



Roj: **STS 2025/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2025**

Id Cendoj: **28079150012017100065**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2017**

Nº de Recurso: **1/2017**

Nº de Resolución: **66/2017**

Procedimiento: **CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR**

Ponente: **BENITO GALVEZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

Sentencia núm. 66/2017

Fecha de sentencia: 30/05/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO Número del procedimiento: 1/2017 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2017 Voto Particular Ponente: Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta Procedencia: TRIB. MILITAR CENTRAL Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández Transcrito por: CVS Nota:

Resumen Artículo 8.37 LO 12/07 RDGC . Invitación a acto oficial. Ausencia de tipicidad en la conducta del militar que respetuosamente excusa su asistencia.

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 1/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

Sentencia núm. 66/2017

Excmos. Sres. D. Angel Calderón Cerezo, presidente D. Javier Juliani Hernán D. Benito Gálvez Acosta D. Francisco Javier de Mendoza Fernández D. Jacobo López Barja de Quiroga

En Madrid, a 30 de mayo de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación número 201/1/2017, interpuesto por el sargento de la Guardia Civil don Erasmo , representado por el procurador don Rodrigo Peña Pascual, contra Sentencia de fecha 19 de julio de 2016 , dictada por el Tribunal Militar Central, que desestimaba el recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 189/2015, interpuesto contra la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 18 de septiembre de 2015, que agotó la vía administrativa al confirmar en alzada el acuerdo del Ilmo Sr. Director General de la Guardia Civil de 17 de febrero del mismo año, que le sancionó como autor de una falta grave consistente en la "infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulta inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el artículo 8, apartado 37 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ; ha comparecido como recurrido el Ilmo. Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, contiene la relación de hechos probados que se relatan en el fundamento de derecho primero de la presente sentencia.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia, de fecha 19 de julio de 2016 , del Tribunal Militar Central, es del siguiente tenor literal:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 189/15, interpuesto por el Sargento de la Guardia Civil don Erasmo contra la resolución del Sr. Ministro de



Defensa de fecha 18 de septiembre de 2015, que agotó la vía administrativa al confirmar en alzada el acuerdo del Sr. Director General de la Guardia Civil de 17 de febrero del mismo año, que impuso al recurrente la sanción de pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones como autor de una falta grave consistente en "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulta inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el artículo 8, apartado 37 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ».

TERCERO.- Notificada que fue la sentencia a las partes, por la representación procesal del sargento don Erasmo , se presentó escrito manifestando su intención de interponer recurso de casación; que se tuvo por preparado según auto, del Tribunal Sentenciador, de fecha 24 de octubre de 2016.

CUARTO.- Con fecha 4 de enero de 2017, tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Supremo la correspondiente formalización de recurso de casación, interpuesta por el procurador de los Tribunales don Rodrigo Pascual Peña, en nombre y representación del sargento don Erasmo , que fundamentó en los motivos que se enuncian, y desarrollan en los fundamentos de la presente resolución.

Dado traslado del recurso al Sr. Abogado del Estado, presentó escrito de oposición en el que interesaba la desestimación del mismo, por ser plenamente ajustada a Derecho la resolución jurisdiccional recurrida.

QUINTO.- Admitido y declarado concluso el presente rollo, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del mismo, el día diez de mayo de dos mil diecisiete; habiendo declinado la redacción de la sentencia el Magistrado ponente primeramente designado, D. Javier Juliani Hernán , por providencia de fecha 16 de mayo de 2017 quedó encomendada la misma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al Magistrado D. Benito Gálvez Acosta, quien, una vez finalizada la deliberación, votación y fallo de dicho recurso, lo ha llevado a efecto con el resultado que a continuación se expresa.

Habiendo redactado el Excmo. Sr. Magistrado ponente la presente Sentencia con fecha veintidós de mayo siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2016, el Tribunal Militar Central dictó sentencia desestimando recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 189/15, interpuesto por el sargento de la Guardia Civil don Erasmo contra resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 18 de septiembre de 2015, que confirmó en alzada el acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de la Guardia Civil de fecha 17 de febrero del mismo año. Resolución que impuso al recurrente la sanción de pérdida de 15 días de haberes con suspensión de funciones como autor de una falta grave, prevista en el art. 8 apartado 37 de la L.O. 12/07 de 22 de octubre , de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta.

Como hechos probados referida sentencia declara los siguientes:

«El Presidente del Consell Insular de Formentera remitió al demandante, sargento de la Guardia Civil don Erasmo , Comandante del Puesto de Formentera, una invitación para asistir al acto institucional de entrega de la Medalla de Oro de Formentera y de los premios "Sant Jaume", que con motivo de la diada de Formentera tendría lugar el día 24 de julio de 2014, a las 20:30 horas, en la Sala Municipal de Cultura de dicha isla.

Recibida la invitación, a las 11.36 horas del día 23 de julio de 2014 el recurrente remitió, desde su cuenta oficial de correo electrónico DIRECCION000 , un mensaje dirigido a la dirección electrónica de la Presidencia del Consell (DIRECCION001) un mensaje que literalmente decía: "Les confirmo que el Comandante de Puesto de la Guardia Civil de Formentera no acudirá a los actos de la Diada de Formentera, para así ceder su asiente a autoridades u otras personas que lo soliciten, ya que según me informó en eventos anteriores su jefa de protocolo, teniendo en cuenta su formación y conocimientos, las autoridades militares no figuran en el protocolo balear, y por ello les agradezco la invitación pero otros asuntos en los que es necesaria mi presencia requieren mi atención. Un saludo".

El tenor del correo electrónico produjo un notable malestar en la Presidencia del Consell de Formentera, que fue participado personalmente por su Presidente al Comandante Jefe de la Compañía de Ibiza, de la que depende orgánicamente la Unidad al mando del demandante».

Como elementos de convicción citada sentencia anota los siguientes: La invitación recibida y texto del correo electrónico declinando dicha invitación. Reconocimiento, en su declaración, por el sargento Erasmo de ser autor del correo electrónico en cuestión. Parte disciplinario emitido por el Comandante Jefe de la Compañía



de Ibiza, ratificado ante el instructor del expediente, refiriendo el malestar originado por la contestación del sargento a la invitación recibida.

La recurrida sentencia, en su fundamento primero, desestima la pretendida vulneración del principio de presunción de inocencia, al considerar que la autoría del "correo electrónico", y su contenido, se desprende inequívocamente de la prueba documental y del propio reconocimiento de su autor.

En su fundamento de derecho segundo, desestima la aducida vulneración del derecho de defensa por denegación de la prueba testifical, propuesta por el expedientado, ante el instructor del expediente, relativa a la declaración de la Secretaria de Presidencia del Consell de Formentera. A tal fin, el Tribunal afirma compartir plenamente el criterio del instructor, en su resolución denegatoria al efecto, por considerar la nula utilidad de la prueba denegada, toda vez que los hechos imputados al demandante estaban acreditados por los medios que dicho instructor detalla, sin que la declaración de la testigo propuesta pudiera aportar ningún elemento relevante al resultado de la instrucción.

En su relación, trae a colación doctrina de la Sala Quinta (SST 20-2-2006 y 29-6-2016) relativa a que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el art. 24 de la CE, cual sea el derecho de defensa, realizadas en el expediente disciplinario, no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso.

En su fundamento tercero analiza la cuestión relativa la tipicidad de la conducta sancionada respecto del apartado 37 del artículo 8 de la LORDGC 12/07, que sanciona, como falta grave, "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida, que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta".

En el fundamento cuarto, finalmente, analiza la cuestionada proporcionalidad de la sanción impuesta que, en definitiva, considera adecuada.

SEGUNDO.- Por la representación procesal del sargento don Erasmo se ha interpuesto recurso de casación, ante esta Sala, con fundamentación en los siguientes motivos:

Primero : "A tenor de lo establecido en los art. 88 de la Ley 29/1988 de la Jurisdicción Contencioso administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, por vulneración del derecho fundamental del actor a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la C.E. "

Segundo : "A tenor de lo establecido en el art. 88 de la Ley 29/1988 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, por vulneración del principio de legalidad proclamado en el art. 25.1 CE, en relación con el apartado 37 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ".

Tercero .- "A tenor de lo establecido en el art. 88 de la Ley 29/1988 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, por vulneración de lo estipulado en el artículo 19 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre "

Por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, y en el correspondiente trámite, se ha formulado expresa oposición a los aludidos motivos de recurso, interesando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto.

TERCERO. - Con carácter previo hemos de recordar (con las Sentencias entre otras de 29-10-2015 y 25-4-16) que el único objeto del recurso de casación viene representado por la sentencia que se impugna, y no por lo actuado en el procedimiento sancionador. Asimismo, que el recurso extraordinario de casación debe dirigirse a la censura puntual, y por motivos tasados, de la Sentencia de instancia con la que concluyó el litigio propiamente dicho; pudiéndose solicitar, en esta vía, que la Sala verifique la corrección con la que procedió el órgano sentenciador en la adecuación al caso de la norma aplicable, dentro del control que le corresponde del ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito castrense.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, impide someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal "a quo", salvo en muy limitados supuestos; y requiere en su planteamiento una crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada. No siendo suficiente que el recurrente manifieste su disenso con la resolución judicial recurrida mediante la reiteración de lo ya expresado en la instancia.



Efectivamente ha de tenerse en cuenta, y resulta obligado insistir en ello, que la expresión razonada de los motivos que deban servir de fundamento al recurso de casación no es una mera exigencia rituarial, desprovista de sentido, sino un elemento determinante del marco dentro del que debe desarrollarse la controversia, y en torno al cual el Tribunal de casación ha de pronunciarse.

Por demás, la Sala viene reiterando que la propia naturaleza del recurso de Casación exige la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un exceso de rigorismo formalista sino una exigencia por su carácter de recurso extraordinario solo viable, en consecuencia, por los motivos legalmente tasados; y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en sus aspectos formales como en los sustantivos, que haya realizado la sentencia de instancia .

CUARTO.- Desde tales consideraciones, versando sobre el primer motivo de recurso, y no sin advertir en su desarrollado un cierto confusiónismo, por cuanto que alude tanto a elementos propios del alegado principio de presunción de inocencia, como a otros mas acordes con el principio de legalidad-tipicidad, que es formulado en el segundo de los motivos, hemos de anticipar su desestimación. Y ello por cuanto que el Tribunal, en su sentencia, explicita razonadamente aquellos elementos probatorios que, con carácter incriminador y prueba de cargo suficiente, constan en el expediente. Elementos de prueba, relacionados como elementos de convicción, que han sido valorados adecuadamente en la sentencia, con parámetros de racionalidad y lógica bastante; por demás sin atisbo de arbitrariedad. Sabido es, y reiteradamente la Sala se ha pronunciado al respecto, que la valoración de la prueba es función que compete esencialmente al Tribunal de instancia; correspondiendo al Tribunal de Casación el control sobre su existencia y válida obtención, así como verificar si en la apreciación de los elementos que la integran se ha procedido de forma lógica y razonable. Pues si de las pruebas practicadas no fuere dado deducir los hechos que, como acreditados, se contienen en la sentencia que se recurre, carentes en consecuencia del suficiente y racional sustento que ha de presentar el acervo probatorio, habría de producirse, en tal caso, vulneración del derecho de presunción de inocencia.

No siendo de apreciar que tales circunstancias negativas concurren en el presente caso, el motivo debe ser desestimado toda vez que, la determinación de la resultancia fáctica, ha sido efectuada por el Tribunal de instancia de conformidad con el precedente enunciado. Consta acreditada, incluso por el expreso reconocimiento del hoy recurrente, la emisión del correo electrónico y su autoría; hechos nucleares, según la resolución recurrida, de la infracción imputada.

El motivo, como se anunció, ha de ser desestimado.

QUINTO.- Afirma el recurrente, en su segundo motivo de recurso, que la conducta considerada probada en la sentencia impugnada adolece de tipicidad, dado que no se han acreditado en el procedimiento ni los elementos objetivos ni subjetivos del tipo; y sí, por el contrario, que no existe norma que indique la obligación de asistir al acto, en concreto, por parte del sargento Erasmo . No habiéndose producido, en consecuencia, vulneración de ninguna obligación legal o reglamentariamente establecida, que resulte inherente al cargo o a la función, cuando tal vulneración se produzca de forma grave y manifiesta. Añadiendo, además, que la sentencia impugnada no señala cuál fuese la norma que contiene aquella obligación legal.

En su relación hemos de recordar, con reiterada doctrina de esta Sala por todas 27-6-2012, que el principio de tipicidad, o de legalidad material, consagrado en el artículo 25.1º de la Constitución , se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de los tipos, es decir, en la concreción previa de las conductas infractoras, y de sus correspondientes sanciones, en una norma previa y cierta.

La tipicidad requiere que el acto u omisión sancionado se halle claramente definido en el ordenamiento jurídico; definición que implica fijar con claridad, exactitud y precisión las palabras o elementos que han de complementar esa específica tipicidad. Efectivamente, una conducta es típica solo cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica. Es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho real cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto.

Tal exigencia de tipicidad, sin embargo, no se incumple por los tipos sancionadores parcialmente en blanco; dicese de aquellos que requieren ser complementados por remisión a otras normas, siempre que el reenvío normativo esté justificado, la norma sancionadora contenga el núcleo esencial de la prohibición y se respete la exigencia de certeza (SSTC 127/90, de 5 de Julio , 118/92, de 16 de Septiembre y 62/94, de 28 de Febrero , entre otras muchas). Estos requisitos para la validez del tipo aparecen cumplidos en el precepto utilizado en el caso enjuiciado, en el que el núcleo esencial del injusto queda claramente identificado en "el incumplimiento de un deber legal o reglamentario inherente al cargo o a la función cuando se produzca de forma grave o manifiesta".

Siendo pues éste el tipo aplicado, hemos de examinar ahora la alegación del recurrente, precedentemente anotada, referida en definitiva a la falta de concreción, tanto en la resolución sancionadora como en los hechos



probados de la Sentencia impugnada, respecto a la "obligación legal o reglamentariamente establecida", inherente al cargo, que se le imputa haber incumplido de forma "grave y manifiesta". Infracción cuya consumación exige la determinación complementaria que la perfecciona.

En la pauta propuesta, incuestionada la autoría del correo electrónico y la condición de guardia civil del sargento Erasmo , así como su carácter, a la sazón, de Comandante del Puesto de Formentera, máxima autoridad de la Guardia Civil, y única representación del Estado en la Isla, es de observar que la recurrida sentencia, en su fundamento tercero, analizando la cuestión relativa a la tipicidad de la conducta sancionada conforme al apartado 37 del artículo 8 de la LORDGC 12/2007, enuncia e incide en los elementos que han de integrar dicha infracción con argumentos del siguiente tenor:

1º.- En cuanto a la infracción de un deber jurídico inherente a la referida condición del sujeto. Tal deber, lo anuda el Tribunal a atender, con un mínimo de cortesía y educación, las invitaciones para asistir a actos institucionales, como el que motivan los hechos de autos. Deber de atención que, afirma, viene conformado de forma "inequívocamente imperativa" en:

a) Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, aplicables en el ámbito de la Guardia Civil a virtud de lo dispuesto en su art. 2.2 y en el Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre , al menos en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que anuncia el art. 7.2 de la Ley 29/14 .

Se remite, en concreto, al art. 30 en cuanto establece que el militar, (Guardia Civil) "pondrá de manifiesto el respeto y cortesía militar en sus relaciones con las autoridades del Gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas y de los poderes Legislativo y Judicial, así como con las demás autoridades de las Administraciones Públicas".

Igualmente se remite a su artículo 32, que indica el deber de deferencia y cortesía al referirse a las relaciones con la población civil.

b) La Orden General de la Guardia Civil número 9, dada en Madrid a 22 de noviembre de 2012, cuyo artículo 14, entre otras responsabilidades, establece: que "el Jefe de Unidad se esforzará por mantener un permanente contacto con los ciudadanos y con las entidades en que se agrupan, así como con las Autoridades Públicas.

c) La Circular de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, de 28 de febrero de 2012, sobre Orientaciones para el ejercicio del mando por el Comandante de Puesto. Orientaciones que señalan que estos jefes de Unidad son pieza clave en la interlocución, relación continua y consiguiente representación corporativa con las autoridades civiles. Añadiendo que, en caso de derivarse de esos contactos alguna invitación para participar en los eventos que tengan lugar en los municipios bajo su responsabilidad, estas invitaciones "deberán ser tratadas como un acto de servicio más, siendo conscientes de que a quien se está representando en ese momento es al Cuerpo de la Guardia Civil".

2º.- En cuanto al carácter "grave y manifiesto" del incumplimiento. El elemento de "gravedad" lo residencia el Tribunal en: "que el demandante era el miembro mas caracterizado de la Guardia Civil en toda la isla de Formentera, a lo que se añade la circunstancia de que era también el único representante de la representación del Estado en toda la isla. Por lo cual su descortés conducta produjo una notable erosión en las relaciones de la Administración Insular con la del Estado, manifestada en el malestar que el propio Presidente del Consell de Formentera puso de manifiesto al Comandante Jefe de la Compañía de Ibiza, de la que dependía el puesto al mando del Comandante".

Finalmente, concluye la recurrida sentencia que el incumplimiento resulta "manifiesto", pues se produce mediante el empleo de un correo electrónico remitido a la Institución que había remitido la invitación. Correo que califica de "grosero".

Desde estas concretas consideraciones, el Tribunal termina afirmando la tipicidad de la conducta sancionada en los términos que constan.

Ello establecido, referidas consideraciones evidencian que, para el Tribunal, el sustrato básico constitutivo de la infracción deviene ser el "respeto y cortesía" que el militar, en este caso el sargento Comandante de Puesto don Erasmo , ha de mantener en las relaciones con la autoridad de la Administración Pública, encarnada, en el supuesto de autos, en el Presidente del Consell Insular de Formentera. Incumplimiento; infracción de dicho "respeto y cortesía" que, en la tesis de la recurrida sentencia deviene ser el deber u obligación legal o reglamentaria establecida que resulte inherente al cargo o la función, en cuanto a elementos configuradores de la falta imputada. Infracción cuya "gravedad" es residenciada, exclusivamente, en el "malestar" del Presidente del Consell, según referencia del Comandante Jefe de la Compañía de Ibiza.



Desde tales premisas, y a los efectos resolutorios que se estiman proceden, una primera cuestión a resolver es si el "correo" remitido por el sargento es irrespetuoso o descortés; lo segundo ha de ser si el sargento, Comandante de Puesto, tenía obligación legal o reglamentaria de asistir al "acto"; y una tercera si, en cualquier caso, la supuesta infracción reviste el carácter de "gravedad" que el tipo exige.

El Tribunal, de forma apodíptica, y en asertórica afirmación, califica el "correo" como "grosero", sin mayor razonamiento. Concepto, "grosero", que entre sus diferentes acepciones, en relación al caso, se ha de traducir en comportamiento irrespetuoso. La simple lectura de los términos que dicho correo contiene, sin embargo, por sus palabras y natural expresión no reflejan tal carácter, que la sentencia le atribuye, toda vez que tal conceptualización se ha de efectuar soslayando sensibilidades subjetivas que no pueden constituirse en determinación objetiva de dicha calificación. No debiendo ser olvidado, por demás, el argumento dado por el sargento Comandante de Puesto al excusar su presencia, cuyo fundamento, como indica, no es otro que el de preservar la dignidad de la "autoridad militar" que, como máxima autoridad militar en la Isla, ostentaba. Concepto, "dignidad", relativamente indeterminado pero siempre referido a los valores de decoro, realce y honorabilidad propios de la Institución Militar.

En orden al deber legal o reglamentario, que se dice incumplió el sargento Comandante de Puesto, el fundamento normativo traído a colación en la sentencia evidencia carecer de la entidad que se le atribuye. Sabido es, y se anotó precedentemente, que el complemento definitorio de los "tipos" denominados en blanco exige precisión en aras de la debida seguridad jurídica; más ante normas sancionadoras cuya interpretación siempre, y en todo caso, ha de ser restrictiva. En el presente caso, es obvio que los términos de las normas de referencia, a las que el Tribunal acude, carecen de tal precisión e imperatividad. Antes bien, evidencia su contenido que constituyen simples referencias genéricas, de carácter incluso meramente orientativo, como bien consta en el enunciado de la Circular número 2 de la Dirección Adjunta Operativa, de 28 de febrero de 2012, sobre Orientaciones para el ejercicio del mando por el Comandante de Puesto.

Sustentar en esa indefinición el "tipo" sancionador, deviene en puro ejercicio voluntarista extraño al aludido principio de interpretación restrictiva, que toda norma punitiva exige.

Inexistente pues la pretendida obligación legal o reglamentaria, resulta innecesario entrar a resolver sobre la cuestión relativa a la presunta "gravedad" de la infracción. No obstante, hemos de anotar que, anudar la "gravedad" a un simple testimonio referencial de "malestar", constituye un exceso vinculado a un mero sentimiento subjetivo. Por "grave", ciertamente, ha de entenderse una conducta que atente contra la dignidad de la Institución, de forma trascendente, afectando a valores que entrañan sus señas de identidad.

Por todo ello, siendo intrascendente entrar a considerar el tercer motivo de recurso, atinente a la proporcionalidad de la sanción impuesta, procede estimar el recurso de casación interpuesto por el sargento de la Guardia Civil don Erasmo .

SEXTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación número 201/1/2017, interpuesto por la representación procesal del sargento de la Guardia Civil don Erasmo , frente a la sentencia, de fecha 19 de julio de 2016 , dictada por el Tribunal Militar Central, la cual anulamos. En consecuencia, se deja sin efecto la resolución del Ilmo. Sr. Director General de la Guardia Civil de fecha 17 de febrero de 2015, confirmada en alzada por otra resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 18 de septiembre de 2015, que impuso al recurrente la sanción de pérdida de quince días de haberes, con suspensión de funciones, como autor de una falta grave, prevista en el art. 8, apartado 37 de la LO 12/07 de 22 de octubre , de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentaria establecida que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta".

2º.- Declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes con remisión de testimonio al Tribunal sentenciador en unión de las actuaciones que en su día elevó a esta Sala, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Angel Calderón Cerezo

Javier Juliani Hernán Benito Gálvez Acosta



Francisco Javier de Mendoza Fernández Jacobo López Barja de Quiroga

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 30 de mayo de 2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO
Número: 1/2017 Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Javier Julián Hernán

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON Javier Julián Hernán A LA SENTENCIA DE FECHA 30 DE MAYO DE 2017, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NUMERO 201/1/2017. Mi discrepancia con el criterio de la mayoría de la Sala, al estimar el recurso casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central con fecha 19 de julio de 2016, estriba sustancialmente en que entiendo que no cabe sino subsumir la conducta que se tiene por probada en el tipo disciplinario aplicado, por lo que debería haber sido confirmada la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en el presente asunto. 1.- Con el debido respeto al criterio de quienes se pronunciaron en sentido contrario al que defendí en mi ponencia, razonaré mi discrepancia recogiendo en primer lugar lo esencial de la argumentación que se emplea en la sentencia de la que disiento para determinar la falta de tipicidad de la conducta enjuiciada. Así, la mayoría de esta Sala después de señalar que «el complemento definitorio de los "tipos" denominados en blanco exige precisión en aras de la debida seguridad jurídica; más ante normas sancionadoras cuya interpretación siempre, y en todo caso, ha de ser restrictiva», concluye que en el presente caso «es obvio que los términos de las normas de referencia, a las que el Tribunal acude, carecen de tal precisión e imperatividad» y significa que «antes bien, evidencia su contenido que constituyen simples referencias genéricas, de carácter incluso meramente orientativo, como bien consta en el enunciado de la Circular número 2 de la Dirección Adjunta Operativa, de 28 de febrero de 2012, sobre Orientaciones para el ejercicio del mando por el Comandante de Puesto». Pues bien, como correctamente señala la sentencia de instancia el tipo disciplinario aplicado por las resoluciones impugnadas es el contenido en el artículo 8, apartado 37, LORDGC: «La infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta»; y por tratarse de un tipo disciplinario de los denominados «en blanco», se encuentra necesitado de la necesaria concreción en la norma que le sirva de cobertura para la fijación de la obligación profesional que se considera infringida. Precisa el Tribunal de instancia que en el caso aquí planteado «el deber vulnerado es el de mantener el necesario contacto con las autoridades civiles con las que se relacione el demandante por razón de su cargo, que incluye el de atender con un mínimo de cortesía y educación las invitaciones para asistir a actos institucionales como el que motiva los hechos de autos, que la propia normativa interna que luego se dirá califica como acto de servicio. Cortesía que a su vez implica o bien la asistencia al acto, o bien, como mínimo, una excusa educada, aséptica y ayuna de todo matiz crítico o irónico hacia la institución o autoridad de quien emane la invitación recibida», concretando a continuación las disposiciones reglamentarias que regulan el deber incumplido y que «nos dice la sentencia impugnada» «se refieren al mismo de forma inequívocamente imperativa». Así se refiere el Tribunal Militar Central en primer lugar a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aplicables en el en el ámbito de la Guardia Civil, y que en su artículo 30, establecen que el militar y por su condición de tal «pondrá de manifiesto el respeto y cortesía militar en sus relaciones con las autoridades del Gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas y de los poderes legislativos y judicial, así como con las demás autoridades de las Administraciones Públicas». Pero es que, como bien señala la sentencia de instancia, dicho comportamiento respetuoso y cortés, que resulta obligado a los miembros de la Guardia Civil en sus relaciones con las diversas Autoridades, se concreta en normas específicas de la Benemérita Institución, como la Orden General número 9, dada en Madrid, a 22 de noviembre de 2012, sobre mando, disciplina y régimen interior de las Unidades, que dirigida a los Jefes de Unidades no se limita a realizar una mera recomendación o sugerencia en su trato con las «autoridades públicas», sino que en su artículo 14 exige en su contacto con dichas Autoridades, entre otras responsabilidades en el ejercicio del mando su «esfuerzo» por mantener un permanente contacto con las autoridades públicas. Y hemos de coincidir también con el Tribunal de instancia en que «como ya señalaba el Director General de la Guardia Civil al dictar la resolución sancionadora» en la Circular 2 de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, orientadora del ejercicio del mando por los Comandantes de Puesto, después de señalarse que «son pieza clave en la interlocución, relación continua y consiguiente representación corporativa con las autoridades civiles (...)» y advertir que «como consecuencia de estos contactos periódicos se derivará, en la mayoría de los casos, invitación para participar en los principales eventos que tengan lugar en los municipios bajo su responsabilidad», se ordena claramente de forma imperativa que «en estos casos, estas invitaciones **deberán ser tratadas como un acto de servicio más**, siendo conscientes de que a quien se está representando en ese momento es al Cuerpo de la Guardia Civil». 2.- Y sin duda el comportamiento del expedientado no se compadece en forma alguna con el respeto y cortesía militar que había de guardar



en su relación con la invitación que le había sido cursada en su condición de Comandante de Puesto por el Presidente del Consell Insular de Formentera para la asistencia a un acto institucional, a la que contesta de forma -cuando menos- objetivamente desconsiderada, que se desprende sin esfuerzo del texto del correo remitido a la Presidencia del Consell, por contra de lo que entiende la mayoría de esta Sala. Se enfatiza en la Sentencia de la que discrepamos <<el argumento dado por el sargento Comandante de Puesto al excusar su presencia, cuyo fundamento, como indica, no es otro que el de preservarla dignidad de la "autoridad militar" que, como máxima autoridad militar en la Isla, ostentaba>>, significándose a continuación: <<Concepto, dignidad, relativamente indeterminado pero siempre referido a los valores de decoro, realce y honorabilidad propios de la Institución Militar>>, cuando tal justificación a su comportamiento, motivado por un pretendido agravio previo por parte de la Jefa de Protocolo del Consell, ni está acreditado, ni forma parte del relato fáctico que se contiene en la sentencia de instancia. Efectivamente, desde su primera declaración en el expediente - y después de reconocer en ella que conocía la Orden General y la Circular antes citada y que no había delegado en el Cabo 1º para su representación en dicho acto, porque normalmente era él quien comparecía- el expedientado trató de justificar su descortés rechazo a la invitación al acto y el contenido de su correo en un "malentendido" habido en un momento anterior con la Jefa de Protocolo del Consell de Formentera. Y en este sentido vuelve a aducir ahora en esta sede casacional la defensa letrada del recurrente en que "consta acreditado en el expediente, que al ser invitado el Sargento recurrente al acto institucional de la entrega de la Medalla de Oro de Formentera y de los Precios de San Jaume, el cual iba a tener lugar el día 24 de julio de 2014 a las 20:30, el mismo no iba a acudir, y fue por este motivo por el que el recurrente envió un correo electrónico a la Secretaria de Presidencia del Consell de Formentera, con la que tuvo un incidente en un acto anterior, concretamente en el día de las Islas Baleares, con fecha 01 de marzo de 2014, en el cual dicha Secretaría de la presidencia, la cual actúa también como jefa de protocolo, situó al recurrente en un lugar en el cual pensó el mismo que no le correspondía, y ella, una vez que el Sargento Erasmo fue a preguntar el por qué le había colocado en una cuarta fila y aislado (estaba solo en la cuarta fila de un cine, habiendo sitios libres tanto en la segunda como la tercera fila), la misma le respondió de forma muy descortés, *MANIFESTÁNDOLE QUE LA GUARDIA CIVIL NO APARECÍA EN EL PROTOCOLO BALEAR* y que debía dar gracias de que se le invitara, y que además no había confirmado la asistencia al acto por correo electrónico, así que era el sitio que le quedaba". Y se nos argumenta inmediatamente a continuación en el recurso que "tras el episodio anteriormente relatado, esta parte entiende que resulta coherente que el Sargento Erasmo se sintiera molesto, elevando el mismo una queja verbal al departamento de relaciones públicas de la Comandancia de la Guardia Civil de Baleares, la cual quedó en nada, además de comunicárselo a su inmediato superior telefónicamente, el Comandante Jefe de la Compañía de Ibiza, el cual le manifestó que si había sido así, *no fuera más a ningún acto*". Significando finalmente que: "En cuanto al acto institucional con fecha 24 de julio de 2014 al que se hace referencia en el expediente disciplinario, y atendiendo a lo que la secretaria/jefa de protocolo del Consell indicó al Sargento Erasmo, el mismo envió un correo a su atención, excusando de la no asistencia con las mismas razones que ella le había indicado, y que él desconocía". Tal excusa, sin embargo, queda desvirtuada por la declaración prestada en el expediente por el Comandante Jefe de la Compañía de Ibiza, promotor del parte disciplinario que dio lugar al inicio de las actuaciones disciplinarias y que, al ratificar dicho parte y ser luego preguntado, en presencia del expedientado, "si el Sargento Erasmo le informó o le dio novedades sobre su invitación al acto de la Diada de Formentera y de las razones que justificaban su no asistencia", manifestó que "no", negando también que le dijera al Sargento que no atendiera las invitaciones del Consell, sin que tales negaciones fueran cuestionadas por el expedientado, repreguntando a su Comandante, quien explicó a continuación "que él supo de esa incidencia por boca de la Secretaria y Jefe de Protocolo del Consell, que le aclaró que se situó al Sargento en dicho lugar porque no había confirmado su asistencia y hubo que improvisar; y respecto a los asientos vacíos en las filas precedentes eran reservados a Autoridades que sí habían confirmado la asistencia y que el Sargento no pudo saber si se cubrieron toda vez que según la versión de dicha Señora, porque se marchó". Pero es que, en cualquier caso, y al margen del reproche que ha de merecer en sí mismo el contenido descortés del correo que remitió al Presidente del Consell, lo que resulta evidente es que en forma alguna correspondía al Sargento atribuirse una defensa de la dignidad de la Institución por una cuestión de protocolo y tratar de reponer tal dignidad, rechazando de forma insolente y grosera -esto es, con clara descortesía- la invitación que le había sido cursada, sin llegar a comunicárselo a sus superiores, a los que en su caso hubiera correspondido valorar la pretendida ofensa, y que no solo no corroboraron su comportamiento, sino que lo consideraron reprochable. 3.- Dicho lo anterior, poco cabe añadir a lo que se dice en la sentencia de instancia respecto del carácter doloso de la conducta y su gravedad, pues el sancionado -que como antes dejamos señalado conocía perfectamente las normas citadas y el comportamiento cortés y considerado que allí se predicaba respecto de todas las Autoridades públicas- contravino dichas normas voluntariamente al excusar -en los términos desconsiderados que han quedado probados- su asistencia al acto al que había sido invitado, sin justificación alguna para ello que no fuera su propio y particular disgusto. La gravedad de la conducta que conduce a la infracción grave apreciada resulta también nítida, pues como acertadamente significa el Tribunal de instancia y recuerda la Abogacía del Estado, el recurrente era el miembro más caracterizado de la Guardia



Civil en toda la isla de Formentera y el único representante de la Administración del Estado en la misma. Y ha quedado suficientemente acreditado que la descortés conducta perturbó el modo considerado y respetuoso en el que obviamente debían producirse las relaciones entre las diversas autoridades y los representantes de la administración del Estado. Así, el propio Presidente del Consell de Formentera puso de manifiesto su malestar por dicha conducta al Comandante jefe de la Compañía de Ibiza, de la que dependía el Puesto al mando del recurrente. Todo lo cual, en definitiva, debió llevar a esta Sala a corroborar que el comportamiento sancionado fue correctamente calificado por la Autoridad sancionadora, confirmando así la sentencia de instancia que llegó a la conclusión de que la conducta del recurrente había sido adecuadamente calificada por la resolución sancionadora recurrida, sin que se produjera la falta de tipicidad que alegaba el demandante, ni vulneración alguna del principio de legalidad. La conformidad con la sentencia de instancia también la dejamos referida a los restantes motivos de casación y especialmente a la proporcionalidad de la sanción impuesta, por las razones que se contienen en la sentencia de instancia, que debió ser ratificada.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 30 de mayo de 2017 Tipo de procedimiento: CASACION CONTENCIOSA Número: 1/2017 Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Angel Calderón Cerezo

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Angel Calderón Cerezo, PRESIDENTE DE LA SALA, A LA SENTENCIA DE FECHA 30 DE MAYO DE 2017, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR 201/01/2017.

Con las deferencias de rigor para los Magistrados que en la ocasión conformaron la mayoría del Tribunal, paso a exponer las razones de mi discrepancia con la presente sentencia, reiterando ahora lo ya dicho en el acto de la deliberación del recurso.

1.- Comienza la presente sentencia recordando nuestra jurisprudencia constante sobre que el único objeto de este recurso extraordinario de casación viene representado por el contenido de la sentencia de instancia, para cuya censura puntual están previstos los motivos casacionales regulados en el art. 88 de la ley jurisdiccional Contencioso Administrativa 29/1998, en su redacción anterior a la entrada en vigor, el 22.07.2016 de la reforma operada por LO 7/2015, de 21 de julio.

Parte esencial de la sentencia recurrida es el relato fáctico probatorio que, como regla general, resulta vinculante en este trance casacional (a salvo lo dispuesto en el art. 88.3 de la ley citada que no ha sido objeto de aplicación).

Dicha narración histórica reproduce literalmente la comunicación remitida por el recurrente, Sargento Comandante de Puesto, contestando a la invitación recibida de la Presidencia del Consell Insular de Formentera para asistir a determinado acto institucional. El mensaje remitido por correo electrónico era del siguiente tenor: <<les confirmo que el Comandante de Puesto de la Guardia Civil de Formentera NO ACUDIRÁ a los actos de la Diada de Formentera, para así ceder su asiento a autoridades u otras personas que lo soliciten, ya que según me informó en eventos anteriores su jefa de protocolo, teniendo en cuenta su formación y conocimientos, las autoridades militares no figuran en el protocolo balear, y por ello les agradezco la invitación pero otros asuntos en los que es necesaria mi presencia requieren mi atención. Un saludo>>.

2.- El Tribunal sentenciador confirmó en la instancia la sanción impuesta a dicho Comandante de Puesto, por la comisión de la falta grave tipificada en el art. 8.37 LO 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en <<la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentaria antes establecida que resulta inherente al cargo o a la función cuando se produzca de forma grave y manifiesta>>. A efectos de concreción de la tipicidad se citaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (arts. 30 y 32); la Orden General del Cuerpo nº 9, de 22 de noviembre de 2012 (art. 14) y la Circular de 28 de febrero de 2012 de la Dirección Adjunta Operativa; normativa referida toda ella a las relaciones en general de los militares con las autoridades Institucionales y organismos público, a mantener en términos del debido respeto y cortesía, y en particular en lo que se refiere a los mandos de la Guardia Civil y quienes fueran Comandantes de Puesto.

En la formalización del presente recurso se alegaron diversos motivos en defensa de la pretensión anulatoria de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, la degradación de la infracción a falta leve, habiéndose estimado el motivo basado en infracción del principio de legalidad y su complemento de tipicidad, decisión estimatoria que se funda en lo siguiente: **a)** Inexistencia del deber que se considera infringido; **b)** Corrección de los términos en que el recurrente se excusó de asistir al acto para el que fue invitado; **c)** La razón de la



inasistencia obedeció a la intención de preservar la dignidad militar, en su condición de máxima autoridad militar de la isla, y **d)** Falta de gravedad del hecho.

3.- No puedo compartir los argumentos que se vierten en esta nuestra sentencia ni la conclusión a que se llega, según la cual carece de relevancia disciplinaria un comportamiento como el que se declara probado.

a) El deber que el Tribunal de instancia tuvo por infringido no fue tanto el de inasistir al acto que motivó la invitación, sino el excusarse el recurrente en los términos en que lo hizo. La mayoría de la Sala los valora como correctos sin serlo en mi opinión. Aun dentro de la circunstancialidad con que deben apreciarse los conceptos relativamente indeterminados, en una valoración razonable de las expresiones utilizadas en el caso, según principios derivados de la común experiencia y de la lógica del criterio humano, tales manifestaciones debieron tenerse por desconsideradas y descorteses, rechazables en cualquier caso en las relaciones institucionales en cuyo contexto se produjeron. Prima en el texto el exabrupto, la salida de tono y el desahogo personal frente al buen modo que se espera de cualquier militar.

El deber de "atender" las invitaciones recibidas para dichos actos por un Comandante de Puesto no comporta necesariamente la asistencia a los mismos, pero sí la respuesta respetuosa y cortés en cada caso.

Lo contrario de lo hecho por el recurrente quien, entre las varias posibilidades de tratar el caso, se decantó por la más áspera y despreciativa desatención institucional.

b) La mención que se hace en la sentencia a propósito de la defensa de la dignidad militar, más tarde concretada en la dignidad institucional de la Guardia Civil, me parece perturbadora para la valoración del hecho. En primer lugar, porque ni en la relación probatoria, ni en el resto de la sentencia recurrida, obran datos objetivos sobre las circunstancias de un anterior incidente protocolario ocurrido en análoga ocasión que afectó al recurrente. La mención que se hace en el correo sobre que <<las autoridades militares no figuran en el protocolo militar>>, es una afirmación que la realidad contradice. Y en segundo lugar, el deseo de preservar la dignidad institucional del Cuerpo de la Guardia Civil supuestamente afectada por un incidente protocolario en que pudo verse implicado el recurrente, no cabe conceptuarlo causa de justificación eximente de responsabilidad, ni por la vía del ejercicio de un derecho legítimo ni a través del cumplimiento de un deber vinculante. La dignidad institucional, esto es, el honor, el decoro, el realce y el prestigio del Cuerpo de la Guardia Civil, desborda las posibilidades de un episodio como el que alega el recurrente, y su pretendida defensa por iniciativa personal, sin consultar al mando, comporta la asunción de riesgos ciertos en cuanto a sus impredecibles consecuencias, lo que también excede de las atribuciones ordinarias de un Comandante de Puesto.

Discrepo en cuanto a que en el caso se hubiera comprometido previamente tal dignidad institucional, ni comparto que su alegada defensa pueda erigirse jurídicamente en causa de justificación eximente de responsabilidad.

c) La gravedad del hecho, como elemento típico de la infracción apreciada, es cierto que no depende únicamente del sentimiento subjetivo de malestar sentido por la autoridad destinataria del correo, sino que radica en la aptitud del comportamiento de un Comandante de Puesto, única representación permanente de la Guardia Civil en la isla de Formentera, para ofender al Organismo destinatario de la misiva y su potencialidad para deteriorar las relaciones fluidas y corteses que deben existir entre la Guardia Civil y las demás instituciones y autoridades de la demarcación, cometido éste que incumbía al recurrente por razón de su cargo. Y en este sentido, no cabe desconocer que la misiva tan reiterada, por su inelegante y desabrido contenido, produjo el indeseado efecto negativo en el normal mantenimiento de aquellas relaciones, como apreciaron en su momento tanto el Presidente del Consell como los Mandos del recurrente.

d) En el recurso se solicitó, subsidiariamente, la degradación de la infracción a falta leve. Su apreciación en el caso hubiera compensado mínimamente la antijuricidad del hecho y la culpabilidad de su autor. La conducta enjuiciada no puede considerarse inocua ni mucho menos plausible, sino, en mi opinión, merecedora de respuesta disciplinaria al menos en los términos subsidiariamente solicitados por el recurrente.

Madrid, 30 de mayo de 2017