

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. PENAL	
1. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.....	329
Diferencia entre el delito de abuso de autoridad previsto en el art. 103 del CPM y el delito de tratos inhumanos y degradantes del art. 106 del mismo texto legal	329
2. DELITO DE DESLEALTAD.....	332
Competencia de la Jurisdicción Militar con independencia de que el servicio perturbado tenga naturaleza policial	332
3. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.....	335
Concepto de arbitrariedad.....	335
4. DELITO DE INSULTO A SUPERIOR	338
Carácter pluriofensivo del delito. Afectación sólo del valor disciplina corregible en vía disciplinaria.....	338
5. SUSTITUCIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	339
Se rechaza la posibilidad, en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, de sustituir la pena privativa de libertad por la de multa.....	339
II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO	
1. LÍMITES A LA REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN	342
Límites a la revisión de la calificación al resolver un recurso de alzada. «Reformatio in peius».....	342
2. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	344
La condición de representante de una Asociación no excluye los límites a la libertad de expresión establecidos en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas	344

	<i>Página</i>
3. CONDUCTA CONTRARIA A LA DIGNIDAD	348
Acoso con fines sexuales. Falta muy grave.....	348
4. ARRESTO DOMICILIARIO	350
Su imposición no afecta al Derecho a la libertad.....	350
5. APLICABILIDAD DE LA LEY DISCIPLINARIA	351
Resulta aplicable a los separados del servicio durante la tramitación del recurso contencioso disciplinario	351
6. CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE.....	356
Doctrina de la Sala.....	356
7. CONDENA PENAL POR DELITO DOLOSO	357
El hecho determinante de la infracción es la condena penal. Doctrina Constitucional y de la Sala	357
8. SANCIÓN IMPUESTA POR ÓRGANO INCOMPETENTE.....	359
Distinción entre nulidad y anulabilidad.....	359

I. PENAL

1. Delito de abuso de Autoridad

Diferencia entre el delito de abuso de autoridad previsto en el art. 103 del CPM y el delito de tratos inhumanos y degradantes del art. 106 del mismo texto legal

La STS 27/10/2004 (RC 109/2002) viene a fijar las diferencias entre el delito de abuso de Autoridad previsto en el art. 103 del CPM y el delito de tratos inhumanos y degradantes del art. 106 del mismo texto legal. Así, la Sala señala que, conforme a los hechos probados de la sentencia de instancia, ha quedado acreditado «que el Teniente se extralimitó en sus funciones abusando así de su autoridad, pues todas las medidas por él acordadas en relación al Guardia Civil denunciante, se encaminaron, no a verificar el estado de la enfermedad de este último, sino a obligar (al margen de la legalidad, por vía de la presión ilegítima) al enfermo a darse de alta, por lo que el comportamiento del acusado no puede por menos que calificarse de arbitrario y doloso.

La conducta del recurrente encaja de lleno en el tipo penal del art. 103, al concurrir todos y cada uno de los elementos exigidos por el delito en cuestión, nucleado en torno al abuso de las facultades de mando.

Si algo aparece claro en esta causa es precisamente dicho abuso en sus funciones por parte del recurrente, el Teniente de Sanidad (...), al

La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Ricardo GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO Y DEL ARCO, 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.

impedir arbitrariamente —y al margen de los cauces legales— con pleno conocimiento de lo que hacía y con intención de hacerlo, al Guardia Civil denunciante el ejercicio de su propia libertad personal, garantizada por el art. 17.2 de la CE, con la finalidad de obligarle en contra de su voluntad, mediante presión, a darse de alta.

Acreditado, pues, que la intención del recurrente al ordenar al Guardia Civil referenciado que se presentara en el botiquín obligándole a permanecer en el mismo durante varias horas en días distintos, fue la de presionarle para que se diera de alta en el servicio fuera de los mecanismos legalmente establecidos, y no la de controlar su enfermedad; resulta evidente que el hoy recurrente, Teniente (...), actuó abusivamente y, por tanto, cometió el delito previsto y penado en el art. 103 CPM, que protege al inferior frente a los abusos del Superior.

Efectivamente, una de las características más sobresalientes del moderno Derecho Militar es su preocupación por la protección del inferior o subordinado en la relación jerárquica tipificando cuidadosamente los denominados «delitos de abuso de autoridad». La materia que en las antiguas Leyes Penales Militares merecía escasa atención, constituye hoy una pieza fundamental del Derecho punitivo.

Concretamente, el fundamento sobre el que se articula el tratamiento penal de la insubordinación y el abuso de autoridad, responde a la exigencia de un recíproco respeto entre militares de diversas posiciones jerárquicas, tutelando tanto la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas como la integridad, honor o libertad individual, donde debe estar presente la consideración de la persona.

En línea con lo expuesto, la actuación del impugnante, Teniente (...), es claramente abusiva, pues ha hecho un mal uso, así como injusto y arbitrario de sus facultades. La normativa vigente autorizaba a dicho recurrente a controlar la baja por enfermedad del Guardia Civil afectado, pudiendo ordenar en tal sentido la práctica de las pruebas médicas oportunas, pero lo que no le permitía la normativa es obligar a dicho Guardia Civil a darse de alta mediante intimidación, al margen de la legalidad, que es precisamente lo que hizo. Es en este punto donde surge la arbitrariedad de la conducta enjuiciada, siendo este comportamiento prohibido por el art. 103 del CPM, que protege, no sólo la disciplina, sino también los derechos personales del sujeto pasivo tales como el honor y la libertad, que en este supuesto han sido vulnerados por la, a

todas luces, actuación abusiva de quien por su condición de superior estaba obligado a respetar la Ley» (FJ 4.º).

Rechaza en cambio la pretensión postulada por la acusación particular, de que los hechos se castigaran como trato degradante e inhumano con base en las siguientes consideraciones:

«1.º Porque, en todo caso, nos encontraríamos ante un concurso aparente de delitos, de suerte que sólo sería aplicable un único precepto, en méritos al principio de que “un mismo hecho no puede ser juzgado dos veces”, salvo en los supuestos del concurso ideal, lo que no concurre en este caso.

2.º Porque no se dan los elementos del delito de tratos inhumanos que, de concurrir, desplazaría al tipo del art. 103 CPM, por ser más específico.»

En efecto, según la Doctrina de esta Sala (SST 111/96 de 8 de julio y 20 de abril de 2002), sólo pueden merecer tan graves calificativos los tratos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena.

En la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 2002, dijimos:

«... el trato degradante consiste en un comportamiento de palabra que rebasa, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de la dignidad personal, pues no se trata de que el superior se comporte con el inferior de modo incorrecto o desconsiderado, sino que es preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad y que la humillación llegue a un determinado nivel...».

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha dicho en su Sentencia 120/90, entre otras, que para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950, ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos inflingidos a una persona.

Pues bien, a la vista de la anterior Doctrina, esta Sala considera que la conducta del Teniente no reúne la entidad suficiente para ser calificada como trato degradante, pues, como hemos dicho en multitud de Sentencias, para conceptuar una conducta de trato degradante, se requiere algo más que un trato desconsiderado; se exige la existencia de cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesione su integridad moral de

forma lo suficientemente grave como para que, objetivamente, puedan generarle sentimientos de humillación o vejación.

La conducta del Teniente (...) es en sí misma reprochable y con potencial suficiente para generar un evidente daño moral —cuestión esta a desarrollar más tarde— empero no reviste, la gravedad requerida para ser considerada como un trato inhumano o degradante, de ahí que esta queja casacional deba ser rechazada» (FJ 7.º).

2. Delito de Deslealtad

Competencia de la Jurisdicción Militar con independencia de que el servicio perturbado tenga naturaleza policial

La **STS 19/11/2004 (RC 58/2004)**, resolviendo recurso de casación promovido contra Auto del Tribunal de instancia, que denegaba la declinatoria de jurisdicción formulada por la defensa como artículo de previo y especial pronunciamiento, reafirma el criterio mayoritario de la Sala en torno a la cuestión de si el servicio perjudicado ha de ser «militar» y no «policial», para que la competencia de enjuiciar la conducta venga atribuida a la Jurisdicción Militar.

Señala que «Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente desde hace largo tiempo sobre la competencia de la jurisdicción militar cuando la Guardia Civil actúa en misiones de carácter policial, pudiendo citarse recientemente una especial puntualización de dicha doctrina con carácter mayoritario por la Sala en las SS de 5.10.1999 y 14.01 y 31.05 de 2004, entre las más recientes. Dichas sentencias establecen que, aunque la Guardia Civil no actúe en misiones militares sino policiales o propias de la organización del Cuerpo, las conductas o actuaciones de las que se desprenda la comisión de delitos militares o faltas disciplinarias, si las mismas se encuentran comprendidas en el Código Penal Militar o en la Ley Disciplinaria del Cuerpo, se encuentran sometidas a la jurisdicción castrense, competente en el conocimiento de dichos delitos o faltas, con total abstracción de la función en ese momento desempeñada, siempre que fuera la propia del Cuerpo; y ello obedece primordialmente a que la estructura, organización y funcionamiento del Cuerpo de la Guardia Civil, como Instituto Armado de naturaleza militar exige que sus miembros se comporten en cualesquiera funciones que se les encomienden como personas revestidas de forma permanente de la con-

dición militar, por lo que en su actuar han de primar, además de las cualidades de integridad, rectitud y lealtad profesional que se detallan en la normativa específica del Benemérito Instituto, los valores que se detallan y recogen en las RROO de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, la Sala tiene plenamente consolidada su doctrina sobre el carácter militar de la Guardia Civil y de sus miembros y sus consecuencias, estudiado repetidamente; así las SS de 11 de marzo y 4.05.2000, 11.05.2001, en las que se examina su evolución histórica y 11.03.2002, donde se recoge una amplia evolución legislativa y un análisis de los preceptos sobre esta cuestión contenidos en la LO 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, sucesivamente, en la Ley 17/89, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, sustituida por la Ley 17/99, de 18 de mayo; así como por la LO 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, la Ley 28/94, de 18 de octubre que completaba el régimen específico del personal de la Guardia Civil (art. 1) y la Ley 42/99, de 25 de noviembre, del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil que, en los apartados 1 y 2 de su art. 1.º reitera la condición de Instituto Armado de naturaleza militar de la Guardia Civil, atribuyendo a quienes estén vinculados al Cuerpo con una relación de servicios profesionales de carácter permanente la condición de militares de carrera de la Guardia Civil, resaltándose además la aplicabilidad de las citadas RROO de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/78, de 28 de diciembre, a los miembros de la Guardia Civil, garantizándose la observancia de las mismas a través del art. 1.º de la LO 11/91, cuando dispone que el régimen disciplinario de sus miembros tiene por objeto «garantizar la observancia de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución, así como el cumplimiento de las órdenes, de conformidad con su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar y estructura jerarquizada, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda».

De todo ello se desprende que la condición militar permanente de los componentes de la Guardia Civil conlleva un conjunto de obligaciones y la sujeción a la jurisdicción militar cuando se imputen los tipos penales o disciplinarios previstos respectivamente en el Código Castrense y en la LO 11/91. Es indiferente, en principio, la actividad específica en que consista el desarrollo del servicio que efectúen sus miembros, que no tiene que ser estricta o específicamente militar, para que la sujeción a los citados Cuerpos normativos permanezca» (FJ 2.º).

Y añade que «En el segundo de los apartados objeto de análisis, el recurrente considera que se ha dado una interpretación extensiva del art. 116 CPM; afirma que los “asuntos del servicio” a que dicho precepto se refiere son los del “servicio militar” y no los policiales y que la actividad analizada debe tratarse como si fuera la desarrollada por un policía nacional o autonómico en cuanto no incide en el “potencial bélico del Estado” que es lo que tutela el derecho penal militar.

Si se examinan las actuaciones, se deduce de las distintas declaraciones y diligencias que lo que contenía, al parecer, el escrito redactado por el Guardia Civil (...), eran las horas de las presentaciones que las correspondientes Parejas de Servicio tenían previstas y debían llevar a cabo en la localidad de Higueras de la Serena, que es el lugar de residencia de los hermanos (...), en cuyo poder se encontró durante un registro dicho escrito. Fácilmente se desprende que la citada presunta conducta de entregar dicha información, calificada en principio como constitutiva de un posible delito de deslealtad, se relaciona con que el contenido de la información podría facilitar una hipotética actividad antijurídica por personas que contarían con el conocimiento de las horas en que la vigilancia de los miembros del Cuerpo podría desbaratar la posible realización de acciones perseguibles, dentro de sus competencias, por los Guardias Civiles de los servicios designados al efecto.

En consecuencia, lo que se persigue, es una actividad calificada en principio como desleal y cuyo bien jurídico protegido, en el art. 116 CPM es precisamente la salvaguarda de la “discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave”. En esta materia no se distingue si la falta de discreción se refiere a cuestiones específicamente secretas o de carácter reservado. Tampoco el precepto exige que se produzca un resultado dañoso, siendo un delito de acción que —esto sí— exige que se trate de un “asunto del servicio” y que tenga una “trascendencia grave”. En el ámbito en el que nos encontramos, ciertamente, de un lado, se trataría, caso de que así se acredite, de una indiscreción sobre los horarios de distribución de servicios que puede facilitar, tal vez, la comisión de delitos y, de otro lado, se vulnerarían los bienes jurídicos militares de respeto a las normas y obligaciones relacionadas directamente con el servicio dando lugar, en vez de evitar la perturbación del orden jurídico, a que se provoque la afectación de los derechos de los ciudadanos, además de desprestigiar y dañar gravemente la imagen del Cuerpo. No se trata sólo de indiscreción o falta de reserva, lo que podría enmarcarse en el ámbito de la ligereza, la imprevisión o la falta

de celo, sino que de manera activa se puede perturbar con “trascendencia grave” una misión de vigilancia en la persecución de acciones anti-jurídicas, facilitando su posible comisión.

Pues bien, para que un bien jurídico de los previstos en la legislación castrense haya de ampararse y se produzca la sumisión a las competencias jurisdiccionales de sus Organos no es necesario, desde luego, como sostiene el promovente, que la actividad afecte al “potencial bélico del Estado”. El Derecho Militar, en tiempo de paz, está reducido ciertamente al ámbito “estrictamente castrense” que delimita el art. 117.5 CE, pero dicho ámbito ha de incluir el conocimiento de cualquier conducta constitutiva de delito militar o infracción disciplinaria derivada de la condición o carácter militar de su autor y siempre que esté prevista o tipificada, tal como ocurre con el delito de deslealtad. Toda vez que la lealtad, en sus diversas manifestaciones, es un bien jurídico militar en sí mismo que afecta a la disciplina, a la exigencia de subordinación en asuntos del servicio y, en el caso concreto del art. 116 CPM, a la específica obligación de discreción en dichos asuntos, cuando su incumplimiento pueda ocasionar un efecto de grave trascendencia como, en su caso, podría ser el fracaso de la función encomendada, cualquiera que sea el carácter de ésta» (FJ 3.º).

3. Delito de abuso de Autoridad

Concepto de arbitrariedad

En STS 22/11/2004 (RC 14/2004), se plantea la Sala la determinación del concepto de arbitrariedad, al objeto de la posible incardinación de una conducta en el delito de abuso de Autoridad previsto en el art. 103 CPM, y al efecto se destaca:

«**PRIMERO.**—La problemática técnico jurídica suscitada en este Recurso se centra en determinar si la resolución de 14 de agosto de 2001 del General de División, Excmo.Sr. Gajate Cortés, por la que se desestimó la solicitud de prórroga del traslado temporal de residencia que le había sido concedido al Guardia Civil Castro Touris por resolución de 31 de julio anterior, es o no arbitraria a los efectos del art. 103 del CPM.

Se trata, en definitiva, de determinar si la conducta del General Gajate Cortés es o no constitutiva del delito previsto y penado en el referido

art. 103 del CPM. La respuesta a esta cuestión está indisolublemente unida al concepto de arbitrariedad. Ello es así porque lo que el art. 103 considera como delictivo, entre otras conductas, es impedir arbitrariamente un superior el ejercicio de algún derecho por un inferior.

Se impone, en consecuencia, precisar qué se entiende por arbitrariedad. Según Doctrina de esta Sala, no basta a estos efectos con que la resolución sea ilegal sino que se requiere que sea manifiestamente injusta, esto es, injusta de manera clara, palmaria. Ha de tratarse, pues, de una ilegalidad sobre la que no se atisbe duda alguna.

SEGUNDO.—De lo expuesto hasta aquí se deduce con suficiente claridad que no es suficiente a los efectos de la existencia del art. 103 del CPM con que una resolución administrativa-militar como la aquí contemplada sea contraria a Derecho.

La Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo ha precisado respecto a qué ha de entenderse por resolución arbitraria que “sólo cabe reputar como tal la ilegalidad que sea patente, flagrante y clamorosa...”.

Así, el CP común de 1995 —referente directo del CPM como hemos dicho en varias ocasiones, respecto al cual el CPM no constituye sino una ley especial derivada de la especialidad castrense— pone el acento en el elemento objetivo y de fondo del “ejercicio arbitrario del poder”, proscrito por el art. 9.3 de la CE, considerando tanto esta Sala como la Segunda del Tribunal Supremo que se ejerce arbitrariamente el poder cuando se dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, sino simplemente del capricho personal de quien la dicta, en definitiva, de una voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Cuando se actúa así, concluye la Sala II del Tribunal Supremo (por todas, STS Sala II, de 4 de diciembre de 1998), el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho (STS Sala II, de 2 de noviembre de 1999).

Por su parte, la STS de la Sala II de 11 de noviembre de 1999, insiste en que una resolución será arbitraria cuando sea patente y elevado el grado de injusticia de la decisión adoptada, en otras palabras, en los casos en que la resolución sea “estruendosamente injusta” de suerte que el elemento definidor de la arbitrariedad lo constituya “el flagrante y clamoroso apartamiento de la norma aplicable”.

En definitiva, no pueden trasladarse al Derecho Penal, sea el común o el militar, toda irregularidad administrativa porque ello nos llevaría a una exacerbación del derecho punitivo proyectándolo indiscriminadamente sobre todas las áreas de la actividad administrativa, incluida la militar, reservado a su específica normativa que tiene resortes para corregir resoluciones o actos no ajustados a la legalidad, reconduciendo el conflicto a la vía judicial del orden Contencioso-Administrativo.

Sólo como última razón debe intervenir el Derecho Penal, cuando la decisión sea insoportable para la armonía del Sistema Jurídico y contraenga de manera flagrante, disparatada o absurda la normativa reguladora de la actividad administrativa, introduciendo un factor de distorsión tan irregular que merezca su corrección por la vía penal.

TERCERO.—Pues bien, las supuestas irregularidades existentes en la resolución objeto de análisis, de concurrir, serían en todo caso de orden administrativo no teniendo encaje en el tipo penal cuya aplicación reclama la acusación particular ya que, como hemos dicho anteriormente y repetimos ahora, no toda irregularidad administrativa ha de ser llevada al área penal, sino sólo las resoluciones que contravengan —y lo subrayamos de nuevo— el Ordenamiento Jurídico de manera flagrante, disparatada o absurda, en definitiva, que sean arbitrarias, que no es el caso de la resolución cuestionada.

En efecto, la resolución dictada por el Excmo.Sr. General (...) con fecha 14 de agosto de 2001, se basa en la interpretación —discutible, eso sí— de la Orden General del Cuerpo n.º 28/97 y en otras normas de régimen interno. Si a ello unimos que la expresada resolución está mínimamente motivada y que, además, se ha ajustado al procedimiento legalmente establecido, la conclusión que de todo ello se obtiene es que, al margen de la ilegalidad o no de dicha resolución —cuestión esta sobre la que no debemos pronunciarnos por ser competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos, a cuya vía se ha renunciado, siendo esta vía la adecuada para corregir dicha resolución (SSTS Sala II de 31 de marzo de 1999 y 5 de abril de 1995)— la misma se ajusta a parámetros objetivos no siendo, en fin, resultado del capricho personal de quien la dictó.

En conclusión, no nos encontramos ante una voluntad subjetiva al margen del Derecho, convertida formalmente —que no materialmente— en aparente fuente de normatividad. Se trata, pues, de una resolución dis-

cutible desde la perspectiva de la Normativa interna aplicable, pero en ningún caso arbitraria conforme al concepto de arbitrariedad expuesto.

Las consideraciones anteriores nos llevan consiguientemente a desestimar el Recurso de Casación formulado por la acusación particular al no apreciarse en la conducta del General encartado ninguno de los requisitos que conforman el tipo penal del art. 103 del CPM».

4. Delito de insulto a superior

Carácter pluriofensivo del delito. Afectación sólo del valor disciplina corregible en vía disciplinaria

La **STS 03/12/2004 (RC 96/2004)**, reafirma el carácter pluriofensivo del delito de insulto a superior, en su modalidad de injuria a un superior en su presencia, y mantiene que «La Sala ha declarado recientemente en Sentencia 02.11.2004, que el delito de que se trata es pluriofensivo por cuanto que el bien jurídico que el tipo penal protege comprende tanto la dignidad del sujeto pasivo, ofendida por el sujeto activo inferior en el orden jerárquico, como el valor disciplina considerado elemento esencial de cohesión interna en la organización castrense. La afectación a la disciplina de los hechos enjuiciados es patente, como se advierte enseguida a partir del enfrentamiento que el Soldado Pitalúa tuvo con el Cabo que desempeñaba el servicio de Guardia de Seguridad. No sucede lo mismo con la lesión del bien jurídico honorífico, ya se considere el honor personal desde la perspectiva objetiva de la fama o heteroestima del ofendido, o desde el plano subjetivo consistente en la autoestima o concepto que cada uno tiene de sí mismo. Hemos afirmado que expresiones análogas a la empleada por el acusado deben considerarse injuriosas, con referencia al tipo homólogo del art. 457 del Código Penal Común de 1973 y ahora del art.208 CPC 1995. (Sentencias 12.02.2001; 17.05.2001; 26.06.2003 y 15.09.2003), aún sin necesidad de que se cumpla el requisito de la gravedad de la injuria del párrafo. segundo del mencionado art. 208, por la especificidad misma del delito militar (art. 5 CPM y Sentencia 13.01.2000). También dijimos en nuestra Sentencia 24.11.1993, que para apreciar el carácter injurioso de determinadas palabras o expresiones de significado usualmente ofensivo, deben ponderarse casuísticamente los factores concurrentes que influyan en la valoración de lo dicho o hecho por el sujeto activo, de manera que aquel

significado literal o gramatical puede perder todo o parte de su sentido en el caso de que se trate. En efecto, como se dice en nuestra Sentencia 02.11.2004, el delito de injurias está lleno de relativismo y circunstancialidad, de manera que será la ponderación caso por caso la que demuestre la real afectación del honor o dignidad personal, en cuanto que bien jurídico que la norma también protege.

En este caso no puede coincidirse en que la expresión deba ser tenida por grave en el concepto público, en consideración a su naturaleza y efectos, al contrario; en función de las circunstancias en que la misma tuvo lugar (hora nocturna, en presencia de otro Cabo y de un Soldado y hallándose el sujeto activo con síntomas de embriaguez), ni siquiera puede mantenerse su virtualidad para afectar, con relevancia penal, aquel bien jurídico honorífico que la norma protege.

Como decimos en nuestra reciente Sentencia 02.11.2004 no cabe concluir necesariamente y en todos los casos, como si de una especie de delito formal se tratara, que se afecte al honor comprendido en el ámbito de aplicación del art. 101 CPM, cuando se emitan expresiones groseras o malsonantes cuya significación gramatical quede desprovista del desvalor objetivo que exige la conducta típica, lo que impide formular el juicio de antijuridicidad y el consiguiente reproche culpabilístico que corresponde a la protección del honor lesionado por el autor. En estos casos la disgregación del conjunto de bienes protegidos, subsistiendo únicamente la afectación de la disciplina, determina la atipicidad de la acción y el surgimiento de la correspondiente infracción disciplinaria, conforme al principio de intervención mínima que rige en la aplicación del derecho penal, en cuanto que “ultima ratio” represiva».

5. Sustitución de pena privativa de libertad

Se rechaza la posibilidad, en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, de sustituir la pena privativa de libertad por la de multa

La STS 07/04/2005 (RC 113/2004), confirmando la anterior doctrina de la Sala hace las siguientes consideraciones: «Tiene reiteradamente dicho esta Sala, desde su sentencia de Pleno de 28 de octubre de 2003, y confirmado en las de 26 de enero, 13 de febrero, 8 de marzo, 30 de abril, 2 de junio, 29 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, y en la muy reciente de 23 de marzo del presente año, que no es aceptable la sustitu-

ción de penas privativas de libertad, regulada en el art. 88 del Código Penal, en el ámbito penal castrense, y ello al considerar la Sala que la sustitución pretendida quebranta el principio de legalidad penal que, como ya hemos dicho con anterioridad, obliga a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial a administrar justicia con sometimiento único a la ley, tal y como se proclama en el art. 117.1 de la Constitución.

Tal y como hemos razonado con anterioridad, ese principio de legalidad restringe las penas a imponer por los delitos que figuran en el catálogo de los tipos acogidos en el Código Penal Militar a aquellas que en el mismo Código se establecen; ampliar el marco normativo del Código Penal Militar, haciendo uso de una institución que en dicho Código no figura, como es la sustitución de penas, e imponiendo una distinta a las que se recogen en el sistema penológico cerrado que figura en el Código Castrense, significaría ampliar el ámbito de aplicación de la ley penal común e incidir en la creación judicial del derecho, que el principio de legalidad proscribire (FJ 1.º).

«Frente al criterio sostenido por esta Sala no pueden prosperar los argumentos que se reiteran por la parte recurrente, bajo dirección letrada que ya ha solicitado en anteriores ocasiones la misma sustitución de penas utilizando idénticos argumentos. Ya hemos dicho que no puede tener trascendencia alguna la descalificación que se realiza de la eficacia de las penas privativas de libertad de corta duración, así como también hemos rechazado que la reeducación y reinserción social del penado, que también son fines de la pena en el ámbito castrense, sean la única finalidad legítima de las penas privativas de libertad, y tengan un carácter prioritario sobre otras finalidades de prevención general o de prevención especial.

Son esas razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina y que se citan en las exposiciones de motivos del Código Penal Militar para fundamentar la pertinencia del cumplimiento efectivo de las penas, las que igualmente sirven para rechazar la pretensión de la aplicación de la sustitución de la pena, que resultaría contraria al principio de prevención general que predomina en el ámbito militar» (FJ 2.º).

«Por otro lado, también ha rechazado ya esta Sala la interpretación de la parte recurrente del propio art. 88 del Código Penal, en relación con la cual nos limitaremos a recordar que como ya hemos dicho tan

sólo el Título Preliminar de dicho Código es de aplicación directa en el ámbito castrense, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 9 del tan repetido Código Penal, mientras que el resto de sus disposiciones tan sólo serán de aplicación como supletorias en lo no previsto en el ordenamiento punitivo militar, es decir, sólo se aplicarán a los delitos militares las normas contenidas en el Código Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del Código Penal Militar, según se dispone en el art. 5 de este último.

Ya tiene dicho esta Sala desde su sentencia de Pleno de 28 de octubre de 2003, que el Código Penal Militar regula, en su ámbito de aplicación, las penas a imponer por la comisión de delitos militares, sus clases y duración, las que llevan consigo otras accesorias, sus efectos y las normas relativas a su aplicación y cumplimiento, y que resulta explícita la voluntad del legislador de someter esta materia, precisamente, a los fundamentos propios del orden castrense. También subrayábamos que el art. 24 del Código Penal Militar señala concretamente las que pueden imponerse por los delitos militares, sin que entre ellas figure la de multa, al tiempo que se dispone en su art. 40 que cuando la pena a imponer sea inferior a la de prisión, nunca podrá ser de duración menor a tres meses y un día, lo que excluye la posibilidad de aplicar una pena de menor entidad y diferente naturaleza» (FJ 3.º).

«Tampoco estima la Sala suficiente la alegación recogida en el recurso de que la pena impuesta fue la de privación de libertad, siendo indiferente el que en el proceso de su cumplimiento se produzca la sustitución pretendida. El cumplimiento de las penas se regula en el Código Penal Militar en sus arts. 42, 43 y 44, exigiendo que las privativas de libertad se cumplan en el lugar señalado a dicho efecto, criterio de cumplimiento obligatorio que tan sólo queda alterado, con carácter excepcional y en tiempo de guerra, por la posibilidad de que en tales casos las penas privativas de libertad puedan ser cumplidas en las funciones que designe el mando militar en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina.

Considerando íntegro y completo el sistema penológico castrense en virtud de lo expresamente dispuesto al respecto en el Código Penal Militar, no cabe invocar el art. 9 del Código Penal para pretender introducir en él una institución ajena que rompería la coherencia del sistema expresamente establecido, y, dado que la esencia de la supletoriedad impide que esta opere cuando la norma que se trate de aplicar de la ley supleto-

ria colisione con el sistema establecido en la otra ley, cobra plena eficacia lo dispuesto en el art. 5 del Código Penal Militar que limita la aplicabilidad del contenido del Código Penal a los delitos militares, —dejando a salvo lo ya dicho sobre su Título Preliminar—, a que lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos del Código Castrense. Como ya hemos dicho con anterioridad y reiteramos ahora, la suavización que supondría la sustitución de una pena privativa de libertad por otra de multa contradice los principios informadores del derecho penal militar.

Todos los razonamientos que anteceden conducen a la Sala a la desestimación del recurso de casación interpuesto y a la confirmación del auto recurrido, por ser acorde a derecho...» (F J 4.º).

III. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Límites a la revisión de la calificación

Límites a la revisión de la calificación al resolver un recurso de alzada. «Reformatio in peius»

La STS 30/09/2004 (RC 187/2003), en punto a la posible revisión de la calificación de los hechos contenida en una resolución sancionadora, al resolver un recurso de alzada y en torno a la cuestión de la «reformatio in peius», afirma que «Si la falta sancionada por la resolución recurrida en alzada no se configurara por acumulación de otras faltas, quizás nada cabría objetar al cambio de calificación. Pero esa falta se forma por acumulación de otras: “cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos otras tres faltas”, dice el art. 8.27 de la Ley disciplinaria. Y sucede que la falta que, según el Director General de la Guardia Civil, debía ser apreciada no acoge ese conjunto de infracciones sino únicamente una parte: en concreto, el hecho determinante del inicio de la actividad disciplinaria, esto es, el hecho de irse el recurrente sin autorización del lugar donde cumplía una sanción de arresto. Para la resolución recurrida en alzada tal hecho constituía una falta leve, la consistente en “La inexactitud del cumplimiento de las normas de régimen interior” (art. 7.9); para la resolutoria del recurso de alzada, ese mismo hecho —sólo él— constituía una falta grave, la consistente en “La falta de subordinación cuando no constituya delito” (art. 8.16). En conse-

cuencia, las tres faltas anotadas y no canceladas que el general jefe del 11.^a Zona tuvo en cuenta para configurar la falta grave del art. 8.27 quedaron al margen de la nueva calificación, conservando su aptitud inculpativa, por cuanto continuaron siendo acumulables a otras infracciones. A consecuencia de la primera calificación, en el expediente del guardia civil sancionado habría quedado anotada una falta grave para cuya configuración habría sido consumida la potencialidad disciplinaria de las tres faltas que ya estaban anotadas. Sin embargo, a causa del cambio de calificación, en el expediente de dicho guardia civil obra igualmente una falta grave, pero las tres faltas anotadas y no canceladas continúan siendo acumulables» (F J 3.º).

«Así las cosas, procede analizar la segunda cuestión, consistente en establecer si el Director General de la Guardia Civil tenía atribuciones para disponer el mencionado cambio de calificación al resolver el recurso de alzada.

A fin de evitar el mantenimiento definitivo de una calificación disciplinaria de menor gravedad que la procedente, la norma contenida en el art. 37 de la LO 11/91 atribuye a la autoridad superior a la que impuso la sanción la facultad de ordenar la apertura del procedimiento correspondiente dentro de los quince días siguientes a la resolución que la impuso.

Nada cabría objetar si el cambio de calificación hubiera sido decidido siguiendo ese procedimiento. Pero no fue el seguido, según resulta de la resolución que lo acordó, sin que, por lo demás, pueda invocarse ahora la mencionada norma del art. 37 para justificarlo, pues ni consta que el Director General de la Guardia Civil conociera la resolución sancionadora por la vía jerárquica (consta que la conoció con ocasión de resolver el recurso de alzada), ni fue respetado el plazo de los quince días siguientes a la resolución sancionadora (esta fue dictada por el general jefe de la 11.^a Zona el 3 de agosto de 1999 y el Director General de la Guardia Civil adoptó su resolución el siguiente 30 de noviembre).

El cambio de calificación fue acordado al resolver el recurso de alzada. Con ocasión de resolverlo, el mencionado Director General revisó la calificación de los hechos efectuada por la resolución sancionadora, lo que le era permitido por disponer así la norma contenida en el art. 80 de la LO 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, supletoria de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Pero la revisó como si no existieran límites para ello. Esta norma dispone que «En todo caso, la autoridad ante la que se recurre comprobara si se ha respetado el procedimiento establecido, llevará a cabo las averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos, su calificación y la sanción impuesta, que podrá anular, disminuir o mantener». Y si bien al referirse a la revisión de la calificación la norma no dispone un límite similar al establecido para la sanción: la autoridad no puede aumentarla, pues únicamente “podrá anular, disminuir o mantener [la sanción]”, no por ello puede concluirse que la revisión de la calificación no tenga ninguno. Tiene el que impone el régimen de garantías legales de los recursos, que quedaría vulnerado si el recurrente pudiera ver agravada o empeorada su situación cuando acude al superior del que le impuso la sanción para revisar precisamente la conformidad a Derecho de ésta» (FJ 4.º).

«En consecuencia, el motivo ha de ser estimado, puesto que el Tribunal de instancia no formuló las dos conclusiones que resultan de lo razonado en los fundamentos anteriores. En primer lugar debió declarar que la resolución del Director General de la Guardia Civil de 30 de noviembre de 1999 había agravado indebidamente —incurriendo en la prohibida reformatio in peius— la situación del guardia civil (...) creada por la resolución sancionadora que recurría en alzada ante dicha autoridad. Y después, porque traen causa de dicha resolución, debió declarar la nulidad de la resolución sancionadora de 24 de enero de 2000 del coronel jefe accidental de la Zona y de la dictada, confirmándola, por el Director General de la Guardia Civil el siguiente día 28 de abril...» (FJ 5.º).

2. Límites de la libertad de expresión

La condición de representante de una Asociación no excluye los límites a la libertad de expresión establecidos en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas

En la STS 29/10/2004 (RC 31/2003), se aborda la cuestión de los límites de la libertad de expresión en el seno de la Guardia Civil, en los siguientes términos: «En un tercer grupo de alegaciones, el inculpado razona que, en cualquier caso, el contenido de sus manifestaciones estaría amparado por el derecho a la libertad de expresión “ligada en todo caso... a la libertad de asociación y al ejercicio de defensa de los dere-

chos e intereses legítimos del colectivo al que representa” añadiendo que el TEDH ha admitido dentro de los Ejércitos dicho derecho fundamental, partiendo de que las manifestaciones verificadas por el Guardia Garrido Vela “no están reñidas con la prudencia y mesura con que se debe expresar un militar y tampoco pecan de deslealtad hacia la Institución o sus superiores, pues no convergen en un ataque contra la disciplina, al limitarse a tratar de forma objetiva determinadas cuestiones”.

Ha de valorarse, por consiguiente, dentro de la doctrina constitucional y de este Tribunal, así como en el marco de la elaborada por el TEDH, invocada también por el recurrente, si las manifestaciones recogidas en el relato fáctico que efectivamente verificó de manera probada el interesado, como hemos manifestado en anteriores fundamentos, pueden considerarse incluidas en el marco de la libertad de expresión de un miembro de la Guardia Civil que, por tanto, ostenta la condición de militar o, por el contrario, exceden de dicho marco.

Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse repetidamente sobre las cuestiones planteadas —el ejercicio de la libertad de expresión y sus límites— siguiendo al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional. En este sentido pueden ser objeto de análisis las SS de esta Sala de 04.05.2000; 10.05.2000; 08.02.2001; 29.06.02; 01.07.02; 19.10.02; 20.06.03 y 23.02.04. En todas ellas, se ha puesto de manifiesto que la libertad de expresión, regulada por el art. 20.1 CE, ha de ponderarse con la contemplación, no sólo de los límites expresos establecidos con carácter general por la Constitución, o que puedan fijarse legalmente para preservar bienes y derechos que la misma protege, sino también observando y proyectando a los supuestos concretos los límites todavía más precisos que dimanar de la necesidad de preservar los fundamentos y criterios esenciales para el funcionamiento de la organización castrense, partiendo de la protección de la disciplina y del cumplimiento de los fines encomendados, debiendo entenderse no incluidos en dicho derecho los supuestos en que los términos empleados deban considerarse irrespetuosos, descomedidos o desmesurados para la superioridad, afectándose los principios nucleares de subordinación y jerarquía (SSTC 60/1991, de 14 de marzo), habida cuenta de la obligación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil de observar con escrupulosidad el respeto debido a sus superiores jerárquicos y a la dignidad y honor de los mismos, deber éste de respeto y lealtad unido al del buen modo exigible en las expresiones, con sujeción a las RROO de las Fuerzas Armadas y con la mesura y la cortesía exigibles en el ámbito

castrense. En este orden las SSTC 371/1993 de 13.12, FJ 4) y la 102/2001, de 23.04, FJ 3) expresan que “en atención a las peculiaridades de éstas [las Fuerzas Armadas y el Estamento castrense] y a las misiones que se les atribuyen se deriva, entre otras peculiaridades su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida —arts. 1 y 10 RROO—, por lo que el legislador puede legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de sus miembros... garantizando no sólo la necesaria disciplina y su razón jerárquica, sino también en principio de unidad interna», que excluye manifestaciones y opinión que puedan introducir formas indeseables de debate partidista o disensiones y contiendas. Asimismo puntualiza el Juez de la Constitución (STC 102/2001): “De este modo, en el ámbito castrense, la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado”. Pues bien, estas limitaciones encuentran su marco determinante en los arts. 177 y 178 de las RROO, íntegramente aplicables en la Guardia Civil por la condición militar de sus miembros, razón ésta por la que la expresada doctrina constitucional se proyecta íntegramente sobre el Benemérito Cuerpo».

También el TEDH, básicamente desde la S de 08.06.1976, caso «Engel» y también en el caso «Barthold», en S de 25.03.85 y en el «Grigoriades C. Grecia» (S 25.11.97) ha declarado que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los militares ha de sujetarse no sólo a los límites expresos constitucionales sino también a otros más precisos necesarios para proteger los fundamentos y los criterios esenciales de la organización castrense, asentada precisamente sobre la disciplina, la sujeción jerárquica y la unidad interna, que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico habrán de referirse a los contenidos en las RROO. El TEDH matiza expresamente en la última de dichas Sentencias la importancia, para ponderar la restricción de la libertad de expresión en el ámbito castrense, de la efectiva difusión de las manifestaciones pretendidamente críticas con la Institución militar, precisando que han de considerarse protegidas por el art. 10 CEDH cuando presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar.

Establecidos los parámetros en los que ha de verificarse la valoración de las aseveraciones que contemplamos, entendemos que sin duda las mismas no responden, como pretende la parte, a un análisis «no reñido con la prudencia y mesura», así como cuando afirma que constituyen un tratamiento «de forma objetiva» de determinadas cuestiones. Las expresiones «represión de algunos mandos» y la afirmación de que son «amantes de la dictadura y que entendemos que son psicópatas», así como que «coartan los derechos constitucionales de los Agentes», constituyen asertos claramente ofensivos, injuriosos y de todo punto injustificados, puesto que no dan cuenta de una conducta concreta de mando específico que haya podido incurrir en dichos comportamientos, sino que de manera abstracta pero, en parte, generalizadora, que da idea de que existe «un grupo de mandos...» imputa actos o acciones de «represión», expresión ésta que, tanto en su significado semántico o gramatical como «reprimir», como en el usual en el que se emplea no como forma de contención, sino como exceso, conlleva una evidente descalificación palpable en la forma utilizada en las expresiones del encartado, de conformidad con el contexto, en el que se identifica claramente como represión «de derechos» de los Agentes o de los Guardias Civiles, lo que queda terminantemente claro cuando en otra frase se habla de que a través de ella se «coarta[n] los derechos constitucionales de los Agentes...», lo que justifica de manera indubitada, desde el punto de vista de los contenidos de las expresiones, que exceden del ámbito castrense de la libertad pública fundamental prevista en el art. 20 CE y que son objetivamente denigratorios.

En un último inciso o submotivo, el promovente trata de justificar sus palabras en el hecho de que, al ser un cargo provincial de la Asociación legal Coproper, la defensa de los intereses de sus compañeros representados justifica comentarios o reflexiones como las realizadas.

Con independencia de que la participación en la rueda de prensa es voluntaria, en ningún caso puede admitirse que, a sabiendas de la relevancia pública que pueden alcanzar las opiniones que en ella se expresan, se utilice la misma precisamente como vehículo para llegar a la opinión pública y que por la misma se perciba como cierta una situación descriptiva de la actitud de «un grupo» de mandos del Cuerpo. En la Sentencia impugnada, no sólo no se admite la condición de Secretario General de Coproper del interesado como causa de exclusión de antijuridicidad sino que se pone de manifiesto que la pertenencia a la citada entidad en modo alguno desvincula al miembro de la Guardia Civil de sus obligaciones y de las normas deontológicas y mesura que han de presidir su comportamiento.

Acierta la Sentencia, a nuestro juicio, al afirmar que la condición de Secretario o de cualquier otro órgano representativo de la Asociación Coproper no supone causa de exclusión de la antijuridicidad en las declaraciones que se profieran, si —como en el presente caso— resultan antijurídicas en sí mismas, en tanto han de valorarse como insultantes, vejatorias y genéricamente difamatorias para un colectivo indeterminado al que se alude como «grupo de mandos». Ha de reconocerse a los representantes de la expresada Asociación legalmente constituida el derecho a cumplir sus funciones precisadas en el art. 8 de sus Estatutos, siempre con el límite el n.º 10 de dicho art. de quedar excluida «cualquier tipo de finalidad reivindicativa», aunque pudiendo «ejercer la representación de los asociados... en aquellas cuestiones justificadas y que fueran por el bien y la defensa de sus intereses sociales como funcionarios y como ciudadanos...» u otros objetivos para el interés de sus componentes [orientación, formación, asesoramiento, relación con Instituciones, etc.]. Mas, en ningún caso, podrá ampararse en la condición de cargo o miembros de la Asociación la acción de manifestar de manera pública la degradación del Cuerpo, de sus mandos o de sus miembros, con expresiones u opiniones que de forma infundada emitan a la sociedad mensajes o descripciones que indebida e imprecisamente integren críticas no sustentadas en hechos, quedando afectada la disciplina, subordinación y respeto a la jerarquía. Es obligación del mando el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus subordinados conforme a la legalidad vigente y la transgresión de esa obligación será legalmente sancionada cuando se acredite, pero lo que no puede asumirse sin corrección disciplinaria es que en abstracto se emitan o formulen indiscriminadamente acusaciones graves que pueden deteriorar la imagen de la Institución y denigrar el comportamiento de sus miembros sin razones ni motivos precisados.

Por todo lo expuesto, la totalidad de los submotivos y, en consecuencia, el motivo de casación interpuesto y con él el recurso deben ser desestimados.....».

3. Conducta contraria a la dignidad

Acoso con fines sexuales. Falta muy grave

En **STS 26/11/2004 (RC 38/2004)**, se califica la conducta de acoso con fines sexuales a una súbdita extranjera, como constitutiva de la falta

muy grave de conducta contraria a la dignidad del art. 9.9 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en atención a las siguientes circunstancias: «En primer lugar debemos establecer la gravedad de la conducta imputada al Sargento (...), en el sentido establecido para el término “conducta”, en la jurisprudencia de esta Sala (entre otras en las SS de 14.09.98; 7.03 y 25.09.00; 23.10.01; 24.06.02 y 16.01, 23.02 y 14.05.04), en las que se ha establecido que la falta muy grave del art. 9.9 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil puede consumarse por una pluralidad de acciones o, incluso, atendida su especial gravedad, por un solo acto siempre, en ambos casos, que se revele que la manera de conducirse de quién ejecuta el acto o actos revista, en su propio significado, contenidos que puedan afectar de manera trascendente o grave a la disciplina, al servicio o a la dignidad, que son los tres bienes jurídicos protegidos en el tipo disciplinario.

En el caso que estamos analizando, nos encontramos ante una infracción continuada que vulnera derechos de dos ciudadanos extranjeros, perturbando indiscretamente su libertad, causando hasta en diez o doce ocasiones graves molestias a los mismos, especialmente a la Sra.(...), a la que acosa repetidamente con fines sexuales, contra la expresa y firme voluntad de la misma y de su marido, que tratan siempre de que no perturbe su tranquilidad en la forma descrita en los hechos, lo que supone, al tratarse de un miembro de la Guardia Civil y muy en particular del Comandante de Puesto del lugar donde residen los afectados, una actuación totalmente contraria a la exigible dignidad, con influencia pública y notoria en el prestigio del Instituto armado, proporcionando una imagen indecorosa y apartándose burda y groseramente de la obligación de comportamiento respetuoso con los derechos de los ciudadanos, que viene a constituirse precisamente como fundamental principio básico de actuación en el art. 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, especialmente al quedar afectadas las obligaciones del apartado 1. c) de dicho precepto (actuación con integridad y dignidad) y las del 2 b) (observación de un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos). Resultan palmarias las vulneraciones de deberes esenciales de los miembros del Cuerpo y queda acreditada la actuación contraria a los principios que rigen el cumplimiento ortodoxo de las reglas de comportamiento, aunque se trate de actuaciones fuera del servicio, sobre todo si es conocida la condición de miembro del Cuerpo y, en el presente caso, de forma mucho más palpable cuando todos lo identifican en su propio lugar de destino como el

Comandante del Puesto. De todo ello se deduce la calificación conforme a derecho por parte de la Administración de la citada falta muy grave, en concreto por la afectación trascendente del bien jurídico de la dignidad...».

4. Arresto domiciliario

Su imposición no afecta al Derecho a la libertad

En **STS 27/09/2004 (RC 154/2003)**, la Sala establece que «existen diversos pronunciamientos de este Tribunal recaídos a propósito de la cuestión de que ahora se trata, es decir, sobre la imposición como sanción disciplinaria de arrestos domiciliarios sin perjuicio del servicio, y su incidencia sobre el derecho a la libertad, en cada ocasión en sentido adverso a las pretensiones del recurrente (Sentencias 30.05.2000; 06.04.2001; 16.07.2001 y 03.12.2001).

Dicho lo que antecede vamos a entrar en el examen de lo esencial que en el motivo se suscita para colmar la tutela judicial efectiva que se pide, si bien que en congruencia con nuestra doctrina se anticipa su desestimación.

Tiene razón la parte recurrente al afirmar que el debate sobre la naturaleza de los arrestos disciplinarios sin relevación del servicio carece de interés. Esta Sala mantuvo con anterioridad, al hilo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 08.06.1976 (caso Engel y otros), que se trataba de meras restricciones de libertad si bien que tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos al respecto (STC 31/1985, de 5 de marzo; 61/1995, de 29 de marzo y 14/1999; de 22 de febrero, entre otras), no se cuestiona que estamos ante verdaderas privaciones de libertad sometidas a las exigencias del art. 17.1 CE, es decir, acordadas con observancia de lo establecido en dicho precepto de la Norma Fundamental y en los casos y en la forma previstos en la ley; exigencias que obligan a verificar si la medida cumple con el requisito de la triple legalidad de la infracción, de la sanción y del procedimiento seguido para su imposición.

En el presente caso resulta claro que se colman los anteriores requisitos, esto es, la falta disciplinaria que se consideró cometida por el encartado se ajusta a la legalidad y a su complemento de tipicidad que

proclama el art. 25.1 CE. Hemos argumentado antes acerca de la correcta subsunción de la conducta desobediente en el tipo apreciado (art. 7.10 LO 11/1991), rechazando la pretensión anulatoria deducida por ausencia de tipicidad. La sanción también se ajusta a la legalidad (arts. 10.1 y 13.1 LO 11/1991), resultando irrelevante la conceptualización que en este último precepto se realiza como “restricción de libertad del sancionado”; y por último se ha impuesto por mando dotado de genérica potestad sancionadora (art. 19.8 LO 11/1991) y con competencia en el caso concreto (art. 28), habiéndose seguido el procedimiento oral previsto para la corrección de las faltas leves (art. 38), y emanando la sanción de la Administración Militar que, a “sensu contrario” respecto de lo proclamado por el art. 25.3, tiene potestad para imponer sanciones privativas de libertad» (STC 21/1981, de 15 de junio).

La sanción de que se trata cuenta con la debida cobertura legislativa —de Ley Orgánica según art. 81.1 CE, y su aplicación es susceptible de control jurisdiccional precisamente a través del Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario, por vulneración de derechos fundamentales (vid. STC 202/2002, de 28 de octubre); con lo que las alegaciones de la parte acerca del cúmulo de transgresiones que denuncia, en modo alguno son imputables a la Autoridad sancionadora sino, en hipótesis, a la norma vigente reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil que resulta de obligatoria observancia» (FJ 2.º).

5. Aplicabilidad de la ley disciplinaria

Resulta aplicable a los separados del servicio durante la tramitación del recurso contencioso disciplinario

La STS 08/11/2004 (RC 73/2002) dictada por la Sala de discordia, se pronuncia respecto a la aplicabilidad de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil a los separados del servicio durante la tramitación de recurso contencioso disciplinario militar, que anuló dicha sanción, haciendo las siguientes consideraciones:

«No habiendo sido objeto de debate ninguno de los fundamentos jurídicos formales que se alegan en el recurso, relativos a jurisdicción y competencia, legitimación activa y capacidad procesal del demandante, y procedimiento a seguir para conocer de su pretensión, pasaremos a estudiar las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, consistentes, de una

parte, en la no sujeción del demandante a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil en la fecha en que tuvieron lugar los hechos por los que fue condenado por la Audiencia Provincial de Cádiz, ni tampoco en la fecha de la sentencia condenatoria, ni en la de adquisición de su firmeza, y por otra y con carácter subsidiario, que no se han guardado las exigencias de proporcionalidad e individualización en la imposición de la sanción.

Examinaremos ahora la primera de ellas, que fundamenta el recurrente en que, el 22 de enero de 1998 y al resolverse el Expediente Gubernativo 89/95, le había sido impuesta la sanción de separación del servicio, como autor de la falta muy grave de embriagarse durante el servicio, del art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/91, Disciplinaria de la Guardia Civil, por lo que, mediante Resolución 160/0357/98, de 10 de marzo del mismo año, publicada en el B.O.D. n.º 56, de 23 de marzo, había perdido la condición de militar de carrera de la Guardia Civil, por aplicación de lo dispuesto en el art. 3.e) del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por RD 1429/97, de 15 de septiembre. Expone que, de conformidad con el art. 6 del mismo Reglamento, ello produjo el efecto de que quedara privado de todos los derechos inherentes a tal condición, excepto el empleo y los derechos pasivos consolidados, por lo que dejó de estar sujeto a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, a tenor de cuyo art. 2 sólo lo están los miembros del Cuerpo comprendidos en cualquiera de las situaciones administrativas en que se mantengan los derechos y obligaciones inherentes a la condición militar, precepto este último que expresamente invoca, y, en consecuencia, estima que ni cuando fue detenido portando los dos kilogramos de hachis en abril de 1998, ni cuando fue condenado por la Audiencia Provincial de Cádiz en marzo de 1999, ni tampoco cuando la sentencia condenatoria fue declarada firme en abril de 1999, le era aplicable la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, por lo que la imposición de la sanción de separación del servicio objeto del recurso no fue conforme a derecho, ya que permaneció fuera del Cuerpo de la Guardia Civil hasta la ejecución de la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000.

No comparte esta Sala el parecer del recurrente. Tanto en el régimen general de la actuación de la Administración, como en el específico del ejercicio de la potestad disciplinaria en la Guardia Civil, rige el principio de la eficacia de los actos administrativos desde que se dicten y notifiquen, como resulta de la conjugación de los arts. 57, párrafos 1 y 2, y 58, párrafo 1, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

co de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del art. 54.1 de la Ley Orgánica 11/91, Disciplinaria de la Guardia Civil, puntualizándose en este último que las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutivas, sin que suspenda su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, sea administrativo o judicial. La consecuencia de ello es que la Administración se ve compelida a imponer el cumplimiento de la sanción adoptada salvo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 de la misma Ley Orgánica 11/91, se solicite por el sancionado su suspensión cuando se trate de sanción privativa de libertad, lo que deberá denegarse si con ello se causa perjuicio a la disciplina militar.

Mas esa ejecución inmediata no supone la firmeza del acto sancionador que, de no incurrir en nulidad de pleno derecho, no se alcanzará hasta que transcurran los plazos correspondientes para la interposición de los diferentes recursos que en los ámbitos administrativo-disciplinario o jurisdiccional contencioso disciplinario militar, procedan en su impugnación alegando causa de anulación, o las resoluciones dictadas en vía disciplinaria o jurisdiccional como consecuencia de tales recursos adquieran asimismo firmeza.

En el caso del recurrente la Administración ejecutó la sanción impuesta, actuando acomodada a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 11/91, en relación con el ya citado art. 54.1 del mismo texto legal orgánico, con la consecuencia prevista en el art. 55.1.e) de la Ley 17/89, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional —vigente en el momento de dictarse la resolución por la que se dispuso la pérdida de la condición de militar de carrera de la Guardia Civil de D. José Luis Espinosa Lobato como consecuencia del Expediente Gubernativo 89/95, y aplicable al Cuerpo en virtud de la remisión a dicha Ley contenida en el art. 1 de la Ley 28/94, de 18 de octubre, por la que se complementaba el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil—, y recogida en el art. 3.e) del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera de la Guardia Civil, aprobado por el RD 1429/97, de 15 de septiembre. Según el tenor literal de los preceptos legal y reglamentario que acabamos de citar, la sanción disciplinaria de separación del servicio producía la pérdida de la condición de militar de carrera de la Guardia Civil y, dada la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta, aun cuando la resolución sancionadora no fuera firme, produjo ese efecto con la obligada provisionalidad que de tal falta de firmeza se deducía» (FJ 1.º).

«La provisionalidad deducida de la falta de firmeza de la resolución sancionadora y de sus efectos la reconoció el hoy recurrente al impugnarla en vía de recurso de reposición ante el Ministro de Defensa, recurso que fue desestimado por nueva resolución de 6 de julio de 1998 —ya posterior a su detención en abril del mismo año, por lo que la separación del servicio al producirse dicha detención no tenía ni siquiera la llamada firmeza administrativa—, y al interponer contra esta nueva resolución recurso contencioso disciplinario militar ante esta Sala que, tramitado bajo el n.º de registro 2/127/98, fue resuelto por sentencia de 17 de enero de 2000 en la que, con estimación parcial de la pretensión postulada, se anuló la sanción de separación del servicio y se acordó su sustitución por la de suspensión de empleo con una duración de un año. En ejecución de esta sentencia se dictó la Resolución n.º 160/05923/00 por la que se anulaba la separación del servicio acordada en su día, pasaba el hoy recurrente a la situación de suspenso de empleo, computándose la sanción en el año comprendido entre 23 de marzo de 1998 y 23 de marzo de 1999, y pasando a partir de dicha fecha a la situación de servicio activo, pendiente de asignación de destino.

Con su pretensión impugnatoria el hoy recurrente sostuvo la invalidez del acto sancionador que, con la provisionalidad resultante de estar pendiente de las declaraciones que habían de pronunciar el Ministro de Defensa al resolver la reposición y la Sala Quinta del Tribunal Supremo al sentenciar en el recurso jurisdiccional, produjo efectos desde la presunción iuris tantum de su conformidad con el ordenamiento jurídico, efectos que declarada su invalidez y su anulación, fueron sustituidos por el reconocimiento de la situación jurídica individualizada del interesado, computándose para el cumplimiento de la sanción sustitutoria —un año de suspensión de empleo— el año siguiente a la fecha en que se había producido la separación del servicio anulada y abonándose al recurrente la totalidad de los haberes correspondientes a su situación administrativa» (FJ 2.º).

«Resulta de cuanto antecede que el hoy recurrente, al mantener su pretensión impugnatoria de la resolución por la que había sido separado del servicio como conclusión del Expediente Gubernativo 89/95, sobre la base de que incurría en diferentes violaciones del ordenamiento jurídico, mantenía también su derecho a continuar formando parte del Cuerpo del que, con la provisionalidad señalada, había sido separado con la consecuencia de que, como efecto igualmente provisional y revocable, había perdido la condición de militar de carrera de la Guardia Civil, con

la expectativa fundada y que en definitiva prosperó de la desaparición del mundo jurídico de las resoluciones impugnadas y de su continuidad en el Cuerpo sin interrupción.

Lograda la finalidad perseguida y declarada la permanencia del recurrente en el Benemérito Instituto por no ser acordes a derecho las resoluciones por las que fue separado del servicio y perdió la condición de militar de carrera de la Guardia Civil, no cabe aceptar ahora que, durante el tiempo en que mantenía su postulación y como consecuencia de las resoluciones cuya invalidez proclamaba al impugnarlas y fuera reconocida por la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2000 a que antes hemos hecho referencia, aquellas resoluciones si producían, en cambio, efectos válidos y eficaces para desvincularle de las obligaciones jurídicas y éticas inherentes a la condición de la que mantenía había sido injustamente privado. Su propia actitud de mantener su continuidad de pertenecer al Cuerpo y el reconocimiento jurisdiccional de la corrección jurídica de su postura constituyen el soporte que nos permite mantener hoy que, reconocida su permanencia sin solución de continuidad, durante el tiempo en que mantuvo su derecho a que así se reconociera quedaba sujeto a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil de conformidad con lo dispuesto en su art. 2.º, ya que en ejecución de la sentencia citada permaneció en la situación de suspenso de empleo durante el año comprendido entre el 23 de marzo de 1998 y el 23 de marzo de 1999, pasando después a la situación de servicio activo de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.2 de la Ley 42/99, de 25 de noviembre, del Régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en el que se establece que se hallarán en dicha situación de servicio activo los miembros de la Guardia Civil cuando estén pendientes de asignación de destino por proceder de otra situación administrativa. Tal supuesto fue aplicado al hoy recurrente, ya que en virtud de la sentencia de esta Sala antes citada pasó a suspenso de funciones, con los efectos establecidos en el art. 84 de la citada Ley 42/99. Tanto en la situación de suspenso de funciones como en la de servicio activo se le reconoció el derecho a percibir las retribuciones correspondientes» (FJ 3.º).

«La consecuencia de lo expuesto, es decir, el reconocimiento de la permanencia del recurrente en la condición de militar de carrera de la Guardia Civil como resultado del éxito de su pretensión, centrada en la invalidez de las resoluciones por las que había sido separado del servicio y se había declarado su pérdida de la indicada condición profesional, se confirma por la circunstancia de que, si en realidad hubieran sido jurí-

dicamente válidas aquellas resoluciones y sus efectos reales y definitivos, no hubiera sido legalmente posible declarar su permanencia en el Cuerpo sin solución de continuidad, sino que hubiera tenido que producirse un nuevo ingreso en la Guardia Civil, que resultaría contrario a derecho ya que, para optar a ello y según se establece en el art. 26.2 de la ya citada Ley 42/99, hubiera sido necesario que acreditara buena conducta ciudadana y careciera de antecedentes penales, requisitos que, si bien en el precepto citado se establecen para optar al ingreso en los Centros Docentes de Formación de la Guardia Civil, tales exigencias vedan con carácter general el acceso al Cuerpo a quienes no las cumplan. Por no tratarse de un nuevo ingreso, que obligaría a la comprobación del cumplimiento de los requisitos indicados, sino del reconocimiento de su permanencia, los efectos de tal permanencia han de producirse tanto para la Administración, obligada a reconocer plenamente los derechos del recurrente cuya pretensión prosperó, como para el recurrente, que durante todo el tiempo ha permanecido en el Cuerpo y, consecuentemente, ha gozado de los derechos a ello inherentes y ha estado sujeto a las obligaciones que de ello son deducibles, resultando, por tanto, que igualmente estaba sujeto al régimen disciplinario de la Guardia Civil a tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 11/91.

Consecuencia de todo lo expuesto hasta ahora es que esta Sala rechace la pretensión formulada por el recurrente de que no le fuera de aplicación la Ley Orgánica 11/91, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil...» (FJ 4.º).

6. Caducidad del expediente

Doctrina de la Sala

En **STS 07/12/2004 (RC 60/2004)**, se resume la doctrina de la Sala en el tema de la caducidad de los expedientes disciplinarios, manifestando:

«Alega el actor en primer término y como «cuestión previa» haberse producido la caducidad del Expediente sancionador, por el transcurso de los seis meses que para su instrucción y resolución prevé el art. 53.1 LO 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, debiendo computarse dicho plazo desde la orden de incoación dada por el Director General del Instituto Armado con fecha 15.01.2002, sucediendo que la Resolución sancionadora no se produjo

hasta el día 23.10.2003; y ello en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que ordena para estos casos el archivo de las actuaciones.

Este primer alegato no puede ser acogido. Es doctrina inconcusa de la Sala (Sentencias 21.02.2000; 10.04.2000; 14.02.2001; 20.05.2002; 25.10.2002; 14.03.2003; 07.04.2003 y 24.11.2003, entre otras), que el régimen disciplinario específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, es ajeno a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los expedientes y procedimiento sancionadores, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el invocado art. 44.2 Ley 30/1992, sobre archivo de las actuaciones con los efectos previstos en su art. 92. No es aplicable en función de la especificidad salvado expresamente por la reiterada Ley 30/1992, en su Disposición Adicional 8.^a y en su art. 127.3. Es nuestra doctrina que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del Expediente, de seis meses en el presente caso, es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda, que en las faltas muy graves es de dos años, y ello desde que se cumplió el tiempo ordenado para la terminación del Expediente; momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el periodo de prescripción.

Las actuaciones practicadas en el Expediente no concluido tempestivamente son válidas, y tienen eficacia cuando la Resolución sancionadora se dicte y notifique dentro del plazo de prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el funcionario causante de la irregular tramitación. Esta es la doctrina legal establecida por la Sala 3.^a de este Alto Tribunal a propósito del art. 63.3 de la Ley 30/1992 (Sentencia 24.04.1999), que se trae a colación sin perjuicio de la afirmada especificidad del régimen disciplinario en el ámbito castrense....».

7. Condena penal por delito doloso

El hecho determinante de la infracción es la condena penal. Doctrina Constitucional y de la Sala

La **STS 20/12/2004 (RC 69/2004)** confirma cuál es el hecho determinante de la infracción descrita como falta muy grave de haber sido condenado por delito doloso, señalando:

«En este apartado daremos contestación a las dos primeras alegaciones que se contienen en la demanda La conexión que se pretende entre el Expediente Gubernativo 132/2002, en que se impuso la sanción que se recurre y la LO 12/1985 carece de fundamento. No es sólo que, como hemos dicho con reiterada virtualidad (Sentencias 07.06.2004; 15.07.004 y 21.10.2004, por citar sólo las más recientes), y dice también el Tribunal Constitucional (STC 180/2004, de 2 de noviembre), el hecho determinante de la falta muy grave prevista en el art. 9.11 LO 11/1991, consiste precisamente en el pronunciamiento de la Sentencia penal firme de sentido condenatorio, por ser en ese momento cuando se pone de manifiesto la afectación del bien jurídico que el tipo disciplinario protege, que es la irreprochabilidad penal de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, como sostuvimos en nuestra Sentencia 03.06.2003 y sostiene el Tribunal Constitucional en la suya 180/2004, que se acaba de citar; sino que aún admitiendo, a efectos dialécticos, que la elección de la norma aplicable estuviera en función del tiempo en que se cometieron los hechos punibles; con cualquiera de los dos planteamientos la consecuencia en el caso siempre sería la misma, es decir, resultaría aplicable la LO 11/1991 que el recurrente descarta. Esta norma que estaba vigente en el año 1994, contiene desde su origen el tipo disciplinario apreciado por la Autoridad sancionadora (art. 9.10 en la redacción original y 9.11 tras la reforma operada por LO 8/1998, de 2 de diciembre), para el que se prevé, entre otras, la sanción de separación del servicio, según art. 10.3, cuya redacción no ha cambiado desde la entrada en vigor de la reiterada LO de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

No existe la laguna legal que la parte actora afirma, lo que constituiría el presupuesto para la posible aplicación supletoria del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Aquella LO 11.1991 es Ley especial de preferente aplicación cuando las infracciones se cometen por miembros del Instituto de la Guardia Civil, y a este propósito de especialidad obedece la aprobación del Régimen disciplinario que en ella se regula, como el legislador manifiesta inequívocamente en la Exposición de Motivos de la reiterada Ley Orgánica, para resaltar las peculiaridades del Instituto de naturaleza militar, no sólo respecto de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sino, destacadamente, en relación con las Fuerzas Armadas; lo que no se contradice sino que se complementa, en consideración a la naturaleza militar de la Guardia Civil, con la cláusula de supletoriedad que se contiene en la Disposición Adicional 1.^a LO 11/1991, que se activa en los supuestos de vacío normativo que, como decimos, no es el caso de que se trata...».

8. Sanción impuesta por órgano incompetente

Distinción entre nulidad y anulabilidad

La STS 03/02/2005 (RC 54/2004), en torno a esta cuestión mantiene que:

«La problemática técnico jurídica suscitada en este Recurso, se centra en determinar si el órgano que, en primera instancia, impuso la sanción al Subteniente D. José María Vega González, era o no competente y, en caso negativo si la sanción es nula o simplemente anulable con las consecuencias legales insitas a una u otra clase de ineficacia.

La complejidad del tema objeto de análisis deriva, de una parte, del hecho de que el sancionado no estaba bajo las órdenes del Mando sancionador cuando éste le impuso la sanción y, de otra, del hecho de que aún no se había incorporado a su nuevo destino, hallándose así en una especie de tierra de nadie, dicho en términos metafóricos, que dificulta a priori la determinación de la Autoridad militar competente para sancionar, toda vez que —según hemos dicho reiteradamente (por todas, SSTS Sala 5.ª de 14 de julio de 1995 y 21 de enero de 1999)— cualquier resolución sancionadora para no incurrir en vicio de nulidad o anulabilidad por incompetencia debe reunir los siguientes requisitos:

a) Competencia abstracta o genérica del órgano sancionador, que existirá cuando éste se encuentre incluido en la enumeración taxativa y excluyente efectuada por el art. 27 de la LORDFAS.

b) Competencia concreta y actual de dicho Mando, que se le atribuye legalmente por estar el sancionado directamente a sus órdenes en aplicación de un doble criterio, a la vez jerárquico y funcional: atribución esta, por otra parte, imprescindible en organizaciones jerarquizadas como la Guardia Civil o las Fuerzas Armadas.

c) Imposición de la sanción dentro de los límites legalmente establecidos.

La cuestión clave en este caso radica, pues, en determinar la Autoridad Militar competente para sancionar, toda vez que, como hemos indicado anteriormente, existe un lapso de tiempo —conceptuado técnicamente como de permiso— hasta la toma de posesión del nuevo destino en que el militar trasladado no está adscrito jerárquica y funcionalmente a ninguna Unidad.

El art. 37 de la LORDFAS contempla la situación anteriormente descrita, es decir, la del militar que temporalmente no ocupa destino hasta su incorporación al nuevo puesto, una vez transcurrido el plazo de toma de posesión legalmente previsto al decir —y lo transcribimos literalmente—:

«Las faltas disciplinarias cometidas por los militares que no ocupen destino serán sancionadas por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aereo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, en cuya demarcación se cometió la falta o, en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo y el Subsecretario de Defensa. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministerio de Defensa».

Es evidente que, entre las Autoridades descritas por el artículo transcrito, no aparece la Autoridad Militar que en este caso sancionó incompetentemente al Subteniente del Ejército de Tierra D. José María Vega González.

Sentado, pues, que de conformidad con la legalidad vigente el Mando sancionador carecía en este caso de competencia para sancionar, resta por determinar si la sanción es nula o simplemente anulable. Cuestión esta no sólo de importancia teórica sino práctica, pues las consecuencias son distintas, como esta Sala ha tenido ocasión de recordar, entre otras, en su Sentencia de fecha 1 de marzo de 2004.

En efecto, la incompetencia constituye un vicio esencial del acto administrativo determinante de invalidez, pero no siempre de nulidad absoluta.

De conformidad con la LRJPAC 30/92 de 26 de noviembre, para que un acto sea nulo se requiere que concurran los presupuestos normativos previstos en el art. 62.1 de la precitada Ley, de contenido análogo al otrora tiempo vigente art. 47.1 a) de la LRJPAC de 1957, con una importante matización que hemos de destacar por su incidencia en el tema objeto de análisis. La nueva Ley ha restringido el ámbito de las nulidades al excluir de su aplicación la llamada «incompetencia jerárquica». Así, la normativa anterior, al prever la convalidación por el órgano competente cuando fuese superior jerárquico del acto viciado de incompetencia, estaba excluyendo expresamente de la nulidad la incompetencia jerárquica. La Jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se inspiró en dicho criterio (STS Sala 3.^a de 19 de mayo de 1992).

La Ley vigente establece en el art. 62 que para que la incompetencia de lugar a la nulidad se requiere que sea en razón de la materia o del lugar, acogiéndose así la Jurisprudencia anterior a la nueva Ley.

Ahora bien, esta Doctrina es matizada, pues para algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales (STS Sala 3.^a de 16 de noviembre de 1988) los supuestos más claros de incompetencia jerárquica son reconducibles por la vía de la nulidad por razón de la materia. Más aún, modernamente se afirma que lo decisivo para determinar el grado de invalidez no es tanto el tipo de incompetencia como su carácter manifiesto o no. Así se argumenta que cuando aparece de una manera tan clara que no exige esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación, por ser observable a primera vista, estaremos ante una incompetencia determinante de nulidad de pleno derecho.

Luego, pues, resulta decisivo a los efectos aquí examinados precisar qué se entiende por «manifiesta incompetencia». Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se identifica con «lo notorio, claro, evidente, irremediable y palmario». Este es el criterio tanto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como de esta propia Sala, conforme a la cual: «es incompatible la exigencia de que sea manifiesta la incompetencia con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico como corresponde a la semántica del adverbio empleado en el precepto». Así se expresan, entre otras, las Sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1980, 19 de noviembre de 1991 y 20 de noviembre de 2001. En particular, esta última Sentencia señala en su fundamento jurídico quinto que «la incompetencia no será manifiesta si no es evidente, patente e indiscutible, lo que se puede negar cuando, para demostrarlo, se ha alegado una batería de preceptos que, además plantean problemas de aplicación».

La expuesta es, a su vez, la Doctrina de esta Sala que en la Sentencia de Pleno de fecha 20 de octubre de 2003, dice lo siguiente:

«... a estos efectos, se ha entendido que lo manifiesto ha de identificarse con lo absolutamente evidente, indudable o indiscutible. Se ha interpretado también que la incompetencia no es determinante de nulidad, precisamente por no ser palmaria».

Finalmente, en nuestra Sentencia de 22 de abril de 2002, decíamos que «... lo manifiesto es lo que resulta descubierto, patente, claro y evidente sin necesidad de razonamiento o argumentación alguna, debiendo atenderse a estos efectos al caso concreto y no a reglas generales».

La aplicación de la anterior Doctrina al caso presente conduce necesariamente a estimar que la sanción objeto de análisis es nula y no simplemente anulable, y ello por lo siguiente:

1.º Porque en realidad nos encontramos ante un supuesto de falta de competencia por razón de la materia. La Autoridad Militar que en este caso sancionó al Subteniente Vega González carecía de competencia funcional para sancionar dada la situación administrativa del sancionado «sin destino» (art. 37 LORDFAS).

2.º Porque, aunque la consideremos como falta de competencia jerárquica, es tan palmaria la distancia jerárquica entre el órgano que dictó la sanción y el que tiene atribuida la competencia que ha de conceptuarse en este caso por asimilación con la falta de competencia por razón de la materia.

3.º En tercer lugar, y fundamentalmente, porque el órgano sancionador en este caso es manifiestamente incompetente. Basta una lectura atenta del art. 37 de la LORDFAS para constatar, sin necesidad de razonamiento alguno, que la incompetencia aludida es evidente, patente e indiscutible.

Todas estas consideraciones nos llevan, pues, directamente a la desestimación del Recurso de Casación planteado por el Abogado del Estado y, con ella, a la confirmación de la Sentencia recurrida, dada la nulidad de la sanción impuesta que no es susceptible de convalidación...».