

??

I. PENAL

1. Delito contra los deberes del servicio. Valoración comportamiento imprudente, diferencia con caso fortuito.

La **STS 21/10/04 (RC 26/2003)** analiza la alegada concurrencia de caso fortuito en la producción de un resultado lesivo por uso de armas con munición de fogueo, de tal forma que *"El deber objetivo de cuidado, tanto interno como externo, que dejó de observar el recurrente en una situación de riesgo socialmente aceptado, en función del fin que cumple el ejercicio de adiestramiento en el uso de las armas necesario para la formación militar, debe conceptuarse como constitutivo de imprudencia leve comprendida en el precepto aplicado cuando la omisión de aquel deber de diligencia resulta determinante, en adecuada relación causal, de la producción del resultado lesivo cuya realización se habría evitado si el autor hubiera desplegado el suplementario cuidado, que debió acomodarse a la especial configuración del riesgo derivado del empleo de las armas de fuego. La necesidad de individualización del riesgo exige que ante peligros elevados, se adopten también medidas extraordinarias para la evitación de los resultados dañosos. La medida del deber de cuidado genérica se concreta, como dice el art. 1104 del Código Civil, "de acuerdo con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar". (F.J.3)*

"El relato probatorio plasmado en la Sentencia impugnada, describe la situación de riesgo permitido en que se hallaban inmersos los Cadetes que participaban en un ejercicio conceptuado como acto de servicio de armas, en los términos del art. 16 CPM, en cuyo desenvolvimiento estaba previsto realizar un disparo de fogueo. El peligro que comporta el uso de munición de esta clase es limitado aunque cierto, razón por la cual el disparo debía efectuarse al aire y en todo caso verificando previamente quien lo realizara la ausencia de personas próximas, como se instruyó a los alumnos que tomaban parte en el ejercicio. Al colocar el arma como lo hizo el procesado, en dirección a la entrada de la dependencia en donde se hallaba oculto y hacer fuego sin cerciorarse de la no presencia de otras personas, realmente incrementó el riesgo ya creado con la omisión del deber de cuidado exigible en los términos dichos, estando en condiciones de evitar el resultado, que se produjo como consecuencia de su acción, si hubiera extremado el cuidado debido en tales circunstancias. Repetimos que el módulo de diligencia esperable es, según el art. 1104 del Código Civil, el que "corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"; de manera que aquel deber objetivo de cuidado cuya omisión está en la base de la imprudencia, se incrementa en las situaciones de riesgos también elevados. La imprudencia está llena de relativismo y

?

? La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. David SUÁREZ LEOZ, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. José María RUIZ-JARABO Y FERRÁN, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

?

circunstancialidad (STS Sala 2ª, 29.02.1991), dentro de la cual el resultado opera como elemento del tipo de manera que la conducta, por muy negligente que sea, no es penalmente reprochable si no se materializa en un resultado lesivo o dañoso a modo de concreción del riesgo jurídicamente desaprobado (desvalor del resultado), cuya magnitud no determina sin embargo la gravedad de la imprudencia. Por esta razón en el presente caso, aun siendo grave la lesión causada, la calificación del comportamiento imprudente no pasa de ser leve a pesar de lo cual los hechos procesales, esto es, la conducta descuidada que en adecuada relación causal produjo el resultado típico previsible y evitable, integra el delito apreciado Contra la eficacia del Servicio". (F.J.6).

2. Desobediencia. Orden relativa al servicio. Requisitos.

La **STS 23/01/04 (RC 17/2003)** mantiene que el incumplimiento de una orden dada con objeto de hacer entrega de una citación judicial y el correspondiente pasaporte no constituye el delito de desobediencia, del artículo 102 del Código Penal, "*pues ciertamente la orden militar y la citación judicial son actos claramente diferentes, sus incumplimientos lesionan bienes jurídicos distintos y las respuestas del ordenamiento jurídico a esos incumplimientos tampoco son iguales, debiendo además puntualizarse que, contrariamente a lo que de forma implícita se sostiene en la sentencia recurrida, la incomparecencia ante el juzgado, aunque el legislador no hubiera dispuesto ninguna respuesta específica, no será subsumible en el mencionado artículo 102.*

[...]Como la norma contenida en dicho artículo dispone que comete delito de desobediencia el militar que "se negare a obedecer o no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde [...]", procede acudir al art. 15 del mismo Código, en cuanto definidor de acto de servicio (los actos de servicio son la forma en que se hace realidad el servicio), a fin de conocer cuál sea ese servicio a cuyo cumplimiento resulta obligado el militar. Y como a tenor de lo dispuesto por este artículo son actos de servicio "todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde", es claro que el mandato no sólo ha de proceder de un superior con atribuciones para darlo y ha de ser emitido en forma adecuada, sino que también ha de tener relación con las funciones que su destinatario debe cumplir para realizar los cometidos que la ley le ha asignado. (FJ 2º).

3. Delito de Abuso de autoridad. Concepto de trato inhumano o degradante.

La **STS 05/05/04 (RC 44/2003)** concluye, tras analizar el concepto de tratos inhumanos y degradantes, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "*la orden de efectuar un número ilimitado de flexiones y, más tarde, de prohibir al CLP dormir sin saco después de haberle mojado con agua por encima, entre otras partes, de la zona genital, hecha con la sola intención de vejar y humillar a dicho soldado constituye a juicio de esta*

Sala un rato a todas luces degradante porque objetivamente es grave, en atención a las circunstancias del caso y, porque, además, supone una flagrante humillación susceptible de disminuir la estima propia y ajena".(F.J.4)

4. Penalidad. Sustitución de penas artículo 88 del Código Penal. No aplicabilidad a delitos militares.

La **STS 28/10/03 (RC 46/2003)** dictada en Pleno de la Sala, sanciona la inaplicabilidad del sistema de sustitución de penas privativas de libertad previsto en el Código Penal común a las condenas impuestas en virtud de un delito del Código Penal Militar.

" El punto de partida necesario para la decisión de este Recurso, pasa por determinar cual sea el carácter que deba atribuirse al Código Penal Militar (CPM), dentro del conjunto del ordenamiento punitivo cuyo máximo exponente es el Código Penal Común (CPC), es decir, si se trata de una Ley especial más o bien si por la naturaleza de la materia que regula, esto es, los delitos militares mediante los que se protegen bienes jurídicos propios del dicho espacio castrense, que se hace preciso preservar para alcanzar los fines que constitucionalmente (art. 8.1 CE) están asignados a las Fuerzas Armadas, nos hallamos ante una manifestación específica del ordenamiento punitivo, con sustantividad propia derivada de sus contenidos y de los peculiares principios que lo informan. Nuestra respuesta debe ser conforme a este último planteamiento atendido su objeto, los delitos militares, las propias reglas de procedimiento y el mantenimiento de una Jurisdicción especial, salvada constitucionalmente (art. 117.5 CE) y enmarcada en el seno de la Potestad Jurisdiccional del Estado que por principio es única.

El carácter supletorio que corresponde al CPC se proclama en el art. 9 de este texto legal, en el sentido de resultar preceptiva en todo caso la observancia de lo dispuesto en su Título Preliminar, pero condicionando la expresada supletoriedad del resto de sus contenidos a lo no previsto expresamente en el CPM. Para salvaguardar aquella especificidad del Código castrense, su art. 5 hace depender a su vez tal aplicación subsidiaria del CPC en lo atinente a la regulación de los delitos militares "en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos del presente Código".

En observancia del art. 9 CPC, citado, el Código castrense se abstiene de hacer regulación de los contenidos del Título Preliminar de aquel, pero en cuanto concierne a "Las Penas" el Título III CPM se ocupa de regular, "Las clases y duración de las penas" (Capítulo I); "Las Penas que llevan consigo otras accesorias" (Capítulo II); "Efectos de las penas" (Capítulo III); "Aplicación de las penas" (Capítulo IV) y "Cumplimiento de las penas" (Capítulo V); normación que resulta expresiva de la voluntad del legislador de someter esta materia precisamente a los fundamentos propios del orden castrense.

En cuanto a las "Clases de penas" el art. 24 expresa terminantemente "las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código", entre las que, adelantamos, no se encuentra la de Multa. En lo que

concierno a la "Aplicación de las penas" el art. 40 también es concluyente en cuanto a que la pena de prisión no puede tener duración inferior a tres meses y un día; o lo que es lo mismo, que por debajo de la pena privativa de libertad cuando es la típica del delito de que se trate, no hay otra de distinta naturaleza que pueda ser impuesta. Y en lo que atañe al "Cumplimiento de las penas", el art. 44 excluye la posible suspensión de la ejecución de la pena impuesta cuando, se trata de "reos que (no) pertenezcan a los Ejércitos", expresión está última referida, según se deduce de la Exposición de Motivos del CPM, a quienes tengan la condición de militares; mientras que el art. 43 prevé que "en tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina". (FJ.1º)

II. CONTENCIOSO – DISCIPLINARIO

1. Naturaleza jurídica de la información reservada.

En la **STS 15-07-03 (RC 112/2002)**, se analiza la posible vulneración del derecho a la no indefensión cuando en la información reservada que se instruyó antes de incoarse el Expediente Gubernativo no se advirtió al encartado de sus derechos constitucionales, entendiéndose que se infringió el principio acusatorio. "La información reservada es un procedimiento de carácter administrativo que no tiene naturaleza sancionadora, ni se dirige contra una persona determinada, y está admitido en el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de Junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, para el esclarecimiento de los hechos antes de acordar la incoación de un procedimiento sancionador, con el fin de determinar si esos hechos pueden tener la trascendencia disciplinaria que justifique la iniciación del correspondiente Expediente. En estas condiciones, mal puede hablarse de infracción en esa información del principio acusatorio. No obstante, es claro que si la información reservada se constituye en fundamento de una imputación por las manifestaciones en ella vertidas por quien luego resulta imputado, cabe que se susciten cuestiones relativas a la indefensión en que puede verse sumida la parte a la que no se le advirtió de sus derechos al recibirse esa declaración, pero ello exige que, como decimos, esas manifestaciones hayan fundamentado la imputación, debiendo en este punto ponerse de relieve, como hacíamos en nuestra sentencia de 8 de Mayo de 2003, que lo manifestado en una información de esa clase carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el Instructor del Expediente disciplinario. En el caso que estamos examinando, las declaraciones del luego encartado en la información reservada no dieron pie a la imputación, porque eran de signo exculpatorio para el declarante, como lo fueron las que luego prestó en el Expediente, y en la valoración amplia y detallada que en la sentencia se efectúa de la prueba practicada en el procedimiento gubernativo y en el propio contencioso a propuesta del entonces demandante, no se hace referencia a esas declaraciones de la información reservada, por lo que ninguna indefensión puede apreciarse en el hecho que aquí se denuncia, por su intrascendencia en el proceso contencioso disciplinario en el que, para que el quebrantamiento de las normas y garantías procesales que se invocan por el recurrente puedan

determinar el acogimiento del motivo, es preciso, como señala el art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, citado de forma incompleta por el recurrente, que ese quebrantamiento haya producido indefensión a la parte" (F.J. 2º).

2. Naturaleza jurídica del Instructor.

En la **STS 16-01-04 (RC 68/2003)**, tras mantenerse la plena conformidad a derecho de la práctica de información reservada en el marco de un procedimiento disciplinario, se analiza la figura del Instructor de Expediente disciplinario, de tal forma que se afirma *que "es una persona vinculada a la Administración pública correspondiente con una relación de servicio y, por tanto, dentro siempre de una línea jerárquica al que cabe reclamar que actúe con desinterés personal y objetividad sin que tenga capacidades de decisión sobre el fondo del asunto en cuanto instruye pero no resuelve. El hecho de que considere erróneamente que los hechos considerados probados no son constitutivos de responsabilidad no supone, por tanto, un acto propio de decisión definitiva sobre el fondo de las cuestiones planteadas, en cuanto que, como queda paladinamente determinado en la ley y en el propio escrito que contempla el motivo, lo que se produce y redacta es una mera propuesta. Por ello no puede quedar afectada ni la buena fe ni la confianza ni nos encontramos ante una situación jurídica firme que vaya a ser dañada, lo que solo se produciría cuando el cambio de criterio fuere respecto a un acto definitivo de la Autoridad sancionadora y no en relación a un mero acto-propuesta dentro del trámite de instrucción procedimental".*

3. Legitimación del Abogado del Estado para alegar la vulneración de derechos fundamentales.

La **STS 25-03-04 (RC 199/2002)** fija la doctrina mantenida por la Jurisprudencia de la Sala II del mismo Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, por la que se considera que la Administración puede alegar la infracción de derechos fundamentales en el marco de un procedimiento disciplinario, de tal forma que *"el Abogado del Estado y, por elevación, la Administración, está plenamente legitimado para alegar la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una decisión fundada en Derecho. (F.J.1º).*

4. Sanción de falta leve impuesta por mando que se excede en la competencia jerárquica. Acto anulable. Convalidación dentro de plazo mediante Recurso de Alzada

La **STS 17-05-04 (RC 176/2003)** reitera la doctrina de la Sala en cuanto al carácter anulable, que no nulo, de la resolución sancionadora impuesta por superior que carece de potestad sancionadora: *"quien corrigió no lo hizo*

careciendo de potestad sancionadora, esto es, sin capacidad absoluta para efectuarlo en el ámbito disciplinario militar, sino que actuó con incompetencia relativa referida al caso concreto y en lo concerniente solo a la extensión de la sanción impuesta. No se cuestiona la irregularidad cometida por el mando de KUSAN, y únicamente quien recurre califica la incompetencia de manifiesta y anuda a ésta la consecuencia de la invalidez máxima, representada por la nulidad de pleno derecho no subsanable. Y esta afirmación no es exacta como enseguida se verá. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos análogos al que ahora se examina, en que la incompetencia se ofrecía incluso con mayor nitidez, por tratarse de mandos que llegaron a ejercer potestades sancionadoras que en ningún caso les correspondía, al no hallarse incluidos en la relación de quienes legalmente pueden ejercitarlas en el ámbito específico de la Guardia Civil (caso de los Oficiales Adjuntos en relación con art. 19. LO. 11/1991, de 17 de junio), habiendo declarado al respecto que en consideración a las funciones que tradicionalmente han venido desempeñando estos Oficiales, al frente de determinadas Unidades del Instituto Armado y la evolución experimentada en cuanto a sus actuales cometidos, no se daba el caso de la incompetencia manifiesta afirmando la Sala la virtualidad del criterio de la ostensibilidad, en el sentido de que la calificación de manifiesto, o no manifiesto, equivale a lo que se ofrece como evidente, notorio y palmario, advirtiéndose enseguida aquella característica por lo indudable y obvio de la ausencia de competencia. En este sentido se pronuncia la Sentencia de Pleno de fecha 20.10.2003, que cuenta con el antecedente de las SS. 11.02.2002; 12.04.2002; 31.10.2002 y 27.03.2003, y cuyo criterio se recoge en la posterior Sentencia de fecha 01.03.2004.

Haciendo aplicación al caso de dicha doctrina general sobre la ostensibilidad de la incompetencia, es preciso confirmar el criterio mantenido en la Sentencia recurrida, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas en que se actuó aquella potestad con relativa falta de competencia, esto es tratándose de Unidad desplegada en país extranjero, alejada 180 kms. de la Unidad superior con sede, a su vez, en un tercer país; empleo de Oficial Superior del mando que sancionó y, por último, dependencia inmediata del Subteniente corregido respecto de dicho mando.

Pero es que, además, lo manifiesto de la incompetencia no resulta determinante de la nulidad insubsanable que postula el recurrente a lo largo de su alegato, sino el que precisamente aquella incida u opere en razón de la materia o del territorio, especificación introducida por la Ley 30/1992 (art. 62.1.b) respecto de la regulación que se hacía en el art. 47.1.a) de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo (del año 1958), comprensiva también de la incompetencia jerárquica que fue paulatinamente descartada por la Jurisprudencia (vid. STS Sala 3ª, 23.03.1984; 12.12.1986; 10.03.1987 y 22.03.1988).

De manera que la falta de competencia meramente jerárquica aunque ésta sea manifiesta, no conduce a la nulidad radical que se pretende, o dicho de otro modo, la invalidez que en tal caso afecta al acto de que se trata entra dentro de la categoría de la mera anulabilidad, convalidable en los términos del art. 67.1 Ley 30/1992 por quien tenga la competencia de que carecía el autor

de la Resolución defectuosa; que es justamente la situación a que se dió lugar mediante la actuación sanadora del mando que conoció de la Alzada, cuya competencia está fuera de duda.(F.J.3º).

5. Infracciones disciplinarias. Falta de inexactitud en el cumplimiento de las órdenes. Orden contraria al derecho a la intimidad personal.

La **STS 31-03-04 (RC 52/2003)** declara que la negativa de un oficial a suministrar datos tales como el nombre, fecha de nacimiento y número de identificación fiscal de su cónyuge, que le fueron requeridos en la documentación que se negó a cumplimentar: *"cabe entender, a juicio de la Sala, que en este punto el razonamiento de la Sentencia, que abunda en la jurisprudencia constitucional sobre estos extremos es correcto al considerar que existe el derecho de la esposa del Teniente a exigir que los datos referentes a su nombre, NIF, fecha de nacimiento y fecha del santo no figuren en la documentación de su marido, sin perjuicio de que dichos datos, en el caso de que fueran necesarios para cualquier cuestión de carácter fiscal, percibo de pensiones, solicitud de ayudas o subvenciones, etc., obviamente la Administración podría exigirlos, en principio, al efecto concreto para el que se pretendiesen, si bien sin que hubieran de figurar mas que en lo estrictamente necesario para dicha finalidad en los registros informáticos. En el mismo sentido, el número de identificación fiscal (NIF) parece que puede ser exigible en tanto en cuanto el mismo ha de considerarse como un dato necesario para contrastar multitud de cuestiones, como por ejemplo la doble afiliación a la seguridad social en la condición de beneficiario y titular que pudiera tener la esposa del declarante. Sin embargo, no consta que la Administración Militar, en el caso concreto de que se trata, puntualizase o matizase la finalidad para la que eran requeridos específicamente dichos datos, por lo que, en consecuencia, es lícito y legítimo, en la situación objeto de análisis, conforme a la interpretación del art. 18 CE y a la antes analizada LO 5/92, de Protección de Datos, el derecho de confidencialidad que el Teniente mantuvo en favor de los datos de su esposa, conforme a los sedicentes deseos de la misma".(F.J. 2).*