

## **SALA QUINTA**

## INDICE SISTEMÁTICO

### I. PENAL

#### 1. CONFORMIDAD

Requisitos

#### 2. DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN

Naturaleza del acto a enjuiciar.

#### 3. DELITO CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR

Solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta

#### 4. DELITO DE ABANDONO DE DESTINO

Inexistencia en caso de enfermedad acreditada, hallándose el acusado localizado y disponible

#### 5. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Trato degradante.

#### 6. DESLEALTAD DEL ARTÍCULO 117 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Doctrina

#### 7. EMBRIAGUEZ

Inferencia culposa

#### 8. INDEMNIZACIÓN

Criterios

#### 9. PENA

Imposibilidad de sustituir la pena de prisión por multa

### II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

#### 1. CONSUMO DE DROGAS

Exigencias del procedimiento disciplinario para su sanción

#### 2. CONSUMO DE DROGAS

Sanción de separación del servicio

#### 3. DERECHOS FUNDAMENTALES

La presunción de inocencia sigue en el procedimiento administrativo sancionador por faltas leves

#### 4. IMPARCIALIDAD

Derecho a recusar

#### 5. INCOMPATIBILIDADES

Actividad privada al servicio de una empresa particular

#### 6. INCOMPATIBILIDADES

Régimen jurisdiccional. Es falta muy grave ser apoderado general de una SRL, propiedad de la esposa

#### 7. INFRACCIÓN DISCIPLINARIA

Guardia civil. Expresión "grave desconsideración"

#### 8. INFRACCIÓN DISCIPLINARIA

Mal uso de armamento

#### 9. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Inactividad del expedientado

#### 10. PRUEBA

Indefensión por no haber sido informado el expedientado de su derecho a practicar un contraanálisis

## 11. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

Artículo 7.13: Haber sido condenado “por cualquier otro delito”, comprende los delitos imprudentes.

## I. PENAL

### 1. CONFORMIDAD.

#### Requisitos

En la **STS. 14/09/2011 (Rc. 101/36/2011)**, se resuelve Recurso de Casación interpuesto por un Soldado a quien se condenó en situación de conformidad como autor de un delito de Abandono de destino. El recurrente denunció vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE.), sobre la base de que “no fue adecuadamente informado de las consecuencias de su conformidad, y dicha omisión le indujo a error en su aceptación de los hechos y a prestar su consentimiento viciado con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal”, y ello referido al efectivo cumplimiento de la pena de prisión impuesta por contar el acusado con antecedentes penales no cancelados.

La Sala considera que la vulneración del derecho constitucional debe referirse al proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación en términos precisos y comprensibles, sin padecer indefensión constitucionalmente proscrita (art. 24.2 CE.), lo que no altera el planteamiento del Recurso porque lo relevante a este objeto son los hechos que se denuncian antes que la calificación que merezca la eventual trasgresión jurídica.

Al estimarse el Recurso y acordar la nulidad de la Sentencia de instancia, con retroacción de actuaciones al inicio del juicio oral; la Sala efectúa las siguientes declaraciones de interés:

1. La admisibilidad de los recursos frente a las Sentencias de conformidad depende de la **observancia de los requisitos materiales y formales legalmente necesarios para su validez**, así como que al dictarse dicha resolución se hayan respetado los términos del acuerdo alcanzado entre las partes.

2. La conformidad válida del acusado es la que se produce con carácter voluntario, personalísimo, absoluto, formal y en términos de legalidad. Requisitos de los que forma parte esencial, en lo que hace al caso, la información que el Presidente del Tribunal de enjuiciamiento debe proporcionar al acusado en cuanto a las consecuencias de la conformidad ya asumida por el Letrado de la defensa.

3. El control sobre la legalidad de la conformidad válida para producir los efectos que le son propios, recae sobre el Tribunal sentenciador que a través de su Presidente debe informar acerca de las consecuencias de la misma, con

---

<sup>1</sup> La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Eduardo DE URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

lo que a la doble garantía consistente en la anuencia del acusado y de su defensa, se une la última y definitiva garantía representada por la activa intervención del Tribunal.

4. Sobre el cumplimiento de dicha obligación de informar en tales términos se ha pronunciado reiteradamente la Sala, con remisión a lo dispuesto en el art. 787 LE. Crim., que resulta aplicable al régimen de la conformidad en el ámbito la Jurisdicción Militar, según Disposición Adicional 1ª de la Ley Procesal Militar, y en concreto en lo relativo al efectivo cumplimiento de la pena cuando no proceda la suspensión de la misma. (vgr. STS. 13.04.2009).

5. No se trata de una mera irregularidad procesal irrelevante sino de la infracción de un precepto esencial para la validez de la conformidad declarada, causante de indefensión real y material cometida por el órgano jurisdiccional de instancia. El restablecimiento de la situación jurídica del recurrente, lleva a que se declare la nulidad de la Sentencia recurrida, con devolución al Tribunal sentenciador para que, con distinta composición, se proceda al nuevo enjuiciamiento de la causa; y caso de suscitarse la situación de conformidad se informe al acusado de las consecuencias de ésta, en los términos previstos en el art. 787 LE. Crim., y con el contenido que la Sala tiene reiteradamente establecido, sobre todo a raíz de la STS. 12.03.2009.

## **2. DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN.**

### **Naturaleza del acto a enjuiciar.**

En la **STS 31/05/2012 (Rc 3/2012)**, se resolvió la **declinatoria de jurisdicción** planteada por la defensa de un miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, que entendía que la jurisdicción militar no era la competente para conocer de los hechos a que se refería la causa.

*La Sala, después del debido estudio de la cuestión, y de la aportación de la doctrina que contemplaba el caso planteado, resolvió que los hechos "no formaba(n) parte del desempeño de las funciones, que hemos dado en llamar "policiales", a que se contrae la cláusula de exclusión aplicativa del Código Penal Militar. Habiéndose producido los hechos en el ámbito de las relaciones "ad intra", propias del régimen castrense específico del Instituto; no afectándose, en el caso, el desempeño de algún cometido policial, sino la disciplina"*

Para llegar a dicha conclusión, se recordó que, como dijera la S. 29 de mayo de 2012, con cita de la de fecha 19 de enero de 2012 de esta Sala Quinta:, "de manera repetida hemos dicho, desde nuestra Sentencia de Pleno de 16 de abril de 2009 -y, en el mismo sentido, en las de 20 de abril y 6 de mayo de dicho año-, que el párrafo primero del artículo 7 bis del Código Penal Militar «introduce una exclusión aplicativa de dicho CPM, referida a los supuestos de realización, por los sujetos activos militares-Guardias Civiles, de hechos típicos previstos en dicho cuerpo legal, cuando obren en la realización o desempeño de actos propios de las "funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto"».

Añadiendo, en la Sentencia de 27 de mayo de 2009, que «lo realmente decisivo, al efecto de que se trata, no es tanto que la actuación u omisión se produzca en acto genérico de servicio, fuera del cual, la cláusula funcional del art. 7.bis CPM carece de operatividad, como que el comportamiento de los sujetos activos deba insertarse "en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto". Esto es, resulta relevante, en primer lugar, que la función que se cumpla sea de carácter "policial"; y, en segundo término, que la conducta activa u omisiva del sujeto agente forme parte de la realización de los actos propios del servicio que en la ocasión se esté desempeñando.»

Es decir, que **los actos de naturaleza "policial", están exceptuados del régimen jurídico contenido en el CPM**, lo cual, como se ha dicho, no concurre en este caso.

Y, motivando dicho criterio, se indica que: «cuando la acción u omisión punible lesione o ponga en peligro un bien jurídico de naturaleza militar, distinto del servicio "policial" que presta el sujeto activo, en tal caso el hecho dejaría de estar amparado por la dicha exclusión. La lógica argumental conduce a la conclusión, en sentido contrario, de que las conductas que no forman parte de dichos actos propios, que de ordinario están presentes en la realización del servicio de que se trate, quedan extramuros de la denominada "exclusión funcional"; porque en estos casos no puede decirse, en puridad, que la función se esté prestando, perdiendo su razón de ser el criterio funcional que el precepto contiene.»

Por eso, sigue diciendo la resolución que examinamos, “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”.

Se recuerda, igualmente, que en relación al art.7 bis del CPM, ese es el criterio sentado por la Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 16 y 23 de junio de 2009 y 28 de junio de 2010; significando, en esta última, que “la interpretación de este precepto, especialmente en su relación con la Exposición de Motivos de la Ley, pudiera plantear algunas dudas acerca de su significado, que han tenido ya repercusión en algunas decisiones de esta misma Sala (Sentencia 2/2009 antes citada), la cual se ha inclinado por entender que la regla general, dada la naturaleza militar de la Guardia Civil, es la aplicación del CPM, y solo se aplicará el Código Penal común cuando se trate de acciones ejecutadas en el ejercicio de funciones policiales, o de seguridad ciudadana; aunque tal concepto deba ser interpretado con la necesaria amplitud.”

Y significativamente, se indica que, “La referida ley no ha dispuesto que a sus miembros les será de aplicación el Código Penal Militar solo en tiempo de

guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares”

En consecuencia, al no tratarse en el caso que abordó la sentencia que se comenta, de “un acto propio del servicio "policial" que "en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana", atribuye la normativa reguladora al Instituto Armado de su pertenencia, no cabe exceptuar la aplicación del CPM, por lo que procede la aplicación de dicho Código y seguir el procedimiento correspondiente dentro de la jurisdicción militar.

### **3. DELITO CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR.**

#### **Solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta**

En la **STS 11/04/2012 (Rc. 101/73/2011)**, se resuelve el Recurso de Casación interpuesto por determinado Teniente Coronel del Ejército, que fue condenado en la instancia como autor responsable de expresado delito en grado imperfecto de tentativa. Los hechos se contraen a la actuación del acusado, a la sazón Jefe de un Acuartelamiento, que con el propósito de procurarse un pabellón militar al que no tenía derecho y conociendo la falta de consignación presupuestaria al efecto, contrató verbalmente la ejecución de obras mayores por importe 205.000 euros. La contratación se realizó por la vía de hecho, prescindiendo el acusado de cualquier procedimiento o autorización de los acusados, que tras conocer la ejecución parcial de las obras ordenaron su inmediata paralización. Dicha orden fue contestada por el acusado faltando a la verdad sobre la real envergadura de los trabajos, proponiendo como destino de las obras el que sirvieran para residencia de la Jefatura del Acuartelamiento y que su financiación se imputara a determinados fondos de “vida y funcionamiento” asignados a la Unidad. Con la reiteración de la orden se puso fin a las obras cuando lo realizado ascendía a 82.000 euros que quedó pendiente de pago.

La Sala de Casación reitera que **el delito de que se trata es de mera actividad y de consumación anticipada, que se perfecciona con la realización de la conducta típica de “solicitar asignación de crédito presupuestario”**, que participa de los delitos de riesgo o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que en este caso se identifica con la integridad de los recursos económicos puestos al servicio de las Fuerzas Armadas, que se consideran necesarios para el cumplimiento de los fines que a éstas se les asigna por la Constitución y las Leyes. Con cuya afirmación ya resulta cuestionable que el delito pueda cometerse en grado de tentativa, porque se trataría de un intento de poner en peligro la integridad de aquellos recursos económicos, lo que de por sí conduce a una extraordinaria y excesiva anticipación de la tutela penal, que pone en duda la legitimación material de la intervención penal.

En esta Sentencia se razona sobre que la **tentativa** radica en la realización de actos de ejecución del delito que, objetivamente considerados,

deberían dar lugar a la producción del mismo. La objetivación de los actos no se confunde con lo que hubiera pretendido el sujeto activo, a modo de plan del autor que tiene dimensión subjetiva. Una cosa es que el acusado pretendiera desde el principio financiarse una residencia a costa de la Hacienda Militar, a lo que no tenía derecho, y otra que los actos realizados estuvieran naturalmente vinculados al tipo penal, para poder considerarse como iniciación ejecutiva del delito, y que afectaran al bien jurídico protegido porque estuvieran dotados de lesividad, aún meramente potencial, para lo que es objeto de protección penal.

#### **4. DELITO DE ABANDONO DE DESTINO.**

##### **Inexistencia en caso de enfermedad acreditada, hallándose el acusado localizado y disponible.**

En la **Sentencia 28/09/2011 (Rc. 101/46/2011)**, se resuelve el Recurso de Casación interpuesto por determinado Suboficial del Ejército, a quien se condenó en la instancia por expresado delito en consideración a que hallándose de baja por enfermedad y teniendo autorizada la residencia en su domicilio familiar, no se presentó en la Unidad de sus destino cuando le fue ordenado por el Coronel–Jefe para someterse a revisión médica y obtener, en su caso, continuidad de la baja de la que estuvo desprovisto por más de tres días. Si bien que pasada la revisión se le concedió nueva baja por la misma enfermedad con igual autorización de residencia. Constando que al tiempo de la celebración del juicio oral se seguía al acusado expediente por pérdida de aptitud psicofísica, continuando con la residencia en el domicilio familiar.

La Sala al estimar el motivo efectúa las siguientes declaraciones de interés:

1. La figura delictiva de que se trata, en situaciones de enfermedad acreditada, **no es delito formal que se perfeccione por el mero incumplimiento de las previsiones normativas reguladora de las bajas por enfermedad**, representadas básicamente por la Instrucción 169/2001 de la Subsecretaría de Defensa, que constituye el marco normativo de carácter reglamentario a que deben atemperarse las situaciones de enfermedad de los miembros de las Fuerzas Armadas.

2. La ausencia también puede considerarse justificada mas allá de dicho marco normativo cuando el ausente demuestre junto al hecho de la enfermedad, que observó los deberes de localización y de disponibilidad respecto de sus mandos (Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala de fecha 13.10.2010 y jurisprudencia contenida en STS. 14.03.2011, por todas).

3. Lo decisivo para que aflore el delito no consiste, por tanto, en la infracción de la subyacente norma reglamentaria con los efectos disciplinarios que le son propios, sino la afectación del bien jurídico que la norma penal protege, porque no puede concebirse cualquier delito sin bien jurídico merecedor de protección, el cual representa el núcleo básico del contenido del injusto. Tales intereses jurídicos están ahora representados por la observancia por los militares de deberes esenciales que forman parte de su estatuto jurídico

como sucede con la presencia, localización y disponibilidad permanentes, para cuya verificación se conciben las facultades de control de los mandos que tienen carácter instrumental. El bien jurídico así concretado, representa la antijuridicidad material propia del tipo de injusto, lo que proporciona además el criterio definitivo para la interpretación del tipo penal.

4. En el caso objeto de enjuiciamiento se declaró probado que el acusado durante un año siempre padeció la misma enfermedad, y tuvo autorizada la residencia en otra ciudad distinta y muy alejada de su destino. Al finalizar una de las bajas no obedeció la orden de presentarse en el destino para pasar revisión médica, por lo que durante un tiempo se mantuvo en situación administrativa irregular. Pero tras ser revisado médicamente se le diagnosticó la misma enfermedad concediéndole nueva baja y autorización de residencia.

El acusado siempre estuvo localizable y si no observó el deber de disponibilidad cuando se le ordenó que se presentara en la Unidad, no actuó con la voluntad de ausentarse sino de incumplir una orden regularmente emitida. Conducta esta última que no puede dar lugar a cualquier consecuencia desfavorable para el recurrente, porque con ello se infringiría el principio acusatorio.

## **5. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.**

### **Trato degradante.**

En la **STS 23-9-2011 (Rc 101-25/2011)**, se casa y anula la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Militar Territorial de instancia, estimando el recurso formulado por la Fiscalía Togada.

Se trataba del caso de un Brigada que realizó dos tocamientos en los genitales de una soldado, y prevaliéndose de su jerarquía militar, la compelió a sentarse sobre sus rodillas.

La Sala consideró que tales hechos eran subsumibles en **el artículo 106 del Código Penal Militar que configura el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una inferior**, pues en tal valoración incide tanto la naturaleza de los actos, indignos y absolutamente reprochables, como el sexo de la víctima y la propia reiteración de tal comportamiento.

A tal respecto, se recuerda que en las Sentencias de 12 de diciembre de 2003, 11 de junio de 2007 y 10 y 18 de noviembre de 2008, se establece que *"se produce moralmente una degradación, entendida como desprecio a los derechos humanos, cuando los actos causales inciden sobre las esferas personalísimas de la dignidad, la libertad y el respeto debido y violentado en este caso en una expresión tan íntima como el intangible derecho a no verse perturbado en el uso sexual del propio cuerpo y en los íntimos conceptos de pudor y, el más trascendente, la libertad"*.

La doctrina sobre el mencionado delito, se completa con la cita de la Sentencia de 20 de diciembre de 1999 , en la que se sentó que "el delito de trato degradante es de simple actividad careciendo de relevancia fundamental el resultado final de la conducta del procesado, pues el tipo penal se consumó cuando el superior realizó cualquier acto atentatorio a la libertad sexual de sus subordinados".

Y en relación a tocamientos de un superior a quienes le estaban subordinados, la indicada la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1999 afirma que «"lo que se describe es una conducta por parte del superior claramente vejatoria para unos subordinados que al no aceptar en absoluto tal comportamiento vieron afectada su dignidad personal, máxime en la situación de dependencia jerárquica en que se encontraban, pudiendo causar en ellos -como señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 18 de enero de 1978, citada por el Ministerio Fiscal- "sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral". »

Por ello, en el caso de autos, se concluye, como " los hechos declarados probados alcanzan la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del tipo apreciado, con virtualidad bastante para producir en la víctima sentimientos de inferioridad susceptibles de humillarla, avergonzarla, rebajarla y envilecerla, y que la doctrina y la jurisprudencia sitúan en el núcleo del trato degradante", ... comportando, en definitiva, una clara conculcación de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 10.1 y 15 de la Constitución, cabe concluir que la conducta del Brigada del Cuerpo General del Ejército de Tierra Don J. L. en relación a la Soldado del mismo Ejército Doña... debe subsumirse en el tipo delictivo configurado en el artículo 106 del Código Penal Militar, en su modalidad de trato degradante a una inferior".

## **6. DESLEALTAD DEL ARTÍCULO 117 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR.**

### **Doctrina.**

En cuanto al delito de deslealtad , previsto y penado en el **artículo 117 del Código Penal Militar**, la **STS 20-1-2012 (Rc 53/2011)**, en un caso en que en los hechos descritos se establece la existencia de un engaño, mentira inicial, a un teniente, que concluye con la falsificación de un documento que es presentado como coartada de aquél, al objeto de sustraerse, deliberadamente, de los deberes profesionales, la Sala desestima el recurso en el que se impugnaba la condena de instancia, en base a que:

*"como se dice en sentencias de 28-4-03, 20-6-06, 27-11-06, 3-5-07, 2-3-09 y 20-7-10, el "tipo" se agota con la conducta engañosa y el propósito de eximirse de sus obligaciones; sin que se exija específico perjuicio del servicio, y que éste se deje de prestar o no pueda realizarse; ya que la perfección del delito no depende del perjuicio para el servicio, pues no es un delito de resultado, sino de actividad en el marco de la lealtad exigible a los militares, en lo que concierne a la realización de los actos propios del servicio. Protegiendo, asimismo, la "disciplina" que es elemento de cohesión consustancial en la organización militar, contraria a la*

*conducta inveraz que está en la base de los tipos penales de deslealtad. Deslealtad, no dependiente de criterios de temporalidad en la aparición del esencial elemento engañoso, y sí en función de los parámetros -entidad del engaño y del aludido deber-, en orden a configurar el deslinde de esta figura, artículo 117 CPM, de la falta disciplinaria grave del artículo 8.29 de la Ley Orgánica Disciplinaria 8/98.”*

Y como en el caso, se trata de una conducta altamente lesiva para el servicio y para la lealtad que debe presidir las relaciones entre los miembros de las Fuerzas Armadas; básicamente por el modus operandi, altamente reprochable; ya que el recurrente, para alcanzar sus propósitos, adujo, inicialmente, una inexistente enfermedad del padre y, finalmente presentó un documento falsificado en referencia a su imaginario internamiento hospitalario, la “gravedad intrínseca”, de tales datos, excluyen la aplicación del tipo disciplinario.

La respuesta a tal comportamiento, pues, no puede ser sino penal, ya que “nos encontramos ante una actuación que, en razón a su gravedad, rebasa lo meramente disciplinario. No importa que los deberes dejados de cumplir por el recurrente no pasaren de la categoría de servicios normales; pues **lo decisivo, en este caso, para conceptuar la conducta enjuiciada como delito, y no falta disciplinaria, más allá de la naturaleza del servicio, es la gravedad del engaño**, a todas luces contrario al deber de lealtad en el ámbito castrense que, como hemos dicho en precedentes ocasiones, constituye un valor relevante en el seno de las Fuerzas Armadas, cuyo comportamiento nuclear es el deber de veracidad en los asuntos del servicio. Veracidad que ha resultado gravemente dañada por el comportamiento del enjuiciado, quien, por demás, ni tan siquiera ha aportado elemento probatorio alguno en sustento de su versión de lo acontecido”. (F. J. 4º)

## **7. EMBRIAGUEZ.**

### **Inferencia culposa**

En la **STS 09/12/2011 (Rc. 101/60/2011)** se resuelve el Recurso interpuesto por la Fiscalía Togada frente a la Sentencia absolutoria dictada en la instancia, en que se enjuiciaron los hechos consistentes en que determinado Soldado hallándose en comisión de servicios en Afganistán, prestando un servicio de armas, en su Base consumió después de la cena dos vasos pequeños de combinado de whisky. Poco tiempo después, encontrándose en su alojamiento, se sintió indispuesto por lo que fueron requeridos los servicios médicos de urgencia de la Unidad, que le apreciaron síntomas inequívocos de intoxicación etílica, por lo que debió ser evacuado en ambulancia a un puesto de socorro.

En la Sentencia recurrida se absolvió al acusado considerando que la embriaguez fue fortuita al no vincularse al escaso consumo de alcohol. Se estableció que el día de los hechos el acusado no consumió medicación alguna que hubiera potenciado la ingesta alcohólica.

Frente a la decisión absolutoria del Tribunal de instancia, la Fiscalía recurrente sostiene que el acusado se comportó con infracción del deber de cuidado al consumir bebidas alcohólicas encontrándose en el desempeño de

un servicio de armas (art. 16 CPM), en circunstancias en que por la cantidad de la ingesta y la graduación alcohólica de lo consumido, pudiera afectar a las condiciones de normalidad psicofísica en que el servicio debía prestarse.

Previamente a examinar el recurso, la Sala se plantea la posibilidad de dictar Sentencia condenatoria al resolver la pretensión casacional, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en STC. 167/2002, de 18 de septiembre y recordada recientemente en STC. 142/2011, de 26 de septiembre (en los mismos términos STEDH. 25.10.2011 dictada en el caso “Almenara Álvarez c. España). Se considera por la Sala que ello es posible cuando se mantienen los hechos que como probados se establecieron en la instancia, pero se discrepa de las inferencias realizadas y de la conclusión obtenida a partir de la misma resultancia probatoria, porque en este caso de divergencia inferencial, la cuestión que se suscita es de estricta valoración jurídica, abordable en Casación por la vía del error de derecho que autoriza el art. 849.1º LE.Crim.

En orden a la distinta inferencia que se efectúa por la Sala, se parte de que el acusado probadamente se hallaba bajo los efectos de una aguda intoxicación etílica cuando prestaba un servicio de armas, y que poco antes había consumido bebidas alcohólicas de alta graduación, sin que conste que concurriera algún factor que por inesperado, sorpresivo o accidental fuera determinante del carácter fortuito de la embriaguez. En este sentido, dice la Sala que la inferencia alcanzada por el Tribunal sentenciador violenta las reglas de la lógica y entra en contradicción con los hechos probados. La causa eficiente de la ebriedad se sitúa lógicamente en el previo consumo de alcohol, sin que a ello obste lo que se considera ingesta reducida porque la cantidad de alcohol consumida no afecta a todas las personas de igual modo.

En definitiva, se declara que **el acusado actuó culposamente, que es modalidad alternativa del tipo penal de que se trata, omitiendo el deber objetivo y subjetivo de cuidado que le era exigible en cuanto a abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas durante la prestación de un servicio de armas**, perjudicándose con ello la plenitud de facultades psicofísicas en que el mismo debió cumplirse.

## **8. INDEMNIZACIÓN.**

### **Criterios.**

Gran interés presenta la la **STS 16-5-2012 (Rc 101-44/2011)**, dictada en relación a la responsabilidad civil *ex delicto*, la cual realiza un amplio estudio del caso en cuestión, y tras exponer la doctrina, en especial sobre la aplicación del Baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2.004, de 29 de Octubre, reduce sustancialmente la indemnización fijada.

La sentencia, deslinda dos cuestiones principales: de un lado, la irrevisabilidad, en principio, en vía casacional de los importes indemnizatorios

concedidos en la instancia y , de otro, la aplicabilidad o no del precitado baremo.

En primer lugar, se dice, que *“si bien es cierto que la cuantía de las indemnizaciones concedidas por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no es revisable en casación pues corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia (SSTS , Sala 1ª, de 28 de Marzo de 2.005, 9 de Junio y 13 de Junio de 2.006 y 16 y 20 de Febrero y 31 de Mayo de 2.011, entre otras muchas), este principio no resulta totalmente rígido pues , como señala la reciente Sentencia de dicha Sala de 10 de Octubre de 2.011, cabe la revisión casacional cuando se cometa una **infracción del ordenamiento en la determinación de las Bases** tomadas para la fijación del quantum (SS. Sala 1ª, de 15 de Febrero y 18 de Mayo de 1.994 y 21 de Diciembre de 2.006, todas ellas citadas por la de 31 de Mayo de 2.011) y también en los supuestos de **error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada** (Sentencia de dicha Sala de 20 de Diciembre de 2.006, que, en este punto cita la de 23 de Noviembre de 1.999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (SSTS de 20 de Octubre de 1.988, 19 de Febrero de 1.990, 19 de Diciembre de 1.991, 25 de Febrero de 1.992, 15 de Diciembre de 1.994, y 21 de Abril de 2.005).”*

En segundo lugar, y respecto a la otra cuestión señalada, se afirma que *“habiendo **declarado expresamente el Tribunal de instancia** (Fundamento Jurídico Quinto, 1º, B), de la Sentencia impugnada) que para la cuantificación de las indemnizaciones relativas a secuelas directas **ha aplicado el Baremo** contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2.004, de 29 de Octubre, **un principio elemental de congruencia y de seguridad jurídica impone la necesidad de que dicho Tribunal se adapte a la fórmula y a las reglas establecidas en dicho Anexo** para calcular la puntuación conjunta y valorar económicamente las lesiones permanentes concurrentes sufridas por el perjudicado, pues no cabe adaptar la indemnización al Baremo en determinados conceptos y eludirlo en otros, incurriendo en duplicidades o excesos incongruentes con la regla que el propio Tribunal sentenciador ha afirmado seguir.”*

Se recuerda, además, “el efecto expansivo del Baremo”, ya que su aplicación a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por este Tribunal con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS Sala 1ª de 10 de Febrero, 13 de Junio, 27 de Noviembre de 2.006 y 2 de Julio 2.008).

Y ello, porque **la aplicación del Baremo** contenido en la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, **constituye el instrumento más**

**adecuado para ofrecer una satisfacción pecuniaria a las víctimas**, incluso en otros supuestos distintos, y facilita al sistema unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.

Por tales razones, *“aun cuando la aplicación del Baremo en supuestos distintos de los del tráfico automovilístico no sea vinculante, salirse del Baremo para procurar indemnizaciones distintas en determinados capítulos, una vez admitida su aplicación por el Tribunal con carácter general, haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño.”*

En consecuencia, la resolución que comentamos, opta por analizar las diversas partidas indemnizatorias establecidas conforme a los criterios recogidos en el referido Baremo, y las modifica de forma sustancial.

## **9 PENA.**

### **Imposibilidad de sustituir la pena de prisión por multa.**

El régimen jurídico de las penas, plantean un sinfín de cuestiones, de indudable trascendencia, siendo de las más relevantes, las que se refieren a su sustitución por otras.

Este es el caso tratado por la **STS 27-2-2012 (Rc 81/2011)**, en la que se determina la **imposibilidad de sustituir la pena de prisión por multa**.

A tal efecto, se recuerda el contenido de la sentencia del Pleno de la Sala de fecha 28 de octubre de 2003, en la que se estableció :

1. Que en el Código Penal militar nada se dice sobre la posible sustitución de las penas privativas de libertad, lo que resulta explicable por cuanto que esta figura no se regulaba en el Código de 1973, vigente cuando se publicó aquel.

2. Que el cumplimiento efectivo de las penas impuestas a los militares por la comisión de delitos tipificados en el Código castrense, obedece a "razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina" (Exposición de motivos del CPM), por lo que excluida expresamente la suspensión de la ejecución carece de sentido admitir la sustitución, que da lugar a igual resultado de falta de cumplimiento específico.

3. Que resulta ciertamente paradójico que las sanciones de arresto impuestas como corrección disciplinaria, que comportan auténticas privaciones de libertad, se cumplan en sus propios términos mientras que las penas que obedecen a un reproche derivado de la realización de ilícitos de mayor entidad, sean susceptibles de sustitución mitigadora.

Y 4. Que la razón, al menos una de ellas, justificadora de la sustitución del cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad, radicada en los efectos criminógenos que pueden derivarse del ingreso en los Establecimientos Penitenciarios, no resulta extrapolable al ámbito castrense en que las penas de prisión se cumplen en Centros ajenos a la delincuencia común.»

Pero además de las razones contenidas en la referida sentencia, “ la razón esencial, reiterada por esta Sala en una constante doctrina sin fisuras, se fundamenta en que, utilizando palabras del Tribunal Constitucional, el principio de legalidad penal impone un *"estricto sometimiento del Juez a la Ley penal, vedando todo margen de arbitrio o discrecionalidad en su aplicación"*, (por todas SSTC 219/1989, 116/1993, 53/1994), puesto que la legalidad ordinaria posterior a la Constitución española tan solo puede dejar de aplicarse tras el planteamiento y estimación, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad.”

De ahí que, como razonó la sentencia de 26 de enero de 2004, no cabe la sustitución de penas, porque el artículo 88 del Código penal establece unas penas sustitutivas que no están contempladas en el Código penal militar, pues, *«Es cierto que, en principio, todas las disposiciones del Código penal son aplicables como supletorias: "las disposiciones del Código penal serán aplicables a los delitos militares [...]", dice el artículo 5 del Código penal militar. Con esa supletoriedad el legislador ha pretendido evitar vacíos en el sistema normativo penal militar. Pero la esencia de la supletoriedad impide que esta opere cuando la norma que se trate de aplicar de la ley supletoria colisione con el sistema dispuesto en la otra ley, lo que no fue desconocido por el legislador de 1985, como resulta de la continuación del mencionado art. 5: "[serán aplicables] en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código". Y esto es lo que sucede en el caso de la sustitución de penas regulada en el art. 88 del Código penal: que dispone penas sustitutivas no queridas por el Código penal militar como penas aplicables a los delitos militares, según resulta de forma inequívoca de su art. 24, pues en la enunciación cerrada que hace de las penas principales y accesorias que "pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código" no aparece ninguna de las penas que el Código penal establece como sustitutivas de la pena privativa de libertad. En definitiva, la no inclusión de determinadas penas (entre otras, de las penas sustitutivas dispuestas en el Código penal) responde a un plan consciente del legislador.»*

En consecuencia, el legislador del vigente Código penal, conscientemente, no incluyó, en su momento, -ni lo ha hecho hasta el momento presente-, precepto alguno referente a la sustitución de las penas previstas en el Código penal militar, y otra interpretación del artículo 25 de la Constitución supondría el ejercicio, en palabras del pleno de 28 de octubre de 2010, "de la analogía como fuente creadora de penas lo que resulta vedado a los órganos jurisdiccionales para conjurar el riesgo de que estos se conviertan en legisladores (STC. 133/1987, de 21 de julio y 232/1997, de 16 de diciembre)". (F. J. 3º)

## II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

### 1. CONSUMO DE DROGAS. Exigencias del procedimiento disciplinario para su sanción.

En la **STS 18/04/2012 (Rcd 112/2011)**, se abordó, en relación a un procedimiento disciplinario seguido contra un soldado por presunto consumo de drogas, la relevancia de los defectos de tramitación en el mismo.

Y así, se recordó que “la indefensión con relevancia constitucional se produce por una limitación de los medios de defensa, generada por una injustificada actuación de los órganos judiciales o administrativos, si bien, ello no implica necesariamente que toda irregularidad procedimental produzca aquélla, pues los defectos de forma se reputarán mera irregularidad no invalidante, cuando el defecto de forma no sea determinante y signifique que el acto carece de los requisitos formales esenciales para alcanzar su fin”.

De otro lado, y en la misma línea, se afirmó que “no puede predicarse la existencia de indefensión material por la simple infracción de las normas procedimentales, siendo necesario para su apreciación, que se haya producido de forma segura y lleve consigo el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado”

Dicha doctrina, se ve reforzada por el **acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, celebrado el día 20 de marzo de 2012** para determinar la información que debe contener la notificación del resultado positivo de la prueba para la detección del consumo de drogas y otras sustancias.

En el acuerdo se dijo:

**“Para la valoración de episodios de consumo de drogas tóxicas o sustancias similares, la Sala sin perjuicio de la consideración casuística de las circunstancias concurrentes y de las consecuencias que pudieran acarrear al derecho de defensa, a la hora de ponderar cuales sean los datos que la comunicación de aquellos positivos que efectúa la Administración ha de reunir, tendrá en cuenta, esencialmente, el que se haya hecho saber al destinatario de la notificación los siguientes datos:**

**1º.- Ofrecimiento indubitable de su derecho a solicitar contraanálisis en el plazo de quince días hábiles a partir del de la comunicación del resultado positivo, mediante escrito dirigido a su Mando en el que expresará los motivos de su disconformidad.**

**2º.- Que tiene derecho a estar presente, él mismo o persona en la que delegue, en el proceso de contraanálisis, y que podrá nombrar un especialista para tal proceso si a su derecho conviniere.**

**Todo ello sin perjuicio de las demás obligaciones que se establecen para la Administración en la Instrucción Técnica 1/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad de la Defensa.**

**Sin perjuicio de la dicha ponderación casuística en orden a preservar el derecho de defensa, la Sala considera que la omisión del extremo referido a la facultad de solicitar contraanálisis afectaría en todo caso al núcleo esencial del expresado derecho de defensa”.**

En razón de ello, en el presente caso, la Sala no aprecia la indefensión alegada, ya que el ofrecimiento a solicitar un contraanálisis, se puso en conocimiento de la demandante en todas y cada una de las comunicaciones.

Y si bien es cierto que la Administración omitió en la tercera de las notificaciones información referida a las circunstancias del contraanálisis, como el plazo, coste, autoridad y procedimiento, no es menos cierto que esta información, estos datos y otros más se le habían comunicado a la Soldado en las dos notificaciones correspondientes a los positivos anteriores, la última mes y medio antes, datos que unidos a su declaración prestada ante el Instructor, al afirmar que conoce su derecho a solicitar el contraanálisis y el ofrecimiento que se le hace de utilizar los servicios sanitarios de la Unidad por si desea la ayuda de los mismos, llevan a la Sala a la conclusión de que **no se ha causado una real y efectiva indefensión material.**

Y es que, estima la Sala que la recurrente fue informada por la Administración de su derecho a realizar un contraanálisis de manera completa y adecuada en las dos primeras comunicaciones de análisis positivos y que, a pesar de las omisiones de la tercera comunicación, no quedó afectado el núcleo esencial de la información necesaria que se contrae a la posibilidad de solicitar un contraanálisis por lo que no cabe apreciar la existencia de ningún menoscabo real y material de su derecho de defensa, en los términos que exige la jurisprudencia constitucional y de este Tribunal.

No obstante, la Sala recuerda que ya en otras ocasiones, ha indicado que para el mejor ejercicio del derecho al contraanálisis y a la vista de la pluralidad de modelos de comunicaciones que utiliza la Administración, **sería oportuno y conveniente normalizar el contenido de los escritos de notificación** en los términos de los apartados decimoquinto y decimosexto de la Instrucción Técnica nº 1/2005 de 18 de febrero de la Inspección General de Sanidad.

## **2. CONSUMO DE DROGAS.**

### **Sanción de separación del servicio**

Sobre el mismo tema de fondo, la **STS 20-3-2012 (Rcd 14/2011)**, se pronuncia sobre la conformidad, o no, a derecho, de la resolución sancionadora de a Ministra de Defensa, de 11 de Diciembre de 2.010, en la que se acordó la máxima sanción disciplinaria, de separación del servicio.

Para ello, la sentencia casacional parte del examen de los hechos contenidos en el expediente, que resumidamente son:

*“1.- En cuanto a la infracción tipificada en el apartado 3 del citado Art. 17 LRDFAS, de las actuaciones se deducen datos suficientes para estimar, a juicio del Instructor que suscribe, que la sanción más adecuada en el presente caso es la de separación del servicio. Así, debemos destacar lo siguiente:*

*1º.- Que se trata de una conducta observada de forma continuada por el expedientado -aproximadamente durante seis meses-, que afectó gravemente a la dignidad militar, a la disciplina y al servicio, en los términos anteriormente expuestos, y que llevó incluso a la adopción de la medida administrativa de la suspensión de funciones del encartado con cese en su destino.*

*2º.- Que los actos realizados por el expedientado, aun cuando no haya quedado acreditado el consumo de cocaína por parte del mismo en instalaciones militares, sí que se desarrollaron en gran medida en su Unidad, habida cuenta que de modo reiterado se dirigía a los Soldados MPT. destinados en aquella para solicitarles dicha sustancia o para que le pusieran en contacto con otros que pudieran hacerlo, y ello aun a sabiendas de que incumplía sus deberes como militar y a pesar de conocer que en la Unidad se aplicaba el Plan General de Prevención para el Consumo de Drogas en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de las graves consecuencias disciplinarias que pueden derivarse de la acumulación de positivos por consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Si bien es cierto que el expedientado, en declaración ante este Instructor, manifestó que desconocía que la aplicación del PYCODE podía dar lugar a la incoación del Expediente Gubernativo, no es menos cierto que, en el escrito de comunicación del positivo a cocaína correspondiente a la prueba de detección que le fue efectuada el 13 de febrero de 2008, debidamente datado y firmado por el expedientado, se hace constar expresamente en su último párrafo las responsabilidades disciplinarias derivadas de la comisión de la falta disciplinaria prevista en el apartado 3 del Art. 17 de la Ley Disciplinaria Militar.*

*3º.- Que la conducta observada por el expedientado se produce en el marco de la relación de jerarquía y subordinación existente entre un Mando, como es el propio encartado, y los Soldados MPT. ya mencionados, destinados en su Unidad, con el consiguiente perjuicio que ello supuso, no sólo desde el punto de vista de la propia imagen del expedientado y de la lesión de la disciplina militar, sino también desde el punto de vista de la absoluta falta de cumplimiento de esa ejemplaridad a que hace referencia la STS 22/1997 arriba mencionada.”*

Hechos, a los que se añadió, además, otras consideraciones, como que:

*“siendo el bien jurídico protegido en estos supuestos el del interés y la integridad del servicio, que debe prestarse en plenas condiciones físicas y psíquicas, el consumo habitual de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas constituye objetivamente un riesgo, tanto para la debida prestación del servicio como incluso para la seguridad de los demás miembros*

*de las Fuerzas Armadas, mas si tenemos en cuenta los medios -en especial el armamento- y misiones que a aquellos se encomiendan.”*

Resultando, específicamente, en el presente caso :

*“1°.- Que los consumos por parte del encartado los fueron en los tres casos de cocaína, y que el esos consumos se produjeron en un periodo de tiempo relativamente breve, concretamente entre septiembre de 2007 y abril de 2008 (aproximadamente ocho meses).*

*2°.- Que, si bien es cierto que en sus declaraciones los Mandos del expedientado hacen referencia a que este trata de corregir su error y que sería válido para continuar en su puesto si sigue con su proceso de rehabilitación, no es menos cierto que dichas declaraciones se apoyan en los resultados negativos resultantes de las pruebas de detección de consumo de drogas efectuadas al encartado en marzo y abril de 2008, y que tales declaraciones - prestadas el día 4 de abril de 2008- son anteriores al tercer positivo a cocaína resultante de la prueba de seguimiento efectuada al encartado el día 17 de junio de ese mismo año, por lo que resulta acreditado que no se produjo ese intento serio de rehabilitación por parte del interesado.*

*3°.- Que, por otra parte, las consecuencias negativas para el servicio fueron evidentes, puesto que el encartado quedó excluido del manejo de armas y de la realización de servicios de implicasen su utilización, y su conducta determinó la adopción de la medida de suspensión de funciones con cese en el destino.”*

Ante ello, y en el ejercicio del control del juicio de suficiencia y razonabilidad de la decisión recurrida, que a la Sala de lo Militar de este Tribunal Supremo, le corresponde, se concluyó que: “Esta motivación cumple sobradamente las exigencias del artículo 6º de la L.O. 8/1.998, al valorar con acierto la gravedad intrínseca de las conductas sancionadas, las circunstancias del autor de la infracción y la afectación del servicio, por lo que hemos de corroborar ahora la razonabilidad de las sanciones impuestas y la proporcionalidad de las mismas, confirmando las separaciones del servicio acordadas en la resolución sancionadora”. (F. J. 5º)

### **3. DERECHOS FUNDAMENTALES.**

**La presunción de inocencia rige plenamente en el procedimiento administrativo sancionador por faltas leves.**

Sobre el **derecho de presunción de inocencia**, garantía central de todo acusado en un proceso de naturaleza sancionadora, ya penal, ya administrativo-sancionador, la **STS 6-6-2012 (Rcd 29/2012)**, examinó la posibilidad de que dicho derecho fuera o no, de aplicación, en los procedimientos sancionadores por faltas leves.

Y con invocación de la reciente Sentencia de 8 de noviembre de 2011, se afirma que *“rige con plenitud, y no se relativiza ni merma su virtualidad en*

*las situaciones previstas en el art. 50.2 LO 12/2007, respecto del procedimiento sancionador por faltas leves, en las que el expedientado tras la formal notificación del inicio de las actuaciones e instrucción de derechos, incluido lo dispuesto en dicho precepto, hubiera dejado transcurrir el plazo legalmente previsto de cinco días sin formular oposición ni proponer la práctica de pruebas".*

Y además, que en el referido precepto aunque se incluya la advertencia al interesado de que **"si no formula oposición o no propone la práctica de prueba, podrá resolverse el expediente sin más trámite"**, no lleva consigo tener por acreditados los hechos que se le imputen, cuando el interesado no formule alegación alguna o no proponga la práctica de prueba, pues no cabe entender que tal silencio suponga su conformidad con los hechos o con la calificación jurídica de los mismos, ni siquiera de carácter tácita o implícita, sin que se resienta la presunción de inocencia que forma parte de las garantías del procedimiento sancionador, ni quede dispensada la Administración sancionadora de dejar suficientemente probados en el expediente los hechos a los que atribuye relevancia disciplinaria para poder luego sancionarlos válidamente; porque, *"ninguna consecuencia desfavorable en cuanto al fondo está previsto que se pueda seguir para quien guarda silencio, ex art. 50.2 LO. 12/2007"*.

En conclusión de lo expuesto, se estima el recurso que se examina, ya que los hechos sancionados carecen de base probatoria, y no cabe tener por acreditada la conducta reprochada a la sancionada, habida cuenta que las declaraciones testificales que pudieran servir de base a la imputación fáctica de la resolución sancionadora no han sido ratificadas en el expediente sancionador tramitado al efecto.

#### **4. IMPARCIALIDAD.**

##### **Derecho a recusar**

La **STS 14-9-2011 (Rcd 50/2011)**, considera vulnerada la garantía procesal de la imparcialidad, derecho reconocido en la CE, textos internacionales en la materia y que cuenta con abundante doctrina del TEDH, TC y de esta Sala del Tribunal Supremo.

En efecto, al recurrente en el referido recurso de casación, se le denegó mediante un escueto Auto, una prueba documental que se estimaba trascendente para comprobar si eran reales, los motivos en que basaba la recusación de un General de Brigada, que formó parte del tribunal que le condenó, y que previamente, por su condición de vocal nato, habría participado en la decisión sancionadora adoptada por el Consejo Superior de la Guardia Civil.

La Sala estima que en la recusación formulada, se ponía de manifiesto la relevancia de la prueba documental denegada -es decir, la relación entre el hecho que se quiso y no se pudo probar y la prueba inadmitida y no practicada- y es por ello por lo que ha de despejarse la razonable duda acerca

de si en otros procedimientos disciplinarios distintos del que da lugar a dicho Recurso el General de Brigada recusado intervino o no en su calidad de miembro del Consejo Superior de la Guardia Civil, relación que en el escrito de recusación se especifica claramente, lo que convierte en pertinente y necesaria la documental cuya práctica se inadmitió.

Conclusión que se alcanza, tras un detenido examen de los hechos, de los que se deduce que asistía la razón al demandante al momento de formular la recusación para recelar justificadamente que, a través de la eventual participación del General de Brigada en cuestión en otras sesiones del Consejo Superior de la Guardia Civil celebradas antes del momento en que fue designado, mediante insaculación, para formar parte de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que hubo de ver y fallar el Recurso contencioso-disciplinario militar en el que se sancionó al recurrente su imparcialidad habría quedado afectada, en su aspecto o vertiente objetiva, al ser manifiesto un conocimiento constitutivo de un verdadero juicio adelantado de los elementos factuales -e, incluso, jurídicos- integrantes de la infracción disciplinaria, en términos más que suficientes para suscitar en la parte hoy demandante dudas o prevenciones legítimas y objetivamente fundadas o justificadas acerca de la imparcialidad del citado General, por razón de haberse producido por su parte un conocimiento o un juicio previo de los hechos.

## **5. INCOMPATIBILIDADES.**

### **Actividad privada al servicio de una empresa particular.**

En relación al **régimen de incompatibilidades**, la **STS 21-3-2012 (Rcd 137/2011)**, examina un caso, en el que confirmará la decisión de instancia, relativa a un miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, con destino en el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), que al mismo tiempo actuaba como representante de una empresa dedicada a la cría de perdices.

La sentencia parte del régimen jurídico general en la materia contenido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el cual en el apartado 3 del artículo 1 de dicha Ley, se estipula que *« el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia»*; y, a su vez, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 11 de la misma Ley establece que *«de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º, 3, de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado»*.

Sigue luego, con el régimen específico, incluido en el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, sobre incompatibilidades del personal militar de las

Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil y la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que establece en su artículo 22 que *«Los Guardias Civiles estarán sometidos al régimen general en materia de incompatibilidades de la Administración General del Estado, sin perjuicio de las incompatibilidades más rigurosas que pueda establecer su normativa específica»*.

Por su parte, y ya en el ámbito propio de la regulación específica para los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, el artículo 8 del aludido Real Decreto núm. 517/1986, establece que *«de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de este Real Decreto no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las profesionales, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directa o indirectamente con las funciones propias del Departamento, Organismo, Ente o Empresa donde esté destinado, del que dependa o esté adscrito, salvo cuando se trate del ejercicio de un derecho legalmente reconocido que realice para sí directamente el interesado»*. (F. J. 4º)

A continuación, determina que la actividad realizada por el guardia civil del caso, configura la falta muy grave prevista en el artículo 7.18 de la Ley Orgánica 12/07, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en *«Desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades»*.

Y ello, por las siguientes razones: Si la actividad hubiera sido únicamente la de distribuir tarifas de precios, la anulación de la resolución sancionadora habría sido fundada. Pero al haber quedado probado sin duda alguna que el mencionado guardia civil era el delegado comercial en la provincia de la empresa "A...S.A.", y además que distribuía las tarifas de precios con sus datos personales, la realidad del ejercicio de una actividad privada al servicio de una empresa particular es incontestable.

Además, esa actividad tenía relación directa con las funciones propias del Servicio en que el guardia civil estaba destinado, pues si se presta atención a que la empresa se dedicaba a la comercialización de perdices, como resulta de su propia denominación y de las tarifas de precios que el expedientado distribuía; y que el Seprona tiene atribuida específicamente (artículo 12.B.e) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) la función de: *«Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, de los recursos hidráulicos, así como de la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza, es claro que se daba dicha compatibilidad que la ley no permite. (F. J. 5º)*

## **6. INCOMPATIBILIDADES.**

**Régimen jurisdiccional. Constituye falta muy grave ser apoderado general de una SRL, propiedad de la esposa.**

También se ocupó de la **incompatibilidad entre las funciones de guardia civil y determinadas funciones privadas**, la **STS 15-2-2012 (Rcd 4/2011)**, que recuerda que:

«La incompatibilidad de determinadas actividades con la condición de Guardia Civil en activo viene determinada por lo dispuesto en el artículo 6.7 de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al señalar que *"...la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades"* y, obviamente, también salvo aquellas respecto de las que se haya otorgado la autorización para compatibilizarlas.

Dicho precepto –sigue– se complementa con lo previsto por el artículo 11 de Ley 53/1.984, de 26 de Diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (que establece, para el personal comprendido en su ámbito de aplicación un principio general de incompatibilidad con el ejercicio de actividades privadas) y con lo dispuesto en el artículo 8 del R.D. 517/ 1.986 de 21 de Febrero de incompatibilidades del personal militar, que la desarrolla reglamentariamente.

(Y) en el mismo sentido se expresa el artículo 94 de la Ley 42/1.999, de 25 de Noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, sobre *"Incompatibilidades"*, al señalar que *"La pertenencia al Cuerpo de la Guardia Civil es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades, según lo previsto en el apartado 7 del artículo 6, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"*.

Además, dicha declaración de inicial incompatibilidad ha sido recogida por la Ley Orgánica 11/2.007, de 22 de Octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en su artículo 22.

En consonancia con dichas prescripciones, se recuerda, como se ha indicado en otras resoluciones de la Sala, el bien jurídico que se protege con este tipo disciplinario, que *"es la total dedicación profesional de los destinatarios de la norma, que no debe verse perturbada por otro tipo de ocupaciones no permitidas, las cuales pueden afectar tanto al eficaz desarrollo de sus obligaciones, como al tratamiento objetivo e igualitario de la ciudadanía, sin influencias de vinculaciones laborales, profesionales o de carácter equivalente a éstas. Se protege asimismo la imagen pública y social del servidor de la ley, que debe permanecer incólume ante influencias o actuaciones inadaptables a su doble condición de militar y de miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado"*.

Razones todas ellas, que llevan a considerar incompatible la condición de miembro de la Guardia Civil, con las funciones privadas que realizaba el recurrente, consistentes en ejercer de apoderado general de una SRL, propiedad de su esposa.

## **7. INFRACCIÓN DISCIPLINARIA.**

### **Guardia civil. Expresión “grave desconsideración”.**

Sobre la falta disciplinaria de “grave desconsideración” a un compañero, se pronuncia la **STS 17-2-2012 (Rcd 90/2011)**, que recuerda que “La nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil prevé en su artículo 8.3 -como infracción grave- “la grave desconsideración” y en su artículo 9.1 -como infracción leve- “la desconsideración o incorrección”, que puedan producirse en ambos casos “con los superiores, compañeros, subordinados o ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, con ocasión de aquéllas o vistiendo de uniforme”.

Y de ese modo “se configuran, atendiendo a la gravedad de las conductas, dos tipos disciplinarios que, tienen por finalidad por una parte propiciar un comportamiento ejemplar por parte de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil hacia los ciudadanos -en todo caso exigible y que en definitiva redundaría en el prestigio de la Institución ante ellos-, y por otra, desde una perspectiva puramente interna, preservar en la conducta de todos los miembros de la Institución entre ellos, el respeto y la consideración que deben guardarse, contemplando -dada su naturaleza militar- no sólo el muy principal bien jurídico de la disciplina, sino también el valor sustancial del compañerismo, en el que también se sustenta la cohesión y unidad de la Guardia Civil y de quienes forman parte de ella.”

En el caso examinado, “ la asistencia a una cena convocada para celebrar el hecho de que un miembro, hasta entonces perteneciente a la Unidad, había sido destinado fuera de la misma, excluyéndolo notoria y ostensiblemente de tal celebración, quiebran el respeto y la consideración que éste merece y supone una evidente incorrección que afecta al obligado compañerismo que debe presidir las relaciones entre militares, mereciendo el reproche con que la Autoridad disciplinaria ha sancionado la conducta del recurrente, al apreciar la existencia de la infracción leve e imponer la mínima sanción reglamentariamente prevista”.

Dicha conducta, atenta al art.35 de las anteriores Reales Ordenanzas para las FAS, coincidente con el art. 4 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, y que en el caso, supone infringir “ese plus de rectitud e integridad moral que debe primar en el Benemérito Cuerpo, al que aquéllos acceden voluntariamente, y que obviamente no fue observado con su conducta por el interesado». (F. J. 2º)

## **8. INFRACCIÓN DISCIPLINARIA. Mal uso de armamento.**

La **STS 1-9-2011 (Rcd 31/2011)**, se ocupa de un caso de **mal uso de las instalaciones de tiro y de la incorrecta utilización de armas**, en la que ante el Tribunal de instancia, “el recurrente atribuyó a la autoridad sancionadora haber vulnerado el principio de tipicidad porque subsumió los hechos en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, pese a no especificar las normas que el recurrente habría incumplido (especificación

necesaria dada la descripción de la falta imputada: «*la inobservancia grave de las normas reglamentarias relativas al armamento, material y equipo, así como su mal uso*»). Ahora, ante esta Sala, atribuye al Tribunal de instancia haber vulnerado el principio de tipicidad por no haber actuado con arreglo a derecho al rechazar tal alegación, y, en consecuencia, al mantener la calificación jurídica de los hechos: «*hasta la fecha ni la resolución sancionadora del Excelentísimo Señor General Jefe del MAGEN ni siquiera la sentencia ahora impugnada han determinado exactamente qué norma, disposición o reglamento ha incumplido mi representado*».

Pues bien, examinada la sentencia recurrida y la resolución sancionadora, -dice la Sala- el Tribunal de instancia decidió con arreglo a derecho al rechazar tal alegación, que el recurrente formuló en su demanda, y al mantener la existencia de la infracción, porque la autoridad sancionadora concretó las acciones constitutivas de la infracción y las normas incumplidas con ellas.

En concreto, en el caso, se trataba de que el recurrente había invitado a dos militares -sin cualificación - a participar en la ejecución del servicio encomendado (revista de polvorines) y no haber detenido el fuego real pese a conocer que algunos proyectiles no impactaban en el merlón de fondo sino más allá.

Ello llevó a la autoridad sancionadora a castigar dicha conducta, en inobjetable subsunción de los hechos en el artículo 8.5 de la L.O. 8/98, reguladora del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, realizada por la resolución sancionadora y mantenida por la sentencia de instancia, por cuanto, como señala la resolución sancionadora, existían carencias visibles para cualquier persona mínimamente acostumbrada a realizar disparos en galerías de tiro, de los elementos destinados a evitar la salida de impactos mal orientados, accidentales o por rebote: parabalas transversales, parabalas de protección de soportes de blanco, cámara de recogida de impactos y cerramientos laterales». (F. J. 5º)

## **9. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

### **Inactividad del expedientado**

En la presente sentencia, se sienta la doctrina que puede resumirse del siguiente modo: **en el procedimiento sancionador por falta leve previsto para el Cuerpo de la Guardia Civil, la inactividad del expedientado no equivale a conformidad ni afecta al derecho a la presunción de inocencia.**

En efecto, la **STS. 08.11.2011 (Rcd 201/60/2011)**, se resuelve el Recurso de Casación Ordinario interpuesto por un miembro del Cuerpo de la Guardia Civil frente a la Sentencia de instancia, confirmatoria de la sanción disciplinaria impuesta por la comisión de una falta leve.

En el trámite del expediente previsto en el art. 50 de la vigente LO. 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia

Civil, al expedientado se le dio traslado del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, a fin de que pudiera presentar escrito de oposición y proponer pruebas, dejando transcurrir el plazo concedido sin realizar ninguna actividad, tras lo cual la Administración dictó la resolución sancionadora.

A pesar de que existía prueba de cargo, determinante de la desestimación de los recursos tanto en la instancia como en Casación, aquel Tribunal realizó una serie de consideraciones en el sentido de que el silencio o la inactividad del expedientado, que no formula oposición ni propone pruebas, debería estimarse equivalente a la conformidad con la imputación disciplinaria, como si se tratara de una especie de “ficta confessio”. Extremo éste del que discrepa la Sala de Casación que al respeto efectúa las siguientes declaraciones:

1. El derecho a la presunción de inocencia, que rige con plenitud también en el procedimiento administrativo sancionador, no se relativiza ni merma su eficacia en el caso en que el expedientado hubiera dejado transcurrir el plazo concedido para formular oposición y proponer pruebas.

2. El silencio del encartado determina la preclusión en cuanto a que éste pueda producir la actividad procesal no realizada tempestivamente; dispensa a la Administración de realizar la actuación probatoria que no se solicitó por la parte, y, finalmente, autoriza a la Administración a resolver el expediente sin más trámites, siempre y cuando existan elementos suficientes para decidir.

3. La no formulación de alegaciones ni solicitud de práctica de prueba, no equivale a la conformidad ni con los hechos ni con la calificación jurídica de los mismos, ni siquiera con carácter tácito o implícito.

4. El silencio así producido tampoco representa una modalidad de “ficta confessio”. Mediante la ficción se establece como cierto algo que no lo es, por lo que funciona como excepción a las reglas ordinarias del derecho, sin que los Tribunales puedan extender las ficciones a casos y situaciones distintas de aquellas previstas en la ley que las crea.

5. Ninguna consecuencia desfavorable en cuanto al fondo está previsto que pueda seguirse de la inactividad a que se refiere el art. 50.2 LO. 12/2007; ni se resiente la presunción de inocencia del expedientado, ni queda dispensada la Administración de levantar la carga de probar los hechos con relevancia disciplinaria para poder sancionarlos válidamente.

6. El procedimiento escrito previsto en la nueva LO. 12/2007 para sancionar las faltas leves, no puede ser menos garantista que el anterior procedimiento oral regulado en la anterior LO. 11/1991, del que formaba parte imprescindible, junto con la audiencia del presunto infractor, la verificación de la exactitud de los hechos (art. 38.1 LO. 11/1991).

## **10. PRUEBA.**

## **Indefensión por no haber sido informado el expedientado de su derecho a practicar un contraanálisis. Habitualidad en el consumo de drogas.**

Aplicando la doctrina en materia de la necesidad de la licitud de las pruebas condenatorias, la **STS 27-2-2012 (Rcd 7/2011)**, estima un recurso en el que se alegaba que no se había informado al expedientado de su derecho a practicar un contraanálisis de la prueba que le incriminaba.

En efecto, después de desestimarse otras alegaciones defensivas, la Sala considera que “debe ser acogida la sexta alegación, formulada bajo el título de «*Falta de asistencia legal*», al considerar que asistía la razón al recurrente que consideraba que los resultados de los análisis no son válidos porque fueron obtenidos con vulneración de sus derechos constitucionales.

Dicha estimación, se basó en los siguientes hechos, declarados probados:

“a) En la comunicación del resultado del primer análisis (26 de mayo de 2008), no existe referencia alguna al derecho del demandante a solicitar el contraanálisis.

b) En la comunicación del resultado del tercer análisis (15 de junio de 2009), únicamente se le hizo saber que podía ejercer el derecho a solicitar el contraanálisis.

c) En la comunicación del resultado del segundo análisis (26 de mayo de 2009) no consta el correspondiente "recibí" o "enterado" seguido de la firma del demandante, por lo que es obligado concluir que no la recibió (tampoco, pues, ningún dato relativo a su derecho a solicitar el contraanálisis). “

Omisiones -se dice- que perjudican la posibilidad real de ejercer el derecho de defensa, lo que, en consecuencia, impone concluir que los resultados positivos aportados por la Administración no prueban la realidad de ninguno de los tres episodios de consumo imputados al demandante, pues **el contraanálisis es precisamente el medio científico establecido para verificar aquellos resultados, que son iniciales, y valorarlos como definitivos.**

Tal ineficacia probatoria -se concluye- conduce a estimar la pretensión de nulidad de la resolución sancionadora, con los correspondientes efectos.

## **11. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL.**

**Artículo 7.13: Haber sido condenado “por cualquier otro delito”, comprende los delitos imprudentes**

La **STS 24-5-2012 (Rcd 100/2011)**, constituye una relevante aportación a la **interpretación del art.7.13 de la LO 12/2007.**

Al respecto, la Sala estimará el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, casará la sentencia de instancia y declarará que son conformes a derecho las resoluciones de 16 de octubre de 2009 del Director General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que el teniente don José M... fue sancionado, y la de 26 de marzo de 2010 de la Ministra de Defensa, confirmatoria de la anterior.

La sentencia comienza echando en falta que el Tribunal de instancia no realizara ningún análisis del texto del artículo 7.13 de la L.O. 12/07, que tipifica la falta disciplinaria muy grave consistente en haber sido condenado por delito un miembro del Cuerpo de la Guardia Civil.

La sentencia parte, para su decisión, del acuerdo adoptado en su Pleno doctrinal de 28 de febrero de 2012, según el cual: *“el art. 7 nº 13 de la LRDGC, incluye la condena por delito doloso relacionado con el servicio, así como, a tenor de la dicción “o cualquier otro delito” incluye la comisión de delito doloso o culposo que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica.”*

Y contiene el siguiente razonamiento:

*“Las palabras que expresan la proposición normativa contenida en el artículo 7.13 no ofrecen dudas. En concreto, la expresión «o cualquier otro delito» -expresión central en el análisis- no es equívoca, ni excluyente.*

*La proposición normativa, una vez que ha establecido que constituye falta muy grave «Cometer un delito doloso condenado por sentencia firme, relacionado con el servicio», describe, utilizando para ello la expresión «o cualquier otro delito», una segunda acción (una segunda situación de hecho): la condena por cualquier clase de delito -doloso o culposo- siempre (es la condición) que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica.*

*Si la idea disciplinaria plasmada mediante el texto sujeto a interpretación hubiera sido la de excluir los delitos culposos, el texto habría sido como el que obra -o similar- en el artículo 7. b) de la L.O. 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía: «Son faltas muy graves: Haber sido condenado en virtud de sentencia firme por un delito doloso relacionado con el servicio o que cause grave daño a la Administración o a las personas». Pero la Ley 12/07 incorporó la expresión ya transcrita: «o cualquier otro delito». Sin ella, ninguna duda existiría: solo el delito doloso, pues solo a él se habría referido el texto. Con ella -pese a la argumentación del Tribunal de instancia- tampoco existe duda: no solo el doloso, también el culposo, pues la expresión transcrita no es excluyente, sino integradora: todos los delitos, que a tenor del artículo 10 del Código penal son los dolosos y los culposos. (F. J. 6º)*

*La anterior conclusión no se ve afectada por el resto de la regulación que la L.O. 12/07 establece respecto al hecho de haber sido condenado un militar por la comisión de un delito o de una falta.*

*Es cierto que no configuran falta disciplinaria de ninguna clase las condenas por determinados delitos culposos: los que, relacionados o no con el servicio, no causen grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica.*

*(...)*

*Pero la decisión normativa de excluir las condenas por estos delitos no autoriza a excluir las condenas por delitos culposos que, relacionados o no con el servicio, causen alguna de las consecuencias señaladas. Las inclusiones o exclusiones normativas tienen su razón de ser en una adecuada ponderación de los efectos que las condenas producen en los bienes jurídicos protegidos por las normas disciplinarias: la condena por un delito culposo que no tiene relación con el servicio o que teniéndola no causa grave daño ni a la Administración, ni a los ciudadanos, ni a las entidades con personalidad jurídica no tiene para la ley disciplinaria entidad suficiente para tipificarla como falta; sí, por el contrario, la condena por un delito culposo que, relacionado o no con el servicio, produce alguna de esas graves consecuencias (de aquí la tipificación como falta muy grave en el artículo 7.13 de la L.O. 12/07)". (F. J. 7º)*