



Roj: **STS 2390/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2390**

Id Cendoj: **28079150012022100053**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2022**

Nº de Recurso: **58/2021**

Nº de Resolución: **56/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Disciplinario Militar (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JACOBO BARJA DE QUIROGA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC 95/2021,**  
**ATS 13913/2021,**  
**STS 2390/2022**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Militar

#### **Sentencia núm. 56/2022**

Fecha de sentencia: 17/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número del procedimiento: 58/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR CENTRAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Transcrito por: AAR

Nota:

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 58/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Militar

#### **Sentencia núm. 56/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D.<sup>a</sup> Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Fernando Marín Castán



D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 17 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación contencioso **disciplinario militar** ordinario número 201-58/2021, interpuesto por la procuradora D.ª Raquel Nieto Bolaños, en nombre y representación de la guardia civil D.ª Serafina, contra la sentencia dictada por el Tribunal **Militar** Central en fecha 26 de mayo de 2021, en el recurso contencioso **disciplinario militar** ordinario núm. CD 194/19, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de "pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones, como autora de una falta grave prevista en el art. 8.6 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de régimen **disciplinario** de la Guardia Civil, consistente en "la grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, con ocasión de ellas o vistiendo el uniforme".

Comparece ante esta sala en calidad de recurrido la Ilma. Abogacía del Estado en la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de agosto de 2019 el Excmo. Sr. teniente general jefe del Mando de Operaciones, acordó en el expediente **disciplinario** núm. NUM000 imponer la sanción de "pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones" a la guardia civil D.ª Serafina en calidad de autora responsable de la falta grave de "la grave desconsideración con los superiores, compañeros o ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, con ocasión de ellas o vistiendo uniforme" prevista en el art. 8.6 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de régimen **disciplinario** de la Guardia Civil.

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución sancionadora la guardia civil D.ª Serafina interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de la Guardia Civil que lo desestimó en todas sus partes y pretensiones, con fecha 28 de noviembre de 2019.

**TERCERO.-** D.ª Serafina bajo la dirección letrada de D. José Guerrero Guerrero, interpone recurso contencioso **disciplinario militar** ordinario ante el Tribunal **Militar** Central que se tramitó bajo el núm. CD 194/19, recurso que se formalizó mediante escrito de fecha 5 de junio de 2020 y, en el que la recurrente solicita la estimación del recurso, y que se declaren nulos y sin efecto los acuerdos recurridos por los que le fue impuesta y confirmada la sanción disciplinaria de pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones, así como que se proceda a dejar sin efecto la anotación efectuada en su documentación personal.

**CUARTO.-** El Tribunal **Militar** Central poniendo término al mencionado recurso dictó sentencia núm. 93/2021 con fecha 26 de mayo de 2021, cuya declaración de hechos probados es la siguiente:

" **ÚNICO** - Como tales expresamente declaramos que con fecha 13 de octubre de 2017, en el seno del Expediente **Disciplinario** NUM001, que se hallaba instruyendo en relación con conducta atribuida, entre otros, a la Guardia Civil D.ª Serafina, la misma presento escrito de alegaciones contra la propuesta de resolución dictada en el referido expediente, vertiendo en dicho escrito entre otras las siguientes manifestaciones:

"Incluso del círculo íntimo del Comandante, que así me lo han confirmado y podrían confirmar, circunstancias estas nada negativas, resultando que sí lo son las actitudes tomadas por ambos, Comandante y su mujer, respecto a la persona del Sargento Luis Miguel y la mía, entrometiéndose en nuestras vidas íntimas, privadas, familiares y sentimentales con un desprestigio total de mi persona incluso en los profesional (Sic) donde soy presa de la hostilidad y humillación donde se ha tratado y se trata de hacerme el máximo daño profesional posible y por ende personal, moral y psicológico, ayudados en tales maléficis fines por el Guardia Civil Adolfo y Guillerma la esposa de éste". (Folio 4).

"Lo espurio del parte **disciplinario** emitido por el comandante, quien claramente con amistad íntima hacia mi agresora y enemistad manifiesta hacia la mía, maneja interés (sic) personal en dañarme profesionalmente personalmente y psicológicamente en su máxima extensión posible con una terrible arbitrariedad, patente dolo y uso personalísimo del régimen **disciplinario** del Cuerpo". (Folio 6 y 7).

" A raíz de este último el comandante en plan castigo hacia el Sargento Luis Miguel y hacia mí, sin mantener conversación alguna con ninguno de nosotros respecto de lo sucedido, valiéndole (sic) tan solo de lo manifestado por su amiga Luisa decide aplicar el protocolo de Actuación ante conductas anómalas del personal de la Guardia Civil, procediendo a la retirada el mismo día del incidente de las armas de fuego reglamentarias al Sargento Luis Miguel y a mí, sin que en caso alguno nuestra conducta estuviera incurso en



ninguna de las circunstancias establecidas para aplicación de (sic) mencionado protocolo, en lo que pareció una prevaricación total del Comandante en su actuación". (Folio 10).

"Que por mi parte se vislumbra una propuesta de resolución que de confirmarse será algo más que ilegal, restaurable contenciosamente de forma administrativa o más cerca también administrativamente en recurso de alzada, no así el vislumbramiento de su arbitrariedad, esta restaurable únicamente en el ámbito de la jurisdicción penal, como depuración de lo que a mí me parece un ilícito penal de prevaricación administrativa, pues la resolución no constituiría una mera ilegalidad, sino una contrariedad a **derecho** de suma gravedad, una palmaria desviación de poder, pues carece de una argumentación técnico-jurídica mínimamente aceptable en **derecho** administrativo, con una fundamentación sin apoyo en una interpretación del mismo mínimamente razonable, de acuerdo a métodos usuales de la razón jurídica, siendo por tanto el actuar administrativo disparatado, desbordando los márgenes de la legalidad de manera evidente patente, flagrante y clamorosa y de forma grosera, con resultado injusto buscado y con inequívoca finalidad de hacer efectiva la voluntad particular del Comandante Elias y avalada en caso de confirmarse la resolución sancionadora por la autoridad llamada a sancionar, este ya a la lectura del presente escrito, con conocimiento innegable del actuar contra **derecho**, y ya si sabedor con pleno detalle de todos los acontecimientos, sabiendas que innegablemente ya maneja al Comandante Elias, quien por capricho, con la única voluntad de causar perjuicio a mi persona y a la del Sargento Luis Miguel ha convertido su intención, irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, existiendo contradicción insostenible entre la propuesta de resolución, si se resuelve a favor de esa propuesta de resolución, y el **derecho** aplicable, sin uso de método aceptable en la interpretación jurídica imponiéndose la voluntad del Comandante Elias, del Instructor y de la Autoridad llamada a resolver, de éste último en caso de resolver a favor de la propuesta de resolución".

"De confirmarse la propuesta de resolución confirmaría el resultado injusto buscado por el comportamiento doloso del Comandante Dador de parte, del instructor secundario y secretario así como de la Autoridad llamada a resolver, concentrados los comportamientos en la expresión "a sabiendas de su injusticia", debiendo luego si se diera el caso ante la autoridad Judicial, quedar excluida la justificación de imprudencia y dolo eventual". (Folio 14 y 15).

"El Comandante Elias con enemistad manifiesta hacia mi persona y hacia el Sargento Luis Miguel hace un uso retorcido de la ley de régimen **disciplinario** de la Guardia Civil, amparándose en las competencias que esa norma le otorga para dar satisfacción a su interés personal de causar perjuicio grave e injusto, al Sargento Luis Miguel y a mi persona, emitiendo parte **disciplinario** ocultándoselo además a los propios encartados, en el que denuncia hechos que nada tienen que ver con la realidad, ocultando información trascendental e incluso mintiendo". (Folio 17).

"Se propone como testigo de todos los hechos relatados, unos en una cosa, otros en otras, además de los ya propuestos e inadmitidos absolutamente a todos y cada uno de los componentes de las Unidades residentes en el acuartelamiento de la Guardia Civil de Ronda (...), y exclúyase a mi acosador laboral Guardia Civil Adolfo". (Folio 18).

**QUINTO.-** Que la referida sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

"Que debemos **desestimar** y **desestimamos**, el Recurso Contencioso-**Disciplinario Militar** Ordinario nº 194/19, interpuesto por la Guardia Civil DOÑA Serafina, contra la sanción de PÉRDIDA DE QUINCE DÍAS DE HABERES CON SUSPENSIÓN DE FUNCIONES, que como autora de una falta grave del apartado 6 del artículo 8 de la ley orgánica del Régimen **Disciplinario** de la Guardia Civil, le había sido impuesta por el Excmo. Sr. Teniente General Jefe del Mando de Operaciones, en escrito de 28 de agosto de 2019, y contra la Resolución del Sr. Director General de la Guardia Civil, de 28 de noviembre de 2019, por el que se desestimó el Recurso de Alzada interpuesto por la Guardia Civil contra dicha sanción."

**SEXTO.-** Notificada en forma la anterior sentencia, el letrado D. José Guerrero Guerrero, en defensa de la guardia civil D.<sup>a</sup> Serafina, formula recurso de casación contra la mencionada sentencia mediante escrito de fecha 9 de julio de 2021, acordándose tenerlo por preparado en auto de fecha 20 de julio de 2021 dictado por el Tribunal **Militar** Central, procediéndose a su notificación a las partes personadas a las que emplaza para que comparezcan ante esta sala en el plazo improrrogable de treinta días y, ordenando al propio tiempo la remisión de los autos originales.

**SÉPTIMO.-** Personadas las partes, por providencia de fecha 21 de octubre de 2021, a los efectos previstos en los artículos 90 y siguientes de la LJCA, pasan las actuaciones a la Sección de Admisión de esta sala, dictando auto de admisión por interés casacional con fecha 2 de noviembre de 2021.

**OCTAVO.-** Notificado el mencionado auto, la procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Raquel Nieto Bolaños en nombre y representación de la hoy recurrente, formalizó el anunciado recurso de casación mediante escrito de fecha



20 de diciembre de 2021, en base a las siguientes alegaciones: 1.ª Vulneración del principio de presunción de inocencia y del **derecho** a defensa y, 2.ª Vulneración del principio de legalidad por falta de tipicidad.

**NOVENO.**- De la demanda se dio traslado a la Abogacía del Estado, que mediante escrito de fecha 24 de enero de 2022 y, dentro del plazo concedido para la contestación a la demanda, solicita que se declare no haber lugar al recurso de casación.

**DÉCIMO.**- Admitido y concluso el presente recurso, y no habiendo solicitado las partes celebración de vista, ni considerándolo necesario la sala, por providencia de fecha 18 de mayo de 2022, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 14 de junio de 2022, a las 11:00 horas del mismo, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

La presente sentencia ha sido dictada por el ponente con fecha 15 de junio.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.**- No se aceptan los de la sentencia recurrida que se sustituyen por los siguientes:

En un escrito de alegaciones sin firma atribuido a D.ª Serafina , que ella no ha reconocido como propio se vierten diversas expresiones -que no es preciso reiterar- que dieron lugar a la apertura de un expediente **disciplinario**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La procuradora de los Tribunales D.ª Raquel Nieto Bolaños en nombre y representación de la guardia civil D.ª Serafina , interpone recurso de casación frente a la sentencia núm. 93/2021, dictada por el Tribunal **Militar** Central en el recurso contencioso **disciplinario militar** ordinario núm. 194/19 el día 26 de mayo de 2021, en razón a los siguientes motivos: 1.º Por vulneración del principio de presunción de inocencia y del **derecho** a la defensa; 2.º Por vulneración del principio de legalidad por falta de tipicidad.

**SEGUNDO.**- La recurrente en su motivo relativo a la presunción de inocencia considera que no existe prueba que pueda enervar la presunción de inocencia porque: "la única prueba que ha sido tenida en cuenta es un anterior expediente **disciplinario** contra mi representada, prueba que se trajo a este expediente y que esta parte impugnó por no reconocerlo, y por no cumplir los requisitos legales necesarios [...] que sólo se aportó una simple fotocopia no reconocida por la defensa, pues la fotocopia aportada no se cotejó, compulsó, certificó o comparó con el escrito original, ni se ha deducido testimonio de la original, que conste en el presente expediente, para su autenticidad o fidedignidad y poder aportarla al mismo, de tal manera que quedara acreditada su autenticidad y literalidad, sin embargo, se presentan las supuestas alegaciones, con tachaduras y rotura de firma, sin que nadie haya aportado prueba alguna de su autenticidad."

En la instancia la ahora recurrente alegó entre otras cuestiones que "no hay prueba de que ella sea la autora del escrito que se le atribuye que además es la prueba única que considera la Administración para fundamentar los hechos que le atribuye."

Y, efectivamente, como relata la sentencia recurrida, en el Expediente entre los folios 7 y 24 figura un escrito encabezado por " Serafina ", pero "no lleva firma".

Ante ello, el Tribunal **Militar** Central acordó "para mejor proveer, en ejecución de la previsión del artículo 486 de la Ley Procesal **Militar**, la unión a las actuaciones del Expediente **Disciplinario** FG 231/17, donde aparentemente se había incorporado tal escrito. Una vez recibido se puso ello en conocimiento de las partes; sin que ninguna de ellas hiciera alegación al respecto."

Sin duda sobre la autenticidad del escrito (no firmado) por la ahora recurrente y no reconocido gira la cuestión, dado que en él figuran los dichos que sustentan la razón de la sanción disciplinaria. Para esta acreditación, el Tribunal **Militar** Central acudió al art. 486 de la Ley Procesal **Militar**.

El art. 486 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal **militar**, dispone: "El Tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

Concluida la fase probatoria, el Tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente.

Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen por iniciativa del Tribunal. Si éste hiciera uso de su facultad después de celebrarse la vista o señalamiento para fallo, el resultado de las diligencias de



prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e improcedencia."

Antes de nada, hemos de precisar que es indiferente que se trate de un procedimiento **disciplinario** o un juicio penal, pues en ambos se trata de la aplicación del *ius puniendi* del Estado y, en ambos, debe respetarse la Constitución y los principios que se derivan de ella.

Se trata de una norma jurídica que faculta al Tribunal a acordar de oficio pruebas "antes o después de la vista o señalamiento". Ahora bien, como toda norma debe ser objeto de interpretación a la luz de los principios que dimanar de nuestra Constitución. Y, la posibilidad de acordar el Tribunal de oficio cualquier prueba es algo especialmente delicado, pues implica que el Tribunal salga de su estática posición para adoptar alguna medida y, eso, queda fuera del sistema acusatorio y se acerca mucho al sistema inquisitivo. El Tribunal no puede perder o, al menos, parecer que pierde la imparcialidad ni afectar al principio de igualdad de armas, pues como dijimos tal actuación cambia profundamente el sistema de enjuiciamiento.

En el sentido indicado, la STS, 2.ª, de 1 de diciembre de 1993 considera que la prueba acordada de oficio es una prueba obtenida con "violación de **derechos** fundamentales". Igualmente, en la STS, 2.ª, 626/2007, de 5 de julio, se explica que el juicio acusatorio impone que "el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado".

Así pues, es preciso realizar una interpretación muy muy restrictiva del art. 486 de la Ley procesal **militar**, para que su aplicación no conculque los principios constitucionales y socave los cimientos del Estado de **Derecho**. Éste impone la sujeción a la ley, pero interpretada ésta conforme a los principios constitucionales.

En el presente caso, no hay duda que el Tribunal con el propósito de esclarecer la cuestión sobre la autoría del escrito, acudió al citado artículo, pero hizo una aplicación puramente literal sin reparar en que así perdía la imparcialidad, afectaba a la igualdad de armas y, en definitiva, abandonaba el sistema acusatorio.

Esto nos conduce a que debemos prescindir de la indicada prueba y, por consiguiente, hemos de afirmar que no aparece acreditada la autoría del escrito en que se basa la sanción disciplinaria.

Pero, además, examinada la cuestión desde otro punto de vista, es preciso indicar que con la prueba acordada *ex officio* por el Tribunal o sin ella, el resultado no se altera, pues el escrito no lleva firma y no ha sido reconocido por la persona a quien se le imputa. Por consiguiente, también por esta vía, hemos de afirmar que no ha sido enervada la presunción de inocencia y procede anular la sanción disciplinaria impuesta.

Asimismo, y acudiendo a la doctrina reiterada de esta sala, como recoge, por todas la STS, 5.ª, 49/2022, de 8 de junio, "en el ámbito contencioso-**disciplinario**, hemos dicho repetidamente que, como afirma nuestra sentencia de 20 de febrero de 2006, seguida por las de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo, 29 de junio y 22 de septiembre de 2016 y núms. 2/2017, de 13 de enero de 2017 y 48/2019, de 9 de abril de 2019, a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 14 de febrero anterior "en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional expresamente contenida, entre otras, en sus SSTC nº 126/05 y 59/04, esta Sala entiende que 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 (sin prejuzgar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los **derechos** fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después" -es decir, ya en sede judicial-, pero ello en relación con un supuesto fáctico en el que el sancionado impugnante alegó la vulneración de su **derecho** esencial a la presunción de inocencia en razón de que en sede jurisdiccional se subsanó la falta de ratificación en el procedimiento administrativo de un parte por su emisor, lo que llevó a esta Sala, en aplicación de la dicha doctrina, a sentar, en sus antedichas sentencias de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y núms. 2/2017, de 13 de enero de 2017 y 48/2019, de 9 de abril de 2019, "que la ratificación del parte en el posterior proceso contencioso -no importa que lo realice la propia defensa del sancionado- carece de toda eficacia probatoria".

Y, como sigue exponiendo la citada sentencia "en el mismo sentido, y como también ha aseverado esta Sala en sus sentencias de 5 de febrero y 17 de julio de 2008, 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y núms. 2/2017, de 13 de enero de 2017 y 48/2019, de 9 de abril de 2019, "conforme a la actual doctrina constitucional ( SSTC 175/2007, de 23 de julio y 243/2007, de 10 de diciembre) recogida ya con anterioridad en esta misma Sala, en el caso de que se hubiere producido una afectación de **derecho** fundamental del inculpado en la tramitación del Expediente Administrativo, tal vulneración no puede ser subsanada en sede judicial. Dicha doctrina constitucional ... se resume así: "no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, 'condenen' al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone





siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE"; y la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2009, de 23 de marzo, seguida por las de esta Sala de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y núms. 2/2017, de 13 de enero de 2017 y 48/2019, de 9 de abril de 2019, afirma que "hemos advertido que el proceso contencioso-administrativo no puede servir para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora ( SSTC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3; 89/1995, de 6 de junio, FJ 4; 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 59/2004, de 19 de abril, FJ 3; 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; y 70/2008, de 23 de junio, FJ 7, por todas)".

Y en la misma línea, nuestra sentencia del Pleno núm. 42/2019, de 26 de marzo de 2019, seguida por la 48/2019, de 9 de abril de 2019, sienta que "es doctrina reiterada de esta Sala que las vulneraciones ocurridas durante la tramitación del expediente administrativo no se pueden subsanar posteriormente en el ámbito jurisdiccional. Por consiguiente, en éste ámbito los tribunales deben resolver teniendo en cuenta la vulneración producida".

Pues bien, aplicando esta reiterada doctrina, si a la ahora recurrente se le vulneró en el ámbito del expediente administrativo su **derecho** a la presunción de inocencia, no cabe en sede judicial, pretender la subsanación en perjuicio del sometido a expediente, buscando la prueba que -a juicio del Tribunal- permitiría enervar tal **derecho** fundamental.

De manera que es evidente que ha sido vulnerado el **derecho** a la presunción de inocencia de la recurrente y, por ello al mantenerse la presunción de inocencia, procede estimar el recurso que presenta y anular la sanción impuesta.

**TERCERO.-** Dado lo expuesto no tiene sentido analizar el otro motivo del recurso.

**CUARTO.-** Las costas se declaran de oficio.

## FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación número 201-58/2021, interpuesto por la procuradora Doña Raquel Nieto Bolaños, en nombre y representación de la guardia civil D.ª Serafina contra la sentencia dictada por el Tribunal **Militar** Central núm. 93/2021, de 26 de mayo de 2021.

2.º Anular la sanción impuesta de "pérdida de quince días de haberes con suspensión de funciones"; de manera que deberá desaparecer toda anotación de la misma.

3.º Las costas se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Militar**

## VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 17 de junio de 2022

Tipo de procedimiento: RECURSO DE CASACION CONTENCIOSO-**DISCIPLINARIO**

Número: 58/2021

Magistrados que formulan el voto particular: Excmos. Sres. D. José Alberto Fernández Roderá y Fernando Marín Castán

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DE LA SALA QUINTA DEL **TRIBUNAL SUPREMO** D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA Y D. FERNANDO MARÍN CASTÁN, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-**DISCIPLINARIO** 201/58/2021 .

Los magistrados que suscribimos el presente voto particular discrepamos de los asertos que se realizan en el seno de la primera perspectiva desde la que es analizada la primera alegación del recurso de casación, esto



es, la que parte de considerar que "es indiferente que se trate de un procedimiento **disciplinario** o un juicio penal" y que se debe prescindir de la prueba acordada por el Tribunal de instancia para mejor proveer, prueba que se acordó y practicó al amparo del artículo 486 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal **Militar**.

Sí estamos de acuerdo, en cambio, con el "otro punto de vista", o segunda vía, desde la que se aborda la cuestión.

Disentimos, en concreto de las siguientes afirmaciones y asimilaciones: i) "es indiferente que se trate de un procedimiento **disciplinario** o un juicio penal, pues en ambos se trata de la aplicación del *ius puniendi* del Estado"; ii) "la posibilidad de acordar el Tribunal de oficio cualquier prueba es algo especialmente delicado, pues implica que el Tribunal de oficio salga de su estática posición para adoptar alguna medida y eso queda fuera del sistema acusatorio y se acerca mucho al sistema inquisitivo"; iii) procede aplicar la doctrina contenida en las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1993 -conforme a la cual "la prueba acordada de oficio es una prueba obtenida con "violación de **derechos** fundamentales"- y núm. 626/2007, de 5 de julio en la que se explica que el juicio acusatorio impone que "el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado"; iv) "es preciso realizar una interpretación muy muy restrictiva del art.486 de la ley procesal **militar**, para que su aplicación no conculque los principios constitucionales y socave los cimientos del Estado de **Derecho**", y v) "[e]n el presente caso, no hay duda el Tribunal con el propósito de esclarecer la cuestión sobre la autoría del escrito, acudió al citado artículo, pero hizo una aplicación puramente literal sin reparar en que así perdía la imparcialidad, afectaba a la igualdad de armas y, en definitiva, abandonaba el sistema acusatorio".

Los Magistrados discrepantes no podemos aceptar las anteriores afirmaciones, pues obvian la naturaleza del procedimiento contencioso-**disciplinario**, asimilándolo a una de las fases del proceso penal, cuando la realidad es que el proceso contencioso-**disciplinario** es mero trasunto del proceso contencioso-administrativo, como puede comprobarse con una simple lectura comparada de los artículos que, a continuación, citaremos, poseyendo una naturaleza muy distinta del proceso penal. Veamos por qué:

1º. A diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, en el proceso contencioso-**disciplinario**, al igual que en el contencioso-administrativo, el Tribunal no ejerce en ningún momento el *ius puniendi* del Estado. Quien, en su caso, ha ejercido el *ius puniendi* del Estado es la Administración sancionadora, sea **militar** o civil, con arreglo a la correspondiente norma de gravamen, distinta por completo de la Ley Procesal **Militar** o de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El órgano judicial que conozca de un recurso contencioso-**disciplinario** o contencioso-administrativo tiene limitada su jurisdicción y su competencia a revisar si la resolución recurrida de la Administración es, o no, conforme a **Derecho**, confirmándola en el primer caso y revocándola o anulándola en el segundo - artículos 469, 470, 492, 494 y 495 de la Ley Procesal **Militar**, de contenido similar al de los artículos 31, 33, 68, 70 y 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa-. Cuando de materia sancionadora se trata, el órgano judicial no es el que impone la sanción, sino la Administración.

2º. Por dichas razones fundamentales, en el proceso contencioso-**disciplinario**, al igual que en el contencioso-administrativo, no existe acusado ni rige el principio acusatorio. Ni el Tribunal ni las partes pueden acusar. El Tribunal ha de limitarse, como decíamos, a enjuiciar si la resolución sancionadora de la Administración es conforme a **Derecho** o no lo es, y las partes en el proceso sólo pueden, o defender la legalidad de la resolución impugnada -caso, normalmente, del Abogado que actúa en representación de la Administración demandada, aunque también puede allanarse, previa autorización del Ministro de Defensa, si estimare que el acto recurrido no se ajusta a **Derecho**-, o impugnarla -caso de la representación procesal del recurrente-.

Al no haber acusado, se reconoce legitimación para interponer el recurso contencioso-**disciplinario** -o continuarlo-, al cónyuge supérstite del sancionado que hubiere fallecido, a la persona ligada con éste por una relación estable de convivencia afectiva, o a sus herederos - artículo 459 de la Ley Procesal **Militar**-, siendo siempre la Administración sancionadora parte demanda y no acusadora - artículo 461 de la misma ley-.

Y abunda en ello que el órgano que constitucional y estatutariamente tiene encomendado el ejercicio de la acción pública frente a los actos ilícitos, esto es, el Ministerio Fiscal - artículo 124 de la Constitución y artículo tercero, apartados 4 y 5, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal- ni siquiera es parte en los procesos contencioso-**disciplinarios** ordinarios; mientras que en los procesos contencioso-**disciplinarios** preferentes y sumarios, en los que sí es parte, no puede actuar como acusación sino como defensor de la legalidad y, más específicamente, de los **derechos** fundamentales que hayan resultado lesionados - artículo tercero, apartado 3 de su Estatuto Orgánico-, pues dicho procedimiento es el diseñado específicamente "contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de **derechos** fundamentales señalados en el artículo 53. 2 de la Constitución" - artículo 453, párrafo tercero, de la Ley Procesal **Militar**-.



Por supuesto, tampoco cabe el ejercicio de la acusación particular ni popular en el proceso contencioso-**disciplinario**.

3º. Si, como acabamos de exponer, el Tribunal que conoce del recurso contencioso-**disciplinario** no ejerce -ni puede ejercer- *ius puniendi* alguno y el procedimiento contencioso-**disciplinario** no se rige por el principio acusatorio, puesto que no hay acusado y nadie puede acusar en él, resulta erróneo aplicar la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo referida a los órganos judiciales penales que sí ejercen dicho *ius puniendi*, bien condenando o bien absolviendo al acusado, y están sujetos al principio acusatorio.

Y ninguna contradicción con los principios constitucionales puede existir por el simple hecho de que el Tribunal que conoce del recurso contencioso-**disciplinario** ejercite la facultad que le atribuye el artículo 486 de la Ley Procesal **Militar** -similar a la que el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, atribuye al Juez o Tribunal del orden contencioso-administrativo- siempre y cuando se realice con la finalidad que el propio precepto determina, esto es, "para la más acertada decisión del asunto", lo que difícilmente puede "socavar los cimientos del Estado de **Derecho**".

No nos cabe duda de que es la interpretación literal del precepto -desechada por los Magistrados que, en esta ocasión, han conformado la mayoría de la Sala- la correcta.

Cuestión distinta es que el Tribunal que conoce del recurso contencioso-**disciplinario** haya hecho uso de dicha facultad para otras finalidades distintas, como pudiera ser la de intentar subsanar una vulneración de **derechos** fundamentales producida en el seno del procedimiento **disciplinario** o llevada a cabo por la propia resolución sancionadora, pues en ese caso ni el mencionado precepto ni ningún otro habilitaría a dicho Tribunal para convertir en válido lo que es nulo.

Esta es la segunda vía o perspectiva desde la que es abordada la alegación de vulneración de la presunción de inocencia en la sentencia aprobada por la mayoría y con ella estamos de acuerdo.

4º Si los Magistrados que conformaron la mayoría de la Sala tenían dudas sobre la constitucionalidad del referido artículo 486 Ley Procesal **Militar**, o consideraban que su dicción literal no se ajusta a los principios constitucionales, hasta el punto de socavar "los cimientos del Estado de **Derecho**", deberían, a nuestro juicio, haber promovido la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal - artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre-, en lugar de proceder a una interpretación del mismo que conduce a que los Tribunales que conocen de los recursos contencioso-**disciplinarios** no puedan aplicarlo -so pena, en caso de aplicarlo, de anular en casación tanto la sentencia como las resoluciones sancionadoras en ella revisadas-, pues una interpretación tan sumamente restrictiva que convierte en inaplicable el referido artículo, se enfrenta, a nuestro juicio irremediamente, con el propio principio de legalidad.

Por lo demás, resulta oportuno recordar aquí algunas de las razones que ya expusimos en nuestro reciente voto particular a la sentencia de esta Sala núm. 49/2022, de 8 de junio, sobre la aplicabilidad del artículo 486 de la Ley Procesal **Militar**:

- Las diligencias finales obtienen cobertura en la clara dicción del artículo 486 de la Ley Procesal **Militar**, un precepto que resulta análogo en su redacción y posibles resultas a lo legislado en los artículos 61.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de julio, y 435.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Incluso la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 729, contiene una previsión que, con matices, puede considerarse emparentada con las citadas.

- Como bien expresa la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2013, "es doctrina jurisprudencial consolidada que la práctica de diligencias finales es facultad que compete a la Sala y resulta ajena a los **derechos** de las partes (...) la potestad de ordenar o no ordenar dichas diligencias no resulta revisable en casación". Este criterio se reitera en la Sentencia, también de la Sala Tercera (Sección Sexta), de 7 de julio de 2014, en la que se hace énfasis en que la posibilidad procesal en cuestión queda "deferida al arbitrio y discrecionalidad del juzgador".

- Esta Sala, en Sentencias de 18 de diciembre de 2017 (128/2017, procedimiento 134/2016) y de 12 de enero de 2018 (3/2018, procedimiento 114/2016), ha acudido a la meritada posibilidad procesal, haciendo uso del artículo 486 de la Ley Procesal **Militar**, acordando sendas diligencias finales (mejor proveer en la terminología forense tradicional), recabando determinados documentos y resultas de análisis de drogas que resultaron determinantes para confirmar una sanción de suspensión de empleo por un año, en el primer caso, y otra, aún más gravosa, de separación del servicio, en el segundo.

- También, la Sentencia de 24 de septiembre de 2004, recaída en el procedimiento 13/2004 de nuestro conocimiento, avaló un mejor proveer al amparo del artículo 486 de la norma adjetiva castrense, acordado por





el Tribunal **Militar** Central, cuya finalidad era la remisión de determinados documentos. La Sala confirmó la Sentencia dictada por el tribunal *a quo*, que a su vez lo hizo respecto de una sanción de baja en centro docente de formación.

En conclusión, consideramos que el razonamiento utilizado en primer término por la sentencia no es correcto, a la vista del criterio que hemos expuesto, dicho sea con el máximo respeto al que la mayoría sostiene.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ