



Roj: STS 3052/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3052
Id Cendoj: 28079150012016100085
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Militar
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 19/2016
Nº de Resolución: 85/2016
Procedimiento: CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR
Ponente: JAVIER JULIANI HERNAN
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 19/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García
Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

Sentencia núm. 85/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderón Cerezo, presidente

D. Javier Juliani Hernán

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

D. Jacobo López Barja de Quiroga

En Madrid, a 29 de junio de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 201/19/16, interpuesto por la Procuradora D^a Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de D. Alejo , bajo la dirección letrada de D. Vicente Vega Martín, contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2015 , dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Ordinario número 27/15, seguido en el Tribunal Militar Central. Comparece ante esta sala, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia. Han dictado Sentencia los Exmos. Sres. Magistrados que al margen se relacionan.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Alejo interpuso recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central contra la resolución de fecha 8 de enero de 2015 del Director General de la Guardia Civil, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 2 de septiembre de 2014, dictada por el General Jefe de la Zona de Extremadura, por la que le imponía la sanción disciplinaria de PÉRDIDA DE DOCE DÍAS DE HABERES CON SUSPENSIÓN DE FUNCIONES, como autor de la falta grave consistente en "la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil", prevista en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil .

SEGUNDO.- El Tribunal Militar Central resolviendo el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Ordinario número 27/15, dictó sentencia el día 24 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO número 027/15, interpuesto por el Brigada de la Guardia Civil don Alejo contra la

resolución del Sr. Director General de la Guardia Civil de fecha 08 de enero de 2015, que agotó la vía administrativa al confirmar enalzada el acuerdo del Excmo. Sr. General Jefe de la IIIª Zona (Extremadura), de 02 de septiembre de 2014, que impuso a cada uno de los recurrentes la sanción de PÉRDIDA DE DOCE DÍAS DE HABERES CON SUSPENSIÓN DE FUNCIONES como autor de una falta grave consistente en "la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil" prevista y sancionada en los artículos 8, apartado 1, último inciso y 11.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil . Resoluciones ambas que confirmamos por ser en todos sus términos conformes a Derecho>>.

TERCERO.- Dicha sentencia contiene la siguiente relación de hechos probados:

<<El día 07 de febrero de 2014 fue detenido en las inmediaciones de la localidad de Plasencia (Cáceres) don Eduardo , poco después fallecido por herida de bala, individuo con numerosos antecedentes policiales y fugado el anterior día 21 de enero del Centro Penitenciario de Badajoz tras disfrutar de un permiso penitenciario, a quien con posteridad a ese día se le atribuían dos homicidios consumados cometidos en las provincias de Toledo y Badajoz, y otro homicidio intentado y un secuestro perpetrados en la localidad de Plasencia.

El demandante, que ostentaba el mando del puesto de la Guardia Civil de Malpartida de Plasencia (Cáceres), al ser informado por el Centro Operativo de Servicio de la Comandancia de Cáceres de que el citado Eduardo se dirigía a bordo de un automóvil robado hacia la localidad Plasencia, acudió por propia iniciativa, acompañado del Guardia Civil don Imanol , a la zona donde finalmente falleció el presunto homicida y secuestrador Eduardo . Una vez allí, el Brigada Alejo , que vestía el uniforme reglamentario del Cuerpo, se situó junto al cadáver de Eduardo , que yacía semidesnudo en el suelo, y pidió al Guardia Imanol que le hiciera una fotografía, a cuyo fin le entregó su teléfono móvil.

Hecha la instantánea, el Brigada Alejo la difundió algo antes de las 14:00 horas, utilizando la aplicación de mensajería "WhatsApp", a los miembros de un grupo de comunicación formado exclusivamente por Guardias Civiles destinados en el puesto a su mando, denominado "Pto. Malpartida", acompañando a la fotografía el comentario "AHÍ STA. FIAMBRE".

Poco tiempo después, la misma fotografía fue remitida por algún miembro del referido colectivo de mensajería a otro grupo de comunicación formado por interlocutores extraños a la Guardia Civil y terminó circulando por diversos grupos similares, compuestos también por personas ajenas al Instituto Armado. De esta manera, el Guardia don Samuel , que había recibido la imagen desde el teléfono móvil del Suboficial demandante a las 13:43 horas del día 07 de febrero de 2014, a las 14:40 horas del mismo tuvo conocimiento de que a su esposa le había sido enviada la misma imagen a través de un grupo de mensajería relacionado con los carnavales de la localidad de Tejeda del Tiétar. Del mismo modo, el Guardia don Luis Francisco , que había recibido la fotografía por primera vez desde el teléfono del demandante, la recibió de nuevo, enviada por personas ajenas a la Guardia Civil, a las 14:10 horas del día 07 de febrero de 2014.

La misma fotografía apareció publicada por el diario "Hoy" de Badajoz el día 08 de febrero de 2014, con el comentario "la fotografía que voló por las redes sociales", apareciendo también el siguiente día 11 de dicho mes en la página web radiointerior.es.>>

CUARTO.- Notificada la anterior sentencia, D. Alejo anunció su propósito de interponer contra la misma recurso de casación, que se tuvo por preparado por Auto del Tribunal Militar Central el día 11 de enero de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que compareciesen ante esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de instancia en el presente recurso, la Procuradora Dª Ana de la Corte Macías presenta escrito formalizando el mismo, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 22 de febrero de 2016, y en el que se invocan dos motivos de casación. El primero, por vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y a un proceso con todas las garantías; y el segundo, por infracción del principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) e indebida aplicación del artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil .

SEXTO.- Dado traslado del recurso al Abogado del Estado, mediante escrito que tiene su entrada por vía telemática en este Tribunal Supremo el día 4 de mayo de 2016, formula su oposición al mismo solicitando finalmente la desestimación del recurso por considerar la resolución recurrida plenamente ajustada a Derecho.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista y declarado concluso el recurso, se señala para deliberación, votación y fallo el día 15 de junio de 2016, a las 11:00 horas de la mañana, que se celebró en la fecha y hora señaladas, con el resultado que aquí se expresa

La redacción de la presente sentencia se ha finalizado por el Magistrado ponente con fecha 28 de junio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formaliza el presente recurso de casación a través de dos motivos a los que el recurrente antecede con un apartado previo en el que se limita a resaltar parte de los hechos que se tienen por probados en la sentencia de instancia y a los que dice conceder <<indudable importancia>> en la resolución del presente asunto.

Sin embargo, con clara falta del rigor formal que exige este tipo de recurso, el recurrente omite en el desarrollo del mismo la debida mención de los motivos casacionales en los que lo funda y cuya cita viene impuesta por su carácter de extraordinario. Sin embargo, en razón de las alegaciones de fondo que luego plantea y de que ambos motivos podrían haberse amparado en el artículo 88.1 d) de la LJCA o en el artículo 5.4 de la LOPJ, el incumplimiento de tal requisito formal no impedirá que nos pronunciemos sobre los motivos que se formulan, atendiendo así a la voluntad impugnativa implícita del recurrente y a la amplia tutela que viene dispensando esta Sala en aras de garantizar plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva que en definitiva se nos interesa.

Así, refiriéndonos al primer motivo -en el que no llega a delimitar claramente y con precisión el objeto real de la impugnación-, el recurrente tras significar que en la instancia alegaba "la posible vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y a un proceso con todas las garantías", ahora parece que dirige su queja (que el recurrente asienta en el derecho al proceso con todas las garantías o juicio justo proclamado en el artículo 24.2 CE y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España), a reiterar la falta de imparcialidad de la instructora del expediente y su rechazo de las pruebas propuestas por el expedientado durante la tramitación del procedimiento en sede administrativa, mostrando su disconformidad con que en la sentencia de instancia se tenga por subsanada la pretendida vulneración con la práctica de los medios de prueba denegados en vía disciplinaria.

Sin embargo, sobre ambas cuestiones se pronuncia con acierto el Tribunal de instancia, que recoge la jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación de la garantía de imparcialidad al procedimiento disciplinario, que no es dado requerir con la misma intensidad que en la esfera judicial. Ya recordábamos en Sentencia de 19 de octubre de 2011 que, aunque las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, como reiteró el Tribunal Constitucional en Sentencia 174/2005, de 4 de julio, la traslación del ámbito penal al administrativo sancionador ha de realizarse con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Así, se recuerda en dicha Sentencia que *"por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía 'no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales' (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10); pues, 'sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo' (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4) concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial, que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5)".*

Porque, como precisaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero, *"lo que del instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 C .E., no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal".*

Pues bien, confirmaremos con el Tribunal de instancia que la recusación instada por el demandante de la Oficial instructora del expediente fue acertadamente desestimada en su momento por la Autoridad disciplinaria. Precisa la sentencia impugnada que el actor no especifica qué contacto previo pudo existir de la instructora

con los hechos objeto del expediente, por lo que no cabía afirmar la existencia de un prejuicio derivado de dicha circunstancia, y que <<los hechos concretos que motivan las resoluciones sancionadoras impugnadas no guardan relación alguna, en lo sustancial, con la operación policial desarrollada para la detención del ciudadano Eduardo , pues el único elemento común entre unos y otros hechos es la identidad del cadaver junto al cual apareció fotografiado el demandante, por lo que deducir de este sólo dato una ausencia de imparcialidad objetiva en la instructora del expediente es a todas luces improcedente".

Tampoco respecto de la segunda queja podemos atender las alegaciones del recurrente, pues el Tribunal Militar Central no se limita a decir en su sentencia que la práctica en sede judicial de las pruebas rechazadas por la instructora del expediente ha servido para entender subsanada la posible indefensión sufrida en el ámbito disciplinario, sino que apunta de inicio que <<el acuerdo denegatorio de la Comandante instructora del expediente motivó adecuadamente la inadmisión de las pruebas testificales propuestas por el hoy demandante, como puede verse a los folios 179 y 180 del expediente disciplinario>>, para luego señalar en segundo término -lo que efectivamente resulta trascendental a los efectos de comprobar si efectivamente se produjo la indefensión material propugnada- que las pruebas rechazadas en sede administrativa fueron admitidas y practicadas en el acto de la vista oral del recurso contenciosos disciplinario.

Ciertamente la infracción de las garantías constitucionales previstas en el art. 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso, dado que <<los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después>> (Sentencia de esta sala de 20 de febrero de 2006 y las posteriores a ella). Sin embargo, hemos de precisar que en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba, como ya recordábamos recientemente en Sentencia de 16 de diciembre de 2013 , la doctrina constitucional *"ha venido reiterando que éste no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino sólo a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, advirtiendo que se trata de un derecho de configuración legal y que es preciso que la falta de actividad probatoria se haya concretado en una efectiva indefensión del recurrente"*. Y efectivamente, la instructora del expediente, motivó razonablemente la denegación de la prueba testifical que le había sido propuesta, al considerar que no guardaba relación alguna con el fondo del asunto y que en el seno del procedimiento se habían tomado ya las declaraciones necesarias para disponer de los elementos de juicio suficientes para pronunciarse. Sin que, efectivamente, recibidas tales testificales se haya concretado una efectiva indefensión del recurrente, ni ser la prueba finalmente practicada decisiva en términos de defensa.

SEGUNDO.- Manifiesta el recurrente en su segundo motivo de casación que existe una clara infracción del derecho fundamental a la legalidad penal (sancionadora) proclamada en el artículo 25.1 CE , al considerarse por la Administración y ahora por el Tribunal Militar Central, que los hechos probados son constitutivos de una infracción disciplinaria por falta grave prevista en el artículo 8.1 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil , y entiende que los hechos carecen de tipicidad disciplinaria.

Advierte el recurrente que -como manifiesta el Tribunal Militar Central- de no haberse difundido la fotografía fuera del ámbito interno de profesionales de la Guardia Civil, la misma no habría llegado a su difusión nacional, manifestada en periódicos de tirada regional y nacional, y se queja su defensa letrada de que <<se le castiga porque dicha fotografía se ha difundido posteriormente causando un gran revuelo mediático>>, tratando de argumentar en lo esencial que <<a quien habría que haber castigado es al responsable de dicha difusión mediática y no a nuestro patrocinado>> y que

<<la imprudencia o el acto ilícito lo comete el que comparte el archivo con personal civil>>. Aduce también que <<no difundió la fotografía al grupo de WhatsApp del "Puesto de Malpartida" con el ánimo de ofender la dignidad de la persona>> y que <<remitió la fotografía sólo y exclusivamente para informar de su muerte y tranquilizarlos (a sus compañeros)>>.

Se lamenta el recurrente de que haya sido él el sancionado disciplinariamente y se haya omitido la investigación del verdadero responsable de la difusión de la fotografía y nada se haya hecho para retirar la fotografía en cuestión, pero como bien señala la sentencia de instancia tales circunstancias no hacen desaparecer la responsabilidad del recurrente

<<como negligente punto de origen de la gran difusión que en definitiva alcanzó la imagen que nos ocupa>>.

Efectivamente, hemos señalado repetidamente que cuando el legislador, a través del tipo disciplinario que aquí se aplica, trata de proteger la dignidad de la Guardia Civil , sin duda valora y preserva la representación pública de la Institución en la que la inmensa mayoría de los ciudadanos reconocen un conjunto

de principios y valores morales y éticos que identifican con la Institución y que, obviamente, quienes pertenecen a ella, con su conducta ejemplar han de dignificar. Es por ello que la percepción pública de determinados comportamientos de sus miembros que contradicen aquellos principios y valores desmerecen la dignidad y el prestigio de la Benemérita Institución y conducen al reproche disciplinario. Como se recordaba en nuestra Sentencia de 24 de abril de 2007 , para que pueda apreciarse que una determinada conducta reprochada afecta negativamente a la imagen de la Guardia Civil *"se requiere que aquella se produzca en unas condiciones y circunstancias que, por sí mismas, puedan perjudicar el prestigio de la Institución y se proyecte a cualquier persona que, no perteneciendo al Cuerpo, perciba que uno de sus miembros se comporta con una actuación indecorosa y al margen de lo que le es exigible a todo Guardia Civil, con perjuicio de la dignidad institucional, que la norma disciplinaria trata de proteger"*.

Y no cabe sino coincidir en este caso con el tribunal de instancia en la gravedad del comportamiento y su evidente repercusión negativa, pues cabe confirmar sin gran esfuerzo que la fotografía en cuestión denotaba una actitud impropia y gravemente contraria a la dignidad de la Guardia Civil. Tan solo hemos de remitirnos a los hechos que se relatan en la sentencia impugnada para corroborar que, el hacerse fotografiar delante del cadáver semidesnudo de un presunto homicida y secuestrador y hacerlo - como significa la sentencia de instancia- <<vestido con el uniforme del Cuerpo y en actitud que denota una cierta arrogancia>>, difundiendo a continuación dicha fotografía acompañada del comentario "AHÍ STA. FIAMBRE", revela indudablemente una conducta totalmente opuesta al comportamiento exigible a un miembro de la Benemérita Institución, que ha de demostrar en todo momento un respeto absoluto a los ciudadanos, actuando con la mesura e integridad moral que su condición de Guardia Civil le exige.

Reitera el recurrente, y aquí reside lo esencial de su impugnación, que su propósito al difundir la fotografía a un grupo de compañeros a través del *WhatsApp* no fue la de que ésta circulara fuera de ese grupo y que por tanto no cabe achacarle la posterior difusión pública, pero como bien le pone ya de manifiesto el Tribunal Militar Central <<cuando procedió a enviar la misma era conocedor de que no estaba en condiciones de controlar que la imagen así publicada no iba a ser objeto de ulterior proyección externa fuera del ámbito doméstico de la Guardia Civil>>, advirtiendo a continuación que

<< ese resultado de ulterior publicidad y el perjuicio de la imagen institucional que de ella deriva, aunque no sea imputable al Brigada Alejo a título de dolo directo de primer grado, sí le es atribuible como gravemente imprudente, según hacen con buen criterio las resoluciones impugnadas, pues con la observancia de una mínima y elemental diligencia debió prever y evitar el resultado que en definitiva se produjo, cautela y cuidado evidentemente exigibles a un Suboficial de la Guardia Civil que el día de autos contaba con casi treinta y cuatro años de servicio en el Cuerpo y que por tanto debía conocer a la perfección los medios utilizables para la transmisión de noticias o circunstancias relacionadas con el servicio>>.

Hemos dicho reiteradamente, que para que la imagen de la Guardia Civil pueda quedar perjudicada y el tipo disciplinario que contemplamos se colme, resulta necesario que los comportamiento integrantes de la conducta reprochada se proyecten <<ad extra>>, es decir, trasciendan a personas ajenas al Instituto de la Guardia Civil, las cuales han de conocer tanto los hechos o el hecho como la condición de miembro del Cuerpo del actor (Sentencia de 4 de febrero de 2011). Y, a los efectos de dar por cumplida dicha circunstancia, es lo cierto que la reprochable fotografía obtuvo una gran difusión al ser reproducida en los medios de comunicación social, y que el recurrente hubiera debido valorar antes de ponerla en circulación, que podría llegar finalmente a conocimiento público, lo que sucedió y hace que quepa atribuirsele también al recurrente esta posterior difusión generalizada y que, finalmente, la dignidad de la Guardia Civil quedara gravemente comprometida con su comportamiento.

Por lo que, en razón de lo expuesto, no cabe sino desestimar el presente motivo y consecuentemente la totalidad del recurso.

TERCERO.- 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.- Desestimar el recurso de casación número 201/19/16, interpuesto por la Procuradora D^a Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de D. Alejo , contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de



2015 , dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Ordinario número 27/15, seguido en el Tribunal Militar Central. Sentencia que confirmamos y declaramos firme.

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

Notifíquese esta resolución a las partes , remítase testimonio de esta sentencia al Tribunal Militar Central 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 Clara Martínez de Careaga y García

Francisco Javier de Mendoza Fernández

D. Jacobo López Barja de Quiroga

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ