

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| I. PENAL..... | 349 |
| 1. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA..... | 349 |
| Abandono de destino. Deber de motivación. Devolución de la Sentencia al Tribunal de instancia..... | 349 |
| 2. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA..... | 349 |
| Circunstancia eximente de miedo insuperable: al recurrente, a causa de la hostilidad fuerte e insoportable que recibió de sus compañeros de Unidad, no le era exigible una conducta distinta a la que realizó..... | 349 |
| 3. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE CENTINELA..... | 351 |
| Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/ resultado..... | 351 |
| 4. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA..... | 352 |
| Abuso de Autoridad. Maltrato de obra a subordinado. Objeto del proceso penal. Principio Acusatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo..... | 352 |
| 5. DELITO CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO..... | 353 |
| Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia..... | 353 |
| 6. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA..... | 354 |
| Delito de Deserción. Artículo 120 del Código Penal Militar. Ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de obligaciones militares. Prueba indiciaria..... | 354 |
| 7. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA..... | 355 |
| Conformidad. Consentimiento no informado en cuanto a las consecuencias sobre cese en las FAS..... | 355 |
| 8. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE PRESENCIA..... | 356 |
| Abandono de destino: no exigibilidad de otra conducta..... | 356 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| 9. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA | 357 |
| Insulto a superior. Revisión de Sentencia por aplicación de la Disposición Transitoria 2. ^a .2 LO 12/2007 y art. 7. bis CPM. Denegación. Jurisprudencia de la Sala..... | 357 |
| II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO | 359 |
| 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES..... | 359 |
| Falta leve de «la falta de respeto a superiores» del art. 7.12 LO 8/1998. Doctrina sobre las reservas (la reserva formulada en 1979 a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo surte sus efectos desde la entrada en vigor de la LO 8/98 a la comuni- cación al Secretariado del Consejo de Europa el 23.05.2007). Libertad de expresión de los militares y sus límites. Falta de proporcionalidad de la sanción (en cuanto cuestión de legali- dad ordinaria puede alegarse en procedimiento preferente y sumario). Cuestión de inconstitucionalidad | 359 |
| 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES..... | 361 |
| Falta leve de respeto a superior (art. 7.12 LO 8/1998). Divul- gación hecha por escrito de expresiones irrespetuosas para un superior, proferidas por quien no es militar..... | 361 |
| 3. DENUNCIA JUDICIAL CONTRA SUPERIOR..... | 362 |
| Falta grave. artículo 8.17 «Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y basadas en aseveraciones falsas». Sólo ad- mite la forma dolosa. Presunción de inocencia en el ordena- miento disciplinario militar. Denuncia judicial contra supe- rior. No consta la falsedad de las aseveraciones..... | 362 |
| 4. RÉGIMEN TRANSITORIO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY ORGÁNI- CA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL..... | 364 |
| Aplicación retroactiva de Ley Orgánica 12/2007, de Régi- men Disciplinario de la Guardia Civil: revisión de oficio y aplicación de la nueva Ley cuando para el sancionado se de- rivarán efectos más favorables. Consumo ocasional de dro- gas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007) | 364 |
| 5. Falta leve de embriaguez..... | 365 |
| Presunción de inocencia: vacío probatorio..... | 365 |

I. PENAL

1. Delito contra el deber de presencia

Abandono de destino. Deber de motivación. Devolución de la Sentencia al Tribunal de instancia

En la **STS 27-01-2009 (Rc 76/2008)**, la Sala estima no colmado el Derecho a la tutela judicial efectiva del a la sazón condenado por un delito de Abandono de destino, con devolución de las actuaciones al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia debidamente motivada en cuanto a la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad apreciada, no tanto por no resolver sobre el valor del informe pericial que justificara la atenuación de la pena, cuanto por no motivar, siquiera mínimamente, la concurrencia de la circunstancia atenuante por analogía citada, y ello por cuanto el órgano jurisdiccional de instancia concluía sin la menor motivación en su fundamentación jurídica que no concurrían circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad, en clara contradicción con la parte dispositiva de la Sentencia, y con un posterior razonamiento de derecho dedicado a la individualización de la pena, entre cuyos razonamientos no se comprendían los relacionados con la circunstancia atenuante finalmente apreciada en el Fallo ni, en consecuencia, su posible influencia sobre la duración de la pena de prisión impuesta.

2. Delito contra el deber de presencia

Circunstancia eximente de miedo insuperable: al recurrente, a causa de la hostilidad fuerte e insoportable que recibió de sus compañeros de Unidad, no le era exigible una conducta distinta a la que realizó

En la **STS 30-01-2009 (Rc 57/2008)**, se examina el reproche casacional que efectúa el recurrente a la Sentencia de instancia por infracción de ordinaria legalidad al no aplicarse la eximente de miedo insuperable.

Para demostrar que concurría tal circunstancia, y que, como efecto inmediato, no debió ser condenado, el recurrente alegaba la existencia de un trato vejatorio y el temor de sufrir un ataque contra su integridad física y moral; en concreto, se refería al hecho de que por parte de sus compañeros se le diera un trato vejatorio, humillante y amenazante, que le atemorizaba, hasta el punto de impedirle cumplir con su obligación de regresar a su Unidad, de la que se ausentó con el único fin de proteger bienes jurídicos personales tales como son su integridad moral e incluso física, los cuales eran vulnerados constante y sistemáticamente, sin que ni las quejas ni las denuncias judiciales de tales hechos promovidas por la Fiscalía sirvieran de nada, tal y como acreditaba que las mismas habían sido, tal y como refiere la sentencia, finalmente archivadas.

La cuestión se circunscribió a determinar si la hostilidad de los compañeros del recurrente, calificada por el Tribunal de instancia como «fuerte e intolerable», fue o no de suficiente intensidad para estimar concurrente la circunstancia eximente de miedo insuperable y, por su aplicación, absolver al recurrente, lo que no hizo aquél, al estimar tal hostilidad con aptitud para desproveer a los hechos de su carácter delictivo.

Señala la Sentencia de esta Sala, respecto de la que su Presidente emitió voto particular discrepante, que si bien le asiste la razón al Tribunal de enjuiciamiento en la medida en que el miedo insuperable no afecta a la antijuridicidad; la ausencia del recurrente estaba prohibida y mientras duró el recurrente actuó contrariamente a la norma, no es menos cierto que dicho Tribunal olvidó continuar razonando que el ámbito donde opera la eximente de miedo insuperable, es el de la imputabilidad.

Que en el caso el recurrente estaba atemorizado es una conclusión que fluye de modo natural de la propia convicción del Tribunal de instancia: si el recurrente sufría una hostilidad «fuerte e intolerable» (basta que fuera fuerte, aunque no fuera intolerable en el sentido de insoportable, sino en el de inadmisibles legal o éticamente), procede concluir — es la única conclusión razonable — que el recurrente tenía temor. Lo decisivo es, pues, establecer si ese temor era o no insuperable. El criterio apropiado para ello es determinar qué sería lo exigible al «común de los hombres» en la misma situación del recurrente. Ha de analizarse lo que haría un hombre homosexual que por serlo es objeto por parte de sus compañeros de Unidad, con los que convive diariamente, de vejaciones y humillaciones (una hostilidad «fuerte e intolerable», dice el Tribunal de instancia).

La Sala entiende que al hombre medio, en las circunstancias enunciadas, que son las que concurrían en el recurrente, no le sería exigible que actuase de modo diferente al de éste, no le sería exigible que actuara conforme a derecho volviendo a su Unidad. Como hizo el recurrente, el hombre medio en esas circunstancias se habría ausentado de la Unidad, lugar en que sufría el trato vejatorio generador del miedo, a fin de no seguir soportándolo y evitar consecuencias quizás más graves.

En definitiva, la Sala estima, acogiendo el motivo de casación, que al recurrente no le era exigible otra conducta, de suerte que, por concurrir la causa de exención de la responsabilidad penal prevista por el legislador en el artículo 20.6 del Código penal, no merece reproche penal alguno.

3. Delito contra los deberes de centinela

Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/resultado

En la **STS 12-02-2009 (Rc 79/2008)**, dictada en recurso promovido por el Ministerio Fiscal en un único motivo casacional en el que denuncia la indebida aplicación del tipo recogido en el Código Penal Militar, que define el delito contra los deberes del centinela. El recurrido, que lógicamente se opuso al criterio de la Fiscalía Togada, adujo que pese a concurrir varios elementos integrantes del tipo, como son la condición de militar y la consideración legal de centinela, no era apreciable una actuación voluntaria, ni una conciencia de la ilicitud de su propia conducta por el inculpado, subrayando, especialmente, que no se había producido el resultado de grave daño al servicio.

El Tribunal de instancia, consideró que en esta figura delictiva —a diferencia del delito de abandono del puesto del artículo precedente del referido Código Penal militar, que no lo exige— se precisa la producción de un resultado: el grave daño al servicio, que no se requiere que sea material, pero que habrá de ser grave, para lo que habrá de tenerse en cuenta la transcendencia del hecho, siendo así que —se afirma en la sentencia impugnada— la seguridad de la Unidad no se vio afectada en ningún momento, ni se ocasionó una repercusión negativa en el desenvolvimiento normal de la Unidad.

Recuerda la Sala Quinta al estimar el recurso que la exigencia típica de grave daño se refiere a la realización del servicio, que puede originar un incumplimiento total o parcial y que ha de ser una alteración que oca-

sione detrimento, perjuicio, menoscabo, pero que, no requiere que esos daños sean materiales pues, sin ellos, puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado y aunque el delito exige, ciertamente, la producción de un resultado, «ello no quiere decir que éste sea material, pues, el “grave daño” lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que éste sea de poca monta.

Por tanto, el tipo objetivo de este específico delito también se colma, tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela, como al resultado jurídico del grave daño para el servicio, en la afectación al mismo servicio que se desempeña y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia, *«porque el daño no es material sino jurídico y se refiere al normal desenvolvimiento de la misión del centinela, el cual se impone como consecuencia de la acción contraria a los deberes del servicio»*.

4. Delito contra la disciplina

Abuso de Autoridad. Maltrato de obra a subordinado. Objeto del proceso penal. Principio Acusatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

En la **STS 12-02-2009 (Rc 31/2008)**, ante la alegada por la parte recurrente conculcación del principio acusatorio y consiguiente indefensión, al pronunciarse el Tribunal sentenciador sobre un hecho que no estaba recogido en el auto de procesamiento dictado por el Juez Instructor pero sí en el escrito de conclusiones que evacuara el Ministerio Público, afirma la Sala que, el Auto de procesamiento no atribuye el «status» de acusado, sino que es el escrito de Conclusiones provisionales, el que hace que el denunciado, que después puede ser imputado y luego, aunque no siempre procesado, pase a ser acusado en un proceso penal militar y finalmente condenado o absuelto por el Tribunal sentenciador que dictará su sentencia vinculada por el cuadro fáctico que haya fijado la acusación en su escrito de conclusiones provisionales.

Por tanto el principio de legalidad obliga a exponer en el escrito de Conclusiones Provisionales *«los hechos que resultan del sumario»*, (no los recogidos en el Auto de Procesamiento) y a citar *«las diligencias de que deduce su prueba»*, es más, la Defensa del acusado, una vez conocido el escrito de Conclusiones Provisionales del Fiscal de instancia tuvo

la oportunidad de efectuar, en su escrito de Conclusiones Provisionales, cuantas alegaciones fácticas y proposición de pruebas exculpatorias tuvo por conveniente sin producción, por tanto, de la menor **indefensión material** que, como es sabido, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, es la única con relevancia constitucional.

Por ello, cuando el Juez decide abrir el juicio oral (en el procedimiento abreviado), la resolución en que así lo acuerda no define el objeto del proceso ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento ni supone vinculación alguna respecto de los hechos imputados, pues éstos y aquellos deben quedar concretados, inicialmente en los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras y finalmente, tras la práctica de las pruebas, en las conclusiones definitivas. En el procedimiento penal abreviado es a través de los escritos de acusación con los que se formaliza e introduce la pretensión punitiva con todos los elementos fácticos y jurídicos. Mediante esas conclusiones se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda taxativamente fijado en las conclusiones definitivas.

Desde este punto de vista, el auto que acuerda la apertura del juicio oral sólo sirve para permitir que el procedimiento siga adelante. Su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada «pena de banquillo», actuando en este caso el Juez, en funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación. El auto supone, pues, un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario, pero ni tiene como éste naturaleza inculpatoria ni tiene el alcance de conformar positivamente los términos fácticos y jurídicos del plenario, pues eso es función de las acusaciones.

5. Delito contra los deberes del servicio

Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia

La STS **02-03-2009 (Rc 68/2008)**, con ocasión del recurso de casación interpuesto por Soldado a la sazón condenado por un delito de deslealtad recuerda al desestimar el recurso, que para la existencia del tipo

señalado, se requiere como elemento subjetivo distinto al dolo genérico, el empleo de cualquier clase de engaño. El engaño requerido por el tipo penal en cuestión ha de tener cierta entidad y además ha de ser idóneo para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad, y no sólo eso, sino que además el engaño exigido puede ser «ex ante y ex post», bastando a estos efectos con que el ardid utilizado vaya encaminado a no cumplir lo debido.

Se tratará pues de examinar de consuno si se ha probado el engaño atribuido al recurrente, y, si dicho engaño, de existir, se hizo con la intención de excusarse del cumplimiento, no de una obligación genérica, sino de un específico acto de servicio, concluyendo la sentencia que en el caso que nos ocupa el engaño o ardid utilizado por el soldado fue acreditado sin margen alguno de duda, de suerte que la única cuestión resolutoria se extendió a concretar si dicho engaño fue hecho con la finalidad clara de eludir un deber, matizando que la prueba de tal elemento subjetivo, sólo puede obtenerse en la mayoría de los casos a través de indicios, es decir, mediante la llamada prueba indiciaria sometida a una serie de condicionamientos, concretamente que los referidos indicios sean plurales y que exista una conexión lógica entre ellos y las conclusiones obtenidas siempre que éstas no sean excesivamente abiertas.

6. Delito contra los deberes de presencia

Delito de Deserción. Artículo 120 del Código Penal Militar. Ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de obligaciones militares. Prueba indiciaria

La STS **24-03-2009 (Rc 92/2008)**, tras ser alegado por el recurrente infracción de ley por aplicación indebida del precepto penal de carácter sustantivo últimamente citado, afirmando que no ha quedado acreditado, sin ningún género de dudas que, al no regresar a su unidad tuviera plena conciencia y voluntad de ausentarse de modo permanente, esto es, que conociera y entendiera de modo preciso las consecuencias legales de dicho comportamiento, especialmente las penales, por tanto, no se ha probado el elemento subjetivo, pues tratándose de un tipo delictivo que sólo permite la comisión dolosa, no ha quedado acreditado el ánimo de sustraerse de forma definitiva de sus obligaciones militares, recuerda la Sala su doctrina, expuesta recientemente en Sentencia de febrero de 2009, según la cual el delito de deserción exige como elemento objetivo, la ausen-

cia física de la Unidad y, como elemento subjetivo, el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Se exige, por tanto, un elemento finalista, como es el ánimo permanente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones militares que, por su carácter interno y tendencial, es un elemento que pertenece a la esfera íntima de la persona, al ámbito de su conciencia y habrá de probarse, en la mayoría de los casos, a través de inferencias (que conforme a la reiterada Doctrina de esta Sala, habrán de ser racionales) debiendo apreciarse un engarce lógico entre el hecho básico y el hecho consecuencia, siempre que las conclusiones que se pudieran deducir de los hechos acreditados no sean por sí mismas excesivamente abiertas.

En su consecuencia y afirmado que en el caso que nos ocupa existieron pruebas de las que racionalmente se deduce el elemento intencional exigido por el tipo penal, concluye la Sala que, difícilmente puede alegarse desconocimiento acerca de las consecuencias de su conducta, pues es ésta una afirmación que en un militar profesional resulta de difícil credibilidad.

7. Delito contra los deberes de presencia

Conformidad. Consentimiento no informado en cuanto a las consecuencias sobre cese en las FAS

La STS **14-04-2009 (Rc 116/2008)**, trata sobre la información previa que ha de recibir el acusado sobre las consecuencias de la conformidad que éste pueda prestar con el escrito de acusación.

La queja del recurrente venía realmente referida a la omisión de un requisito esencial para la validez de la conformidad, en el sentido de que el acusado fue informado por el Secretario Relator sobre las ventajas de la conformidad, que se proponía prestar asistido del Letrado de su defensa, pero no de los graves inconvenientes de la misma, en especial que la condena llevaría implícita su cese en las Fuerzas Armadas, por aplicación de las previsiones contenidas en la Ley de Tropa y Marinería y en la Ley de la Carrera Militar.

La concreta cuestión que en el Recurso se suscitaba ya había sido tratada y resuelta muy recientemente por esta Sala, en Sentencias de 12 de marzo, 6 y 13 de abril del presente en las que reiteramos que la conformi-

dad válida es la que viene precedida de la debida información que por el órgano judicial debe facilitarse al acusado, para que éste decida en función de aquel conocimiento sin perjuicio del asesoramiento proveniente de su Letrado. El deber de informar incumbe al Secretario judicial, y al Tribunal verificar a través de su Presidente que la conformidad se presta libremente y con conocimiento de sus consecuencias. Sobre lo que ha de ser objeto de la información debida, hemos dicho en las Sentencias citadas que la misma ha de comprender no solo las consecuencias estrictamente penales, sino «también aquellas consecuencias de la condena que nazcan directamente de ésta, estén recogidas en una norma con rango de ley y afecten de forma objetivamente relevante a la vida profesional militar».

En el presente caso la condena por delito doloso de Abandono de destino incidiría directamente sobre el compromiso en vigor, dando lugar a su resolución. Ninguna advertencia o prevención se hizo al acusado en tal sentido, según está redactada el Acta extendida por el fedatario judicial, ni hay constancia tampoco del anterior dato en el texto de la Sentencia recurrida.

En estas condiciones, la conformidad no fue expresiva del consentimiento emitido por el recurrente tras ser informado de las aludidas consecuencias, por lo que la infracción de este requisito de carácter esencial debe determinar la nulidad de la Sentencia de instancia, lo que comporta la realización de nuevo enjuiciamiento en las condiciones dichas de información o instrucción suficiente al acusado, previamente a manifestar éste la posible conformidad con los términos en que la acusación se formule; nuevo enjuiciamiento que correrá a cargo del mismo Tribunal integrado por miembros distintos de los que dictaron la Sentencia que se anula.

8. Delito contra los deberes de presencia

Abandono de destino: no exigibilidad de otra conducta

La STS **20-04-2009 (Rc 69/2008)**, recuerda que para que una acción sea culpable no basta con que el sujeto sea capaz de conocer la ilicitud de su conducta, sino que resulta necesario que en ese momento le sea exigible un comportamiento adecuado a la norma. Así la no exigibilidad de otra conducta, como causa de exclusión de la culpabilidad, se apreciaría en situaciones en las que operaría «*como una norma específica de derecho positivo, así en algunos supuestos del estado de necesidad y, en otros, como complemento indispensable del propio sistema penal....cubriendo, en favor del reo, determinadas fisuras o vacíos*», pues la medi-

da de la exigibilidad (o de la culpabilidad) se encuentra en lo que puede considerarse en cada caso como lo que en las mismas o semejantes circunstancias puede constituir el comportamiento de la mayoría de las personas, estimándose como conducta no merecedora de sanción penal aquélla que se ajusta a tal medida.

La evidente singularidad del caso presente se desprende del propio relato de hechos, que como acreditados se tienen en la sentencia, y allí se consigna no sólo que la inculpada venía padeciendo una depresión reactiva durante el período de su ausencia, sino el maltrato familiar que sufrió durante el periodo de su ausencia y la situación prolongada de violencia de género que venía padeciendo. Pero además se ofrece como acreditado el dato, también muy relevante, de que la acusada tenía a su cargo el cuidado y mantenimiento de dos hijas de corta edad y la muy delicada situación económica en la que se encontraba.

Pues bien, aunque la decisión que la recurrente adoptó infringía su deber de presencia al margen del marco normativo que lo regulaba, sin estar amparado su comportamiento por causa alguna de justificación y siéndole éste imputable, no cabe sostener que la acusada fuera culpable en el sentido de ser susceptible de soportar el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, en razón de la anormalidad de la situación límite por la que atravesaba la recurrente al realizar los hechos, debido a las circunstancias recogidas por el Tribunal de instancia en el relato fáctico.

Así, concluye la Sala en este caso concreto no puede formularse reproche culpabilístico, porque la recurrente se comportó como cabría esperar de la mayoría de las personas según el baremo del individuo medio, que es el destinatario de la norma, pues aunque con su comportamiento infringió la norma jurídica reguladora del deber de presencia y el tipo penal que protege dicho bien jurídico, su conducta venía claramente motivada por la preservación de otros bienes que no pueden considerarse de menor entidad.

9. Delito contra la disciplina

Insulto a superior. Revisión de Sentencia por aplicación de la Disposición Transitoria 2.^a 2 LO 12/2007 y art. 7. bis CPM. Denegación. Jurisprudencia de la Sala

En la STS 27-05-2009 (Rc 128/2008), con invocación del motivo casacional previsto para los supuestos de infracción de ordinaria legalidad, la

parte recurrente denuncia la aplicación indebida del párrafo segundo del art. 7. bis del Código Penal Militar, introducido por la Disposición Adicional Cuarta LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; denuncia de ilegalidad que la Fiscalía Togada sitúa acertadamente en la eventual infracción del apartado 2. de la Disposición Transitoria Segunda de la expresada LO 12/2007, en relación con lo previsto en el párrafo primero del también mencionado art. 7. bis. CPM.

Al respecto, esta Sala ya se ha pronunciado en resoluciones de 16 y 20 de abril y 6 de mayo de 2009 sobre la interpretación que merece el primer párrafo del art. 7. bis CPM, en relación con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda LO 12/2007 como presupuesto de aplicación de la misma, habiendo declarado que a partir de la naturaleza militar del Instituto armado de la Guardia Civil y la condición de militares que corresponde al personal de este Cuerpo, invariablemente proclamada por el legislador al menos desde LO 2/1986, de 12 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y más recientemente por el Gobierno de la Nación en RD 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; sus miembros son potenciales sujetos activos de los delitos tipificados en el CPM, de manera significativa de aquellos en que la autoría corresponde sólo a quienes reúnan la dicha condición militar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos que se tutelan radicados en las disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o el desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios «policiales», ni tampoco abarcados por las concretas situaciones enumeradas en el párrafo segundo del reiterado art. 7. bis; bienes jurídicos que en todo caso seguirían siendo objeto de protección penal cuando fueran afectados por conductas provenientes de cualquier militar, pero no sin razón que lo justifique, cuando la misma afectación trajera causa de actuaciones atribuibles a los militares miembros del Cuerpo de la Guardia Civil.

Sigue expresando la Sala que el entendimiento de la literalidad del párrafo primero del precepto incorporado al CPM, compatible con el Preámbulo de la LO 12/2007, no excluye la extensión de las tipologías contenidas en dicho texto punitivo al personal del Instituto de la Guardia Civil, cuando la actuación de sus miembros no se produce en la realización de los actos propios de servicios de carácter «policial» que estuvieran desempeñando quienes en cada caso resulten ser sujetos activos de la conducta reprochable sea ésta activa u omisiva; subrayando ahora que el

único elemento personal a tomar en consideración en la exégesis del precepto es lógicamente el sujeto activo, que lleva a cabo las acciones u omisiones excluidas de la aplicación material del CPM sin que la existencia de sujetos pasivos, como sucede en el presente caso, resulte relevante en cuanto a hallarse éstos desempeñando por su parte algún servicio «policial», circunstancia que la proposición legal no contempla por venir la misma referida exclusivamente al protagonista del hecho.

Al hilo de lo expuesto concluye que no son necesarios adicionales esfuerzos argumentativos para sostener, con el Tribunal Militar Territorial y la Fiscalía Togada que participa del criterio expuesto en el Auto recurrido, que la actuación del condenado aún acontecida durante un acto de servicio, no formaba parte del desempeño de las funciones que hemos dado en llamar «policiales» a que se contrae la cláusula de exclusión aplicativa del CPM, habiéndose producido los hechos en el ámbito de las relaciones «ad intra» propias del régimen castrense del Instituto, no afectándose en el caso el desempeño de algún cometido policial, sino la disciplina esencial en la estructura de la organización militar. Por consiguiente, el cuadro probatorio consignado en el «factum» sentencial en que se sustentó la condena por delito de «Insulto a superior», del art. 101 CPM, sigue siendo constitutivo del delito militar apreciado en la instancia, al que no resulta extensible la cláusula obstativa de aplicación de las previsiones de dicho texto legal punitivo.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Libertad de expresión de los militares

Falta leve de «la falta de respeto a superiores» del art. 7.12 LO 8/1998. Doctrina sobre las reservas (la reserva formulada en 1979 a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo surte sus efectos desde la entrada en vigor de la LO 8/98 a la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa el 23.05.2007). Libertad de expresión de los militares y sus límites. Falta de proporcionalidad de la sanción (en cuanto cuestión de legalidad ordinaria puede alegarse en procedimiento preferente y sumario). Cuestión de inconstitucionalidad

En la **STS 19-01-2009 (Rc 15/2008)**, la cuestión planteada se refería al ejercicio por un militar de su derecho a expresarse libremente y consistió, en síntesis, en determinar si el recurrente, Capitán del Ejército del Aire, traspasó los límites a que el ejercicio de dicho derecho se encontraba so-

metido para los militares, y, en concreto, si faltó al respeto debido a un superior, el Coronel del Ejército del Aire Director de la Residencia Militar «Alcázar», porque en la carta que le remitió se realizaban determinadas manifestaciones que pudieran considerarse ofensivas hacia su persona, pues, según se refiere en los hechos que se declaran probados en la Sentencia recurrida, dicha carta incluía las siguientes expresiones: *«le ruego que retire lo de “Estimado amigo y compañero” pues de la falsedad que en la misma se contiene y del trato que me ha dispensado no se desprende ni estima, ni amistad ni compañerismo», que «también me mintió el Director al afirmar ...», que «no deja lugar a dudas de que me estaba engañando ...» y que «evidentemente no voy a consentir impasible los caprichos de esa Dirección, tras haber conseguido que se declaren ilegales unas prácticas antediluvianas asumidas de los anteriores Directores».*

Tras recordar la Sala los puntos básicos de la reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre las libertades del artículo 20.1 a) de la Constitución Española señala como es lo cierto que, en el caso de autos y a la luz de la doctrina expuesta, el recurrente traspasó uno de los límites del derecho de libertad de expresión de los militares, a saber, el respeto a los órganos y autoridades superiores, cuya legitimidad no ofrece dudas al resultar impuesto como garante de la disciplina interna militar.

De la simple lectura de la carta suscrita por el recurrente se infiere que —no obstante la razón de fondo que a éste asistía en razón de la desatinada actuación del Coronel Director de la Residencia Militar «Alcazar» que, con evidente desconocimiento u olvido de lo previsto en la Instrucción Comunicada de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Defensa de 20 de octubre de 2006, por la que se establecen los criterios generales de la organización y el funcionamiento de las Residencias Militares «Alcazar» y «Don Quijote», impidió que el hoy recurrente se alojara en el primero de tales establecimientos junto con su pareja de hecho, no obstante lo dispuesto en dicha Instrucción, al exigirle indebidamente que acreditara dicha relación— con ella infringió lo dispuesto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas antes citados, pues los términos que en la misma utilizó, tachando la conducta de un superior de mentirosa y engañosa infringía claramente, con independencia de su adecuación o no a la realidad de lo acontecido, lo estipulado en la antedicha norma.

El recurrente sigue diciendo gozaba de libertad para expresarse y formular a su superior —o a los superiores de los que éste, a su vez, depen-

día, tal y como, por cierto, efectivamente hizo— cuantas objeciones creyera que debía plantearle por la decisión adoptada respecto a su solicitud de alojamiento en la Residencia «Alcázar» junto con su pareja de hecho. Pero ese derecho debió ejercerlo con respeto, si bien no lo hizo así, constituyendo las expresiones utilizadas, según conclusión del Tribunal de instancia —que esta Sala comparte por entenderla razonable y adecuada a las reglas de la sana crítica—, una desvaloración personal del mando al que se dirige, al utilizar expresiones directamente descalificadoras del mismo, siendo ello lo que constituye la falta de respeto que motivó la sanción.

2. Libertad de expresión de los militares

Falta leve de respeto a superior (art. 7.12 LO 8/1998). Divulgación hecha por escrito de expresiones irrespetuosas para un superior, proferidas por quien no es militar

En la **STS 20-01-2009 (Rc 16/2008)**, la queja de la parte que recurriera, a la sazón la Abogacía del Estado con posterior adhesión del Ministerio Fiscal, se basaba en que a partir de los hechos que en la Sentencia se declararon probados, y de la valoración efectuada por el Tribunal de instancia en cuanto a que las expresiones contenidas en el escrito de determinado Comandante del Ejército del Aire, debían considerarse irrespetuosas para la persona del General Director del Museo del Aire, al haber traspasado el dicho Oficial autor de la misiva los límites del derecho a la libertad de expresión, el órgano judicial «a quo» hubo de incardinar los hechos en el mencionado tipo disciplinario toda vez que, además, estaba acreditada la divulgación a terceros de aquel escrito en que se recogían consideraciones u opiniones realizadas por persona no militar pero referidas a un superior del Comandante las que, como mínimo, desmerecían el ejercicio de su cargo.

La conducta que probadamente protagonizó el Comandante consistió en redactar un escrito en el que se recogían expresiones emitidas por un comunicante amigo o conocido suyo, referidas a la capacidad profesional del General Director del Museo del Aire. El escrito se transmitió vía fax de orden del Comandante a otra persona, que a la sazón tenía cierto encargo o responsabilidad dentro de la «Asociación Amigos del Museo del Aire», que a su vez lo hizo llegar al Secretario de dicha Asociación y éste lo acabó entregando al afectado.

Del tipo disciplinario no forma parte la necesaria difusión o divulgación de las expresiones o manifestaciones que se consideren irrespetuosas, al contrario de lo que ocurre con otras tipologías cuya perfección requiere dicha actuación divulgadora del sujeto activo, pero ciertamente en la medida en que aquellas expresiones o manifestaciones pueden emitirse no solo en presencia del destinatario de las mismas o mediante escrito que le esté dirigido, sino también ante terceros a través de los cuales trasciende la falta de consideración hacia el superior, en estos casos, como sucede con el presente, la comisión de la infracción disciplinaria precisa de trascendencia o divulgación, porque de no mediar alguna difusión los hechos difícilmente podrían llegar a conocerse.

El Comandante al transmitir vía fax un escrito de aquellos contenidos que, reiterando lo dicho, el Tribunal Territorial valoró en términos de adecuación típica consecutivos a su no justificación a través del inaplicable derecho fundamental a la libre expresión, estaba desvelando aquellas opiniones de su comunicador que resultaban descalificadoras para un superior, de las que quedó enterado un tercero ajeno a aquella conversación, con lo que al no mediar ningún deber de reserva en la transmisión el transmitente estaba aceptando, a modo de dolo eventual, la posibilidad de que el receptor a su vez lo difundiera, revelara o comunicara a otras personas, esto es, lo divulgara, sobre todo teniendo en cuenta que el destinatario del fax lo recibió como miembro activo de una Asociación interesada en el tema de la dotación de aparatos aéreos que se exhiben en el Museo, quien efectivamente y como era previsible acabó trasladando el escrito a un directivo de la organización, el Secretario de la misma, y a través de éste, asimismo tercero respecto de los intervinientes en la inicial conversación, quedó de manifiesto y se hizo público el reiterado escrito y lo que en él se recogía.

3. Denuncia judicial contra superior

Falta grave. artículo 8.17 «Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y basadas en aseveraciones falsas». Sólo admite la forma dolosa. Presunción de inocencia en el ordenamiento disciplinario militar. Denuncia judicial contra superior. No consta la falsedad de las aseveraciones

En la STS 12-02-2009 (Rc 72/2008), se queja el recurrente de la vulneración del principio de legalidad-tipicidad que se consagra en el

artículo 25 de la Constitución por indebida aplicación del artículo 8.17 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio; entiende el recurrente que la conducta imputada como sancionable, adolece de falta de tipicidad absoluta; afirma que es imposible subsumir los hechos imputados en el tipo sancionador, al no constar debidamente acreditado en el procedimiento instruido por razón de la denuncia por ellos planteada contra dos oficiales de superior empleo ni la existencia de unas manifestaciones contrarias a la disciplina, ni que «esas manifestaciones contrarias a la disciplina, se encuentran basadas en aseveraciones falsas, al ser el letrado defensor de los dicentes, en el ejercicio de una defensa encomendada el que, al redactar la denuncia, la realiza y no los recurrentes», negando además que exista falsedad alguna en las afirmaciones que se contienen en la denuncia.

Al respecto recuerda la Sala que la falta aludida requiere para ser apreciada, la realización de aseveraciones falsas, es decir, faltar a la verdad (elemento objetivo), así como un elemento subjetivo, se exige para la estimación de la falta referenciada que la falsedad cometida, además de relevante, hubiera sido hecha intencionalmente.

Igualmente, si bien que en torno al carácter doloso o culposo de la falta en cuestión, se reitera que el principio de culpabilidad es exigible en el ámbito de las infracciones administrativas de suerte que para la imposición de una sanción se requiere que aquella se cometa dolosamente o bien por culpa o negligencia, excluyéndose la responsabilidad por el mero resultado, superándose así la vieja doctrina del Tribunal Supremo inspirada en una especie de responsabilidad objetiva, resolviendo que el tipo disciplinario analizado en el citado art. 8.17.º no admite la vertiente culposa, siempre en atención a la estructura del tipo en cuestión, pues es difícil imaginar la posibilidad de vulnerar el bien jurídico protegido por el mismo en virtud de acciones imprudentes y sí solo dolosas, más aptas por la propia naturaleza de la falta.

Así el contenido de una denuncia, en cuanto que acto de iniciación del proceso penal, son los hechos denunciados con eventual relevancia punitiva pero no su valoración jurídica, que ni siquiera incumbe efectuarla al denunciante; del mismo modo que el objeto del proceso son los hechos posiblemente punibles y no su calificación que adquiere trascendencia solo al tiempo de configurar la pretensión punitiva. Los denunciantes participan al órgano jurisdiccional unos hechos de los que tienen conocimiento y que consideran constitutivos de delito o falta, pero no adquieren por ello carga procesal alguna, ni siquiera la de probar los

hechos aducidos porque no son parte como tales denunciantes, asumiendo solamente las responsabilidades que se deriven de la falsedad de su denuncia.

4. Régimen Transitorio de aplicación de la nueva LO 12/2007, Disciplinaria de la Guardia Civil

Aplicación retroactiva de Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: revisión de oficio y aplicación de la nueva Ley cuando para el sancionado se derivarán efectos más favorables. Consumo ocasional de drogas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007)

En la STS 05-03-2009 (Rc 90/2008), nuevamente la Sala se pronuncia en relación con la concurrencia de dos leyes disciplinarias en el seno de la Guardia Civil, la LO 11/1991, vigente en la fecha de los hechos y de la resolución sancionadora, y la LO 12/07, vigente al tiempo de la decisión del recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto contra esa resolución, y, la aplicabilidad retroactiva de la nueva ley al supuesto enjuiciado, caso de resultar favorable al sancionado.

Hemos de recordar que para resolver este conflicto normativo según señala la jurisprudencia recaída desde las resoluciones de 16 y 19 de junio de 2008, el legislador dicta determinadas normas de derecho intertemporal; en el caso que nos ocupa, tienen esa naturaleza las contenidas en las Disposiciones transitorias primera y segunda de la nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, de las que interesa ahora recordar la contenida en el apartado cuarto de la primera: «*Las resoluciones firmes que a la entrada en vigor de esta ley no hubiesen sido ejecutadas total o parcialmente, así como las que no hubiesen alcanzado firmeza, serán revisadas de oficio si de la aplicación de la misma se derivaran efectos más favorables para el sancionado*».

Las posturas mantenidas por las partes sobre la interpretación de la DT.^a fueron opuestas: mientras que los recurrentes sostuvieron en cada caso la citada retroactividad en lo favorable, la Abogacía del Estado entendía que la Sala debía aplicar la ley de 1991, por cuanto la transcrita Disposición transitoria, cuando habla de resoluciones firmes, se refiere a la firmeza administrativa, de suerte que si la resolución sancionadora ya no puede ser revisada en vía administrativa, la nueva ley resulta inaplicable sea o no más favorable.

La cuestión debatida fue, pues, si la ley más favorable era aplicable cuando la vía administrativa había sido agotada, esto es, cuando la resolución sancionadora ya no podía ser revisada por la Administración.

La respuesta de la Sala fue positiva, pues mientras la resolución sancionadora sea susceptible de ser reformada, lo que se produce no sólo cuando está abierta la vía administrativa, sino también cuando, agotada ésta, el sancionado solicita la intervención de los Tribunales, la ley más favorable es aplicable. Si antes de que la resolución sancionadora sea definitivamente firme, lo que no sucede hasta que la jurisdicción contencioso-administrativa se pronuncia (si su intervención ha sido solicitada), el legislador dicta una norma que resulta más favorable para el recurrente, corresponde aplicarla porque así lo exige el valor justicia, que es el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Falta leve de embriaguez

Presunción de inocencia: vacío probatorio

En la **STS 18-05-2009 (Rc 96/2008)**, alegado de parte recurrente la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, al apreciarse la falta leve disciplinaria de embriagarse vistiendo uniforme en acuartelamientos o bases, cuando no constituya infracción más grave, en situación, a su juicio, de vacío probatorio, dado que solo se tuvo en cuenta la versión del Capitán que emitiera el parte, en el que consta la impresión personal de este mando pero sin figurar en el mismo la descripción de los síntomas o signos externos que apreciara en el recurrente, para llegar a la conclusión de hallarse éste bajo los efectos de la embriaguez, la Sentencia haciendo síntesis de la jurisprudencia de la Sala recaída a propósito de la falta apreciada así como que el procedimiento preferente establecido en el art. 49 LO 8/1998, para la corrección de las faltas leves, se configura como aligerado de trámites pero no de garantías de manera que en su breve tramitación no pueden obviarse los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE., sin que en ningún caso pueda causarse indefensión al encartado, considera que la Administración que sancionó no ha levantado desde el principio la carga probatoria que le incumbía respecto de la falta disciplinaria apreciada, con vulneración del derecho esencial a la presunción de inocencia que no puede ser subsanada en la vía jurisdiccional, según doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala.

Tal conclusión resulta, sigue señalando la resolución, dado que el relato factual probatorio consignado por el Tribunal sentenciador no varía sustancialmente respecto del que se estableció en la Resolución sancionadora, coincidencia lógica por cuanto que en el Recurso jurisdiccional no obran elementos distintos de aquellos con que contó la Autoridad que sancionó, pues, el «factum» sentencial adolece de igual falta de prueba de que dispuso el Coronel autor de la expresada Resolución, al tiempo de formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos que consideró con relevancia disciplinaria. El Tribunal no ha expresado, ni podría hacerlo, otras razones de convicción distintas de las que figuran en el procedimiento oral seguido al efecto, con perceptible falta de rigor en orden a preservar las garantías que están en la base del citado art. 24 CE.

Lo primero que se echa en falta es la incorporación del parte disciplinario, defecto que se pretende justificar en el hecho de figurar éste unido a un atestado, instruido por posible delito atribuido al recurrente con ocasión de hechos relacionados con el episodio de embriaguez. La reproducción fragmentaria que en la Resolución se hace del contenido del parte, refiere la mera percepción de quien lo emitió sobre el estado de embriaguez del recurrente, como consecuencia de la ingestión por éste de bebidas alcohólicas dentro de la base militar, pero sin que conste la intensidad de la ebriedad que debe alcanzar el grado de semiplena. En orden a la verificación de los hechos, se afirma por el mando sancionador haber oído al promotor del parte sin que consten los términos en que la ratificación de éste se produjera. Al mismo objeto se dice haber oído a los testigos presenciales sin constancia de lo que dijeron, y ni siquiera se les identifica a efectos de posible prueba testifical.