

# **SALA QUINTA**

## INDICE SISTEMÁTICO

### I. PENAL

1. Abuso de autoridad
  - Compensación reparatoria
  - Trato degradante
2. Maltrato de obra a centinela
  - Concepto normativo de centinela
3. Delito contra la hacienda en el ámbito militar
  - Elemento subjetivo
4. Delito contra la eficacia del servicio
  - Modalidades
5. Abandono de destino
  - La enfermedad, como causa de justificación
  - Error de prohibición
6. Deslealtad
  - Faltar a la verdad
  - “Non bis in idem”

### II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1. Alcoholemia
  - Normativa sobre seguridad vial
2. Caducidad
  - Cómputo del plazo
  - Notificación de los actos de trámite
3. Consumo de drogas
  - Valoración de un cuarto consumo, una vez iniciado expediente disciplinario
  - Aplicación del Acuerdo de 20-03-2012
4. Derecho al juez imparcial
  - Segunda sentencia dictada por el Tribunal de instancia con la misma composición.
5. Derecho de defensa en información reservada. Legalidad sancionadora
  - Error de tipificación de los hechos y posible relevancia penal de los mismos.
  - Preferencia de la jurisdicción penal.
6. Internos en centros militares
  - Aplicabilidad de la LO 12/07 a la Guardia Civil a quienes se encuentran reclusos por una infracción penal
7. Libertad de expresión
  - Manifestaciones realizadas a los medios de comunicación por el Presidente de una Asociación de militares
8. Negligencia
  - Incomparecencia a prestar el servicio asignado
9. Procedimiento sancionador por falta leve
  - Indefensión
10. Utilización de medios o recursos oficiales para uso particular
  - No devolución de mobiliario tras cesar en el destino

En el año judicial 2012-2013, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, ha dictado muy diversas resoluciones dentro de su doble ámbito competencial, penal y contencioso disciplinario, en relación a asuntos de naturaleza militar, de entre los cuales, seleccionamos de forma separada algunas de las más interesantes<sup>1</sup>.

## I. PENAL

### 1. Abuso de autoridad. Compensación reparatoria. Trato degradante

En la **STS 09-04-2013 (Rc 101-6 /2013)**, tras confirmarse la resolución del Tribunal Militar territorial que condenó por un delito de abuso de autoridad previsto y penado en el art.104 CP, se rectifica la sentencia de instancia que consideró aplicable lo dispuesto en el art.114 CP, que prevé la posible moderación del importe de la reparación o indemnización por daños o perjuicios, cuando la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción de los mismos.

En efecto, en el caso se consideró que el sujeto pasivo -el cabo que fue golpeado- profirió expresiones desconsideradas e insultantes respecto de los miembros de la Unidad y que, como consecuencia de ello, el Sargento condenado "de forma consciente y voluntaria, extendió sus brazos hacia la cara del Cabo con el resultado de alcanzar directamente el rostro del referido Cabo causándole una serie de lesiones".

Sin embargo, como dice la sentencia de la Sala de este Tribunal Supremo, tal base fáctica es insuficiente para moderar la responsabilidad civil "ex delicto", en el presente caso pues la jurisprudencia sobre esta cuestión, tratada en la casuística planteada ante la Sala 2ª de este Tribunal, se refiere a casos de agresión provocada por la víctima, (STS 02.10.2002) o de grave provocación verbal respecto de personas allegadas del condenado (STS 04.12.2008), o bien a situaciones de riña mutuamente aceptada (SSTS 09.10.02007 y 10.02.2009); siempre que el comportamiento del propio perjudicado o sujeto pasivo del delito deba vincularse al resultado producido.

Por ello, el art. 114 del Código Penal, no constituye una base autónoma para moderar el alcance de la responsabilidad civil "ex delicto" por razones solo de equidad al margen de la afirmación de haber contribuido la víctima con su conducta, en términos de causalidad física o jurídica, a la producción del daño o perjuicio sufrido, pues de ordinario, tal reconocimiento suele ir apoyado en alguna circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, como sucedería con la eximente incompleta en materia de legítima defensa, atenuantes por motivos pasionales o bien el acogimiento de circunstancias de análoga significación.

---

<sup>1 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 CERREZO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

En consecuencia, se deja sin efecto la aplicación de la previsión del art.114 CP, a la vista de que en el relato no se ofrece explicación adicional alguna ni nada se afirma sobre posibles atenuantes, ni siquiera sobre móviles o en general acerca de la incidencia que aquel comportamiento tuviera sobre la reacción del acusado que pudiera afectar a su culpabilidad, resaltándose en cambio en la Sentencia recurrida lo ilegítimo del proceder de dicho Suboficial, al no ajustar su respuesta a las previsiones contenidas en la normativa disciplinaria aplicable para las Fuerzas Armadas, y lo desproporcionado de la actuación de éste como se desprende de la entidad de las lesiones causadas al Cabo.

Por su parte, en la **STS 04-12-2012 (Rc 34/2012)**, se aborda este mismo delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante, al haberse impuesto a un soldado el castigo de “portar dos pesadas cadenas colgadas del cuello durante las horas de las comidas” que le habría producido, además de un sentimiento de humillación, una contractura de los músculos cervicales.

La resolución se centra en examinar si tales hechos integran el referido delito, previsto y penado en el art.106 CP y que sanciona al “superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana”.

Y así, se consideran correctamente subsumidos por el Tribunal de instancia pues “alcanzan la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del citado tipo, con virtualidad bastante para producir, como en efecto produjeron, las consecuencias humillantes y vejatorias que se relatan en la Sentencia de instancia”.

*Efectivamente, un sargento impuso a un soldado un castigo “ajeno a las previsiones normativas, que sobrepasó con creces los límites de su autoridad para corregir las conductas contrarias a norma de sus subordinados.. que implicaba directa ridiculización y que al menos asumía riesgo de daño físico; que efectivamente ocurrió. (Además) se le privó de los derechos inherentes a la aplicación del régimen disciplinario legítimo. El soldado no consta fuera escuchado antes de imponerle la sanción, ni hubo recurso alguno contra la misma”.*

Se trata, por tanto, de una conducta que reúne unos caracteres de marcada gravedad, de un nivel más que suficiente para considerar que con ella produjo a su víctima un efectivo trato degradante, que aquella vivenció como infamante, humillante y vejatorio (habiéndolo ocasionado, además, un daño físico) y que indudablemente supuso un atentado contra su integridad moral, al ser envilecida y rebajada, comportando, en definitiva, una clara conculcación de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 10.1 y 15 de la Constitución.

Y en cuanto a la alegación de que no hubo intención de humillar, ridiculizar o causar algún mal al soldado corregido, la Sala recuerda que “invariablemente venimos declarando (SS. de 25 de Noviembre de 1.998 y 23 de Enero de 2.001, entre otras muchas) que el elemento subjetivo de la infracción es el dolo genérico consistente en el conocimiento de lo que se hace

y en la libre voluntad de llevarlo a cabo, sin que sea exigible un específico ánimo de tratar de manera degradante o inhumana a la víctima”

## **2. Maltrato de obra a centinela. Concepto normativo de centinela**

En la **STS 23-01-2013 (Rc 101-66/2012)** se revoca una sentencia de un Tribunal Militar Territorial que había absuelto sobre la base de que un Cabo 1º encargado del control de acceso al acuartelamiento de personas y vehículos, no tiene la condición de centinela, conforme al concepto que establece el art.11 CP.

Los fundamentos del fallo, en síntesis, son los siguientes:

1. El concepto legal de centinela, a efectos penales, es el que se contiene en el art. 11 CPM, precepto que incluye tanto a quien lo es en sentido estricto, es decir, "el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad", como a quienes también reúnen esta consideración por asimilación legal comprensiva de quienes "sean componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido".

2. El bien jurídico es la protección de las funciones que el Centinela tiene encomendadas en el desempeño de su misión, consistentes en velar por la seguridad de las Fuerzas Armadas y de sus instalaciones así como por el normal desenvolvimiento de las funciones militares, a lo que se añade la integridad física de las personas que las realizan.

3. Ni a la vista de las Reales Ordenanzas, ni del vigente RD. 194/2010 actualmente regulador de la misma materia (vid. sobre todo sus arts. 14 y ss y 24 y ss.), se extraen argumentos en el sentido de que del concepto normativo a efectos penales de la figura del Centinela, deban excluirse los militares con empleo de Cabo, cuando éstos forman parte de los servicios de seguridad.

4. En consecuencia, el Cabo 1º que en el caso actuaba como encargado del Control de Acceso de Personas y Vehículos, integrando un servicio de seguridad e incluidos sus cometidos en el Plan de Seguridad del Acuartelamiento, debe considerarse Centinela. Concepto extensible a los Soldados que de él dependían directamente.

Todo ello, en base a las Sentencias de la Sala de 13.07.2007, 22.03.2004, y precedentes como las Sentencias de 23.01.1995 y 27.11.1997. La condición de Centinela, pues, es una cuestión jurídica, ante todo.

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

En relación con el delito previsto y penado en el art.197 del CPM, que sanciona la adquisición o tenencia, “con conocimiento de su ilícita procedencia”, de equipo reglamentario, materiales, armamento, munición y en

general efectos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, la **STS 24-05-2013 (Rc 7/2013)**, revoca la sentencia de un Tribunal Militar Territorial, absolviendo a quien venía condenado por aquél.

Las razones de la estimación del recurso de casación planteado, se basan en que ni quedó probada la procedencia ilícita de los efectos poseídos por el militar inicialmente condenado ni que dicho militar lo conociere.

En efecto, el tipo aplicado requiere la concurrencia del elemento subjetivo consistente en “conocer la ilícita procedencia”, en el caso de la munición que se le encontró, pero para ello hay que acreditar debidamente tal circunstancia.

En la sentencia casada se dice que aunque pueda establecerse que el recurrente sabía que estaba prohibido poseer efectos de la clase que poseía, “el proceso deductivo no permite establecer como cierto que, porque los poseyera, el recurrente conocía tal procedencia ilícita”, en el caso en cuestión.

Faltó, por tanto, la necesaria prueba para acreditar el requisito subjetivo que exige el tipo aplicado, máxime cuando ni siquiera se acreditó una acción ilícita para hacerse con los efectos poseídos.

#### **4. Delito contra la eficacia del servicio. Modalidades**

En la **STS 23-10-2012 (Rc 27/2012)**, se examina la sentencia del Tribunal Militar Central que absolvió al acusado, de sendos delitos contra la eficacia en el servicio.

En concreto, el artículo 159, párrafo segundo, en el que se tipifica el delito contra la eficacia en el servicio, en su modalidad de negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones, y el artículo 160.4º, que castiga el incumplimiento de los deberes técnicos de la profesión especial que se desarrolle dentro de las Fuerzas Armadas por impericia o negligencia profesional.

En ambos casos, se viene a achacar a la desatención de un médico militar, el resultado producido en un paciente, Cabo del Arma de Infantería, que acabó siendo declarado incapacitado como consecuencia de la insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Sin embargo, en el desarrollo de los hechos que dieron lugar al resultado indicado y al proceso posterior, se cuentan dos datos de gran importancia: el abandono voluntario del paciente antes de dársele el alta y el descubrimiento de una patología que se desconocía (trombofilia), de elevado riesgo cardiovascular.

La Sala de lo Militar de este Tribunal Supremo desestimó el recurso al estimar que no concurrió la negligencia punible exigida para la apreciación de los dos tipos penales invocados, recordando la doctrina de la imputación objetiva, recogida por la Sala, entre otras Sentencias en las de 20 de enero de

2000 y 9 de mayo de 2005 y reiterada en las más recientes de 15 de enero y 11 de noviembre de 2010, que establece que la atribución del resultado ha de realizarse conforme a criterios normativos antes que causales, partiendo para ello de la afirmación del nexo causal basado en la causalidad natural, para imputar luego objetivamente el resultado en función de que la acción u omisión haya creado o incrementado un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado, que el riesgo creado se concrete en el resultado y que la evitación de éste entre dentro del fin de protección de la norma.

Dicha decisión, se basó en los propios hechos que se tienen por probados en la sentencia, de los que “no resulta posible la imputación objetiva de las lesiones sufridas por el Cabo G. al Teniente Coronel Médico ahora absuelto, no sólo porque éste en su actuación -desconociendo la enfermedad congénita que el Cabo padecía- no infringiera el deber de cuidado en su atención al paciente, y no creara o incrementara con su conducta una previsible situación de riesgo, sino porque el posible nexo causal entre la conducta desplegada por el médico militar y la lesiones que desgraciadamente sufrió el Cabo quedó interferido por la propia decisión del Cabo G. de abandonar las instalaciones deportivas, sin que haya quedado constatado que su salida de las mismas le fuera médicamente autorizada.”

#### **5. Abandono de destino .La enfermedad, como causa de justificación. Error de prohibición**

La **STS 26-11-2012 (Rc 53/2012)** se ocupa de un caso de enfermedad de un militar que no se reincorporó a su destino, una vez que expiró su baja médica, compareciendo un mes después en su Unidad.

La justificación a tal ausencia se basó en un informe psiquiátrico, en el que se decía que , en relación a tal periodo de ausencia, si bien el militar en cuestión pudo presentar síntoma de dificultad de adaptación, tal circunstancia “sobre sus capacidades intelectivas no le produciría alteración, y sobre sus capacidades volitivas pudo presentar una ligera disminución”.

En la sentencia se recuerda que para que aflore el delito del art.119 CPM, lo decisivo no es tanto la infracción de la normativa reglamentaria, que regula las bajas médicas sino la afectación del bien jurídico que la norma penal protege, y que está representado por la observancia, a cargo de los militares, de deberes esenciales, presencia y disponibilidad, que forman parte de su estatuto jurídico.

De este modo la afectación del interés jurídico, así concretado, representa la antijuridicidad material del injusto. Antijuridicidad real, y no meramente formal, que proporciona el criterio definitivo para la interpretación del tipo penal. Interpretación que ha de pasar por la expresa referencia a que la ausencia esté justificada, y que el reiterado artículo 119 contempla como excluyente de responsabilidad penal. Justificación que, en los supuestos de enfermedad, ha de venir determinada no por cualquier situación de padecimiento, sino solo por aquél que, por su regular tramitación, o por la

evidencia de las limitaciones que conlleve impida, racionalmente, el cumplimiento de los aludidos deberes.

En el caso, se constató que la afección padecida por el militar, un trastorno ansioso-depresivo, no le impedía acudir a los preceptivos servicios sanitarios a regularizar su situación, ni haberse presentado o contactado con su Unidad durante su periodo de ausencia..

Por lo demás, el interesado era perfecto conocedor del “procedimiento” correspondiente, con lo que incurrió en la conducta delictiva, prevista y penada en el art. 119 CPM, no por el mero incumplimiento de la Instrucción 169/2001, sino porque su padecimiento no le impedía cumplir con los deberes de presencia y disponibilidad que a todo militar incumbe. Deber de disponibilidad que solo se cumple si el ausente, que se encuentre de baja por enfermedad, se somete al control del mando; siendo evidente que la efectividad de este control es premisa necesaria para la plena disponibilidad. Así se recordaba en sentencia de 21-2-2011 al indicar: «Ya decíamos en Sentencia de 11 de mayo de 2006, con cita prolija de la jurisprudencia de la Sala, que la situación de baja médica, en que transitoriamente puedan encontrarse los militares, no les exime del cumplimiento de la obligación esencial de disponibilidad y sumisión a control de sus mandos, que constituye el presupuesto elemental para la observancia de otros deberes». Y al añadir que, «como ya dijimos en Sentencias de 7 y 21 de noviembre de 2006, y hemos reiterado últimamente en Sentencias de 17 de noviembre y 1 de diciembre de 2010, "no puede pretenderse que sea el propio interesado quien decida unilateralmente cuando se encuentra en disposición o no de cumplir sus obligaciones"; y en forma alguna se ha acreditado que la enfermedad que padecía le impidiera presentarse a su Unidad».

Por su parte, la **STS 26-12-2012 (Rc 65/2012)**, trata con profundidad, la cuestión del error de prohibición, invocado en un caso en que un militar no se reincorporó al servicio activo una vez concluyó el tiempo en que había permanencia suspendido.

En primer lugar se recuerda la doctrina de la Sala, contenida entre otras, en las Sentencias de 7 de mayo de 2008, 27 de enero de 2011 y 16 de noviembre de 2012, en las que se afirma que "la viabilidad del error de prohibición está sometida al cumplimiento de determinados requisitos que la jurisprudencia exige todavía más estrictamente cuando el error que se invoca es el de carácter invencible. Se trata de desvirtuar en el caso concreto el principio general que por razones de seguridad jurídica se establece en el art. 6.1 del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, tras afirmarse que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, se dice que el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinan; razón por la cual habrá que verificar si quien lo invoca actuó o no culpablemente en función del conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, conocimiento que constituye el presupuesto de cualquier reproche culpabilístico. “



Además, la prueba del error incumbe a quien lo aduce y su apreciación depende de los condicionamientos psicológicos y socioculturales del sujeto activo, sobre todo su grado de formación y los conocimientos de que disponga, incluida la posibilidad que éste haya tenido de acudir al asesoramiento de personas cualificadas en la materia. Y al respecto, basta con que el autor se represente la antijuridicidad como probable, equivalente al dolo eventual. Y en este sentido distinguimos entre infracciones que se vienen denominando «naturales», en que la comprensión de la ilicitud está al alcance de cualquier persona, esto es, que el conocimiento de la contrariedad a derecho puede afirmarse aún en la esfera del profano; resultando más prosperables las situaciones de error en los supuestos de infracciones no intrínsecamente reprobables en las que destaca su componente formal, como sucede con frecuencia con los tipos disciplinarios formulados «en blanco», que se integran a través de otra normativa complementaria con lo que aquella conciencia de lo antijurídico ya no es tan evidente según el sentir social".

Pues bien, en el caso, se entendió que no concurrían los requisitos expresados para el reconocimiento del error de prohibición, debiendo ponderarse especialmente las posibilidades del agente de recibir asesoramiento o acudir a medios o personas que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos, pues no hay que olvidar, como dice la Sentencia de 16 de mayo de 2005, seguida por las de 7 de mayo y 3 de noviembre de 2008, 18 de junio de 2009, 27 de enero de 2011 y 16 de noviembre de 2012, que la apreciación del error "dependerá de los condicionamientos psicológicos y socioculturales del sujeto activo, sobre todo del grado de formación y los conocimientos de que disponga, incluido el acudir al asesoramiento de personas cualificadas en la materia.

Y ello porque un Soldado profesional que en la fecha de ejecución de la conducta típica cuenta con más de dos años de servicio activo no puede entender que la obligación imperativa de reincorporarse a la Unidad de su destino que le impone una Resolución del General Director de Personal del Ejército de Tierra pueda, por su sola voluntad, ser incumplida, permaneciendo en su domicilio hasta la fecha en que se resuelve su compromiso y pierde la condición de militar, porque, como se dijo en la Sentencia de 16 de noviembre de 2012, "ha de partirse de la presunción de que en la actualidad un profesional de la milicia conoce perfectamente, desde los primeros momentos de su integración en las Fuerzas Armadas -y aun cuando no haya recibido una específica instrucción o formación técnica y teórica respecto al contenido del Código Penal Militar en relación, en concreto, al delito de desertión o al de abandono de destino, en su caso-, que el abandono de la sede de su Unidad, sin la aprobación y ni siquiera el conocimiento de sus superiores, resulta una actividad grave que no es lícita", lo que resulta aplicable, asimismo, a la no presentación o reincorporación a dicha Unidad "debiendo hacerlo", como, era el caso.

Además, y como indican las Sentencias de 27 de enero de 2011 y 16 de noviembre de 2012, siguiendo las de 4 de marzo y 4 de noviembre de 2005, 3 de noviembre de 2008 y 18 de junio de 2009, "«en el ámbito militar, la consulta al superior por parte del subordinado es el proceder correcto para

establecer las alternativas o las posibilidades de decisión o actuación, muy en particular en cuestiones tan evidentemente necesitadas de autorización como son el abandono del lugar» de residencia o destino", resultando, en el caso que nos ocupa, l que, por el contrario, el hoy recurrente, antes de no reincorporarse a su Unidad, no consultó con superior alguno acerca de la posibilidad y forma de aguardar a resolver su compromiso con los Ejércitos y las consecuencias que se le derivarían de la no reincorporación -llega a manifestar que "no contactó con la Unidad de la cual no tiene ni el número"-, desprendiéndose de los autos que, por el contrario, fue consciente de las consecuencias que, de permanecer ausente de su Unidad, se le derivarían, lo que impide de forma absoluta la apreciación del alegado error en la conducta de aquel, que sabía que tenía el deber de reincorporarse a su Unidad, y, a pesar de ello, no lo hizo.

## **6. Deslealtad. Faltar a la verdad. "Non bis in idem"**

Sobre el delito de deslealtad previsto en el párrafo segundo del art.115 CPM, consistente en faltar sustancialmente a la verdad, alterándola, mediante reticencias o inexactitudes, en las informaciones o certificados que expediere, sobre asuntos del servicio, la **STS 02-07-2012 (Rc 35/2012)** examina con profundidad, dicho tipo, recordando que el bien jurídico que tutela es plural o múltiple, a saber, tanto el valor de la lealtad que ha de presidir las relaciones funcionales o de servicio entre los militares como el interés de este último, con el que la inveracidad o mendacidad, total -párrafo primero- o parcial -párrafo segundo-, que se sanciona en el artículo 115 del Código punitivo castrense ha de guardar relación y ha de tener potencialidad para perjudicarlo o lesionarlo gravemente.

En la sentencia se hace un repaso extenso sobre la protección del valor de la lealtad, que como dijera la STS de 22 de marzo de 2002 "ha sido destacada por esta Sala hasta el punto de declarar (SS. 14.12.1993; 19.09.2000 y 05.04.2001), que su vulneración es siempre sancionable en vía penal, y que, conforme a la Sentencia 05.04.2001, "la lealtad como principio rector del comportamiento entre los militares, sobre todo en el régimen jerárquico, no resulta exigible jurídicamente hasta el punto de que su transgresión constituya delito siempre y en todo caso, sino específicamente en el ámbito funcional, y dentro de éste en lo que atañe a los asuntos del servicio".

A su vez, se afirma en la Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2005 que "la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante resaltado por las RROO de las Fuerzas Armadas (arts. 13, 35, 46, 47 y 110) que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, especialmente cuando están enmarcadas en el ámbito de la jerarquía y tiene su componente nuclear en el deber de informar verazmente en los asuntos del servicio", siendo de reseñar que, al momento de ocurrencia de los hechos, el artículo 17 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, dispone que el militar "tendrá presente que la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar", que el artículo 34 de las mismas estipula que "al informar sobre asuntos del servicio lo

hará de forma objetiva, clara y concisa, sin ocultar ni desvirtuar nada de cuanto supiera" y que el artículo 80 preceptúa que, en tareas de apoyo al mando, "ayudará a éste en el cumplimiento de la misión encomendada, prestándole su colaboración total ... Sus cualidades esenciales son la lealtad ...".

En cuanto a los elementos precisos para la integración del comportamiento típico, la Sentencia de 22 de marzo de 2002 afirma que "el elemento objetivo requiere que la información guarde relación con el servicio, que es el contexto en que la infidelidad se produce y que por sus características ha de tener aptitud para perjudicarlo, resultando atípicas, las mendacidades que no guarden aquella vinculación o que por sus características no incorporen el dato de la lesividad".

Más en concreto, -STS de 2 de octubre de 2007- "el elemento objetivo del tipo requiere que la falsa o inveraz información guarde relación con el servicio, que es el contexto en que la infidelidad se produce y que por sus características ha de tener aptitud para perjudicarlo" perjuicio que la jurisprudencia ha expresado que debe ser grave y que, por consiguiente, no toda conducta que reúna los citados requisitos debe ser enmarcada en sede penal y castigada dentro de dicho precepto, sino sólo aquéllas que hayan afectado con entidad suficiente al servicio en sí.

Por su parte, la Sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 2002 afirma que "el delito de que se trata es esencialmente doloso, en que el autor debe obrar con conocimiento de los elementos objetivos del tipo y con voluntad de hacer lo que previamente conoce. Diremos aún que debe concurrir un dolo de intención o de primer grado, en la medida en que se obra con propósito de engañar o confundir al destinatario de la información, aunque el dolo no deba abarcar ningún resultado porque el delito es de mera actividad, en que el resultado coincide con la realización de la conducta que la norma prohíbe". Doctrina recogida en similares términos, por las SSTs de 1.12.2005 y 2.10.2007.

Entre los comportamientos más reprobables que conllevan la tipicidad delictiva, se encuentran entre otros: dar parte sobre la prestación del servicio de guardia en un polvorín de forma falsa (S. 22.02.1989); la incorporación a expedientes de certificados médicos falsos por cuanto correspondían a otros mozos excluidos del servicio militar, para propiciar la exclusión de su prestación (S. 20.11.1989); omitir anomalías trascendentes de la realización del servicio de guardia (S. 18.12.1992, 14.12.1993 y 21.02.1995); informar sobre el abono de haberes a la tropa cuando el procesado se había apropiado del importe de la nómina (S. 15.01.1997); la falsificación de documento de identidad militar y utilización posterior (19.09.00); etc.

Señalado lo anterior, en el caso que nos ocupa concurre el elemento objetivo del tipo de que la información guarde relación con el servicio, que es el marco funcional o contexto en el cual y en relación con el cual la infidelidad se produce, puesto que el hoy recurrente, en el ejercicio de las funciones de su cargo, no hizo constar, es decir, omitió, en un documento oficial militar -el denominado "Estado mensual-justificación y control de plazas servidas"-, y

dentro del apartado intitulado "personal autorizado", el personal que había participado en las correspondientes comisiones de servicio, del 19 al 22 de abril y del 3 a 6 de mayo de 2010, en el Destacamento de "El V...", en Córdoba, el importe cuyas comidas había recibido en metálico en su calidad de Jefe de la Plana Mayor y Servicios de la Batería 1/1/21, prescindiendo de su inclusión, y poniendo tal documento a la firma del "Visto Bueno" del Jefe de la Unidad, quien, ajeno a dicha omisión, dio el mismo, procediéndose a su remisión a la AALOG 21 de Sevilla, donde el Habilitado, en base a la documentación recibida, firmó el conforme, por lo que se procedió a la correspondiente liquidación, hechos que originaron un grave perjuicio, real y no solo potencial, al servicio.

No estamos, pues, ante una conducta atípica, puesto que las inexactitudes vertidas por el hoy recurrente en los documentos por él confeccionados y suscritos, además de guardar aquella vinculación con el servicio, que es el contexto funcional en que la infidelidad se produjo -la inveracidad parcial o inexactitud se produjo en el contexto de las funciones que, por razón de su cargo de Jefe de la Plana Mayor y Servicios de la Batería 1/1/21 y "Jefe de Alimentación", eran competencia del hoy recurrente-, es lo cierto que alteraron parcialmente la verdad, desnaturalizando la información que en aquellos documentos se contenía y transmitía, alterando, por espacio de varios meses, el estado contable de la AALOG 21 y alcanzando, por sus características y consecuencias, una magnitud de afectación, real y no ya solo potencial, al servicio que no puede dudarse de que incorpora el dato de la lesividad -real y no solo potencial- al mismo.

En cuanto a la modalidad de deslealtad del art.117 CPM, que tipifica la conducta de excusarse del cumplimiento de deberes militares "produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño", la **STS 06-11-2012 (Rc 39/2012)** desestima el recurso de casación interpuesto contra la resolución de un Tribunal Militar Territorial que lo aplicó, y que además condenó por un delito de abandono de destino del art.119 CPM.

Lo más interesante de la sentencia precitada, es la respuesta que se da al motivo del recurso en el que se alega una vulneración del principio "non bis in idem", como consecuencia de haber condenado por dos delitos en vez de uno sólo, ya que el previsto en el art.117 CPM, como más amplio y completo absorbería al del art.119 CPM.

En tal sentido, la Sala acoge los razonamientos de la sentencia de instancia que señala la existencia de bienes jurídicos de distinta naturaleza en los delitos de deslealtad y abandono de destino, pues como tiene establecido la Sala el bien jurídico protegido es la preservación del deber de veracidad y de confianza que debe presidir las relaciones funcionales propias del ámbito castrense, mientras que en el delito de abandono de destino se infringe el deber de presencia del militar y su disponibilidad para el cumplimiento de las funciones y deberes militares, por lo que el reproche establecido en cada uno de ellos responde a una distinta razón o fundamento, al ser diversos los intereses que en cada delito se trata de proteger.

Finalmente, se dice, que en el caso presente, aunque el delito de abandono de destino se encuentre en relación de concurso medial con la deslealtad derivada del engaño, por aplicación de las reglas contenidas en el artículo 77 del Código Penal, se castiga separadamente los dos delitos apreciados en la conducta del recurrente, para no exceder en la imposición de la pena resultante de la aplicación de la norma concursal, del límite marcado en el apartado segundo del referido precepto.

## **II. CONTENCIOSO DISCIPLINARIO**

### **1. Alcoholemia. Normativa sobre seguridad vial**

La **STS 27-3-2013 (Rcc 1/2013)**, contiene la primera interpretación de la Sala sobre la infracción prevista en el art.8.27 de la LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en “la superación al inicio o durante la prestación del servicio, de una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro”.

En dicha resolución, se examina la relevancia que adquiere la información sobre el derecho a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, tal como se prevé en el art. 24 b) del Reglamento de Circulación, aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre y que la Sala estima de aplicación a la LO de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Y sucede que “la omisión de aquella información no resulta baladí porque siendo una prueba de imposible reproducción, la única manera posible de rebatir o constatar su certeza y fiabilidad no puede ser otra que mediante la práctica de la correspondiente analítica con el informe del personal sanitario que lo realice.”

En esta novedosa infracción -sigue diciendo la sentencia que examinamos- el Legislador ha dispuesto que al comenzar un servicio o en el transcurso del mismo los miembros de la Guardia Civil no pueden superar la tasa de alcohol que precisa el precepto, datos objetivos de carácter técnico obtenidos conforme a lo que la Ley dispone.

Pero también resulta necesario, para garantizar el derecho de defensa, que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que dicha prueba se verifique con las mayores garantías, y por ello debe informársele de las posibilidades de la repetición de la prueba y la realización de un análisis clínico en un centro sanitario. (STC 145/1985, de 28 de noviembre).

Por ello, ante la inexistente conformidad prestada por los Guardias Civiles, que negaron la ingesta de alcohol y no se aquietaron con los resultados de las pruebas practicadas, el hecho de firmar los resguardos de las pruebas realizadas solo demuestran que han sido notificados del contenido de todo lo consignado en ellos.

En vista de todo lo cual, y a tenor de no haber sido informados del derecho a la prueba analítica de contraste y de las insuficiencias tanto del cuadro probatorio como del razonamiento efectuado sobre la prueba de la supuesta conformidad prestada, se concluye afirmando que concurre la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y, por consiguiente, se estima el motivo y se deja sin efecto la sanción impuesta.

## **2. Caducidad. Cómputo del plazo .Notificación de los actos de trámite.**

En un asunto relativo a la falta consistente en “ausentarse de un servicio o desatenderlo”, prevista en el art.8.10 de la LO 12/2007, la **STS 19-03-2013 (Rcc 129/2012)**, matiza la jurisprudencia sobre el día inicial del cómputo del plazo de caducidad, señalando que no es la fecha en que se dicta la resolución sino el siguiente, conforme al art.43.2. de la LO 12/2007.

En efecto, se parte de que “una interpretación sistemática del apartado 2 del artículo 43 de la Ley Orgánica 12/2007, cuya rúbrica reza "Cómputo de los plazos", nos lleva a concluir que lo dispuesto en este precepto respecto al cómputo del plazo expresado en meses o años, ha de resultar aplicable, dada su incardinación en el Capítulo concerniente a las "disposiciones generales" comunes a todo el Título IV de dicha Ley, relativo al procedimiento sancionador, a previsiones tales como la relativa al cómputo del plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores ínsita en el apartado 1 del artículo 65 de la meritada Ley Orgánica, ubicado en la Sección 3ª - "Terminación"- del Capítulo III del aludido Título IV de la misma. “

Este es el precepto específico aplicable - *lex specialis derogat generali*- al cómputo de cuantos plazos fija la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, no resultando de aplicación a tal materia lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil, que comienza afirmando que "siempre que no se establezca otra cosa,... si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha...",

Y, de otra parte, aun cuando el primer inciso del apartado 2 del artículo 43 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, habla del "día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate", una interpretación coherente o armónica del texto legal obliga a entender que, dado que, según establece el primer inciso del apartado 1 del artículo 65 de la tan aludida Ley Orgánica 12/2007, la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad es "la fecha del acuerdo de incoación del expediente", y no la de la notificación al interesado de dicho acuerdo, para el cómputo de dicho plazo de caducidad conforme al tan mencionado apartado 2 del artículo 43 de la Ley Orgánica 12/2007 el término inicial es el de la fecha de dictado del acuerdo de incoación o inicio del procedimiento, interpretación que resulta ser, además, la más favorable para el expedientado.

En razón de lo cual, concluye la sentencia, “el término final” o "dies ad quem" del plazo de caducidad en los Expedientes Disciplinarios instruidos por

las faltas graves y muy graves que se enuncian en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, transcurrido el último día del cual se producirá la caducidad o perención del procedimiento, ha de ser la fecha en que haya transcurrido íntegramente el plazo de seis meses desde el acuerdo de inicio del respectivo procedimiento disciplinario, plazo máximo de duración desde la fecha del acuerdo de incoación del Expediente que ha de computarse, a tenor del primer inciso del apartado 2 del artículo 43 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, "a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate",

De manera que "el día final" o "dies ad quem" de dicho plazo será siempre el correspondiente al mismo número ordinal del día del mes, o año que corresponda, en que se hubiere dictado el acuerdo de incoación del procedimiento, salvo que "en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquél en que comienza el cómputo", supuesto este en el que, ex segundo inciso del apartado 2 del artículo 43 de la Ley Orgánica 12/2007, "se entenderá que el plazo expira el último día del mes", de forma excepcional.

En cuanto a la notificación de los actos de trámite en un procedimiento sancionador, la **STS 04-04-2003 (Rcc 122/2012)**, clarifica la cuestión, en una interpretación conjunta de la LO 12/2007 y la Ley 30/1992, ésta como supletoria de la anterior, conforme establece la Disposición Adicional Primera de aquélla.

Y así, poniendo en relación la referencia que hace el art. 58.1 a que "se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses..." con el art. 107 de la misma Ley 30/1992 que alude a los actos objeto de recurso que son, además de las resoluciones, los actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos., se llega a la conclusión de que "deben ser notificados formalmente al expedientado las resoluciones y los actos de trámite cualificados por las características referidas en el citado art. 107 porque, en definitiva, de alguna manera ponen fin al procedimiento"

Pero "los actos de trámite, no cualificados, puramente internos y los de carácter reglado, porque se dictan en cumplimiento de una previsión normativa que no afecta al ámbito de los derechos o intereses, ni son recurribles, solo requieren la participación o comunicación a los interesados con efectos de puesta en su conocimiento. En modo alguno precisan estos últimos notificación formal con efectos suspensivos de la eficacia del acto."

De ese modo, en relación al caso examinado, se concluye en que "cuando deba solicitarse el informe preceptivo del Consejo Superior de la Guardia Civil en un expediente disciplinario, el instructor efectuará la oportuna propuesta al Director General el cual acordará le emisión del informe con la suspensión del plazo máximo legal para resolver el expediente y lo trasladará al citado Consejo Superior para el cumplimiento de lo acordado y, una vez evacuado, será

remitido al instructor para su incorporación al procedimiento antes de que sea notificada al interesado la correspondiente propuesta de resolución”

Así, la suspensión del plazo de caducidad comenzará en la fecha del acuerdo del Director General computándose a partir del día siguiente el tiempo de suspensión que finalizará, como día final, el día en que el instructor recibe, de nuevo, el expediente con el informe del citado Consejo Superior.

### **3. Consumo de drogas. Valoración de un cuarto consumo, una vez iniciado expediente disciplinario. Aplicación del Acuerdo de 20-03-2012**

Sobre esta materia, de la que existen numerosos pronunciamientos – entre otros, las SSTS de 18 de abril y 20 de julio de 2012-, cabe destacar, igualmente, la **STS 25-07-2012 (Rcc 84/2011)**, en la que se analizó la validez de la valoración de un cuarto consumo de cocaína a los efectos de individualizar la sanción, conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 29-11-2011.

En la mencionada resolución, se examinó la sanción de separación de servicio impuesta por haberse incurrido en la infracción disciplinaria prevista en el art. 17 número 3 de la LO 8/1998 de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad”.

El resultado del control de la decisión adoptada por, a la sazón, Ministra de Defensa, fue confirmatorio, en base a la siguiente motivación, en la que se respondía a las concretas razones aducidas por el recurrente:

*“En contra de lo sostenido por el recurrente resulta correcta la valoración que la Administración sancionadora ha realizado respecto del nuevo positivo de consumo de cocaína detectado al recurrente, el 2 de Marzo de 2.009, una vez ya iniciado el expediente sancionador por los tres consumos anteriores, pues la pertinencia de considerar dicha circunstancia, a los efectos de individualizar adecuadamente la sanción a imponer, fue oportunamente trasladada a éste en la propuesta de resolución. En relación con esta concreta cuestión esta Sala ha tenido ocasión, además, de pronunciarse expresamente en su Pleno no jurisdiccional de 29 de Noviembre de 2.011 en el que se acordó que “Los hechos tanto favorables como desfavorables para el encartado que surjan con posterioridad al pliego de cargos, y que figuren en la propuesta de resolución, pueden tomarse en consideración para graduar e individualizar la sanción disciplinaria”.*

*Precisamente este nuevo consumo de cocaína, detectado el 2 de Marzo de 2.009, determina que no pueda realizarse una valoración favorable del alegado sometimiento del recurrente, en Octubre de 2.008, a una terapia de deshabitación de la drogodependencia, pues teniendo esta terapia una duración estimada de un año -según consta en la documentación que aquel aporta para acreditar tal extremo (páginas 48 y 49 del expediente)- es claro*



que durante su seguimiento el recurrente continuaba consumiendo la citada droga.

*Y tampoco puede otorgarse valor alguno, a los efectos de rebajar la sanción impuesta, a la alegación del recurrente de que en los diez años que lleva en las Fuerzas Armadas nunca sus esporádicos episodios de consumo de drogas han tenido incidencia directa en la prestación del servicio, pues, como expresamente señala el citado artículo 6 de la Ley de la Ley Orgánica 8/1.998, de 2 de Diciembre, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, "Las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con los hechos que las motiven y se individualizarán atendiendo a las **circunstancias** que concurran en los autores y a las que afecten o **puedan afectar al interés del servicio**".*

Por otro lado, en la **STS 20-07-2012 (Rcc 132/2011)**, se examina un caso en el que la Administración omitió citar la información referida a las circunstancias del contraanálisis, tales como el coste, autoridad y procedimiento.

Y con cita del **acuerdo** adoptado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día **20 de marzo de 2012**, se desestima el recurso al no apreciarse la existencia de ningún menoscabo real y material del derecho de defensa, ya que como exige la jurisprudencia constitucional y del propio Tribunal, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión.

Tal situación no se ha producido ya que lo cierto es que el derecho a solicitar un contraanálisis, de los resultados positivos al consumo de drogas que le fueron detectados, le fue expresamente ofrecido en cada uno de los actos de notificación de dichos resultados.

El referido acuerdo ,se recuerda, dice lo siguiente: "**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".**

El recurrente ,pues, fue informado por la Administración de su derecho a realizar un contraanálisis en el plazo de 15 días, con lo que a pesar de las omisiones, no quedó afectado el núcleo esencial de la información necesaria que se contrae a la posibilidad de solicitar dicho contraanálisis.

#### **4. DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL. Segunda sentencia dictada por el Tribunal de instancia con la misma composición.**

En la **STS 07-05-2013 (Rcc 201/16/2013)**, se resuelve Recurso de Casación interpuesto contra Sentencia del Tribunal Militar Central, que confirmó parcialmente la sanción por falta disciplinaria muy grave impuesta al recurrente.

Constituyen antecedentes de interés al caso, que se trata de Segunda Sentencia dictada por los mismos miembros del Tribunal que dictaron la anterior, que fue anulada para que se tramitara con arreglo a derecho la pieza separada abierta por la recusación promovida contra uno de aquellos. Desestimada esta recusación, el recurrente promovió nuevo incidente de la misma clase respecto de la mayoría de los miembros del Tribunal que habría de dictar la Segunda Sentencia. Desestimada esta nueva recusación, dicha parte denuncia en casación la vulneración de derecho al juez imparcial y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Al desestimar el recurso, la Sala efectúa las siguientes declaraciones:

1.- Resulta cuestionable que se pueda impugnar en casación lo ya resuelto en un incidente recusatorio sin recurrir al mismo tiempo la Sentencia. El art. 65 de la Ley Procesal Militar parece que abona esta interpretación restrictiva en cuanto que contra la decisión del incidente no cabe recurso alguno. En este caso se plantea una impugnación autónoma sobre la recusación y no contra la Sentencia, que finalmente la Sala declara admisible para dotar de efectividad al derecho fundamental invocado.

2.- Se alega infracción del art. 53.11 de dicha Ley Procesal que considera causa de abstención-recusación "Haber intervenido (los Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares) en otro concepto, en el mismo procedimiento", y la Sala lo desestima porque ni aún acudiendo al complemento que representa lo dispuesto en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (apartados 6 y 11), puede sostenerse que los miembros del Tribunal sentenciador pudieran actuar en concepto distinto en relación con el

mismo asunto. La previsión recusatoria se refiere más bien a actuaciones jurisdiccionales precedidas de intervención en el procedimiento en concepto de miembro de la Fiscalía, de la Asesoría, de órgano informante, Secretario relator, Juez instructor de la causa, Instructor del Expediente disciplinario, o incluso como miembro del propio Tribunal que hubiera conocido de recursos deducidos dentro del proceso.

3.- Las causas de abstención-recusación son tasadas y de aplicación estricta; se parte de la presunción de imparcialidad judicial, sobre todo la subjetiva, de manera que quien sostenga lo contrario deberá demostrarlo en el caso concreto, porque las eventuales consecuencias en cuanto a alterar la composición de un órgano jurisdiccional puede afectar el derecho fundamental al Juez ordinario legalmente predeterminado.

4.- La mera anulación de una Sentencia que deba repetirse no determina necesariamente la obligación de renovar el Tribunal (vid. STEDH. recientemente 12.02.2013 “caso Cesare Previtti” c.Italia).

En este caso la segunda sentencia debió dictarse tras la desestimación de una recusación previamente intentada, con lo que se puso de manifiesto que aquel Tribunal era imparcial y lo que procedía era que dictara la misma Sentencia con idéntica composición, ya que en ausencia de nuevos datos o elementos sobre los que formar la decisión, realmente no existió más que un solo enjuiciamiento.

**5. Derecho de defensa en información reservada. Legalidad sancionadora. Error de tipificación de los hechos y posible relevancia penal de los mismos. Preferencia de la jurisdicción penal.**

La Sentencia **05-03-2013 (Rcc 201/06/2013)**, estima el Recurso de Casación deducido por Oficial de la Guardia Civil contra Sentencia del Tribunal Militar Central, que confirmó la sanción por falta grave del art. 8.9 L.O. 12/2007, consistente en “la emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen” .

Los hechos sancionados refieren que el recurrente fue comisionado para realizar un curso de formación fuera de su destino. A efectos de desplazamiento solicitó primero autorización para utilizar vehículo particular y poco después, ocultando la anterior, solicitó que se le expidieran billetes de ferrocarril a cargo de la Administración, Y habiendo utilizado este último medio reclamó luego indemnización por razón del servicio derivado del uso de automóvil particular.

En averiguación de los hechos se tramitó información reservada en la que prestó declaración el recurrente, el cual fue instruido de sus derechos, excepto sobre designación de Abogado que no llegó a nombrar a lo largo del posterior expediente sancionador.

En la Sentencia se contienen las siguientes declaraciones de interés:

1.- Aunque la información reservada prevista en el art. 39.5 L.O. 12/2007 no reviste carácter de procedimiento sancionador, ni se dirige contra persona alguna, ni sustituye al expediente disciplinario, ni está revestida de las formalidades y garantías de un procedimiento de tal clase, debiendo reproducirse su contenido en el expediente para que lo actuado en la información adquiera eficacia probatoria; cuando en el seno de la misma se recibe declaración a persona que luego pueda resultar encartada según valoración “ex ante”, o cuando se le vayan a formular preguntas cuya contestación puedan incriminarle, su audiencia debe ir precedida de la instrucción de sus derechos esenciales a no declarar en ningún caso y a no declarar contra sí mismo, de manera que sus manifestaciones eventualmente incriminatorias tengan carácter de voluntarias bajo sanción de nulidad en otro caso; ello sin perjuicio de que existan otras pruebas incriminatorias que no se encuentren respecto de aquellas manifestaciones en conexión de antijuridicidad (STC 142/2009, de 15 de junio y de la Sala 13.12.2010; 11.02.2011 y 06.06.2012, entre las más recientes).

2.- La conducta consistente en solicitar sendas autorizaciones de desplazamiento entre sí incompatibles, no puede considerarse como la emisión de informes o partes del servicio porque ello constituye una interpretación extensiva e impredecible del tipo disciplinario. La garantía que depara la tipicidad consiste precisamente en la razonable previsibilidad de la conducta infractora y de la consiguiente sanción.

Pero es que, además, la solicitud para utilizar medios de viaje incompatibles no resulta por sí sola ilícita con relevancia disciplinaria, sino en cuanto acto preparatorio de otra conducta posterior fraudulenta referida a la reclamación de indemnización económica por razón del servicio en base a un hecho no realizado.

Si la reclamación no llegara a efectuarse, tal comportamiento autónomo podría constituir la falta grave del art. 8.21 L.O. 12/2007 consistente en efectuar “cualquier petición... basada en aseveraciones falsas”, pero cuando va seguida de la dicha reclamación económica fraudulenta con base a la previa autorización obtenida con engaño, en tal caso la conducta resultante podría revestir carácter punible como deslealtad específica en el ámbito militar o estafa común.

3.- A pesar de los indicios de ilicitud penal, no consta que la Administración pusiera los hechos en conocimiento de la Fiscalía Jurídico Militar, como resulta obligado por la preferencia de la jurisdicción penal y en observancia del principio de legalidad; y al decantarse por la responsabilidad solo disciplinaria, la Autoridad sancionadora incurrió en error en la tipificación de los hechos, lo que no resulta salvable por la vía de la homogeneidad.

## **6. Internos en centros militares. Aplicabilidad de la LO 12/07 a quienes se encuentran reclusos por una infracción penal**

En la **STS 20-11-2012 (Rc 40/2012)** se resuelve un recurso en el que un Guardia Civil sostenía la no aplicabilidad del régimen disciplinario de la Guardia Civil (LO 12/07), respecto a una infracción cometida en un establecimiento penitenciario militar, dada su condición de interno en el mismo.

Sin embargo, la solución jurídica correcta es la contraria porque en el ámbito administrativo disciplinario ha de atenderse a lo dispuesto por el artículo 20 del Real Decreto 1396/1.992, de 20 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, conforme al cual las sanciones impuestas en vía disciplinaria penitenciaria lo serán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que, en su caso, pudiera corresponder y de la responsabilidad disciplinaria militar, siempre que esta última sea compatible.

En consecuencia, no habiéndose aplicado en el caso actual sanción alguna en la vía disciplinaria penitenciaria, no concurre incompatibilidad con la sanción impuesta en el ámbito disciplinario estrictamente militar.

Y es que -dice la sentencia- "Aun cuando el régimen disciplinario de preferente aplicación en los establecimientos penitenciarios militares debe ser el penitenciario común, como dispone el referido precepto, al señalar el párrafo primero del citado artículo 20 que *"En los establecimientos penitenciarios militares se aplicarán las normas de régimen disciplinario del Reglamento Penitenciario común en materia de infracciones y sanciones, teniendo en cuenta que las competencias que en dicho Reglamento se atribuyen a la Junta de Régimen y Administración y a la Dirección corresponderán al Director del centro"*, no queda absolutamente excluida la posibilidad de aplicación de la responsabilidad disciplinaria militar, cuando sea procedente y compatible.

En definitiva, la normativa está correctamente aplicada , incluso a pesar de que se alegó igualmente que el recurrente se encontraba en la situación administrativa de suspensión de funciones, pues no puede olvidarse que, *"como señala el artículo 2 1º de la Ley Orgánica 12/2.007, de 22 de Octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, están sujetos a la citada Ley los miembros de la Guardia Civil que se encuentren en cualquiera de las situaciones administrativas en que se mantengan derechos y obligaciones inherentes a la condición de Guardia Civil, lo que como recuerda el Tribunal de instancia es aplicable en caso de suspensión de funciones conforme al artículo 85 y concordantes de la Ley 42/1.999, de 25 de Noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil."*

## **7. Libertad de expresión. Manifestaciones realizadas a los medios de comunicación por el Presidente de una Asociación de militares**

El ejercicio de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito civil como en el militar, no es algo absoluto y carente de límites. Y no es sólo que la Constitución así lo establece, sino que por esencia, para que resulten compatibles, en la medida de lo posible , el derecho de todos a dicho ejercicio, es necesario delimitarlos en los casos en que se produzca una colisión o conflicto.

En relación al concreto derecho a la libertad de expresión, recogido en el art.20.1 a) CE, la **STS 17-12-2012 (Rcc 82/2012)**, recuerda la doctrina en el ámbito militar, sobre tal derecho, entre otras, de la mano de la Sentencia de 14 de septiembre de 2009, en la que se dice : *<la constante jurisprudencia de esta Sala, a propósito de la extensión y límites del ejercicio de dicho derecho esencial por parte de los militares, que hemos expresado entre otras muchas Sentencias en las de fecha 11.10.1990; 05.11.1991; 15.09.1992; 19.04.1993; en las posteriores 20.12.2005; 17.07.2006; 04.02.2008; 28.10.2008 y recientemente con fecha 19.01.2009, en el sentido de que el expresado derecho a la libre manifestación y por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien que con las limitaciones generales aplicable a todos los ciudadanos que se derivan de lo dispuesto en el art. 20.4 CE., más las específicas propias previstas para el ámbito castrense en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en su Régimen Disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios consustanciales a la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna (arts. 1 y 10 RROO para las FAS de 1978 y arts. 8 y 44 y ss. RROO para las FAS aprobadas por RD. 96/2009, de 6 de febrero; art. 4, séptima, Ley de la Carrera Militar y 20.1 LO. de la Defensa Nacional), que resulta preciso salvaguardar para garantizar la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (arts. 8.1 CE; 15.1 LO. de Defensa Nacional; 10 RROO para las FAS de 1978 y 4 RROO. de 2009). Lo hemos declarado de modo invariable con objeto de mantener la disciplina esencial en las FAS y en los institutos Armados de naturaleza militar (arts. 28 y 29 CE.), y asimismo para proteger el deber de neutralidad política de los militares (SS. 23.05.3005 y 17.07.2006), pero siempre que no reduzcan a sus miembros al puro y simple silencio como dijimos en Sentencia 19.04.1993.*

Doctrina que también sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 del Convenio de 04.11.1950, y en particular su apartado 2º en el sentido de que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública. Así, en la STEDH. 08.06.1976, caso "Engel y otros", tras sostener que la libertad de expresión garantizada por el Convenio es aplicable a los militares, se dice que "el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos". Y, entre otras, también pueden citarse las SS. 25.03.1985, caso "Barthol" y 25.11.1997, caso "Grigoriades c. Grecia", cuya doctrina se actualiza en la de fecha 20.05.2003.

Por su parte, el Tribunal Constitucional desde sus SS. 21/1981, de 15 de junio, y las posteriores 97/1985, de 29 de julio; 69/1989, de 20 de abril; 371/1993, de 13 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre; 288/1994, de 27 de octubre y 102/2001, de 23 de abril, viene sosteniendo que el legislador puede legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las FAS, siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y a los criterios esenciales de

organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las FAS, o, en términos de la STC. 97/1985, discusiones y contiendas dentro de las FAS, las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE. les asigna, una especial e idónea configuración (STC. 371/1993 y Auto TC. 375/1983, de 30 de julio):

Y en cuanto a la más reciente Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 2011, recoge esta misma línea doctrinal, diciendo: *«Efectivamente, como se afirma en la Sentencia de esta Sala, de veintiséis de Mayo de dos mil diez, que se remite a otra de 4 de febrero de 2008, "[dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE deben singularizarse las referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas, y a las misiones que se le atribuyen. Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la CE, resulta de indudable interés el que las mismas se configuren de forma idónea para el cumplimiento de sus fines (ATC nº 375/83 [1983/375]). A tal fin, las Fuerzas Armadas se configuran específicamente. Entre las singularidades de las mismas figura su carácter jerárquico, disciplinado y unido (arts. 1 y 10 de las Reales Ordenanzas)», añadiendo que "entre las limitaciones impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas se hallan las relativas al ejercicio del derecho a la libre expresión siempre y cuando dichos límites respondan a los principios primordiales de la Institución Militar que garantizan, no sólo la necesaria disciplina, sino también - en lo que aquí importa- el principio de unidad interna".*

En cuanto al caso en concreto, se produjeron manifestaciones contrarias a la disciplina, que se han llevado a cabo ante medios de comunicación social cuya concurrencia se ha buscado indudablemente de propósito *"en el edificio de los sindicatos en la ciudad de La Coruña ante diversos medios de comunicación, dándose a conocer como militar"*. Manifestaciones que tienen lugar el día 28 de marzo de 2006, siete meses después del accidente de helicóptero acaecido en Afganistán que ocurrió en el mes de agosto de 2005, por lo que no cabe entender que tienen lugar en circunstancias especialmente emotivas por la cercanía en el tiempo de tan importante y trágico suceso.

## **8. Negligencia. Incomparecencia a prestar el servicio asignado**

La no comparecencia del recurrente a prestar un servicio - dice la **STS 30-10-2012 (Rcc 67/2012)**- es susceptible de ser calificada como falta grave (el artículo 8.10 considera falta de esta clase *«No comparecer a prestar un servicio...»*) o como falta leve (el artículo 9.2 considera falta de esta clase *«La incomparecencia a prestar un servicio...»*), no enunciando la ley los elementos valorables para concluir cuando se trata de una infracción grave o leve.

Pues bien, a fin de resolver dicha cuestión, la Sala ha declarado con reiteración que es preciso valorar todas las circunstancias concurrentes en

cada caso. Así -y ello se expresa sin ánimo exhaustivo- *“es valorable si el militar actuó dolosamente o con negligencia, si el servicio asignado resultó perjudicado y, en su caso, la gravedad del perjuicio, y también las razones o los motivos o los móviles que determinaron la conducta del militar infractor”*.

Pues bien, cuando no se actúa con intención de incumplir su deber – como en el caso examinado- , sino con negligencia, estamos ante un elemento que inequívocamente le favorece pero que por sí solo, es insuficiente para determinar si se trata de una falta grave o leve.

Es necesario, por tanto, “fijar el dato valorable para determinar la entidad de la negligencia”, mediante un examen detallado de las circunstancias del caso.

Por un lado, el recurrente tardó en comunicar a la Unidad que no podía comparecer a causa de encontrarse indispuerto (lo hizo cuando se despertó, tres horas y cuarenta y cinco minutos después del comienzo del servicio). Pero de otro, habiendo quedado establecido que la negligencia consistió en no poner los medios oportunos para evitar no despertarse a tiempo, el retraso en llamar a la Unidad no es el dato valorable.

Al contrario, el “dato valorable es la no adopción de tales medios, estimando la Sala que, pese a ser un descuido impropio e inaceptable, carece de la intensidad necesaria para calificar la incomparecencia como falta grave”.

Sentado lo anterior, esto es, establecido, de un lado, que el recurrente no compareció a prestar el servicio asignado por causa de su negligente actuación, y del otro, que la negligencia no tuvo la intensidad necesaria para mantener la calificación de falta grave, se procedió a revisar la sanción impuesta, optando por una pérdida de haberes de tres días con suspensión de funciones, entre las posibles previstas en el art.11.2 de la LO 12/07, por la comisión de una falta leve que son la reprensión y la pérdida de haberes de uno a cuatro días con suspensión de funciones.

Dicha sanción, se basa en la valoración de la importancia y las circunstancias de la negligencia cometida, teniendo en cuenta los criterios de graduación enunciados en el artículo 10 de la ley citada, y en particular, la perturbación en el desarrollo del servicio que hubo de prestarlo el teniente, que al hacerlo desatendió otros cometidos y, al tiempo, la afectación al principio de disciplina producido.

## **9. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR FALTA LEVE .Indefensión**

En relación a un procedimiento sancionador que concluyó con la imposición de sendas sanciones por dos faltas leves, una por “inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas” y la otra, por “negligencia en el cumplimiento de los deberes u obligaciones o de las normas de régimen interior”, se planteó el tema de la posible indefensión del sancionado.



En concreto, en la **STS 19-03-2013 (Rcc 129/2012)**, se examinó dicha cuestión, analizando el trámite previsto en el art .50 de la LO 12 /07, en el que se establece que de no oponerse el expedientado, en el plazo de cinco días fijado por la norma, podrá resolverse el expediente sin más trámite.

Y tras recordarse que, de conformidad con la Sentencia de la Sala de 8 de noviembre de 2011- “el silencio del encartado dejando transcurrir el plazo legalmente previsto de cinco días sin formular oposición ni proponer la práctica de pruebas, pueda conllevar la preclusión del trámite no cumplido tempestivamente por el expedientado y autorice la posible resolución del expediente sin más trámites, ello lógicamente *no permite dictar la resolución sancionadora sin oír previamente al encartado tras la incorporación al expediente de cualquier prueba o la aportación a éste de cualquier actuación*”.

Con tal doctrina, y ante la alegación en el trámite del recurso de alzada del sancionado de que si planteó su oposición fuera del plazo establecido fue "porque estuve esperando a que se me diera traslado de las informaciones verbales e investigaciones sin que tampoco se hiciera", se estima producida indefensión pues “con independencia de que el recurrente obviamente hubiera podido solicitar que le fuera facilitada la documentación que fue incorporada al expediente tras comunicarle la incoación de éste, resulta evidente que era la Administración, la que tras traer al expediente los informes antes mencionados (informe verbal del Alférez Jefe del Destacamento, datos y croquis del accidente e informe del Sargento coordinador de los equipos de atestados) que, según se reconoce en la resolución sancionadora fueron tenidos en cuenta al dictarla, cuando menos hubo de dar traslado de la referida documentación al expedientado para que éste pudiera formular las alegaciones que a su derecho convinieran, según lo previsto en el artículo 50.4 de la propia norma disciplinaria”.

De este modo, se concluye, al no habersele dado a conocer tales informaciones , se “ obvió con ello injustificadamente la mínima posibilidad de contradicción por parte del sancionado, consustancial al derecho de defensa, que fue así vulnerado, privando de validez a la totalidad del expediente a partir de ese momento y a la resolución sancionadora dictada.”

#### **10. Utilización de medios o recursos oficiales para uso particular. No devolución de mobiliario tras cesar en el destino**

La **STS 25-10-2012 (Rc 51/2012)**, desestima el recurso contra la sentencia de instancia que confirmó la sanción de un mes y un día de arresto, impuesta a un militar por falta grave consistente en “utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial cuando no constituya delito” (art.8 apartado 15 de la LO 8/1998).

Los hechos se refieren al mobiliario de carácter oficial y en perfecto estado, que como consecuencia del desmantelamiento de determinadas instalaciones, el militar se llevó a su casa, sin que los devolviera a pesar de los requerimientos que se le hicieron para ello.

En la mencionada resolución, se indica que la falta grave de que se trata es una falta dolosa, que precisa para su integración la intención maliciosa de que la utilización o empleo de los medios o recursos de carácter oficial se lleve a cabo para usos o fines particulares, encontrándose la diferencia con el delito contra la Hacienda en el ámbito militar, contenido en el art. 190 CPM, en la entidad del ilícito cometido.

En cuanto a la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico protegido y la corrección a establecer no podrá depender de criterios objetivos genéricamente predeterminados, sino que habrá de acudirse en cada supuesto concreto a sus circunstancias, valorando los hechos y -en una conducta como la enjuiciada- la intensidad o duración de la utilización de los bienes, la trascendencia para la operatividad del servicio, el desgaste o deterioro del medio utilizado y, en fin, la entidad económica o el perjuicio de ésta naturaleza que se irroga al Estado con el indebido uso".

Conforme a dichos parámetros, se encuentra ajustado a derecho sancionar sólo disciplinariamente, teniendo en cuenta tanto la entidad económica que para el patrimonio público hubo de tener la indisponibilidad del mobiliario para los fines públicos u oficiales a que estaba adscrito (valorado en 577.000 Ptas en 2005), como el largo tiempo -al menos, desde febrero de 2005 al día 6 de marzo de 2009, es decir, más de cuatro años- que dicho mobiliario permaneció en poder del hoy recurrente, con la consecuente imposibilidad de utilización del mismo para los fines públicos a que estaba asignado y la consiguiente afectación operativa de las Fuerzas Armadas durante ese dilatado lapso temporal,

Y por otro lado, se descarta que nos encontremos ante una mínima afectación o perjuicio, es decir, ante un supuesto de escasa entidad que pudiera determinar la consideración de la conducta del hoy recurrente como no constitutiva del ilícito disciplinario grave por el que ha sido sancionado.

Por consiguiente, y como consecuencia de todo ello, no puede sino convenirse, con la Sala de instancia, en que en los hechos declarados probados se hallan presentes todos y cada uno de cuantos requisitos resultan precisos para la integración del subtipo disciplinario incardinado en el primer inciso del apartado 15 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en "utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial... cuando no constituya delito", a saber, la utilización intencional, por razón de conveniencia, utilidad o provecho propio y sin ánimo de apropiación definitiva, de medios o recursos pertenecientes a la Hacienda militar y que, por tal motivo, se hallan asignados al servicio propio de los Ejércitos.

En cuanto al dolo, exigido por el tipo disciplinario, se encuentra en "la infrangible declaración de hechos probados e imputados al hoy recurrente" en los que se pone de manifiesto la intención o propósito del militar en cuestión, de *"entrar en posesión y utilizar, de modo particular o privativo, el mobiliario de*

*que se trata, manteniéndolo en su poder y no reintegrándolo al servicio al que estaba asignado durante un largo tiempo a pesar de los varios requerimientos para su entrega que al efecto se le hicieron y no obstante haber cesado en el cargo de Director de..., disponiendo del mismo durante todo aquel tiempo en su domicilio a título particular, y, por lo tanto, en su propio provecho.”*

De igual modo, se dice, que resulta indiferente la efectiva utilización física o no de aquel mobiliario, pues lo cierto es que la efectiva posesión continuada del mismo por el recurrente comportó la desviación del patrimonio público que el mismo integra a una finalidad no acorde con la que le era propia, es decir, un apartamiento de las finalidades públicas dentro de las Fuerzas Armadas a que tal mobiliario, dada su condición oficial, se hallaba afecto.

En definitiva, pues, se considera realizado el tipo sancionador aplicado ya que “ la actuación del hoy recurrente estuvo en todo momento presidida por el propósito de utilizar de forma particular o privativa, es decir, en su propia utilidad o beneficio, unos bienes muebles destinados al uso oficial en el seno de las Fuerzas Armadas, conculcando con tal comportamiento la lealtad que, como militar, debía a la Institución a que pertenecía y pertenece, por lo que obró con plena conciencia del significado antijurídico de su conducta, sin que las argumentaciones exculpatorias que ha venido ofreciendo constituyan justificación de la misma”.