

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2009-2010

SALA QUINTA

INDICE SISTEMÁTICO

PENAL

1. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.

Abandono de destino. Estado de necesidad justificante.

2. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.

Abandono de Residencia. Atipicidad sobrevenida.

3. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

Eficacia vinculante de la jurisprudencia. Necesidad de motivación reforzada para apartarse de la misma.

4. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.

Valoración de prueba testifical reproducida mediante lectura en el juicio oral. No procede tratándose de testigo militar en misión en país extranjero.

5. DELITO CONTRA LA EFICACIA DEL SERVICIO.

Responsabilidad civil "Ex Delicto" y por daño moral y a favor de hermanos de la víctima concurriendo parientes más próximos. Falta de motivación. No procede.

6. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

El sobreseimiento definitivo procede solo cuando se excluya la posible tipicidad de los hechos procesales.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. NORMATIVA SOBRE INCOMPATIBILIDADES.

Infracción de las normas sobre incompatibilidades. Actividades privadas en el ámbito de la Guardia Civil.

2. CONSUMO HABITUAL DE DROGAS.

Nulidad de la sanción por indefensión causada al no informar sobre la posibilidad de contraanálisis.

3. MEDIDA CAUTELAR DE CESE EN FUNCIONES.

Falta de motivación. Vulneración del derecho a ser informado de la acusación.

4. LEGITIMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO.

Legitimación del Abogado del Estado para recurrir en casación por error en la valoración de la prueba.

5. CONSUMO HABITUAL DE DROGAS.

Sanción de separación del servicio por consumo de drogas. Anulación de la sanción por afectarse el derecho de defensa. Falta de instrucción del derecho a practicar contraanálisis.

6. MANIFESTACIONES CONTRARIAS A LA DISCIPLINA.

Manifestaciones contrarias a la disciplina realizadas en los medios de comunicación. Libertad de expresión en el ámbito de la Guardia Civil.

7. INCOMPATIBILIDADES.

Régimen de incompatibilidades en el sector privado. Condición de socio de entidad mercantil con poder general otorgado por el administrador único.

8. PRINCIPIO PRO ACTIONE.

Requisitos formales de la interposición del recurso. Necesidad de citar los motivos casacionales. Principio "pro actione".

I. PENAL*

1. Delito contra el deber de presencia.

Abandono de destino. Estado de necesidad justificante.

En la **STS-19-10-2009 (Rc 101/52/2009)**, la Sala señala como el Tribunal de instancia condenó por delito de abandono de destino (art. 119 CPM) concurriendo la eximente incompleta de estado de necesidad (arts. 21. 1ª y 20.5º CP), en base a que el soldado acusado se ausentó de la Unidad de su destino sin autorización de los mandos, permaneciendo fuera de control militar hasta que año y medio más tarde finalizó su compromiso con las Fuerzas Armadas. Durante todo este tiempo permaneció en el domicilio trabajando en lo que pudo para sostener económicamente a su familia.

El inculpado sufría una delicada situación familiar provocada por el reciente fallecimiento de su padre, la enfermedad psiquiátrica de la madre aquejada de trastorno bipolar que había requerido más de doce ingresos hospitalarios, la minusvalía psíquica de un hermano menor que vivía con su madre, a lo que se sumó el embarazo de su novia. Habiendo disfrutado ya de reiterados permisos por estas circunstancias, y en la creencia de que no se le concederían nuevas autorizaciones para ausentarse, decidió marcharse sin regresar nunca a la unidad de destino a pesar de haber sido requerido al efecto, incluso judicialmente.

La Sala, por mayoría, estima el recurso basado en la concurrencia de la eximente completa de estado de necesidad: Considera la mayoría del Tribunal que concurría en el caso el peligro real inminente y actual que conforma la situación de necesidad y, asimismo, tienen por cumplidos los requisitos establecidos al efecto por el art. 20.5º CP.

2. Delito contra el deber de presencia.

Abandono de Residencia. Atipicidad sobrevenida.

En la **STS- 22-12-2009 (Rc 101/07/2009)**, ante el Recurso de Casación interpuesto por la Fiscalía Togada contra Sentencia absolutoria dictada en la instancia, la Sala lo desestima y declara que el tipo delictivo previsto en el art. 119 del Código Penal Militar ha quedado vacío de contenido, tras la derogación del art. 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas llevada a cabo por Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que entró en vigor el 1º de enero 2008, que establecía el deber de residencia de los militares. Se declara aplicable lo dispuesto con carácter general en el art. 19 CE. sobre libre elección de residencia, sin que este derecho fundamental pueda ser restringido sino por norma con rango de ley, actualmente inexistente.

La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Carlos BALMISA GARCÍA-SERRANO, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo

Tratándose de militares en situación de baja médica no resulta aplicable la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, de la Subsecretaría de Defensa, sobre control de bajas, en cuanto a la exigencia de residir en lugar determinado.

El acusado se ausentó durante veinte días de la residencia que tenía establecida en el propio acuartelamiento, permaneciendo ilocalizable durante todo el tiempo; hecho ocurrido incluso con anterioridad a la derogación del citado art. 175 RROO.

3. Delito de Abuso de Autoridad.

Eficacia vinculante de la jurisprudencia. Necesidad de motivación reforzada para apartarse de la misma.

La STS- 22-04-2010 (Rc 101/15/2010), en causa seguida por delito de Abuso de Autoridad en la modalidad de maltrato de obra a un inferior tipificado en el primer inciso del artículo 104 del Código penal Militar, el Tribunal de instancia dictó sentencia absolutoria frente a la que recurrió en casación la Fiscalía Togada por infracción de corriente tipicidad representada por la indebida inaplicación. De dicho precepto del CPM y la reiterada jurisprudencia que lo interpreta.

La conclusión absolutoria a que llegó el tribunal sentenciador, estuvo precedida de una serie de consideraciones acerca de la eventual inconstitucionalidad del tipo penal por contradecir el principio de proporcionalidad de la pena, que forma parte de la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española. Continuó el Tribunal del enjuiciamiento afirmando que, no obstante lo anterior, no consideraba preciso acudir al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, lo que, en su decir estaría condicionado a la imposibilidad de acomodar las normas al ordenamiento constitucional.

Dos son los severos reproches que la Sala dirige al Tribunal Territorial que así se pronuncia. El primero por la incongruencia en que incurre, al no proceder en consecuencia con lo resuelto por el Tribunal constitucional en auto del pleno nº 63/2004, de 24 de febrero, mediante el que inadmitió a trámite por notoria falta de fundamento la cuestión de inconstitucionalidad que al efecto planteó el mismo Tribunal de instancia en fecha 9 de junio de 2003. Aquél Alto tribunal explicitó las razones por las que debía considerarse conforme a la Norma Fundamental el tipo delictivo cuestionado de Abuso de autoridad, previsto en el primer inciso del artículo 104 del CPM, en consideración sobre todo a la pluralidad de bienes jurídicos que a través del mismo eran objeto de protección.

La segunda desaprobación se contrae al consciente apartamiento que se hace de la consolidada jurisprudencia de la Sala recaída a propósito de la interpretación del reiterado precepto, cuyos antecedentes se remontan a la sentencia de 4 de abril de 1990 que el Tribunal militar manifiesta conocer, pero que no aplica por la sedicente eventual inconstitucionalidad del tipo penal y

atendiéndose al criterio de la que se denomina "doctrina más solvente", que sin embargo no se llega a desvelar.

La Sala previamente a estimar el motivo casacional recuerda la función unificadora en cuanto a la interpretación del ordenamiento jurídico, que corresponde al Tribunal Supremo por medio de su jurisprudencia, y el grado de vinculación exigible tanto en el plano horizontal al propio Supremo Tribunal, como en el vertical referido a los Tribunales de instancia, por resultar obligado para conseguir la necesaria estabilidad del sistema y colmar las exigencias derivadas de la seguridad jurídica y la desigualdad en la aplicación de la ley. Todo ello sin perjuicio de la posible puntual desvinculación de los órganos judiciales, como corolario de hallarse sometidos, sobre todo al imperio de la ley, una interpretación distinta de la emanada del órgano de casación en cuyo caso les resulta exigible una especial y reforzada motivación explicatorio de su criterio discrepante de la doctrina jurisprudencial.

4. Delito contra el deber de presencia.

Valoración de prueba testifical reproducida mediante lectura en el juicio oral. No procede tratándose de testigo militar en misión en país extranjero.

En la **STS- 30-04-2010 (Rc 5/2010)**, en causa seguida por delito de abandono de destino en la que recayó sentencia condenatoria en la instancia, el condenado recurrió invocando, entre otros motivos casacionales, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto que la condena se basó en los testimonios de dos militares, una Suboficial y un Oficial, cuyas declaraciones fueron leídas en el juicio oral en ausencia de ambos testigos y al amparo de lo previsto en el artículo 312.2º, párrafo segundo, inciso primero de la Ley Procesal Militar (Art. 370 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Con independencia de la desestimación del recurso por no darse la situación de vacío probatoria denunciada por el recurrente, la Sala decide que aquellas declaraciones testificales no deben formar parte del acervo probatorio por las irregularidades afectas a su práctica. En la primera de ellas por que en el acto de la declaración sumarial prestada por la Suboficial no estuvo presente el letrado del acusado ni consta su citación a dicho acto, por lo que se omitió la necesaria contradicción, y en lo que atañe al testimonio del Oficial éste lo prestó en fase de instrucción en términos contradictorios, si bien que no compareció en el juicio oral a pesar de estar citado l efecto, incomparecencia que se tuvo por justificada al quedar acreditado que el testigo se hallaba en el extranjero formando parte de una misión propia de las Fuerzas Armadas de duración fijada en varios meses. En estas circunstancias el tribunal Accedió a la solicitud de la Fiscalía dándose lectura a la declaración sumarial, considerada de cargo.

La Sala establece que la efectiva lectura de la diligencia probatoria preconstituida procede solo en los casos de imposibilidad del testigo par asistir al juicio oral por causas o factores sobrevenidos e imprevisibles, tratándose de

un supuesto excepcional como sucede con los casos de fallecimiento, enfermedad grave o paradero desconocido del testigo pero no, se extiende a los de residencia o domicilio en el extranjero, en los que su citación debe practicarse a través de las normas de auxilio y cooperación recíproca internacional.

En menor medida comprende las situaciones de militares ausentes temporalmente de España por hallarse en misión internacional de duración predeterminada, en que procede o bien la suspensión del plenario hasta tanto se asegure la presencia del testigo o bien la práctica de la prueba sirviéndose de procedimientos técnicos tipo videoconferencia que salvaguarden en todo caso la debida contradicción y el derecho de defensa, cuyo uso está previsto por los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 b) de la LECr.

5. Delito contra la eficacia del servicio.

Responsabilidad civil “Ex Delicto”, por daño moral y a favor de hermanos de la víctima concurriendo parientes más próximos. Falta de motivación. No procede.

En la STS- 12-05-200 (Rc 101/01/2010), el Tribunal de instancia condeno por delito “Contra la eficacia del servicio” con resultado de muerte y lesiones, cometido por negligencia profesional en los términos previstos en el artículo 159, párrafo 2º del CPM. En concepto de responsabilidad civil el Tribunal sentenciador acordó que se indemnizara por el concepto de daños morales a los padres del fallecido (Guardia Civil Alumno), a la pareja de hecho de éste y a sus dos hermanos. A estos últimos se concedió la cantidad global de 120.000 euros sin justificarse en sentencia las condiciones y circunstancias de la relación que éstos mantuvieron con su hermano fallecido, constando por el contrario que ambos eran mayores de edad y que la víctima mantenía vida independiente respecto de sus hermanos.

Recurre únicamente el Abogado del Estado únicamente en el extremo indemnizatorio y desde la posición procesal de responsable civil subsidiario en que fue condenado. (Art. 48 CPM). De los motivos aducidos en el Recurso de casación, la Sala estima el concerniente a la indemnización por daño moral (ex art. 113 del CP concedida a los dichos hermanos, particular impugnatorio que contó con el apoyo del a Fiscalía Togada.

Al estimar en este punto el recurso, la Sala reitera que el único objeto viable de la impugnación lo constituye la determinación en la instancia de las bases o criterios indemnizatorios, quedando vedado lo referente al “quantum” o alcance de lo concedido para cuya fijación motivada resulta soberano el Tribunal de enjuiciamiento. Y en lo atinente al daño moral la regla es la misma, esto es, que establecida la base de la que se deriva el daño resarcible su montante se atribuye indiscutiblemente al órgano a “quo”.

Cuestión distinta es la indemnización de los beneficiarios por tal concepto moral y la legitimación “iure proprio” de los hermanos de la víctima en razón sólo del parentesco, lo cual se reconoce solo en principio para los casos en que no

concurrir con otros familiares más inmediatos, pues de este modo se aumentaría desmesuradamente el alcance de la indemnización al incluirse entre los legitimados a recibir la prestación resarcitoria, todas las personas ligadas con la víctima por vínculos parentales por lejanos que éstos fueran.

La doctrina de la Sala se sintetiza en la declaración según la cual el derecho indemnizatorio de los hermanos de la víctima, cuando entren en concurrencia con familiares más próximos del fallecido, solo puede concederse si se aprecian otras circunstancias extraordinarias tales como, a título enunciativo, la convivencia o la dependencia económica respecto de la víctima, que se pongan de manifiesto a lo largo del procedimiento y que el Tribunal sentenciador encuentre que, justifican su condición de perjudicados y el derecho a ser indemnizados.

6. Delito de Abuso de Autoridad.

El sobreseimiento definitivo procede solo cuando se excluya la posible tipicidad de los hechos procesales.

En la STS- 27-05-2010 (Rc 134/2008), seguida causa penal por posible delito de Abuso de Autoridad en su modalidad de trato degradante a un inferior (Art. 106 del CPM), el Tribunal territorial dictó Auto de Sobreseimiento Definitivo en los términos previstos en el artículo 246.2º de la Ley procesal Militar, es decir, por no ser los hechos constitutivos de delito.

La Sala al estimar el Recurso de casación interpuesto por la acusación particular, hace notar que en los antecedentes fácticos del Auto recurrido se describen hasta treinta y dos episodios, conformadores de una conducta o modo de producirse el capitán denunciado respecto de un Teniente a sus órdenes, que aisladamente consideradas no pasarían el umbral de lo que el tribunal de los hechos dice que “pudieran enmarcarse en la rudeza, indelicadeza o falta de educación”, pero que en su conjunto no puede excluirse desde ahora que pudieran integrar el tipo penal establecido por la acusación.

La doctrina de la Sala se concreta en que el sobreseimiento definitivo equivale a una sentencia absolutoria anticipada, que precluye la posibilidad de enjuiciamiento de unos hechos respecto de cuya acreditación no se han practicado auténticos actos de prueba sometidos a los principios de contradicción, inmediación y publicidad propios del plenario, por lo que esta modalidad de clausura del proceso penal solo procede en los casos en los que indiciariamente ya se advierta que la conducta investigada carece de posible encaje penal, con lo que la continuación de las actuaciones sólo sería motivo de innecesarios perjuicios para el acusado. Lo determinante de la decisión de sobreseer por esta causa, no es la previsible absolución del inculpado, objeto exclusivo del juicio oral, sino la indiciaria y razonable apreciación de la falta del elemento objetivo y subjetivo que justifican el enjuiciamiento y todo ello desde la perspectiva de la infracción de ley (del art. 849.1º LECr) que constituye la única posibilidad de impugnación casacional de los autos de que se trata (art. 848 LECr).

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Normativa sobre incompatibilidades.

Falta Infracción de las normas sobre incompatibilidades. Actividades privadas en el ámbito de la Guardia Civil.

En la STS- 14-09-2009 (Rc 201/31/2009), la Sala estima el Recurso de Casación deducido por la Abogacía del Estado, frente a Sentencia que en instancia anuló resolución sancionadora por la comisión de Falta muy grave (art. 9.6. LO. 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y actualmente art. 7.18 LO. 12/2007, de 22 de octubre).

En esta Sentencia se establece lo siguiente: a) El bien jurídico que protege la normativa sobre incompatibilidades consiste de un lado, en preservar la necesaria objetividad e imparcialidad de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, en el presente caso, y, de otro, asegurar la plena dedicación que resulta exigible a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; b) La presente infracción es tipo disciplinario en blanco que se integra básicamente por lo dispuesto en Ley 53/1984, de 26 de diciembre; RD. 517/1986, de 21 de febrero, de adaptación de la Ley de Incompatibilidades al ámbito del personal militar, y Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de los miembros de la Guardia Civil; c) Se trata de infracción de mero riesgo y de ejecución instantánea; d) La actividad exceptuada consistente en la administración del patrimonio personal y familiar se refiere a la ejecución de actos de mera inversión económica, incompatibles con la realización de trabajos, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales, encaminados no al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del titular, si no que tienda a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa o negocio de que se trate; y e) El cargo de administrador de una sociedad; en cualquiera de sus modalidades y siendo solidario en mayor medida, conlleva la implicación o participación activa en la gestión o tráfico de la misma, que excede de lo que deba considerarse administración del patrimonio y cuyo desempeño precisa de autorización compatibilizadora, cualquiera que sean los actos de gestión que llegaran a realizarse en el caso de ser varios los administradores siempre que la sociedad esté activa. La jurisprudencia se reitera en STSS de 21 de septiembre y 27 de octubre de 2009.

2. Consumo Habitual de drogas.

Nulidad de la sanción por indefensión causada al no informar sobre la posibilidad de contraanálisis.

En la STS- 22-09-2009 (Rc 204/107/2009), la soldado recurrente dio positivo al consumo de drogas en tres análisis realizados entre los años 2005 y 2006. Los resultados fueron positivos al consumo de cannabis y en uno de ellos también a cocaína. La expedientada no reconoció el hecho de los tres consumos que conforman la falta disciplinaria muy grave (art. 17.3 L.O.

8/1998), y en ningún caso fue informada de su derecho a que se practicaran contraanálisis respecto de cada uno de los resultados positivos.

Recurre contra la sanción de separación del servicio impuesta por el Ministro de Defensa y la Sala estima la impugnación y anula la sanción, pues la información que se le hizo tras serle notificado el resultado de cada uno de los positivos, en el sentido de “poner a su disposición los Servicios sanitarios de la Unidad”, no equivale al ofrecimiento de la posible práctica de contraanálisis, a que se refiere la Instrucción Técnica 01/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad del Ministerio de Defensa. En consecuencia se aprecia la existencia de indefensión real y material causada a la recurrente (STSS de 25 de septiembre y 17 de diciembre de 2009).

3. Medida cautelar de cese en funciones.

Falta de motivación. Vulneración del derecho a ser informado de la acusación.

En la STS- 27-01-2010 (Rc 67/2009), se señala que al tiempo de acordarse la incoación de Expediente Gubernativo por la posible comisión de la falta muy grave de “Embriagarse durante el servicio”, prevista en el art. 9.8 LO. 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, el Director de este Instituto adoptó la medida cautelar de cese en funciones del expedientado por tiempo de tres meses, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de dicha Ley Disciplinaria. En justificación de la anterior medida, el Director del Instituto razonó en el sentido de tratarse de una presunta infracción disciplinaria, “de las que por su naturaleza y circunstancias exigen una acción inmediata para mantener la disciplina y salvaguardar el buen nombre de la Institución”. Al acuerdo se incorporó el parte disciplinario emitido por un mando del encartado que dio origen a las actuaciones, en el cual se sugería la adopción de la expresada medida cautelar, con fundamento en que “la mayoría de los componentes de este Puesto preferiría no prestar servicio con el Guardia civil al que se refiere el parte”, documento incorporado al acuerdo y que fue notificado al recurrente.

La Sala, al rechazar los Recursos de la Fiscalía Togada y del Abogado del Estado frente a la Sentencia del Tribunal Militar Central que estimó la demanda del expedientado, establece la necesaria observancia de tres requisitos para justificar la adopción de la medida cautelar de que se trata: a) Especial relevancia o trascendencia de la falta disciplinaria presuntamente cometida; b) Singular afectación de la disciplina mediante la conducta imputada al encartado; y c) Que la medida adoptada responda a la finalidad para la que está prevista.

Sin que basten al efecto las razones y consideraciones de carácter abstracto, siendo precisa su concreción en función de los datos de que se disponga y del fin perseguido por la medida cautelar. En el caso no constaban las circunstancias que concurrieron en el episodio de la embriaguez, ni las consecuencias que la misma tuviera sobre la disciplina, ni la necesidad de la medida adoptada transcurrido más de un mes desde que los Hechos ocurrieron y notificado al expedientado dos meses después de su comisión.

En definitiva, la Sala consideró vulnerado el derecho fundamental a conocer los términos de la acusación, como presupuesto necesario para ejercer el derecho de defensa (art. 24.2 CE), que rige no solo respecto del pliego de cargos sino también en la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos, sin que tampoco en estos casos pueda rebajarse la exigencia de la debida motivación.

4. Legitimación de la representación del Estado.

Legitimación del Abogado del Estado para recurrir en casación por error en la valoración de la prueba.

En la **STS- 23-02-2010 (Rc 116/2009)**, la Abogacía del Estado recurrente reprochó al Tribunal de instancia la falta de lógica en la conclusión a que llegó, en cuanto a la ausencia de prueba de los hechos con relevancia disciplinaria, consistentes en la supuesta difusión pública de los contenidos de una conversación confidencial mantenida por el expedientado con dos superiores y que grabó sin consentimiento de los interlocutores, conducta que la representación del Estado consideró constitutiva de la falta grave de “quebrantar el secreto profesional”, prevista en el art. 8.11 LO. 11/1991; reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Sobre la pretensión casacional que se deduce, la Sala viene admitiendo la legitimación de la Abogacía del Estado para recurrir en interés de la Administración, por la vía de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin experimentar indefensión, en la línea de lo establecido por el Tribunal Constitucional, y lo viene denegando en los casos en que directa o indirectamente se invoque a favor de la Administración la infracción del derecho a la presunción de inocencia, que como tal derecho esencial está previsto solo para amparar al acusado y no a quien sostenga la acusación, en cuyo caso se viene hablando de inadmisibles “presunción de inocencia al revés”. Este es el caso en que, so pretexto de motivación no razonable sobre la construcción del proceso inferencial seguido por el Tribunal de instancia para descartar la existencia de prueba de cargo, de lo que se trata en realidad es de trasladar a la Sala la cuestión atinente a la existencia de prueba incriminatoria de carácter indiciaria, y su suficiencia para sostener el juicio de reproche disciplinario formulado por la Administración sancionadora, lo que en puridad incumbe apreciar al Tribunal de los hechos pero no a la Sala aprovechando las posibilidades que depara el Recurso extraordinario de Casación, del que no forme parte la revaloración del acervo probatorio con que contó el Tribunal del enjuiciamiento, en mayor medida si se repara en que entre los motivos casacionales del art. 88 de la Ley Jurisdiccional no está previsto el “error facti”, al modo establecido para la Casación penal en el art. 849.2º LE. Crim.

5. Consumo habitual de drogas.

Sanción de separación del servicio por consumo de drogas. Anulación de la sanción por afectarse el derecho de defensa. Falta de instrucción del derecho a practicar contraanálisis.

En la STS- 02-03-2010 (Rc 14/2009), seguido Expediente Gubernativo en el ámbito de las Fuerzas Armadas por comisión de falta disciplinaria muy grave consistente en el consumo habitual de drogas (art. 17.3 Lo 8/1998, de 2 de diciembre), al encartado se le impuso la sanción extraordinaria de Separación del Servicio al constar que por tres veces en los últimos dos años dio positivo al consumo de hachís. El recurso jurisdiccional se fundó primero, en la ausencia de norma que habilitara a la Administración militar para realizar controles de consumo de drogas tóxicas con finalidad disciplinaria.

En segundo lugar adujo el demandante que aun habiendo reconocido el hecho de consumir en dos de las tres ocasiones, en ninguna de las notificaciones que se le hizo del resultado positivo, se le instruyó del derecho a la práctica de contraanálisis.

a) En cuanto a la primera queja, la Sala sostiene que la norma que habilita a los mandos militares para acordar la práctica de reconocimientos, comprobaciones y pericias analíticas para el control del consumo de alcohol y otras drogas tóxicas, con efectos no sólo de comprobar la aptitud psicofísica de los miembros de las Fuerzas Armadas para continuar en el servicio activo o bien desempeñar determinados destinos, sino también con consecuencias de orden disciplinario, se encuentra en el artículo 101 de la ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en la redacción dada por la Ley 62/2003, y , actualmente en el art. 83.2 de la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. El art. 18 de la CE impide la injerencia en la intimidad personal y corporal que deban considerarse arbitrarias e ilegales, con lo que el expresado derecho se vulnera cuando la penetración en aquel ámbito propio y reservado, no sea acorde con la ley, no sea efectivamente consentida, o, aun autorizada, subvierta el alcance y los términos para el que se otorgó el consentimiento, quedando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (SSTC. 207/1996, de 16 de diciembre, 126/2004, de 15 de noviembre y 25/2009, de 14 de febrero).

La presente sentencia cuenta con el antecedente de la resolución de 12 de junio de 2007 dictada en el ámbito de la Guardia Civil, y, la posterior de 12 de diciembre de 2008 y 24 de marzo de 2009 entre otras, recaídas a propósito de la misma cuestión en el ámbito de las FFAA.

b) El recurso se estimó en definitiva, por afectación del Derecho fundamental de defensa al haber omitido la Administración Militar ofrecer al expedientado la posibilidad de practicar contraanálisis en cada ocasión,. Según se previene en la Instrucción 1/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad (apartados décimo quinto y décimo sexto -primero). Así lo viene estimando la Sala con reiterada virtualidad de la que son exponente la SSTS de 21 de abril de 2009, 22 de septiembre de 2009 y 25 de septiembre de 2009, entre otras.

De la Jurisprudencia de la Sala forma parte que el reconocimiento de los hechos por el encartado constituye prueba suficiente en que apoyar la realidad de los hechos y la imposición de la sanción, si bien en el presente caso tal

reconocimiento solo alcanzaba dos de los tres episodios de consumo que requiere el concepto normativo de habitualidad para la perfección del tipo disciplinario.

6. Manifestaciones contrarias a la disciplina.

Manifestaciones contrarias a la disciplina realizadas en los medios de comunicación. Libertad de expresión en el ámbito de la Guardia Civil.

En la STS- 03-03-2010 (Rc 104/2009), el recurrente fue sancionado como autor de la falta disciplinaria grave prevista en el art. 8.17 de la LO 11/1991, de 17 de junio, consistente en “Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina”; porque en su condición de Delegado territorial de determinada Asociación de la Guardia Civil concedió una entrevista a una cadena de TV, en el curso de la cual defendió la realización de un periodo de huelga de los asociados pertenecientes a la Agrupación de Tráfico, en la que declaraba que como medio de llamar la atención de los ciudadanos, los Agentes que observaran la comisión de infracciones varias, se limitarían a informar a los conductores del hecho de la infracción sin formular denuncia al respecto. Expuso que las reivindicaciones profesionales se basaban en la falta de medios y en las condiciones en que ejercían sus funciones, y anunció la próxima aprobación de los estatutos de la asociación como sindicato profesional.

El Tribunal Militar de instancia confirmó la sanción impuesta y la Sala desestima el Recurso de casación por cuanto que con su intervención en los medios el encartado trasladó a la opinión pública el supuesto malestar generalizado entre los miembros del Instituto de la Guardia Civil, anunciando medidas de presión contrarias a las reglas básicas que rigen la prestación del servicio de seguridad pública que corresponde al Cuerpo de la Guardia Civil. Sostiene la Sala a efectos del régimen transitorio derivado de la entrada en vigor de la nueva ley Disciplinaria del Cuerpo de que se trata, representada por la LO 12/2007, de 22 de octubre, que ninguna modificación se ha producido con la redacción del nuevo art. 8.21 de dicha norma, según la cual la falta consistente en realizar “cualquier manifestación contraria a la disciplina habida en la prestación del servicio”, con lo que meramente se acota y concreta el ámbito en el que las manifestaciones indisciplinadas han de producirse, referido al servicio que en general corresponde prestar a los miembros del instituto y no solo al que específicamente corresponda desempeñar al autor de aquellas manifestaciones.

El hecho no puede considerarse justificado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) de la CE), en relación con el derecho de asociación y la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas a quienes el recurrente afirma que representaba. La Sala reitera que la Libertad de expresión de los militares miembros de la Guardia Civil, se encuentra modulada por los límites generales del referido derecho esencial (art. 20.4 CE), por los límites específicos para la función castrense previstos en el Código Penal Militar y en la ley Disciplinaria, y, en la Ley 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes del Cuerpo (art. 79), en la medida que resulten necesarios para preservar los valores y principios esenciales de la

organización castrense, es decir, la disciplina, la subordinación, la jerarquía, la unidad y la cohesión interna. Lo viene sosteniendo la Sala sobretodo para mantener la esencial disciplina y proteger el deber de neutralidad política de los militares”siempre que no se reduzca a los miembros de las FFAA al puro y simple silencio”.

La actuación en nombre de una organización no exime de la responsabilidad por los propios actos, y en cuanto a la defensa de los asociados siendo cierto que la nueva normativa reconoce el derecho de asociación (art. 9 LO 11/2007) también lo es que expresamente se prohíben las acciones concertadas con el fin de alterar el buen funcionamiento de los servicios (art. 12).

7. INCOMPATIBILIDADES.

Régimen de incompatibilidades en el sector privado. Condición de socio de entidad mercantil con poder general otorgado por el administrador único.

En la STS- 18-03-2010 (Rc 65/2009), seguido Expediente Gubernativo en el ámbito del Cuerpo de la Guardia Civil por la comisión de la falta disciplinaria muy grave consistente en la infracción del régimen de incompatibilidades (art. 9.6 de la LO 11/1991, de 17 de junio), por cuanto que el encartado era socio al 50 % de determinada entidad mercantil, dándose la circunstancia de que el otro socio y administrador único le había conferido poder general con amplias facultades de actuación en el giro y tráfico de la empresa, dedicada al alquiler y venta de barcos, lanchas y demás artefactos flotantes, patunes y motos náuticas, cuyas actividades tenían lugar en la demarcación en la que el encartado tenía su destino.

Frente a la sanción impuesta de tres meses de suspensión, el sancionado recurrió ante el Tribunal Militar de instancia que estimó la demanda y anuló el correctivo al no constar que el actor hubiere realizado cualquier acto de gestión de la entidad, tratándose de mera inversión compatible en si misma por referirse a la administración del patrimonio personal y familiar. Recurre la Abogacía del Estado y la Sala lo estima.

Previamente a decidir sobre el fondo se desestima la solicitud de inadmisibilidad del recurso planteada por la parte recurrida, frente al Abogado del Estado, por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 89.1 de la Ley jurisdiccional en cuanto a la preparación de la impugnación en cuyo momento el representante de la administración no invocó el motivo o motivos en que habría de fundar su pretensión casacional. Se rechaza porque tal exigencia se sitúa en el trámite propiamente dicho de formalización o interposición (art. 92.1) bastando para el anuncio los siguiente requisitos: a) carácter recurrible de la resolución impugnada; b) Legitimación del recurrente; c) cumplimiento del plazo establecido para la preparación; d) Intención de recurrir la sentencia o auto impugnados (vid Sentencia de la Sala de 27 de octubre de 2009).

En cuanto al fondo, la Sala repara en la especial relevancia del dato del amplio apoderamiento notarial conferido a favor del recurrido por el administrador único de la sociedad mercantil, de la que aquél era propietario al 50 % lo que, a criterio de la Sala, le convertía en administrador de hecho de la empresa. En definitiva reitera el Tribunal que para el ejercicio del cargo de administrador en cualquiera de sus modalidades, es necesario contar con autorización compatibilizadora cuando conste que la mercantil se encuentre activa y ello con independencia de la concreción de los actos de administración que hubiere podido realizar quien ocupa dicha posición, porque la infracción de que se trata-coincidente con la establecida en el art. 7.18 de la actual ley disciplinaria LO 12/2007, de 22 de octubre-, es de mero riesgo y de ejecución instantánea, en el sentido que para su perfección no es preciso que se cause resultado alguno, bastando con hallarse incurso el autor en la situación incompatible. Asimismo la falta se concreta con la realización de un solo acto, sin necesidad de reiteración o de habitualidad de la conducta. Como tampoco es preciso que el cargo o la actividad que se realiza tenga carácter retribuido.

En cuanto a la administración del patrimonio personal o familiar, excluido del régimen de incompatibilidades, la Sala viene incardinando dentro de los mismos “las actividades de mantenimiento y conservación de bienes y recursos ya integrados. Patrimonio del propio titular encuadrable en la administración o gestión de lo que es propio, y aquellos en que la inicial inversión va acompañada de trabajo, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales encaminadas no al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular, sino que tiende a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa de que se trata” (vid. SSTs de 14 y 21 de septiembre de 2009).

8. PRINCIPIO “PRO ACTIONE”.

Requisitos formales de la interposición del recurso. Necesidad de citar los motivos casacionales. Principio “pro actione”.

En la STS- 10-05-2010 (Rc 136/2009), interpuesto Recurso de casación por el sancionado, la Fiscalía Togada interesó como “cuestión previa” la inadmisibilidad de la pretensión casacional con fundamento en lo dispuesto en el art. 92.1 de la Ley jurisdiccional, en cuanto al cumplimiento de la obligación que incumbe al recurrente de expresar personalmente en el escrito de interposición el motivo o motivos en que se ampara. Ciertamente, tanto en la preparación como en la formalización de la impugnación, el recurrente se limitó a decir haberse vulnerado sus derechos esenciales a la presunción de inocencia y a la tipicidad de los hechos.

La Sala deja constancia del fundamento de la postura de la Fiscalía en cuanto a la falta de rigor con que actúa quien recurre, pero no considera que deba ello determinar en el caso la drástica sanción procesal que se postula en observancia del principio “pro actione” que forma parte del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 de la CE, en su modalidad menos intensa de derecho al ejercicio de los recursos legalmente previstos. La aplicación del expresado principio autoriza a excepcionar de la sanción de

inadmisión, aquellos supuestos en que aun careciendo el escrito de formalización de la expresión del motivo o motivos previstos en el artículo 88 de la ley Jurisdiccional, del mismo escrito puede deducirse claramente el contenido argumentativo de la impugnación que conduzca a los dichos motivos casacionales.

Por consiguiente la regla general es de inadmisibilidad cuando no se citen los motivos legalmente establecidos en que se funde el recurso, y por excepción como si se tratara de una mera irregularidad técnica sin efectos invalidantes, la aplicación del principio “pro actione” cuando sin expresarse los reiterados motivos, estos se extraigan fácilmente de las argumentaciones utilizadas en el escrito de interposición.