sustancias tóxicas o psicotrópicas fuera del servicio se hace en el actual art. 8.26 LO 12/2007, en el sentido de exigirse para la comisión de la falta grave las circunstancias añadidas del carácter habitual del consumo, o bien que se afecte a la imagen de la Guardia Civil o de la función pública, por lo que alegó la ausencia de tipicidad del hecho causante del reproche disciplinario.

Se centra la resolución examinada en el análisis prioritario de este motivo, recordando que conforme al apartado 4 de la Disposición Transitoria primera LO 12/2007, las resoluciones que no hubieran alcanzado firmeza serán «*revisadas de oficio*» si de la aplicación de la nueva ley se derivaran efectos más favorables para el sancionado. Razona, igualmente, que cualquiera que sea el criterio que se mantenga sobre la retroactividad de las normas sancionadoras favorables y su posible encaje constitucional, en el presente caso es el propio legislador quien impone la tarea de comparar, primero, las previsiones de las leyes disciplinarias concurrentes y concluir, luego, sobre las eventuales consecuencias beneficiosas inherentes a la aplicación de la actualmente vigente.

A este objeto debe repararse en que la conducta atribuida al Guardia Alumno ocurrió en fecha determinada, y, que tanto la orden de proceder como el Pliego de cargos, la Propuesta de Resolución y la Resolución

sancionadora tuvieron por objeto el mismo hecho de un episodio aislado de consumo de cocaína merecedor siempre de igual calificación jurídica, esto es, «*Consumir ilícitamente drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*», y en el indicado sentido el Tribunal de instancia tuvo por acreditado aquel hecho y confirmó la calificación jurídica-disciplinaria, resultando ahora irrelevante la mutación de la sanción por la de arresto, por lo demás jurídicamente inviable en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil, incluso cuando lo acordó el Tribunal sentenciador (vid. STEDH. «caso Dacosta Silva», de 02.11.2006).

La LO 12/2007 ha venido a sustituir a la derogada LO 11/1991, manteniendo el ámbito subjetivo de aplicación respecto de los alumnos de los Centros docentes de formación de la Guardia Civil (arts. 2,18 y 31), como lo hizo la ley anterior (Disposición Adicional Tercera, introducida por LO 8/1998, de 2 de diciembre); en la medida en que la nueva ley les sea de aplicación (art. 2.1 LO 12/2007), pero sin que en lo concerniente al consumo ilícito de drogas fuera del servicio se efectúe ninguna precisión acerca de estos aspirantes incursos en proceso de selección para ingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil.

El tipo objetivo del anterior art. 8.22 ha experimentado una notoria modificación según el actual art. 8.26, precepto en que la falta ya no se construye en consideración al mero dato objetivo-normativo del consumo ilícito aún de carácter esporádico, sino que requiere la concurrencia de alguno de los elementos adicionales o complementarios de carácter alternativo, cuya preceptiva presencia varía sustancialmente la regulación típica, de manera que la conducta consistente en el mero consumo de carácter ocasional o aún reiterado pero en lapso temporal superior a un año, no habitual por tanto, según la nueva Ley, solo resulta reprochable cuando se afecte a la imagen de la Guardia Civil o de la función pública, en la medida en que estos componentes de la definición legal lleguen a convenir al supuesto específico de los Alumnos en Centros docentes de formación. El presente caso no está recogido, por tanto, en la figura que puede considerarse ha venido a reemplazar a la anterior prohibición del consumo ilícito de drogas, por lo que en este sentido la conducta objeto del procedimiento sancionador ya no forma parte del catálogo de las faltas disciplinarias, cuyo carácter taxativo es consustancial a la exigencia de la tipicidad complementaria de la legalidad sancionadora. La atipicidad sobrevenida del hecho de que se trata encaja plenamente en las previsiones revisorias contenidas en el régimen transitorio de la LO 12/2007, por el indudable efecto favorable que ello comporta para el sancionado.