



Roj: **STS 1506/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1506**

Id Cendoj: **28079150012015100058**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2015**

Nº de Recurso: **121/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR.**

Ponente: **FRANCISCO MENCHEN HERREROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil quince.

Visto el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario 204/121/2014, de los que ante esta Sala penden, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don Rosendo , contra la Resolución del Ministro de Defensa de 29 de julio de 2014, confirmatoria en reposición de la Resolución de fecha 14 de marzo de 2014, por la que se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado y han concurrido a dictar Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes mencionados bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer del Tribunal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En virtud de Resolución del Ministro de Defensa de 14 de marzo de 2014, recaída en el Expediente Gubernativo NUM000 , le fue impuesta al entonces Cabo 1º del Ejército de Tierra Don Rosendo la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio, como autor de la infracción disciplinaria prevista en el núm. 3 del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , consistente en "*consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad*".

**SEGUNDO.-** Los hechos que fundamentan la sanción impuesta que forman parte de la resolución impugnada son los siguientes:

*"El día 28 de junio de 2012 se realizó al encartado en el presente procedimiento Cabo Rosendo , una prueba para la detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas. Analizada la muestra tomada, el Laboratorio Central de Referencia informa, con fecha 6 de agosto de 2012 que el resultado del análisis había dado positivo a consumo de COCAÍNA. Dicho resultado positivo fue notificado al encartado con fecha 28 de agosto de 2012 (folio 25), siendo expresamente advertido de las consecuencias que de dicho resultado podían derivarse, así como, poner a su disposición los Servicios Sanitarios de la Unidad, en caso de que lo desee, informándole, asimismo, de su derecho a solicitar la realización de un contraanálisis si así lo cree conveniente.*

*El día 14 de noviembre de 2012 se realizó al encartado en el presente procedimiento Cabo Rosendo , una prueba para la detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas. Analizada la muestra tomada, el Laboratorio de Central de Referencia informa, con fecha 13 de diciembre de 2012 que el resultado del análisis había dado positivo a consumo de COCAÍNA. Dicho resultado positivo fue notificado al encartado con fecha 28 de diciembre de 2012 (folio 27), siendo expresamente advertido de las consecuencias que de dicho resultado podían derivarse, así como, poner a su disposición los Servicios Sanitarios de la Unidad, en caso de que lo desee, informándole, asimismo, de su derecho a solicitar la realización de un contraanálisis si así lo cree conveniente.*



El día 13 de febrero de 2013 se realizó al encartado en el presente procedimiento Cabo Rosendo , una prueba para la detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas. Analizada la muestra tomada, el laboratorio de Central de Referencia informa, con fecha 21 de febrero de 2013 que el resultado del análisis había dado positivo a consumo de COCAÍNA. Dicho resultado positivo fue notificado al encartado con fecha 4 de marzo de 2013 (folio 29), siendo expresamente advertido de las consecuencias que de dicho resultado podían derivarse, así como, poner a su disposición los Servicios Sanitarios de la Unidad, en caso de que lo desee, informándole, asimismo, de su derecho a solicitar la realización de un contraanálisis si así lo cree conveniente".

**TERCERO.-** Contra dicha Resolución Don Rosendo interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Resolución del Ministro de Defensa el 29 de julio de 2014.

**CUARTO.-** Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal con fecha 16 de septiembre de 2014, la Procuradora Doña Ana de la Corte Macías, asistida del Letrado Don José Antonio González Burgos, actuando en nombre y representación de Don Rosendo , interpuso ante esta Sala Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario contra la Resolución del Ministro de Defensa de 29 de julio de 2014.

Solicitado al Ministerio de Defensa el Expediente Gubernativo y recibido el mismo, se concedió al recurrente el plazo de quince días para que dedujera la demanda correspondiente, trámite que efectuó mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2014 y en el que, tras las alegaciones que consideró oportuno formular según su derecho, el interesado formuló el siguiente suplico:

*"...Que teniendo por presentado en tiempo hábil y legal forma el presente escrito, junto con el documento que se acompaña y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenga por devuelto el expediente administrativo, y por deducida DEMANDA en el recurso contencioso disciplinario de su razón, contra la resolución de 14 de marzo de 2014 del Ministro de Defensa por la que se impuso a mi representado la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio, así como contra la posterior Resolución de 29 de julio de 2014 de la misma Autoridad, por la que se confirma la anterior en vía de reposición, y tras los preceptivos trámites legales, previo el recibimiento del recurso a prueba que dejamos interesado, se dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso contencioso-disciplinario y, en su virtud, se acuerde revocar las citadas Resoluciones del Ministro de Defensa, declarando la nulidad de las mismas por ser contrarias a derecho, así como de la sanción de separación del servicio impuesta, cuya anotación deberá desaparecer de la documentación personal del interesado, que habría de ser reintegrado al servicio activo en las Fuerzas Armadas, en la Unidad de su anterior destino y con el empleo de Cabo 1º de Tropa Permanente que ostentaba con anterioridad al dictado de dichas resoluciones, con reconocimiento del tiempo transcurrido como tiempo efectivo de servicio y el abono de los salarios y demás emolumentos que, por consecuencia de tal sanción, hubiera dejado de percibir, con sus intereses legales, y con cuantos demás efectos legales, administrativos, económicos o de cualquier otra índole, correspondan, todo ello, con declaración de las costas de oficio.*

*Subsidiariamente, con estimación parcial del presente recurso contencioso disciplinario, se acuerde la revocación parcial de las Resoluciones sancionadoras que se recurren, sustituyéndose la sanción de separación del servicio por la de suspensión de empleo en la extensión temporal mínima legalmente prevista, o subsidiariamente, durante el plazo que la Sala entienda proporcionado a las circunstancias concurrentes, con los consiguientes efectos administrativos y económicos, e igual declaración de oficio de las costas.*

*(...) PRIMER OTROSÍ DIGO, que al derecho de esta parte interesa el recibimiento del presente recurso a prueba..."*

**QUINTO.-** Dado traslado del escrito de demanda al Abogado del Estado por plazo de quince días, formuló contestación en la que terminaba suplicando a la Sala que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda debiendo, tras los trámites correspondientes, desestimarse ésta en su integridad.

**SEXTO.-** Habiéndolo solicitado el recurrente en su escrito de demanda, mediante Auto de fecha 16 de diciembre de 2014, la Sala otorgó el recibimiento a prueba en el presente recurso, por el plazo de veinte días comunes para proponer y practicar, formándose el correspondiente ramo de prueba.

En escrito presentado el 23 de diciembre de 2014, la representación procesal del recurrente propuso los medios de prueba que interesaba, dictando la Sala Auto con fecha 15 de enero de 2015 en el que se acordó tener por propuesta la prueba de la parte recurrente y admitida en los términos que se señalan en el fundamento jurídico de la referida resolución.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista y no estimándolo necesario la Sala, se concedió el plazo de diez días para que formularan sus respectivos escritos de conclusiones acerca de los hechos alegados, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que, respectivamente, apoyaran sus pretensiones. Evacuado el traslado por ambas partes, el Abogado del Estado se ratificó en el suplico de su



escrito de contestación a la demanda, solicitando el recurrente que se dicte sentencia estimando el presente recurso en su integridad.

**OCTAVO.-** Por providencia de fecha 6 de marzo de 2015 se acordó señalar el día 24 de marzo siguiente para la deliberación, votación y fallo del recurso, acto que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta Sentencia.

## HECHOS PROBADOS

La Sala acepta el relato de Hechos Probados que se reproducen en el Antecedente de Hecho Segundo de esta resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la primera de las alegaciones o motivos que formula en su demanda la parte para solicitar que se declaren nulas las resoluciones ministeriales, afirma que se ha vulnerado su derecho de defensa y de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española. Así mismo, manifiesta que hay ausencia de prueba de cargo válida y legítimamente obtenida y falta de tipicidad de los hechos.

En el desarrollo de esta alegación y en relación con la vulneración del derecho de defensa manifiesta el Letrado demandante que: *"mi representado no había sido previamente citado legalmente para declarar en el procedimiento sancionador, sino que el mismo día, de manera sorpresiva, se le ordena comparecer ante la Instructora, siendo en dicha comparecencia que se le informa del objeto de la misma y se le toma declaración como encartado en el expediente gubernativo que se le instruía. Y es que aun cuando consta a los folios 88 y 89 del expediente gubernativo mensaje de la Capitán Instructora acordando se den las órdenes oportunas para que se comunique a mi mandante que debía comparecer ante dicha Instructora el día 3 de junio de 2013 a las 10:00 horas, al objeto de tomarle declaración en calidad de encartado y que en dicho acto podría estar asesorado por el abogado o militar que designe al efecto, dicho mensaje no va dirigido directamente a mi parte, sino al Coronel Jefe del RAAA 74, siendo que dicha citación no fue trasladada a mi parte con anterioridad a la fecha de la declaración, sino que no fue hasta el mismo día 3 de junio de 2013 en que debía llevarse a cabo la declaración, que se ordenó al Sr. Rosendo comparecer ante la citada Capitán Instructora del expediente. Puede comprobarse a efectos probatorios, que no existe en el expediente gubernativo documento alguno en que se haya diligenciado el traslado a éste de la citación para declarar en calidad de encartado"*.

Continúa afirmando que se vulneró el derecho de defensa del demandante *"toda vez que fue compelido de manera sorpresiva e irregular a prestar declaración como encartado, sin habersele permitido de manera real y efectiva, primeramente poder ejercitar su derecho a recusar al secretario cuya identidad le había sido revelada tan solo unos minutos antes, y en segundo lugar poder ejercitar su derecho a valerse en el acto de su declaración de la asistencia y asesoramiento del abogado o del militar designado al efecto. Y es que aun cuando es cierto que al tiempo de habersele dado traslado (folio 91 del expediente gubernativo) de la Orden de Inicio del expediente dictada por el General Jefe de la Fuerza Terrestre, se le hizo saber que tenía derecho a contar en todas las actuaciones a que diese lugar el procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar designado al efecto, el hecho de que posteriormente no se le hubiese citado en legal forma para prestar declaración, con la antelación suficiente, sino que directamente se le ordenó comparecer en las instalaciones de su Unidad ante la Instructora el mismo día de la declaración, hizo materialmente imposible el ejercicio de tal derecho, pues en tales condiciones no tuvo tiempo material para poder hacerse con los servicios de un Abogado que le asistiese en su declaración o contar con el asesoramiento del militar de su confianza con la formación adecuada para ello, convirtiendo en puramente formularia y ayuna de toda virtualidad práctica la citada advertencia de que podía ser asistido de Letrado o militar que le fue hecha al tiempo de la notificación de la Orden de Inicio del expediente"*.

Añade además que: *"...tampoco se le hizo saber expresamente por la Instructora, al tiempo de recibirle declaración, que le amparaba el derecho a contar en dicho acto con el asesoramiento del Abogado o del militar por él designado al efecto, tal como puede comprobarse en el acta de la declaración obrante a los folios 93 y 94 del expediente gubernativo, donde no aparece documentado que la Instructora instruyera de tal derecho al encartado, ni consta tampoco que por éste se hubiese renunciado expresamente al ejercicio del mismo."*

Por tanto, habida cuenta de que al no haber sido citado para declarar con la antelación suficiente, sino que de manera sorpresiva se le ordenó comparecer ante la Instructora el mismo día de su declaración, no se permitió a mi parte disponer de un plazo mínimo prudencial de tiempo para decidir si encomendaba o no su asistencia a abogado o militar, o si renunciaba al ejercicio del derecho, de facto se le colocó en una situación de efectiva



*imposibilidad de poder habilitar tal asistencia, que le produjo una verdadera y no imaginaria indefensión material, que resulta CAUSA DE NULIDAD DE LA DECLARACIÓN...".*

En apoyo de su razonamiento cita la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2013 que entiende aplicable por referirse a un supuesto similar.

**SEGUNDO.-** En relación con la petición de nulidad de la declaración efectuada por el demandante ante la Instructora por indefensión material, que acabamos de transcribir, tenemos que anticipar que procede la estimación de la misma en los términos planteados. Es lo cierto, que del examen del expediente gubernativo resulta que, como manifiesta el recurrente, la notificación datada y firmada por el Cabo 1º Don Rosendo incorporada en los Autos -al folio 91-, no hace referencia a que debía comparecer el día 3 de junio a las 10:00 horas ante la Instructora al objeto de tomarle declaración en calidad de encartado. La información trasladada al interesado solo se refería a la orden de inicio del expediente que se dirigía contra él, dictada por el General Jefe de la Fuerza Terrestre, en averiguación de la presunta causa del apartado 3 del art. 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la que se le hace saber que: *"De acuerdo con lo establecido en el artículo 54.2 en relación con el artículo 53 ambos de la Ley Disciplinaria Militar tiene derecho a contar en todas las actuaciones a que de lugar este procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar designado al efecto, y que dicha resolución no es susceptible de recurso alguno, por tratarse de un acto de mero trámite, según dispone el artículo 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio del derecho que le asiste de recusación del Instructor y del Secretario designado, conforme a las normas previstas en el Capítulo V del Título III de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar"*. Consta en el documento el nombre de la Capitán Instructora pero no el nombre del Capitán Secretario que le es comunicado en la comparecencia del mismo día 3 de junio de 2013, sin que conste la hora, según obra al folio 92.

Es cierto también que, al folio 93, sin que se haga constar tampoco la hora de la comparecencia por lo que hay que deducir que sería inmediatamente después de la anterior, se procede a tomarle declaración *"...sobre los hechos que originan las presentes actuaciones, previamente a lo cual y al amparo de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española se le hace saber que tiene derecho a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia; siendo seguidamente exhortado a decir verdad"*.

La Sala, al considerar las circunstancias en que se desarrollaron las comparecencias ante la Instructora el día 3 de junio de 2013, muy similares como afirma el recurrente a las apreciadas en nuestra reciente Sentencia de 27 de septiembre de 2013, estimamos que el recurrente que afirma que se le ordenó comparecer ante la Instructora el mismo día de su declaración, no tenía realmente ninguna posibilidad de recurrir a un abogado o militar que le asistiera en tan concreta y fundamental comparecencia para tomarle la primera declaración sobre los hechos origen del expediente gubernativo, así como poder recusar al Secretario de dicho expediente cuyo nombre había conocido instantes antes.

En efecto, hemos dicho en nuestra citada Sentencia de 27 de septiembre de 2013 que *<<del tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 52 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, se desprende la indudable relevancia que, en el ámbito disciplinario militar, presenta el derecho al asesoramiento de que gozan quienes se hallan incurso en determinada clase de Expedientes, por ser manifestación, en tal ámbito, del derecho constitucional a la defensa reconocido a favor de quienes se encuentran expedientados a resultados de un procedimiento sancionador instruido por falta grave o, como es el caso, por causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria, si bien tal derecho aparece matizado por las peculiaridades propias del ámbito castrense. A tal efecto, indica esta Sala en su Sentencia de 22 de junio de 2004, "siguiendo el criterio mantenido en anteriores sentencias (Ss. Sala Quinta de 4-11-1998 y 4-7-2001, entre otras) que el artículo 42 de la Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, lo mismo que el artículo 53.1 de la de las Fuerzas Armadas, establece un sistema acorde con las peculiaridades castrenses en el que está excluida la posibilidad de representación del expedientado. La naturaleza de la responsabilidad que se depura no permite que el militar que ha de hacer frente a ella pueda desligarse, por así decirlo, de la exigencia disciplinaria de afrontar personalmente la instrucción del Expediente, que excluye su intervención mediante representante. Las peculiaridades a que acabamos de aludir, concretadas en la jerarquización y la disciplina, que son las singularidades castrenses más cercanas a ese ámbito en que se desenvuelve, procedimental y sustancialmente, el Expediente de naturaleza disciplinaria o gubernativa, y que han sido reconocidas por el propio Tribunal Constitucional (Ss. T.C. 180/1985, 197/1985, 107/1986 y 35/1991), imponen, en general, la presencia física del encartado ante el Mando que depura esas responsabilidades y excluye esa representación que se pretende, de tal forma que los preceptos citados arbitran la manera de que, sin mengua de esa exigencia disciplinaria, queden salvaguardados los derechos de defensa de la parte mediante ese asesoramiento letrado que contemplan ambas disposiciones"*.

*Pero, a salvo las particularidades que acabamos de reseñar, el reconocimiento que el artículo 53.1 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, lleva a cabo del derecho*



*al asesoramiento no puede quedar constreñido a una mera proclamación retórica, fuera de contenido alguno, como consecuencia ora de la imposición a su ejercicio de restricciones, trabas o dificultades que lo embarquen, dificulten o imposibiliten, ora de su otorgamiento en condiciones tales que, "de facto", hagan ilusoria cualquier posibilidad real de ejercitarlo, como acontece en el caso de autos, en que, merced a la manera en que se lleva a cabo la notificación y declaración, se viene a hacer imposible su ejercicio al encartado en el momento esencial de prestar esta declaración, habida cuenta de las consecuencias que, a efectos probatorios, se deducen del contenido, inequívocamente autoincriminatorio>>.*

En congruencia con esta doctrina, la declaración recibida al demandante Cabo 1º D. Rosendo en la Base de "El Copero", Dos Hermanas, Sevilla -folios 93 y 94- sin expresar la hora pero inmediatamente después de la comparecencia, ante la misma Instructora, que puso en su conocimiento la designación como Secretario para el expediente del Capitán Don Julián , a los efectos de lo previsto en el art. 54.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar , sin que se le hubiera comunicado el contenido del mensaje que la Capitán Instructora había dirigido al Coronel Jefe del Regimiento de Artillería Antiaérea nº 74 y conociera, por tanto, el día y la hora de su comparecencia, lleva a la Sala a la estimación de que, en tales circunstancias, no pudo hacer uso de su derecho a estar asistido por un letrado o militar en una diligencia fundamental por su contenido incriminatorio y, en su consecuencia, debe ser declarada nula.

La falta de asistencia de letrado o militar ha de referirse a la concreta declaración - folios 93 y 94- recibida al hoy demandante en el Expediente Gubernativo y no al resto de las actuaciones del citado expediente -escritos de alegaciones al Pliego de Cargos con proposición de prueba (folios 109 a 115) de fecha 23 de julio de 2013- en los que el demandante pudo hacer uso de su derecho a contar con la asistencia de quien pudiera asesorarle.

La nulidad de la declaración del expedientado que figura en los folios 93 y 94 del expediente no da lugar, por tanto, a la nulidad del Expediente Gubernativo y de las resoluciones ministeriales recurridas que solo podría llegar a provocarse si se hubiera producido una efectiva indefensión del sancionado o una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, en el supuesto de que su declaración irregular fuese el único fundamento probatorio de su conducta en la que se basara su sanción, como hemos dicho en Sentencias de 21 de mayo y 27 de septiembre de 2013 .

**TERCERO.-** Decidida por la Sala la solicitada nulidad de la declaración prestada por el demandante (folios 92 y 93 del Expediente Gubernativo), que no debió valorarse a efectos de prueba en el citado procedimiento, procede abordar ahora, aunque carezca de efectos concretos para la resolución de este recurso, una segunda alegación que realiza el demandante sobre la declaración que hemos anulado. Se trata de que *<<aun cuando previamente se le hizo saber que tenía derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (no así del derecho a contar en dicho acto con el asesoramiento de abogado o militar designado al efecto, derecho que le fue omitido), seguidamente por la Instructora fue "exhortado a decir verdad">>.*

Dice el demandante que: *<<Exhortar, según el Diccionario de la Lengua Española (DRAE), significa "incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo". Por ello, esa incitación a decir la verdad que la Instructora del expediente gubernativo, que ostenta el empleo de Capitán, ejerce sobre el encartado que, ostenta en cambio el empleo de Cabo 1º, por tanto subordinado o inferior jerárquico de ésta, si bien puede ser propia de la obligatoriedad de decir la verdad que en todo caso tiene quien es llamado a declarar en calidad de testigo, pues en otro caso la ley debe actuar contra éste si calla o que no dice la verdad, en ningún caso es propia del recibimiento de declaración a quien, en su condición de encartado en el expediente gubernativo que se instruye, se enfrenta a una imputación de hechos calificados como muy graves por la Ley Disciplinaria.*

*El hecho de que, en el ámbito de una relación de servicio tan propia y específica de las Fuerzas Armadas como es la instrucción de un procedimiento disciplinario, quien exhorte al expedientado sea la propia Instructora del mismo, que ostenta el empleo de Capitán, por tanto, insistimos, superior jerárquico del expedientado, militar de Tropa con empleo de Cabo 1º, conforme tiene dicho la Sala en el F.D. Séptimo de la anteriormente invocada Sentencia de 27 de septiembre de 2013 "ha de ser interpretado como un "plus" que refuerza la incitación que se lleva a cabo, hasta el punto de poder entender, en buena lógica, que con aquella exhortación vino a exigirse por la Instructora al declarante que manifestara la realidad de lo acontecido".*

*(...) Y este hecho de haber sido "incitado" por la Capitán Instructora del expediente gubernativo a decir verdad (lo que resulta absolutamente contradictorio con el contenido del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que autoriza a su titular no solo a guardar silencio sino incluso a mentir en determinadas circunstancias), no puede desligarse, como se continúa diciendo por la Sala en la referida Sentencia de 27 de septiembre de 2013 "de la realidad de las contribuciones de contenido directamente incriminatorio que el hoy recurrente efectuó en la declaración que, en la ya puesta de manifiesto circunstancia de indefensión -sin poder contar, realmente, con asistencia-, ante aquella superior jerárquica llevó a cabo">>.*



De nuevo tenemos que anticipar que asiste la razón al demandante en esta alegación, en coherencia y de acuerdo con la doctrina sentada en la invocada Sentencia de 27 de septiembre de 2013, en la que se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, señalando que <<Dice a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2000, de 24 de julio, con razonamiento aplicable, "mutatis mutandis", al procedimiento administrativo sancionador en que nos hallamos, que en ningún caso puede -el expedientado- "ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable", y mal puede considerarse no existente tal forzamiento o inducción en el caso de autos cuando al Marinero hoy recurrente se le exhorta por la Oficial Instructora a decir verdad, debiendo esta circunstancia ser puesta en relación con la falta de posibilidad real de ejercitar en dicha declaración el derecho a ser asistido de abogado o militar en que la actuación de aquella Instructora lo colocó.

La Sentencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1996 -R. 2446/1995- afirma, siguiendo la doctrina de la STS 490/1995, de 4 de abril, que "el que va a declarar como imputado a un Juzgado tiene que ser instruido de sus derechos conforme al art. 118 L.E.Cr. y, en todo caso, no se le debe exhortar a decir la verdad, sino que ha de ser informado del derecho que tiene a no declarar y a no confesarse culpable, como bien dice el recurrente. Es claro que la exhortación a decir verdad, que formalmente aparece vigente aun en el art. 387 L.E.Cr., se encuentra en contradicción, y por tanto tácitamente derogada, por lo dispuesto en el art. 24.2 C.E. Pero entendemos que tales vicios procesales carecieron de trascendencia en cuanto a lo que aquí interesa, esto es, en cuanto a los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida. Estimamos, por un lado, que el contenido de las manifestaciones del acusado habría sido el mismo aunque se le hubiera instruido adecuadamente de sus derechos y que la mera exhortación a decir verdad en nada pudo limitar su libertad para declarar. Por otro lado, dada la forma en que se desarrollaron las diligencias sumariales, con el propio ofendido y dos más que declararon como testigos con un contenido coincidente entre sí y coincidente también con lo que luego declaró probado la sentencia, estimamos que aquello que el procesado declaró en el sumario en nada influyó en lo que luego pudo ser el desarrollo del juicio oral base probatoria de la condena aquí recurrida".

En esta línea, y más concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Penal de 5 de octubre de 2001 -R. 895/2000-, en relación con la queja de haber sufrido indefensión en razón de haberse consentido por una Letrada defensora "que el Juez de Instrucción, al recibir declaración indagatoria al procesado (folio 43) le exhortara a decir verdad, de conformidad con las prescripciones procesales previstas en el art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" -precepto que dispone que "no se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas"-, sienta que "la simple exhortación a decir verdad, sin juramento alguno ni carga negativa de ninguna clase, no puede vulnerar el contenido de los derechos constitucionales que el art. 24 de la Constitución española proclama como derechos fundamentales de todo imputado por un delito. Es cierto que una lectura constitucional de tal precepto hace inútil [la] meritada exhortación, en tanto que tiene el procesado derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, conforme a aquel catálogo constitucional, pero ello no tiene otra trascendencia práctica que la prohibición de valoración del resultado del interrogatorio judicial ( SSTC 135/1989 y 186/1990 ). Nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 1996 dice que es claro que la exhortación a decir verdad, que formalmente aparece vigente aun en el artículo 387 LECrim, se encuentra en contradicción, y por tanto tácitamente derogada, por lo dispuesto en el artículo 24.2 CE. Pero entendemos que tales vicios procesales carecieron de trascendencia en cuanto a lo que aquí interesa, esto es, en cuanto a los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida. Estimamos -dice dicha resolución- que la mera exhortación a decir verdad en nada pudo limitar su libertad para declarar. Consta en autos que el inicialmente imputado, le fue tomada declaración policial y judicial con todas las garantías y derechos reconocidos en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que en el acto del juicio oral confesó, con plenas garantías y total libertad, parcialmente los hechos delictivos. Por estas razones, el motivo no puede prosperar".

En definitiva, en atención a la expuesta doctrina, extrapolable al ámbito disciplinario militar, una declaración en sede disciplinaria castrense en que el expedientado ha sido exhortado a decir verdad por la Instructora del procedimiento no tiene otra trascendencia práctica que la prohibición de valoración del resultado del interrogatorio, que carecería "per se" de virtualidad para enervar su presunción de inocencia, si bien esta podría resultar desvirtuada por otras pruebas>>.

En el supuesto que se analiza en la reiterada Sentencia de 27 de septiembre de 2013, tiene lugar en primer lugar, la exhortación a decir verdad y posteriormente la Instructora informa detalladamente al demandante de sus derechos constitucionales. Esta proclama posterior hizo materialmente inútil aquella exhortación a decir la verdad que, con anterioridad, le había formulado, pues tal exhortación no podría surtir, en tal supuesto, los efectos antedichos de privar de virtualidad inculpativa o inculpativa al interrogatorio del hoy recurrente así llevado a cabo, pues habida cuenta de la pormenorizada puesta en conocimiento que, a continuación de haberlo exhortado a decir verdad, se hizo a este por la Instructora de los derechos que confiere el artículo 24.2



de la Constitución no podría concluirse que aquella previa exhortación a decir verdad, después de relevarle de juramento o promesa, comportara un forzamiento o inducción a declarar, a hacerlo contra sí mismo o a confesarse culpable.

El supuesto que nos ocupa ahora es distinto porque, es lo cierto que la Capitán Instructora manifiesta que, previamente a proceder a tomarle declaración, *"al amparo de lo establecido en el art. 24 de la Constitución Española se le hace saber que tiene derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y la presunción de inocencia; siendo seguidamente exhortado a decir verdad"*. Es decir, la exhortación a decir verdad se produce con posterioridad a la advertencia e información de que le asistían los derechos constitucionales que el art. 24 de la Norma Fundamental proclama y con carácter inmediato al inicio de las preguntas objeto de su declaración, por lo que debemos estimar que, en el presente caso, la exhortación a decir verdad comporta un forzamiento o indicación a declarar a hacerlo contra sí mismo o a confesarse culpable que da lugar, también de nuevo a la nulidad de la declaración prestada el día 3 de junio de 2013 -folios 93 y 94- que no puede ser valorada a efectos probatorios.

**CUARTO.-** Declarada la nulidad de la autoinculpación del sancionado ante la Instructora pasemos a analizar la existencia o no de prueba documental que acredite los tres consumos de cocaína porque dentro también de su primera alegación manifiesta el demandante que: *"la Autoridad sancionadora tiene por probado el consumo de cocaína en los tres episodios a que se constriñe la acusación, de un lado, en base a la documentación obrante al expediente gubernativo relativa a las analíticas de las tres muestras de orina tomadas a mi mandante en fechas 28/06/2012, 14/11/2012 y 13/02/2013, y de otro, de la valoración del resultado inequívocamente autoinculpatorio de la declaración prestada por éste ante la Instructora del expediente gubernativo, cuya copia obra a los folios 93 y 94 del mismo"*.

Plantea el recurrente que para el supuesto de que aceptáramos, como hemos hecho, la nulidad de la declaración prestada por el Cabo 1º Rosendo ante la Instructora solo nos queda analizar si la prueba documental de las analíticas realizadas a las muestras de orina ha sido válida y legítimamente obtenida, pues *"en otro caso, esto es, si alguna de ellas resultara asimismo nula, estaríamos ante una insuficiencia probatoria vulneradora de la presunción de inocencia, que impediría tener por acreditados los hechos que han motivado la imposición de la sanción y, por ende, ante la falta de tipicidad de los mismos"*.

Afirma el demandante que, después de practicada la prueba documental por él mismo solicitada resulta que *"la Base militar de "El Copero" (donde se llevó a cabo la toma de las tres muestras de orina a mi parte) dispone de Servicios Sanitarios dotados de suficiente personal facultativo del Cuerpo Militar de Sanidad (3 médicos, 3 enfermeros, 1 psicólogo y 1 odontólogo), y de otro lado, que, a pesar de ello y de manera injustificada, quienes actuaron como responsables de verificar cada una de las tres muestras de orina, ni pertenecen al citado Cuerpo Militar de Sanidad, sino a otras especialidades fundamentales, ni estaban destinados en tales fechas en los Servicios Sanitarios de dicha Base militar cumpliendo funciones sanitarias"*.

*Y aun cuando se añade por el citado Coronel Jefe del RAAA 74 en su informe (documental cuarta), que "los citados Cabos 1º,s estaban debidamente designados como testigos para la toma de muestras", tratando con ello seguramente de justificar la legitimidad de su intervención en tales controles de orina, lo cierto es que, más allá de que no se aprecia objetivamente la necesidad de nombrar personal ajeno a los propios Servicios Sanitarios, habida cuenta que, como ha quedado acreditado, éstos están dotados con hasta ocho (8) Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, dichos Cabos 1º,s no actuaron durante la obtención de las muestras de orina como meros testigos, sino que lo hicieron como responsables de verificar tales tomas de muestras de orina (así consta a los folios 10, 14 y 18 del expediente gubernativo, donde éstos firman como tales verificantes), función que debe quedar reservada exclusivamente al personal facultativo>>".*

Esta alegación debe ser rechazada. Lo cierto es que en la recogida de las tres muestras de orina emitidas por el Cabo 1º Don Rosendo se ha realizado cumplimentando el procedimiento operativo de la analítica de drogas que figura en el Anexo IV de la Instrucción Técnica 01/12, de 10 de febrero de 2012, de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa.

Como afirma correctamente el demandante a los folios 10, 14 y 18 figuran los documentos titulados *"Ficha de recogida de datos"* (Anexo I de la citada Instrucción). En ella, en efecto, se puede comprobar que están identificados los tres Cabos Primeros que pertenecientes a la Base militar y con diversos destinos habían sido designados para ese día como testigos para la toma de muestras por el Coronel Jefe del Regimiento y en los tres documentos puede leerse cómo cada uno de ellos firma, en la fecha correspondiente a cada recogida de muestras de orina, identificándose con su nombre y DNI que han verificado la toma de muestras.

La verificación se refiere a los datos que figuran en los documentos Anexo I (folios 10, 14 y 18 respectivamente) correspondientes a las tres recogidas de muestras de orina, en el que identificado el que efectúa la micción de



orina, siguiendo la secuencia del proceso de la instrucción citada, ha recogido la orina en un vaso de plástico, a continuación en dos tubos contenedores de orina (con tapones de distinto color) se ha repartido un mínimo de 25 ml. de la muestra, por la misma persona que emite la muestra o el responsable del proceso, finalmente se etiqueta un tubo con la submuestra A y el otro con el Código B y de todo ello se deja constancia firmando el documento, Anexo I. En este caso los tres documentos citados correspondientes a las tres analíticas (folios 10, 14 y 18).

Los tres documentos que pretende invalidar el recurrente son idénticos, firmados por él, identificado con su DNI, que realiza la siguiente declaración:

*<<Se da por enterado de que las muestras de orina emitidas son para que se investigue la presencia de metabolitos de sustancias de abuso.*

*Las muestras emitidas llevan los códigos y precintos que a continuación se detallan.*

*CÓDIGO TUBOS "A" Y "B" 522635*

*TEMPERATURA: PH: DENSIDAD:*

*Asimismo, DECLARO QUE:*

*1º.- HE PRESENCIADO LA RECOGIDA DE MUESTRAS Y CONFIRMO QUE LOS TUBOS CON LOS CÓDIGOS "A" Y "B" CONTIENEN LA ORINA EMITIDA POR MI.*

*2º.- DURANTE LOS ÚLTIMOS SIETE DÍAS HE TOMADO LOS MEDICAMENTOS QUE SE EXPRESAN A CONTINUACIÓN:*

*Descripción de la medicación administrada en los SIETE días anteriores a la emisión de las muestras de orina. (NOTA: por medicamento se entiende: jarabe, cápsulas, comprimidos, grageas, supositorios, inyecciones, etc.)>> [En este apartado no se hace constar ningún dato].*

Estos tres documentos se corresponden, repetimos, con los tres positivos a la cocaína. El primero se refiere a la recogida de muestra de orina del día 28 de junio de 2012. Verificada por el Cabo 1º Juan Pedro ; la segunda muestra (folio 14) con otro número de código en los tubos, naturalmente, es de fecha 14 de noviembre de 2012 y está verificada por el Cabo 1º Braulio y la tercera muestra (folio 18) también es idéntica a las anteriores, excepto el número de código en los tubos y el apunte de toma de un medicamento. Está verificado por el Cabo 1º Gerardo el 13 de febrero de 2013.

Debemos rechazar, por no ser cierta, la afirmación del demandante de que los citados Cabos Primeros no actuaron como meros testigos, sino que lo hicieron como responsables de verificar las tomas de muestras de orina, función que debe quedar reservada exclusivamente al personal facultativo. La realidad es que los Cabos Primeros que verificaron la toma de muestras y firmaron con el sancionando los documentos de recogida de datos que obran en los folios 10, 14 y 18 actuaron solo como testigos de lo declarado por el Cabo Primero Rosendo en el citado documento. Cumplieron con la función que tuvieron asignada ese día para la que habían sido debidamente designados por el Coronel Jefe del Regimiento, según resulta de la prueba practicada a propuesta del demandante.

Verificar es, según el Diccionario de la Real Academia Española, probar que una cosa que se dudaba es verdadera o, en su segunda acepción comprobar o examinar la verdad de una cosa. Esa fue su intervención como testigos verificadores de los hechos que declara el emisor de la orina y que finalizan con el envasado en dos tubos "A" y "B" precintados. En modo alguno cabe aceptar que realizaran funciones que la Instrucción Técnica 1/2012 reserve al personal facultativo del Cuerpo Militar de Sanidad.

Olvida el demandante que figuran también en el Expediente Gubernativo, los documentos que acreditan el cumplimiento de todo el procedimiento operativo de la analítica de drogas, en concreto, a los folios 9, 13 y 17, obran las llamadas "Actas de envío de muestras al Laboratorio de Cribado" que, conforme se señala en la repetida Instrucción Técnica 1/2012, está cumplimentada por el responsable de la recogida de muestras con la inclusión de la relación de los códigos correspondientes a los tubos "A" y "B", el código del precinto del contenedor general de transporte, sin incluir identificaciones nominales del personal sometido a control, pero sí con los nombres y apellidos y sus firmas correspondientes a todos los integrantes del equipo de recogida de muestras y de los testigos.

En estos tres documentos figuran los nombres y apellidos de los responsables de la recogida de las muestras y testigos, con sus firmas; los firmantes son nueve en el primero y tercero de los folios citados y seis en el segundo y entre los nombres y firmas aparecen las correspondientes a los Cabos Primeros que actuaron en esa condición solo como testigos y no como responsables sanitarios de las muestras y su envío al Laboratorio de Cribado, en la fecha correspondiente.





Por tanto, en estas tres actas, correspondientes a quince analíticas realizadas, cada uno de esos días, a distintos militares destinados en la Base de "El Coper", figuran los nombres y firmas de los que intervinieron como responsables de la recogida de muestras, junto a los citados tres Cabos Primeros que fueron designados por el Coronel Jefe del Regimiento como testigos para ese concreto día y que, en su consecuencia, no actuaban, ni podían actuar, como responsables del procedimiento porque tal función, como afirma el demandante, solo le corresponde a los facultativos del Cuerpo de Sanidad Militar de la Unidad, si bien es cierto que sería clarificador que en tales documentos se introdujera, a modo de aclarar firmas, la condición de testigos de los firmantes y el destino en los Servicios Sanitarios de la Unidad Militar de los responsables.

Por todo lo anterior, acreditado en el Expediente Gubernativo que se ha cumplido el procedimiento operativo que para la analítica de drogas establece la Instrucción Técnica 1/2012 procede rechazar la pretensión de indefensión del demandante de que se declaren nulas y sin ningún valor probatorio a efectos disciplinarios las tres pruebas analíticas con resultado positivo a la cocaína efectuadas al sancionado porque los Cabos Primeros verificadores de la recogida de muestras de orina eran ajenos al Servicio Sanitario de la Base y no tenían titulación o formación para cumplir funciones sanitarias, por el contrario la Sala estima que las tres pruebas analíticas constituyen una prueba pericial de los consumos de cocaína del sancionado sin que exista duda alguna respecto de la fiabilidad de los resultados del Laboratorio de Referencia, previsto en la Instrucción Técnica 1/2012, comunicados todos ellos al recurrente sin que por parte del mismo se solicitara la realización de contraanálisis, ni se formulara, en el Expediente Gubernativo, discrepancia alguna con dichos resultados positivos.

Por todo ello, estimando parcialmente las alegaciones de este primer motivo en cuanto a que debe reconocerse la nulidad de la declaración del expedientado ante la Instructora el día 3 de junio de 2013 -folios 93 y 94- por indefensión del mismo, desestimamos la petición de vulneración del derecho de presunción de inocencia y de la tipicidad de la conducta por ausencia de prueba, declarando la existencia de prueba legítima y válidamente obtenida sobre los tres episodios de consumo de cocaína por el que resultó sancionado el demandante.

**QUINTO.-** Como motivo segundo y con carácter subsidiario plantea el demandante la vulneración del principio de proporcionalidad e individualización de la sanción de separación del servicio impuesta.

Entiende el recurrente que la Autoridad sancionadora ha llevado a cabo una errónea valoración de las circunstancias concurrentes, además de no haber tomado en consideración todos los factores objetivos y subjetivos del presente caso, esencialmente señala que los factores ponderados han sido los informes del Coronel Jefe del RAAA 74 y del Capitán Jefe de la 6ª Batería, los IPEC,s del sancionado y el tipo de droga consumida (cocaína). Únicos ponderados cuando hay otros que atenúan la responsabilidad del recurrente y no se han tenido en cuenta.

En relación con esta alegación venimos recordando (por todas Sentencia de 28/05/2013 ) que: *<<El principio de proporcionalidad en la imposición de las penas deriva del valor justicia establecido en el artículo 1º de la Constitución como garantía superior del ordenamiento jurídico y obliga, por tanto, a todos los poderes públicos ( artículo 9.1º CE ).*

*Dicho principio, recogido en el artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , informa también, como no podía ser menos, la actividad disciplinaria en las Fuerzas Armadas. Así, el artículo 6º de la Ley de la Ley Orgánica 8/1.998, de 2 de Diciembre , reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece expresamente que "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".*

*De acuerdo con esta declaración incumbe a la Administración sancionadora el deber de llevar a cabo una verdadera tarea individualizadora de la respuesta disciplinaria en función de la antijuridicidad del hecho, de las circunstancias del autor de la infracción y del interés del servicio, tomando en consideración el conjunto de factores objetivos y subjetivos concurrentes en el caso, que conduzcan a la compensación de la ilicitud mediante el "quantum" de la reacción disciplinaria imponible cuando la sanción elegida sea graduable.*

*En este caso, al establecerse en la Ley Orgánica 8/1.998, de 2 de Diciembre, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, tres posibles sanciones para castigar las faltas muy graves (la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo por un período mínimo de un mes y máximo de un año y la separación del servicio), la referida labor de individualización obliga a la Autoridad sancionadora a motivar la elección de la sanción, exponiendo sus razones justificativas, pues sólo así el militar sancionado podrá ejercer en debida forma su derecho a impugnar la resolución sancionadora y los Tribunales podrán realizar el control atribuido por la ley.*



*En relación con este deber de motivación, la Sala viene, en efecto, recordando la insuficiencia de las argumentaciones genéricas y abstractas, que no pasan de meras fórmulas de estilo polivalentes o estandarizadas, no ajustadas a la casuística de cada enjuiciamiento y por consiguiente no válidas para tener por colmado el juicio de proporcionalidad individualizada ( Sentencias 7 de Agosto 2.008 , 24 de Marzo y 18 de Diciembre de 2.009 , y 6 de Julio y 10 de Noviembre de 2.010 ), habiendo exigido en los casos en que la sanción impuesta es, como en éste, la más grave e irreversible de las previstas (separación del servicio) un esfuerzo argumentativo a modo de motivación reforzada ( Sentencias de 7 de Mayo 2.008 y las citadas de 6 de Julio y 10 de Noviembre de 2.010 )>>.*

**SEXTO.-** Las resoluciones del Ministro de Defensa de 14 de marzo de 2014 y la de 29 de julio del mismo año que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, solo contestan al único motivo formulado en el expediente y en el recurso, que es el referente a la vulneración del principio de proporcionalidad e individualización del la sanción. Las resoluciones justifican, motivando de igual forma, la determinación de la sanción impuesta señalando ambas que: <<Debe reconocerse que en los informes emitidos por sus superiores y en sus declaraciones ante el Instructor, sus mandos ensalzan ciertas virtudes militares y personales del interesado, así como señalan los problemas personales que le afectaron en el periodo que se produjeron los consumos. Pero también resulta incontrovertible que ambos superiores, Coronel Jefe del Regimiento y Capitán Jefe de la Batería concluyen que han perdido su confianza en el recurrente así como en resaltar la debilidad de carácter del mismo "que pudiera determinar su no continuidad en las Fuerzas Armadas", afirmando la radical incompatibilidad del consumo de cocaína con la pertenencia en las Fuerzas Armadas, circunstancia que el Coronel admitió expresamente en las tres notificaciones efectuadas al interesado por los tres consumos producidos, como consta obrante en el expediente, y que le llevan a concluir que su "adicción a una droga tan peligrosa como la cocaína, su constante recaída en un periodo de tiempo breve a pesar de las múltiples advertencias de sus mandos, resulta muy difícil su aprovechamiento por parte de las FAS" (folio 95).

*Respecto a los informes personales de conducta, si bien es cierto que en algunos apartados de los mismos aparecen calificaciones de "B", no es menos cierto que también abundan las "D", no constando ninguna "A" y sí en cambio una "E".*

*La nula afección al servicio del comportamiento del recurrente, alegación también esgrimida por el mismo, y que anuda en parte, para demostrarla, a que no se tomaran medidas cautelares contra el mismo al proceder a incoar el expediente gubernativo, debe ser desestimada, puesto que, según declara el Jefe del Regimiento, el interesado fue relevado de prestar servicio de armas que implicara portar armas y munición conjuntamente, así como que se le retiró el permiso de conducir vehículos militares, quedando así demostrado que su comportamiento antidisciplinario sí afectó al servicio.*

*Respecto a los problemas personales que alega el interesado que padeció, y que fueron los causantes de su adicción a la cocaína en el periodo de tiempo relatado, sus mandos conocían los mismos, así como el acercamiento del interesado a "malas compañías", pero fue asesorado por ellos del camino al que este consumo de drogas le conducía, ofreciéndole asistencia sanitaria y psicológica, que es la responsabilidad que como mandos les correspondía tras comprobar que uno de sus subordinados consumía sustancias prohibidas.*

*Igual consideración merece el reconocimiento por el recurrente de sus consumos desde el primer episodio, pues lo relevante hubiera sido que se hubiera alejado del consumo de cocaína, y no que hubiera recaído en el mismo a pesar de ser advertido por sus mandos>>.*

A continuación, ambas resoluciones ministeriales invocan la jurisprudencia de esta Sala citando que: "*la jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, en materia de proporcionalidad, reflejada por sólo citar un ejemplo por la STS V de 16 de septiembre de 2013 , F.D. 3º, sostiene que :<< Es doctrina de la Sala, tal como significa la sentencia de 2 de noviembre de 2011 que: Con reiterada virtualidad venimos diciendo que es a la autoridad sancionadora en el ejercicio de la potestad que le es propia, a quien incumbe decidir sobre la proporcionalidad y eventual individualización de la sanción elegida en términos de razonable motivación, de manera que la que se imponga represente adecuada respuesta a la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad del autor, correspondiendo verificar la legalidad de lo actuado al órgano jurisdiccional ( Sentencias 22.06.2009 ; 29.06.2009 ; 04.02.2010 y 06.07.2010 , entre otras). También hemos dicho que la Autoridad sancionadora puede imponer cualquiera de las sanciones previstas para la infracción de que se trate, dando cuenta motivada de su decisión, porque con ello se cumple con la obligación impuesta por el art. 6 LO. 8/1.998 ( Sentencias. 24.04.2007 ; 24.09.2008 ; 03.04.2009 ; 18.12.2009 ; 01.03.2010 , y 06.07.2010 ). Y, finalmente, en los casos en que la sanción impuesta sea la más grave e irreversible de las previstas, venimos afirmando la necesidad de realizar un esfuerzo argumentativo a modo de motivación reforzada ( Sentencias 07.05.2008 y 06.07.2010 , entre otras)>>.*

*Siguiendo esta doctrina, debe concluirse que la resolución sancionadora ha cumplido con las exigencias de la individualización exigidas, debiendo rechazarse las bienintencionadas argumentaciones del recurrente, pues*



chocan con la línea continuada que en materia de consumo de las denominadas "drogas duras" sostiene la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de la que es reflejo la STS V de 28 de mayo de 2013 en su F.J. 6º: <<Debemos señalar, en primer lugar, que esta Sala viene reiterando (por todas, Sentencia de 30 de Marzo de 2.010 ) que "no debe descartarse que el mínimo de episodios de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contemplados en la infracción y constitutivos de la falta, pueda acarrear la sanción más grave de las previstas por ser ésta la más adecuada en el caso concreto, sin que con ello se vulnere el principio de proporcionalidad. Los hechos sancionados pueden justificar la elección de tal sanción por tener en cuenta el tipo de sustancias consumidas, las circunstancias en las que se haya producido el consumo o las consecuencias de éste">>. Por tanto el mero hecho de los tres consumos de drogas puede ya, de por sí, justificar la sanción de separación de servicio. Pero añade dicha Sentencia a continuación: <<Desde esta perspectiva (y como también declarábamos en la referida Sentencia de 30 de Marzo de 2.010 y en las de 1 de Marzo y 4 de Octubre de 2.011 ) el hecho de que los tres consumos detectados fueran de cocaína -sustancia que es gravemente perjudicial a la salud ( artículo 368 el Código Penal ) y que ha sido invariablemente incluida por los Convenios internacionales entre las consideradas "drogas duras"- se constituye, en efecto, en el dato más relevante a la hora de elegir la sanción más adecuada, pues no puede equipararse el consumo de este tipo de drogas al de las denominadas "drogas blandas". Esta circunstancia (el consumo de una droga de las que causan grave daño a la salud), que a juicio de esta Sala es por sí misma un elemento que determina claramente la mayor gravedad de la sanción elegida, ha sido, por tanto, adecuadamente valorada por la Autoridad sancionadora a la hora de calibrar el reproche disciplinario, debiendo resaltarse el dato de que, según se indica en la propuesta de resolución, dicho consumo afectó a la prestación del servicio ">>.

Igual razonamiento reitera la STS V de 30 de diciembre de 2013 , F.D. 7º: <<En efecto, nuestra reciente Sentencia de 28 de mayo de 2013 , tras señalar, en primer lugar, que " esta Sala viene reiterando (por todas, Sentencia de 30 de marzo de 2.010 ) que "no debe descartarse que el mínimo de episodios de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contemplados en la infracción y constitutivos de la falta, pueda acarrear la sanción más grave de las previstas por ser ésta la más adecuada en el caso concreto, sin que con ello se vulnere el principio de proporcionalidad. Los hechos sancionados pueden justificar la elección de tal sanción por tener en cuenta el tipo de sustancias consumidas, las circunstancias en las que se haya producido el consumo o las consecuencias de éste" y que "desde esta perspectiva (y como también declarábamos en la referida Sentencia de 30 de marzo de 2.010 y en las de 1 de marzo y 4 de octubre de 2.011 ) el hecho de que los tres consumos detectados fueran de cocaína -sustancia que es gravemente perjudicial a la salud ( artículo 368 del Código Penal ) y que ha sido invariablemente incluida por los Convenios internacionales entre las consideradas "drogas duras"- se constituye, en efecto, en el dato más relevante a la hora de elegir la sanción más adecuada, pues no puede equipararse el consumo de este tipo de drogas al de las denominadas "drogas blandas", afirma que "esa circunstancia (el consumo de una droga de las que causan grave daño a la salud), que a juicio de esa Sala es por sí misma un elemento que determina claramente la mayor gravedad de la sanción elegida, ha sido, por tanto, adecuadamente valorada por la Autoridad sancionadora a la hora de calibrar el reproche disciplinario, debiendo resaltarse el dato de que, según se indica en la propuesta de resolución, dicho consumo afectó a la prestación del servicio al haber tenido que ser excluido el recurrente de realizar servicios de armas">>.

Razonamiento que vuelve a repetir la STS V de 27 de febrero de 2014 , F.D. 3º, por sólo citar una más en la continuada línea jurisprudencial mantenida en esta materia por la Sala V, y que la recentísima STS V de 28 de marzo de 2014 , F.D. 7ª, en su supuesto muy similar al enjuiciado en este recurso, en el que se alega vulneración de la proporcionalidad por no haberse tenido en cuenta algunas valoraciones favorables al expedientado que constaban obrante en el procedimiento: <<Cuestionando en el cuarto motivo la proporcionalidad de la sanción impuesta, al efecto baste con recordar la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2014 que establece: «nuestra más reciente jurisprudencia se decanta por confirmar la imposición de la sanción más rigurosa tratándose del consumo de cocaína, por la especial incidencia negativa que su consumo adictivo produce en las facultades psicofísicas de las personas; lo que adquiere especial relevancia cuando se refiere a los profesionales de las Fuerzas Armadas que, entre otros cometidos que desempeñan, resultan ser los depositarios de la fuerza de las armas que la Nación les entrega ( Sentencias 30.03.2010 ; 04.11.2010 ; 17.11.2010 y 01.03.2011, entre otras y 30.09.2011 de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial )». Atendido lo expuesto, procede la desestimación del motivo, por cuanto que dada la gravedad de la conducta del expedientado y su transcendencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas, como bien razona la resolución sancionadora, la sanción más adecuada y proporcional para su represión es la de separación del servicio. No obstante a ello la alusión del demandante a que la Administración sancionadora no ha tenido en cuenta factores favorables al sancionado, que puedan servir de atenuante en la graduación de la sanción. Pues, si bien es cierto que en el expediente constan algunas valoraciones favorables al demandante, también lo es que, en mayor medida, constan otros informes desfavorables, como los obrantes a los folios 23 y 24, 96 a 98 y 113 a 120 del expediente administrativo, especialmente el informe del coronel jefe de la Unidad de su destino, quien indica que atendidos los "positivos" no le considera idóneo para continuar en las Fuerzas Armadas">>.



Esta motivación cumple adecuadamente las exigencias del artículo 6º de la L.O. 8/1.998 , al valorar con acierto la gravedad intrínseca de la conducta, las circunstancias del autor de la infracción y la afectación del servicio, por lo que hemos de corroborar ahora la razonabilidad de la sanción impuesta y la proporcionalidad de la misma, confirmando la separación del servicio acordada en la resolución sancionadora.

Debemos, en cualquier caso, poner de relieve adicionalmente, que las anteriores consideraciones son las que pueden y deben en este caso justificar, conforme a la doctrina de esta Sala, la imposición de la sanción más grave de entre las legalmente previstas, que es la separación del servicio. En concreto, el consumo de una droga de las que causan grave daño a la salud como la cocaína, la afectación a la prestación del servicio al haber tenido que ser excluido el recurrente de realizar servicios de armas, debiendo entregar su Permiso de Conducir, teniendo prohibido la conducción de vehículos militares bajo ningún concepto, siendo advertido, además como figura en las tres notificaciones del análisis positivo a la cocaína que: *"- Será sometido a un seguimiento para determinar, mediante nuevos controles, la habitualidad en el consumo y para descartar, en cualquier caso, mediante registro en cualquier momento, de conformidad con la legislación vigente, de su camareta, taquilla y/ o su vehículo particular estacionado en la Base, la posibilidad de tenencia de drogas"*.

Y que *"- No podrá estar destinado en Puntos de Protección de Documentación Clasificada"*.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo y con él la del recurso.

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

**En consecuencia,**

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario 204/121/2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don Rosendo , contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 29 de julio de 2014, en cuanto confirmatoria en reposición de la Resolución de fecha 14 de marzo de 2014, en virtud de la cual se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio por incurrir en la causa prevista en el núm. 3 del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , consistente en *"consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad"*. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.