

*Boletín de Jurisprudencia*

*Militar*



*Asociación Profesional*

*De la Magistratura*

*Nº 1 - Octubre 2016*

## SUMARIO

**STS. 61/2016, de 24 de mayo.**

Falta grave consistente en “la emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen” (art. 8.9 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil).

**STS. 76/2016, DE 5 DE OCTUBRE.**

Falta grave de “negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales” (art. 8.33 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil).

**STS. 100/2016, DE 19 DE JULIO.**

Derecho disciplinario militar.- Falta grave de “prolongación injustificada de la baja para el servicio” (art. 8.11 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil).

**STS. 102/2016, DE 20 DE JULIO.**

Delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a subordinado (art. 104 Código Penal Militar).

**STS. 61/2016, de 24 de mayo.**

**Falta grave consistente en “la emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen” (art. 8.9 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil.**

Los antecedentes de hecho del recurso refieren que el expedientado, miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, era jefe de patrulla con funciones inspectoras de orden fiscal a realizar en diversos municipios. En fecha determinada, sin autorización de los superiores, cambió el horario de prestación del servicio y el itinerario a seguir, dejando de realizar diversas inspecciones.

Las anteriores variaciones no las hizo constar al cumplimentar la papeleta de servicio, en la que por el contrario se consiguió haberlo realizado según el plan previsto.

Como quiera que sus superiores advirtieron las irregularidades cometidas, el Oficial Jefe de su Unidad le pidió explicaciones verbales y por escrito que aquel contestó primero con evasivas y luego en términos de inveracidad, tratando de eludir las consecuencias.

A raíz de estos hechos, el General Jefe de la Zona sancionó al Guardia Civil, con empleo de Cabo 1.º, como autor de dos faltas graves. La primera consistente en “desatender un servicio” (art. 8.10 LO. 12/2007) y la segunda por “la emisión de informes o partes de servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen” (art. 8.9).

En la instancia jurisdiccional se confirmó la primera sanción y se anuló la segunda; estimación parcial que recurre únicamente la Abogacía del Estado. Al desestimar el recurso basado en infracción del correspondiente precepto (art. 8.9) de la Ley Disciplinaria del Instituto armado, la Sala efectúa las siguientes declaraciones de interés.

**1.-** La cuestión que este caso plantea se refiere al alcance del derecho fundamental de defensa, en su concreción de los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable, cuando todavía no se ha iniciado cualquier actuación disciplinaria (procedimiento sancionador) o predisciplinario (información reservada), porque en los demás supuestos no hay duda alguna sobre la plena vigencia del mismo derecho en el ámbito sancionador (STC. 18/1981, de 8 de junio), y el consiguiente derecho que en estas situaciones corresponde al encartado.

De lo que ahora se trata es de discernir si procede proclamar la vigencia del reiterado derecho, en los supuestos en que el militar obligado a facilitar información veraz a sus superiores sobre asuntos del servicio, incumple este mandato (art. 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, de aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil), precisamente para encubrir una actuación irregular o eludir eventuales responsabilidades, esto es, cuando del cumplimiento de este deber en sus propios

términos de veracidad y de lealtad respecto de los superiores pudiera derivarse, en términos de razonable previsión, la imputación de un comportamiento con relevancia disciplinaria.

Dicho de otro modo, se está ante la posible traslación del ejercicio preventivo del derecho constitucional de defensa a los supuestos en que la compulsión legítima del mando obliga al subordinado compelido a declarar contra sí mismo, reconociendo determinados hechos revestidos de ilicitud sancionable.

**2.-** En el fondo lo que se suscita en el recurso es la colisión entre los dos bienes jurídicos en conflicto, representado el primero por el interés legítimo de la Administración Militar en preservar la observancia del esencial valor disciplina en el seno de la organización castrense, mientras que el segundo vendría referido a garantizar la protección preventiva del derecho de defensa en el ámbito sancionador. La ponderación de los intereses confrontados lleva a la Sala a declarar, sin duda, la prevalencia del derecho fundamental en cuestión. La relación coherente y la sintonía interpretativa entre el deber establecido en el art. 34 de las Reales Ordenanzas y el derecho de defensa consagrado en el art. 24.2 CE., conduce lógicamente a resaltar la primacía de éste (legalidad constitucional) sobre aquel (legalidad ordinaria), de manera que no es viable sostener que el mantenimiento a ultranza del valor disciplina pueda conducir a la privación del derecho de defensa, en la medida en que el cumplimiento de aquella obligación representa un sacrificio inadmisibles (por excesivo) del fundamental derecho de defensa.

**3.-** Para la decisión del caso se tiene en cuenta no solo que ya se sancionó el hecho del incumplimiento del servicio ordenado, y asimismo que la orden de informar a la superioridad no surgió con ocasión de controlar el funcionamiento genérico de los servicios, sino que más bien estaba encaminada a verificar la disfunción ya detectada por otros medios. Por esta razón la actuación del mando más respetuoso con el derecho concernido, pudo consistir en promover una información previa (reservada) en lo que el encartado hubiera contado con posibilidades de defenderse.

Sin perjuicio del examen causístico de cada situación en que se considere infringido el deber de transmitir información veraz sobre los propios hechos, con posible relevancia disciplinaria, la jurisprudencia de la Sala se decanta por considerar prevalente el derecho esencial concernido en los casos en que la solicitud de información o el cumplimiento del deber de transmitirla pueda equipararse a una imputación anticipada o se comprometa el derecho subjetivo a no padecer indefensión. (Sentencias 06.11.200; 09.12.2002; 06.11.2008; 16.07.2009 y 10.05.2016, y del Tribunal Constitucional 142/2009, de 15 de junio).

**STS. 76/2016, DE 5 DE OCTUBRE.**

**Falta grave de “negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales” (art. 8.33 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil.**

Los hechos probados establecidos en la instancia jurisdiccional, refieren que el recurrente en su condición de miembro de la Guardia Civil tenía asignado un servicio de seguridad, consistente en el control del acceso de vehículos a zona de seguridad de un aeropuerto internacional. Según la vinculante papeleta de servicio los cometidos ordenados consistían en inspeccionar la totalidad de los vehículos que accedieran a dicha zona, de manera que todos los ocupantes descendieran de los mismos para su exhaustivo control, comprobando que en el interior de los vehículos no quedaban objetos ni pertenencias personales.

En la zona existía videovigilancia debidamente autorizada, captando las grabaciones correspondientes a determinado periodo de tiempo de la prestación del servicio, que dos automóviles entraron en la zona de seguridad, limitándose el expedientado a anotar las matrículas de los vehículos y la identidad de sus conductores, habiéndose cumplimentado la papeleta de servicio sin consignar novedad alguna.

Por tales hechos el Guardia Civil recurrente fue sancionado por el General Jefe de la Zona como autor de la falta grave tipificada en el art. 8.33 LO. 12/2007, consistente en “la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales”, que fue confirmada en la instancia jurisdiccional.

Al desestimar el recurso de casación, la Sala establece la siguiente doctrina:

**1.-** Que el único objeto del recurso de casación contencioso disciplinario es la sentencia de instancia, y no lo actuado en el procedimiento sancionador ni la resolución que lo concluyó, por lo que no resulta admisible en la vía casacional ni la reproducción de las alegaciones ya formuladas en la instancia, ni la impugnación de la sentencia en régimen abierto por infracción del ordenamiento jurídico, como si de una apelación se tratara, debiendo atenerse la crítica de la sentencia a los motivos tasados previstos en el art. 88 de la ley jurisdiccional contencioso administrativa.

**2.-** La instalación de las cámaras de videovigilancia por parte de la entidad pública AENA, gestora del aeropuerto, estaba debidamente autorizada y su control estaba encomendado a la Guardia Civil. Por consiguiente, se trataba de un espacio público y la captación y grabación de las imágenes estaba preordenada, por razones de seguridad, al control del acceso de vehículos. La grabación no estaba prevista para recoger imágenes de los funcionarios allí destinados, sino de los movimientos de los vehículos que éstos debían controlar.

Había carteles indicativos de vídeo vigilancia dentro del complejo aeroportuario y, al iniciar el servicio, se informaba a quienes debían prestarlo sobre la existencia de estos dispositivos. Ello unido a la ostensible presencia de las cámaras y la reiteración del mismo servicio por razón del destino del recurrente.

**3.-** No era necesario el consentimiento de los afectados para el tratamiento y cesión de los datos de carácter personal. El legítimo interés público en la captura de las imágenes para fines de seguridad de la aviación civil, obligada según normativa nacional y comunitaria de la Unión Europea, sitúa el caso en el ámbito aplicativo del art. 6.2 LO. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, porque los datos manejados eran necesarios para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Y en los mismos términos el Reglamento de desarrollo de dicha LO. aprobado por RD. 1720/2007, de 21 de diciembre (art. 10.3.b).

En el presente caso existía un interés legítimo de la Administración en cuanto a la seguridad aeroportuaria, del que forma parte verificar que las medidas establecidas en este fin se cumplían por los controladores para adoptar las medidas y decisiones procedentes, incluso la corrección de los infractores. Por ello, la utilización de las imágenes captadas y grabadas a los efectos disciplinarios a que hubiera lugar resultaba idónea, necesaria y proporcionada dentro de aquella finalidad.

**4.-** El recurrente alegó también intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal constitucionalmente protegida (art. 18.1 CE). Al desestimar este motivo, la Sala recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto y contenido de este derecho esencial, así como la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual uno de los criterios para discernir cuando nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a las intromisiones ilegítimas, es el de las “expectativas razonables” que la propia persona o cualquier otra en su lugar y en las mismas circunstancias, podría tener para encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno (STEDH. 07.02.2012, caso “Von Hannover c. Alemania”, por todas). De manera que el recurrente, por las circunstancias en que realizaba su servicio, no podía esperar razonablemente que no fuera objeto del registro video gráfico.

En conclusión, no se produjo la denunciada vulneración del derecho a la intimidad personal, no solo porque las imágenes se captaron en la prestación de un servicio público de seguridad, sino porque cualquier eventual restricción del derecho estaría justificada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad del que forman parte el juicio de idoneidad, el de necesidad de la medida y el de ponderación de los bienes en conflicto, derivándose más ventajas para el interés general que perjuicio para el derecho que pudiera haber sido afectado.

**STS. 100/2016, DE 19 DE JULIO.**

**Derecho disciplinario militar.- Falta grave de “prolongación injustificada de la baja para el servicio” (art. 8.11 LO. 12/2007, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil).**

Constituyen antecedentes fácticos del presente recurso, que el recurrente era Guardia Civil que se hallaba de baja médica para el servicio entre el 20 de abril de 2010 y el 31 de enero de 2011. La patología que padecía le dificultaba el apoyo sobre los pies y la deambulación. En los partes médicos de confirmación de la baja se indicaba movilidad moderada.

Hallándose el recurrente en la dicha situación de baja médica, en el mes de enero de 2011 realizó las pruebas físicas requeridas para la obtención del grado de cinturón negro de judo, primer Dan, cuyos ejercicios según informe de los servicios médicos de la Guardia Civil se consideraran no compatibles con las circunstancias en que el recurrente se hallaba de baja.

En base a los anteriores hechos se le sancionó como autor responsable de la dicha falta grave, con imposición de dos meses de suspensión de empleo, confirmando en la alzada administrativa y en la instancia jurisdiccional, según sentencia dictada por el Tribunal Militar Central.

Interpuesto recurso de casación, la Sala lo desestima en base a las siguientes consideraciones:

**1.- Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia (arts. 24.2 CE. Y 88.1.d) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso –Administrativa).**

La Sala desestima el motivo por varias razones. Primera, porque el recurrente reitera los argumentos ya esgrimidos en la vía administrativa y en la instancia jurisdiccional, habiendo recibido en la sentencia recurrida fundada respuesta desestimatoria. Recuerda la Sala que el único objeto del recurso extraordinario de casación es la sentencia, y no las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo ni el contenido de la resolución sancionadora. Además el recurso extraordinario ha de basarse en los motivos tasados previstos en el art. 88.1 de la dicha ley jurisdiccional 29/1998, y no en cualquier infracción del ordenamiento jurídico con alegaciones abiertas como si se tratara de una apelación. Ante lo que se considera desenfoque procesal, en ausencia de cualquier crítica relativa al contenido de la sentencia formalmente recurrida, la Sala decide la desestimación del motivo.

Apurando no obstante la tutela judicial que se pide con aquella falta de rigor casacional, también procede la desestimación en el fondo porque existió en el caso prueba de cargo

representada por el reconocimiento que de los hechos hizo el recurrente, en cuanto que en situación de baja médica se sometió a las pruebas físicas establecidas para obtener cinturón negro de judo, primer Dan. Asimismo consta la patología que le aquejaba y las consiguientes limitaciones físicas, y, por último, informe pericial médico sobre la incompatibilidad de los ejercicios físicos realizados con aquella baja y sus limitaciones. El control de la Sala se contrae a verificar que la sanción no se impuso en situación de vacío probatorio, porque existiendo prueba de cargo válida y suficiente no cabe que la Sala sustituya al Tribunal de instancia en su valoración razonable.

**2.-Indefensión derivada de no haber podido asistir a la práctica de determinada prueba.**

Se refiere el recurrente a la ratificación del informe pericial emitido por el Comandante Jefe de los servicios médicos de la Guardia Civil. La prueba se acordó de oficio por el Instructor y su práctica se notificó al encartado que no asistió porque previamente no se abonaron dietas por razón del servicio.

Se desestima el motivo porque no están previstas indemnizaciones para asistir a estas diligencias de prueba.

El recurrente tampoco solicitó la reiteración de la prueba en vía administrativa ni en la jurisdiccional tampoco.

**3.-Infracción de la legalidad sancionadora y falta de tipicidad de la conducta (arts. 25.1 CE y 8.11 LO. 12/2007).** La desestimación se impone a partir de los propios hechos probados, ya inamovibles y vinculantes, de los que se deduce lógicamente que el sancionado prolongó interesadamente una baja médica concedida en función de una patología ya superada; incompatibilidad de la patología con el rigor de los ejercicios físicos precisos para obtener un alto grado en una disciplina de lucha que comporta el despliegue de gran exigencia física.

**4.-Sobre la proporcionalidad de la sanción.** Las faltas disciplinarias graves en el ámbito del Instituto armado de la Guardia Civil, pueden corregirse con pérdida de destino, suspensión de empleo de uno a tres meses o pérdida de haberes de cinco a veinte días. Por consiguiente, la sanción impuesta es una de las legalmente previstas. En orden a la elección y graduación de la misma se han cumplido las exigencias del art. 19 LO. 12/2007. La motivación de la instancia incide sobre la grave entidad del hecho y la afectación al servicio (antijuridicidad material) e intencionalidad del autor (culpabilidad). Y en cuanto a las circunstancias personales del recurrente se ha tomado en consideración que le obraban como antecedentes disciplinarios dos faltas graves no canceladas.



**STS. 102/2016, DE 20 DE JULIO.**

**Delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a subordinado (art. 104 Código Penal Militar).**

Constituyen antecedentes de hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, que determinado suboficial con empleo de Sargento abordó a un Cabo 1º con destino en el mismo acuartelamiento con intención de pedirle explicaciones sobre un asunto personal. Con tal motivo la conversación fue subiendo de tono llevando la iniciativa el Sargento en la interpelación y siguientes reproches. Pasando de las palabras a los hechos, se enzarzaron en una pelea al inicio de la cual el Sargento se despojó ostensiblemente de las divisas e insignias de su uniforme que exteriorizaban su empleo militar.

Ambos contrincantes se hicieron objeto de malos tratos a resultas de los cuales el suboficial resultó lesionado sin sufrir heridas el Cabo 1º.

En la instancia jurisdiccional, el Tribunal Militar Territorial condenó al Sargento por delito de abuso de autoridad con maltrato de obra (art. 104 CPM), con imposición de la pena de tres meses y un día de prisión; y asimismo al Cabo 1º por delito de insulto a superior (art. 99.3º CPM), con imposición en este caso de siete meses de prisión e indemnización al lesionado.

Recorre en casación únicamente el Cabo 1º, y la Sala lo estima parcialmente, apreciando la concurrencia en el caso de la circunstancia atenuante específica de haber mediado provocación previa del superior (art. 22.2º CPM), con reducción de la pena privativa de libertad a la mínima legalmente prevista de tres meses y un día de duración.

Al hilo del recurso, la Sala efectúa las siguientes declaraciones de interés:

**1.- Aplicación de la Ley penal más favorable.-** Los hechos se enjuiciaron bajo la vigencia del CPM de 1985, hallándose en vigor desde el 15.01.2016 el nuevo CPM aprobado por LO 14/1015. Se trata de dar cumplimiento a lo previsto en las Disposiciones Transitorias 1ª y 3ª del NCPM, sobre posible aplicación retroactiva de la nueva normativa si fuera más favorable. Sobre este extremo se oyó al Fiscal Togado y al recurrente quienes coincidieron en que el art. 42.1 NCPM no es norma penal favorable por dos razones básicas. La primera porque siendo ahora la pena máxima igual a las previstas en el anterior CPM, sin embargo la pena mínima pasa de tres meses y un día a seis meses. La segunda porque ahora está previsto con carácter general que en los supuestos de delitos dolosos castigados con pena inferior a tres años, se imponga la pena accesoria de suspensión de empleo. Razón añadida sería que según el NCPM deben valorarse por separado, en régimen concursal, los resultados lesivos causados por el maltrato de obra.

**2.- Indefensión causada por la denegación de que se practicara prueba previamente admitida (arts. 325 Ley Procesal Militar y 850. 1º LECrim).** Realmente se propuso y

admitió la práctica de prueba pericial médica que no pudo practicarse en el acto del juicio oral por incomparecencia de uno de los peritos; prueba que tenía por objeto la valoración médico psicológica de los malos tratos sufridos por el Sargento.

En la sentencia se razona ampliamente sobre el derecho a la prueba que es de configuración legal, y sobre las facultades que conserva el Tribunal para denegar la prueba que no sea útil, pertinente, necesaria y relevante. Se declara el error en que incurrió el Tribunal sentenciador al acordar la lectura del informe pericial médico obrante en las actuaciones sin haberse acreditado la imposibilidad de practicar la prueba. Se declara asimismo, con cita de la reciente sentencia de esta Sala 25.11.2015, que en los casos de prueba admitida el órgano jurisdiccional contrae la obligación de proceder a su práctica por razones de seguridad jurídica derivada de la propia invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 267.1 LOPJ), a salvo los casos de imposibilidad sobrevenida o de situaciones en que la apreciación del conjunto probatorio permita al Tribunal tener por acreditados los extremos puestos en cuestión.

Se concluye en que no se causó indefensión real y efectiva, con relevancia constitucional, porque el Tribunal no hizo uso del peritaje en cuestión en perjuicio del recurrente, La suspensión de la vista para la práctica de la prueba no resultaba necesaria y hubiera sido causa de dilaciones indebidas.

**3.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.** No se produjo porque existió prueba de cargo válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente valorada, que son los extremos a que se extiende el control casacional sobre el respeto a este derecho esencial. Existió prueba testifical y documental sobre la ocurrencia de los hechos que, en lo básico fueron reconocidos por los acusados. No forma parte del derecho fundamental la pretensión de que la Sala efectúe nueva valoración de la misma prueba, sobre todo cuando se trata de prueba testifical cuya apreciación depende de la insustituible inmediación. Es jurisprudencia de la Sala que la credibilidad del testimonio de ordinario no forma parte del recurso extraordinario de casación.

Por otra parte, quien recurre también denuncia error en la valoración de las pruebas documentales (art. 849.2º LECrim), argumento que se contradice con la anterior denuncia casacional sobre vacío probatorio.

**4.- Apreciación de la atenuante específica militar de haber precedido por parte del superior inmediata provocación (art. 22.2º CPM 1985).** Declara la Sala que la actuación provocadora del superior respecto del Cabo 1º recurrente consta en el relato fáctico probatorio, y debe estimarse en apreciación de la voluntad impugnativa de éste quien no solicitó expresamente que se estimara tal atenuante, aunque sí pidió la apreciación de eximentes y atenuantes de análoga naturaleza. La jurisprudencia de la Sala (últimamente en sentencias 17.01.2014 y 18.04.2016), viene estableciendo los siguientes requisitos configuradores de la atenuante de que se trata: a) Existencia de un acto previo de

provocación o de cualquier otra actuación injusta; b) Que la provocación o actuación injusta proceda de un superior jerárquico; c) Proporcionalidad entre la provocación y la respuesta; d) Producción en el subordinado de un estado pasional o emocional intenso, y e) La respuesta o réplica del sujeto no debe distanciarse cronológicamente del acto provocador o de la actuación injusta.