



Roj: **STS 1132/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1132**

Id Cendoj: **28079150012018100031**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2018**

Nº de Recurso: **117/2017**

Nº de Resolución: **32/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación contencioso-disciplinario militar**

Ponente: **JACOBO BARJA DE QUIROGA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 117/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 32/2018

Excmos. Sres.

D. Angel Calderon Cerezo, presidente

D. Javier Juliani Hernan

D. Francisco Menchen Herreros

D. Fernando Pignatelli Meca

D. Benito Galvez Acosta

D^a. Clara Martinez de Careaga y Garcia

D. Francisco Javier de Mendoza Fernandez

D. Jacobo Barja de Quiroga Lopez

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contencioso número 201-117/2017, interpuesto por Ilmo. Sr. abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central de fecha 10 de diciembre de 2015, en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número CD-13/13, por el que se estima el recurso interpuesto por el guardia civil D. Romulo, contra la sanción de "reprensión", como autor de una falta leve consistente en "la incomparecencia a prestar un servicio, la ausencia de él, la desatención o la colocación en situación de no ser localizado para prestarlo" prevista en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de agosto de 2012, el general jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, acordó la terminación del expediente disciplinario número NUM000, seguido, entre otros, al guardia civil D. Romulo por una falta leve, imponiéndole la sanción de "reprensión".



SEGUNDO: Contra dicha resolución sancionadora el guardia civil D. Romulo interpuso recurso de alzada ante el director general de la Guardia Civil, que lo desestimó en todas sus partes y pretensiones, con fecha 27 de noviembre de 2012.

TERCERO: El guardia civil D. Romulo , interpuso recurso contencioso disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central que se tramitó bajo el número CD- 13/2013, solicitando en dicha demanda la estimación del recurso, y declare nula y sin efecto la sanción impuesta.

CUARTO: El Tribunal Militar Central poniendo término al mencionado recurso dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2014, estimando el recurso interpuesto por el guardia civil Romulo . Notificada en forma dicha sentencia, el Ilmo. Sr. abogado del Estado, mediante escrito presentado en el Tribunal Militar Central el 21 de mayo de 2014, anunció su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia, lo que se acordó en auto dictado por dicho Tribunal con fecha 23 de junio de 2014, procediéndose a su notificación a las partes personadas a las que emplaza para que comparezcan ante esta Sala en el plazo improrrogable de treinta días y ordenando al propio tiempo la remisión de los autos originales.

QUINTO: La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2014 por la que estimó el recurso interpuesto por el Ilmo. Sr. abogado del Estado y ordenó fueran retrotraídas las actuaciones al momento anterior a que se dictara la sentencia por el Tribunal Militar Central, al objeto de que haga uso de la facultan conferida por el art. 470.2 de la Ley Procesal Militar y dicte nueva sentencia.

SEXTO: El Tribunal Militar Central poniendo término al mencionado recurso dictó nueva sentencia con fecha 10 de diciembre de 2015 , cuya declaración de hechos probados es la siguiente:

«Que el Guardia Civil D. Romulo el día 29 de enero de 2012 tenía asignado un servicio de control de alcoholemia de conductores en el punto kilométrico 437,800 de la carretera N-340, en la provincia de Almería, entre las 06:00 y las 08:00 horas. El citado guardia Civil era el Auxiliar de Pareja, siendo otro miembro de la Benemérita allí presente el Jefe de la misma. Se da la circunstancia de que en el mismo punto kilométrico, en sentido contrario de la carretera, debía prestar servicio al mismo tiempo otra pareja de la Guardia Civil.

Sobre las 06:45 horas el Sargento de la Guardia Civil D. Avelino , se personó en el lugar y pudo observar que los componente de ambas patrullas tanto la que se hallaba en el lado de la carretera con dirección a Cádiz, de la que el Guardia Civil D. Romulo era Auxiliar, como la dirección Barcelona; se encontraban cada una de ellas en el interior de su vehículo sin haber montado ninguna señalización de control y sin estar realizando el mismo.

Tras advertir la presencia del suboficial, los cuatro Guardias Civiles salieron de los vehículos oficiales y comenzaron a dar el alto a los automóviles que circulaban, así como a realizar el test de alcoholemia».

SÉPTIMO: Que la referida sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

«Que debemos estimar y estimamos, el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario nº 13/13, interpuesto por el Guardia Civil, D. Romulo , contra la sanción de REPRESIÓN, como autor de una falta leve del apartado 2 del artículo 9 "la incomparecencia a prestar un servicio, la ausencia de él, la desatención o la colocación en situación de no ser localizado para prestarlo" de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC); que le había sido impuesta por el General Jefe de la Agrupación de Tráfico en escrito de 1 de agosto de 2012 y contra la Resolución del Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil, en escrito de 27 de noviembre de 2012, notificado el 18 de diciembre, por el que se desestimó el Recurso de Alzada interpuesto por el Guardia Civil contra dicha sanción.

Resolución que toma la Sala por no ser conforme a Derecho la sanción impuesta que anulamos totalmente.»

OCTAVO: Notificada en forma dicha sentencia, el Ilmo. Sr. abogado del Estado, mediante escrito presentado en el Tribunal Militar Central el 12 de enero de 2016, anunció su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia, lo que se acordó en auto dictado por dicho Tribunal con fecha 17 de marzo de 2016, procediéndose a su notificación a las partes personadas a las que emplaza para que comparezcan ante esta Sala en el plazo improrrogable de treinta días y ordenando al propio tiempo la remisión de los autos originales.

NOVENO: Notificado el mencionado auto el Ilmo. Sr. abogado del Estado, mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal Supremo el día 25 de octubre de 2017, formalizó el anunciado recurso de casación en base al siguiente motivo:

Único.- Por infracción de las normas jurídicas, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA en relación con el art. 88.3 de la LJCA .

DÉCIMO: Admitido y concluso el presente recurso, no habiéndose personado el recurrido y no habiendo solicitado el Abogado del Estado celebración de vista, ni considerándolo necesario la Sala, por providencia de



fecha 12 de enero de 2018, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 31 de enero a las 10:30 horas. Visto el interés casacional, por providencia del día 31 de enero, se deja sin efecto el mismo convocándose al Pleno de la Sala para la deliberación, votación y fallo de este recurso para el día 20 de febrero de 2018, a las 10:30 horas, continuándose la misma hasta el día 13 de marzo con el resultado que a continuación se expone.

La presente sentencia ha sido dictada por el Ponente con fecha 20 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta interpone recurso de casación frente a la sentencia núm. 268/2015 del Tribunal Militar Central, de fecha 10 de diciembre, con base en un motivo único, por infracción de las normas jurídicas, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, en relación con el art. 88.3 de la LJCA.

SEGUNDO: El abogado del Estado muestra su disconformidad con la argumentación jurídica de la sentencia, que parece girar en torno a que la responsabilidad debe recaer en el jefe de pareja quedando exento de toda responsabilidad el auxiliar de la pareja en virtud de la debida obediencia, así como respecto de la argumentación relativa a la existencia de alguna orden recibida por el auxiliar de pareja.

No es preciso extendernos sobre la prohibición de los mandatos antijurídicos obligatorios. No obstante, diremos que en un sistema democrático no cabe la exención por razón de la obediencia debida, pues tal forma de ver las cosas se basa en un sistema autoritario. El sistema autoritario defiende que quien manda, ordena una cosa que debe ser cumplida, aunque infrinja la ley y el que cumple no tiene responsabilidad por cumplirla. Lo que no ocurre en el sistema democrático constitucional en el que prima el cumplimiento de la ley, de la que proviene toda autoridad, y no es posible ocultarse detrás de una orden para incumplir una ley y no tener responsabilidad; nadie está por encima de la ley. En el sistema regido por la obediencia debida, la autoridad y el cumplimiento de su orden está por encima de la ley; por ello, tal sistema no cabe dentro de un sistema democrático en el que el cumplimiento de la ley es la base del sistema y, naturalmente, no puede ser incumplida por una orden ni por el cumplimiento de la misma.

Por ello, en ese extremo estamos absolutamente de acuerdo con el argumento del abogado del Estado y, naturalmente en desacuerdo con la argumentación de la sentencia de instancia.

En nuestro ordenamiento no existe un deber de obediencia debida en el que el que obedece debe cumplir todo lo ordenado, siendo irresponsable por lo que realice. El examen de la legislación correspondiente pone de manifiesto que el sistema que se sigue es el de la obediencia legal, esto es, hay obligación de obedecer al superior en relación con toda orden que se encuentre de acuerdo con el ordenamiento jurídico y, correlativamente hay obligación de desobedecer toda orden contraria al ordenamiento jurídico.

En efecto, el art. 44.3 del actual Código Penal Militar señala que «no obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados». Pudiera parecer que la obligación de desobedecer sólo abarca órdenes que entrañen la ejecución de actos que constituyan hechos delictivos; sin embargo, esto no es así, pues en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, considera falta grave (art. 7.9) el «dar órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico». Además, en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil en su art. 7.15 se considera falta muy grave «la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico». Así pues, ha de concluirse que el sistema legalmente establecido obliga al no cumplimiento de una orden que constituya delito o infrinja el ordenamiento jurídico; lo que evidentemente hace referencia no sólo a lo dispuesto en normas con rango de ley sino también en todo tipo de normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Además, una vez llegados a este punto, es preciso acudir al art. 103.1 de la Constitución en el que se establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Aquí aparece claramente determinado el principio de jerarquía, pero dicho principio viene enmarcado en el «sometimiento a la ley y al Derecho», de donde resulta que únicamente es constitucional la aplicación de dicho principio cuando está sometido a la Ley y al Derecho. Es evidente que en nuestro Estado de Derecho no cabe la aplicación del principio de jerarquía, base del deber de obediencia (jerárquica), cuando en virtud del mismo se sobrepasan los límites marcados por la ley y el Derecho.



Por consiguiente, la referencia a la ley contenida en el art. 44.3 del Código Penal Militar no puede entenderse en el sentido de ley formal, pues el principio de jerarquía constitucionalmente admisible es únicamente aquel que se somete no sólo a la Ley sino también al Derecho. En definitiva, no caben en nuestro ordenamiento jurídico -y esto afecta, desde luego, entre otros y a lo que aquí interesa a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil-, mandatos antijurídicos obligatorios, entendiéndose por ello cualquier mandato que vaya contra la Ley o el Derecho.

De manera que, por las razones expuestas, cabe afirmar que el sistema establecido en relación con los límites de la obediencia tanto en las Fuerzas Armadas como en la Guardia Civil es el que podemos denominar de obediencia legal, incluyendo en este término toda orden o mandato que sea conforme al ordenamiento jurídico.

TERCERO: Ahora bien, negar la denominada obediencia debida no significa que no exista el deber de obediencia jerárquica. Al respecto conviene indicar que el jefe de pareja es superior del auxiliar, conforme a la definición tanto del Código Penal Militar de 1985 como de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44.4 del Código Penal Militar de 2015. Por ello, no cabe duda alguna que entre ambos existe una relación jerárquica en la que incumbe al auxiliar un deber de obediencia jerárquica, por lo que, en cuanto al desarrollo del servicio, es el jefe de pareja, como superior, el que determina la forma de cumplimiento del servicio y, en tales situaciones, el auxiliar de pareja no tiene al respecto ninguna capacidad de decisión autónoma frente a la normalidad del cumplimiento del deber.

Pero esto que se ha indicado no afecta en modo alguno a la cuestión de la obediencia debida, pues como decimos, entre el jefe de pareja y el auxiliar de pareja existe una relación jerárquica de mando en cuanto al desarrollo normal del servicio dentro de los márgenes marcados por la papeleta del servicio, siempre que lo establecido en ella sea conforme al ordenamiento jurídico; existe una relación jerárquica que da lugar a una obediencia jerárquica. Esta no es, naturalmente la que se denomina obediencia debida. Pues una cuestión es la existencia de obediencia jerárquica y otra muy distinta que en esa relación de obediencia exista una obediencia debida. No existe tal obediencia debida en cuanto razón justificante de cualquier actuación en cumplimiento de una orden y, por ello, no cabe que el auxiliar de pareja pretenda ampararse en la obediencia debida cuando recibe una orden que trasgrede el ordenamiento jurídico; en ese caso, no hay duda de la responsabilidad del auxiliar de pareja al cumplir la orden antijurídica recibida. No debe confundirse la obediencia jerárquica con la obediencia debida.

Las órdenes conforme al ordenamiento jurídico dan lugar a la obligación del cumplimiento, esto es, al deber de obedecerlas; a esto puede denominarse obediencia jerárquica. Cuestión distinta es la de los mandatos antijurídicos y si en relación a ellos existe la denominada obediencia debida, que obliga a obedecer y excusa al obediente por el hecho que realice. De manera que, dentro de la obediencia jerárquica, puede darse la emisión de una orden conforme a derecho o una orden antijurídica; evidentemente, sólo en este caso se plantea la cuestión de si cabe la desobediencia y si, correlativamente, la obediencia comporta responsabilidad.

Pero como bien dice el Sr. abogado del Estado, en el caso de autos no consta la existencia de ninguna orden del jefe de pareja al auxiliar de la misma.

CUARTO: Lo cierto es que el hecho probado de la sentencia recurrida no pone de manifiesto el hecho que conformaría la base de la infracción disciplinaria relativa a la desatención en el servicio. Y, ello aunque integráramos tal hecho probado con el hecho que propugna el abogado del Estado relativo a que el auxiliar de pareja no recibió ninguna orden del jefe de la pareja, pues como hemos indicado ahí no radica la cuestión.

La clave se encuentra en determinar hechos que pongan de manifiesto que el recurrente desatendió el servicio. Decir que cuando llegó el suboficial se encontraba dentro del vehículo, no es suficiente para de ahí concluir que esa afirmación se subsume en la desatención del servicio; faltan algunos aspectos más que no se encuentran en dichos hechos probados y que en las actuaciones no son inequívocos, pues también aparece en la resolución sancionadora del general jefe de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil que el vehículo asignado no tenía etilómetro y tuvieron que esperar a la pareja saliente del servicio; ésta ya le advierte de problemas con el etilómetro; y, por ello, ellos también tuvieron esos problemas que intentaban arreglar y realizar las comprobaciones oportunas; así como que montaron la señalización del control, pero al no funcionar el etilómetro decidieron retirar las señales (antecedentes de hecho de la resolución del general jefe accidental de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil).

En el presente caso no puede decirse con tales hechos probados, unido a lo antes indicado, que se haya realizado un hecho subsumible en el art. 9.2 de la LO 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. No hay duda de que ante las circunstancias señaladas debe aplicarse al recurrido el principio *in dubio pro reo*. De manera que a la vista de los diversos hechos ocurridos, puede afirmarse, en aplicación de dicho principio, que no cabe hablar de desatención de un servicio cuando bien pudiera ser que éste se comenzara a desarrollar dentro de las posibilidades con las que contaban.



Por otra parte, conviene indicar que la posibilidad de integrar los hechos probados en vía del recurso de casación es muy limitada, pues no se trata de que como la resolución sancionadora, por las razones que sean, no ha tenido en cuenta determinados hechos, mediante el recurso sean añadidos dichos hechos, dado que lo que se ha recurrido es la resolución sancionadora que contiene los hechos base en relación con los que se realiza la subsunción en el tipo sancionador y lo que no cabe es aprovechando que el sancionado recurre dicha resolución añadir hechos para mejorar, o hacer más contundente la subsunción realizada, o buscar otras razones basadas en otros hechos que puedan servir para la subsunción. Y, en el caso de que no hubiera sido sancionado causaría perplejidad que sea la misma Administración la que se recurriera a sí misma. La ley de la jurisdicción contencioso administrativa en su art. 88.3, a la sazón vigente, ya limitaba la posibilidad de integrar los hechos probados a únicamente aquellos recursos que se funden en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y no, sin duda, cuando lo que se pretende con la integración de los hechos es la revisión de la valoración de las pruebas llevadas a cabo por el Tribunal de instancia.

En efecto, lo permitido es la integración de los hechos probados con otros hechos que hubieran sido omitidos, pero, desde luego, que no sean contrarios ni puedan contradecir a aquellos; integrar hechos nuevos con un signo contrario a los declarados probados para así, con los nuevos hechos integrados elaborar un nuevo hecho que permita realizar una subsunción que no hizo el Tribunal de instancia, no está permitido. De manera, que los hechos que se integran no pueden contradecir los hechos declarados probados en la resolución recurrida. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), entre otras, SSTS, 24 de noviembre de 2004 , 11 de febrero de 2009 , 27 de diciembre de 2011 , 29 de enero de 2018 , 13 de febrero de 2018 , y 8 de marzo de 2018 . Y, naturalmente no cabe la integración de hechos cuando los que se pretenden ya han sido valorados por la sentencia de instancia (en uno u otro sentido), pues supondría una revaloración que excede de los límites marcados en la ley; en otras palabras, los hechos integrados han de ir en la misma dirección de los hechos probados en cuanto que no los pueden contradecir.

En el presente caso, los hechos probados son inocuos -la sentencia estima el recurso contencioso contra la resolución que impuso la sanción-, pues no se especifican razones y no cabe una integración de hechos contrarios, máxime cuando, como dijimos, debe quedar el recurrente amparado por el principio *in dubio pro reo*, dado que existen diversidad de hechos omitidos, precisamente los que explican las razones.

Por último, queda excluido que se trate de un supuesto normal del desarrollo del servicio en el que el jefe de pareja dispone cómo se desarrolla el servicio y en tal cometido decide no cumplirlo y que, por ello, el auxiliar de pareja carece de responsabilidad, pues entonces tal decisión constituiría, al menos una infracción administrativa; y, si en tal supuesto, se pretendiera excluir la responsabilidad del auxiliar de pareja por cumplir lo que ha decidido el jefe de la misma, estaríamos ante un mandato antijurídico obligatorio, esto es, estaríamos en el marco de las teorías autoritarias -excluidas del ámbito establecido por nuestra Constitución- al afirmar que existen mandatos que aunque sean antijurídicos son obligatorios; y, desde luego, tal posibilidad no es admisible con fundamento en lo que ya expusimos anteriormente.

Así pues, debe desestimarse el recurso y confirmar la resolución recurrida.

QUINTO: Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la LO 4/1987 de 15 de julio .

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación número 201-117/2017, interpuesto por Ilmo. Sr. abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central núm. 268/2015 de fecha 10 de diciembre , sentencia que confirmamos íntegramente.

2. Declarar las costas de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

Angel Calderon Cerezo Javier Juliani Hernan

Francisco Menchen Herreros Fernando Pignatelli Meca

Benito Galvez Acosta Clara Martinez de Careaga y Garcia

Francisco Javier de Mendoza Fernandez Jacobo Barja de Quiroga Lopez



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número: 117/2017

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Angel Calderon Cerezo

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Angel Calderon Cerezo, PRESIDENTE DE LA SALA, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO DISCIPLINARIO 201/117/2017.

1.- El presente voto tiene carácter de concurrente, en la medida en que comparto el fallo de la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, pero discrepo de los razonamientos que constituyen su *ratio decidendi* y tampoco coincido con la totalidad de las consideraciones que se hacen sobre el sentido y alcance del esencial deber de obedecer las órdenes y decisiones de los superiores en el orden jerárquico militar propio del instituto de la Guardia Civil y, más concretamente, en el contexto específico que ahora se trata de las relaciones entre quienes desempeñen las funciones de jefe y auxiliar de pareja; así como acerca de la operatividad de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, prevista a efectos punitivos en el art. 20.7º del Código Penal que resulta aplicable en el ámbito castrense según se dispone en el art. 1º.2 del vigente Código Penal Militar .

2.- En el escueto relato probatorio, la sentencia de instancia refiere como presupuesto de la sanción disciplinaria que se impuso al guardia civil entonces demandante, el que éste era auxiliar de pareja en la prestación de un servicio de control de alcoholemia en determinada carretera, el cual servicio no se estaba realizando cuando un suboficial se personó en el lugar señalado para ello, observando que tanto el jefe como el auxiliar permanecían en el interior del vehículo sin tener montado el correspondiente operativo.

El tribunal *a quo* acogió el planteamiento defensivo del demandante en cuanto a estar exento de responsabilidad por haberse atendido a la decisión adoptada por quien era su superior en la condición de jefe de pareja y mando funcional; haciendo aplicación al caso de la consolidada doctrina de esta sala y, en particular, lo declarado en la sentencia de 12 de diciembre de 2013 , en que se proclama la eficacia de la causa de justificación de lo que entonces denominamos «obediencia debida».

Recurrió la Abogacía del Estado en disconformidad con lo resuelto en la instancia sobre aplicación de dicha exigente, con carácter general y en el caso concreto porque ni siquiera se llegó a acreditar la existencia de cualquier orden del superior que vinculara al subordinado.

3.- Para la decisión del presente recurso, se convocó al Pleno de la sala con un doble objeto. El primero, de carácter doctrinal dirigido a la clarificación actualizada de lo que debía entenderse por «obediencia debida», así como sobre la extensión y límites del deber de obediencia a las órdenes, instrucciones, mandatos y decisiones emanadas de la superioridad en la relación jerárquica consustancial al instituto armado de la Guardia Civil, y, por extensión, en el más amplio ámbito castrense.

En segundo lugar se trataba de resolver el presente recurso a partir de los términos planteados por el abogado del Estado, es decir, sobre la exoneración del auxiliar por la responsabilidad disciplinaria, que se hubiera podido contraer en la realización de los servicios encomendados a la pareja, y si esta responsabilidad debe recaer en todo caso sobre el jefe de la misma, aun cuando no conste que hubiera emitido orden alguna respecto del servicio encomendado.

4.- Como resultado del Pleno, en la presente sentencia se declara no solo que la «obediencia debida», en cuanto exigente de la responsabilidad penal derivada del cumplimiento de órdenes ilícitas, ha sido suprimida por el vigente Código Penal de 1995, afirmación con la que estamos en todo de acuerdo porque una declaración de esta clase ya formaba parte de nuestra jurisprudencia mayoritaria, respecto de la que la presente sentencia solo incorpora las alusiones a las diferencias entre los sistemas democráticos y autoritarios, acerca de lo que obviamente no puede haber discusión en el seno de nuestro Estado democrático de derecho.

La erradicación de la reiterada «obediencia debida», no contradice ni se opone a la vigencia del deber de obedecer las órdenes, instrucciones, mandatos o decisiones que los superiores en la relación jerárquica militar dirigen a quienes les están subordinados. Ninguna duda puede existir cuando se trata de órdenes lícitas o legítimas, entendiéndose por tales las que sean conformes al ordenamiento jurídico.



La dicha obligación o deber de obediencia viene proclamada constantemente por la normativa propia de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas. Así es de ver, a modo de ejemplo en la L.O. 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil (arts. 7.15 , 8.5 y 9.3); en L.O. 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes del Cuerpo (art. 16); Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de personal (art. 7.1.9); Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por R.D. 96/2009, de 6 de febrero (arts. 55 y 78); en la Ley de la carrera militar 39/2007, de 19 de noviembre (art. 4.2); L.O. 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas (art. 6.1, reglas 8^a, 11^a y 12^a); L.O. 8/2014, de 4 de diciembre, disciplinaria de las Fuerzas Armadas (art. 7.2), y un largo etcétera.

Este conjunto normativo sirve de referencia a la causa de justificación de obrar en el cumplimiento del deber, establecido en el vigente Código Penal para eximir de responsabilidad por la comisión de hechos típicos cometidos en el cumplimiento de órdenes cuya antijuridicidad sea clara y manifiesta. Este texto legal tipifica el delito de desobediencia en su art. 410, en que se excluye de responsabilidad penal a «las autoridades y funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general» (art. 410.2).

Por su parte, el Código Penal Militar tipifica en su art. 44 el mismo delito en el ámbito castrense, relevando de pena por falta de tipicidad o bien de antijuridicidad casos de desobediencia de una orden «que entrañe ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados» (art. 44.3).

Mientras que el art. 7.15 de la L.O. 12/2007, excluyen de responsabilidad disciplinaria en los caos previstos como falta muy grave de desobediencia, los de incumplimiento de «órdenes o instrucciones de los superiores, cuando éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico».

En consecuencia, el respeto por el ordenamiento jurídico se erige en el muro infranqueable al tiempo de impartir órdenes los mandos militares, y la infracción manifiesta de dicho ordenamiento autoriza la desobediencia sin riesgo de incurrir en responsabilidad disciplinaria. Mientras que en el orden penal, el nivel de inobservancia legítima se sitúa en las situaciones previstas en el reproducido art. 44.3 del Código Penal Militar.

5.- Nuestra doctrina referida a los supuestos en que interviene la especie de unidad conceptuada como pareja de la Guardia Civil, y la posición relativa que corresponde a quienes la integran, creo que sigue vigente y no experimenta modificación en el sentido de que el jefe de pareja debe considerarse superior en todo caso, ya sea por razón del empleo que ostente o por la función que ocasionalmente desempeñe, de manera que ejerce mando en lo concerniente al normal desenvolvimiento del servicio encomendado, vinculando con sus decisiones al auxiliar que concurre al mismo servicio en condición de subordinado, al cual ampara la causa de justificación de actuar en el cumplimiento del deber de obediencia (nuestras sentencias de 31 de mayo de 1999, 15 de julio de 2004, 9 de mayo de 2005, 12 de diciembre de 2013, 9 de diciembre de 2015, entre otras muchas), a salvo los supuestos en que lo ordenado constituya infracción manifiesta, esto es, evidente, notoria y palmaria, del ordenamiento jurídico en cuyo caso la desobediencia estaría asimismo justificada.

Ello sin perjuicio de que el auxiliar que cumple la orden acerca de la que albergue dudas en cuanto a su adecuación a derecho, pueda consignar reclamación o queja en la papeleta de servicio o incluso emitir parte disciplinario en relación con lo ordenado.

6.- No obstante lo que se argumenta en los tres primeros fundamentos de derecho de la sentencia, sobre inexistencia de «obediencia debida», y alcance de lo que se denomina «obediencia legal» y «obediencia jerárquica», concretada en los mandatos que sean conformes al ordenamiento jurídico, la *ratio decidendi* del presente recurso descansa finalmente en la apreciación del principio *in dubio pro reo*, a pesar de que éste no se invocó en el debate casacional. En efecto, la mayoría de la sala considera que de los sucintos hechos probados no cabe extraer de modo inequívoco la consecuencia de haberse cometido la falta leve de desatención en el servicio (art. 9.2 L.O. 12/2007), apoyándose para ello en pasajes traídos de la resolución sancionadora.

No comparto esta conclusión que considero no guarda la debida congruencia con los términos en que se ha trabado el recurso; consideración parte de que dicha apreciación pudiera trascender a la valoración que merezca la conducta de otros implicados en los mismos hechos que no han sido parte en este procedimiento.

Sostengo, con las deferencias de rigor a quienes formaron la mayoría del tribunal, que el hecho acreditado de permanecer en el interior del vehículo oficial durante el tiempo en que debió atenderse un control de alcoholemia en carretera, sí que debe considerarse desatención del servicio encomendado, si bien la responsabilidad disciplinaria recae en el jefe de pareja porque era éste quien ejercía el mando durante la duración del mismo, y porque en función del deber que tenía de controlar la situación, era quien debía tomar



las determinaciones respecto de montar el dispositivo de control o mantenerse dentro del coche, por otras razones.

Una decisión de esta naturaleza procedente del mando resultaba de obligada observancia para el subordinado, al no entrañar infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, y su acatamiento se incluía en última instancia en la causa de exención (justificación) por actuar en cumplimiento del deber.

Por esta razón debió desestimarse el recurso de casación.

Angel Calderon Cerezo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número: 117/2017

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernan

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Javier Juliani Hernan A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO Nº 201/117/2017, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO D. Benito Galvez Acosta.

Formulo el presente Voto Particular, que tiene el carácter de concurrente, porque, si bien comparto la decisión de la sala de desestimar el presente Recurso de Casación y confirmar la sentencia recurrida, considero necesario matizar alguna de las consideraciones que se hacen en nuestra sentencia, especialmente a la hora de precisar las razones por las que entiendo que debe confirmarse la decisión del tribunal de instancia a la hora de estimar el recurso interpuesto contra las resoluciones dictadas en sede disciplinaria.

1.- En este sentido y para mejor explicar el sentido de mi voto resulta conveniente traer a colación en primer lugar, aunque sea brevemente, la doctrina que desde los años noventa del pasado siglo ha venido manteniendo esta sala sobre la responsabilidad que cabe atribuir en una pareja de la Guardia Civil al jefe de la misma y al componente que presta con él el servicio de que se trate, esto es, al auxiliar de pareja.

Ya recordaba la sentencia de esta sala de 3 de mayo de 2000 que «es reiterado el parecer mantenido en nuestras sentencias, -entre otras, en las de 9 de mayo de 1990 , 6 de junio de 1991 , 22 de noviembre de 1992 , 11 de junio de 1993 , 11 de noviembre de 1995 , 13 de febrero y 24 de octubre de 1996 , 4 de junio de 1998 , y 15 de marzo de 1999 -, de que es superior todo militar que ejerce mando respecto de otro, ya sea en virtud de su empleo más elevado, ya sea en atención al cargo o función que desempeña, desempeño que puede tener lugar como titular del cargo o función, o por sustitución reglamentaria de aquél a quien corresponda». Y como subraya la sentencia de 12 de diciembre de 2003 «no existe duda sobre la condición de superior durante el servicio de quién hace las funciones de Jefe de Pareja».

Precisaba el artículo 79 de las Reales Ordenanzas que, «la responsabilidad para el ejercicio del mando militar no es renunciable ni compartible». Se recoge hoy en la regla décima del comportamiento del militar, incluida en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio , de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que «la responsabilidad en el ejercicio del mando no es renunciable ni puede ser compartida»; y se significa en la regla duodécima de comportamiento del guardia civil, del artículo 7.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre , de régimen del Personal de la Guardia Civil, que el guardia civil «no renunciará ni podrá compartir la responsabilidad en el ejercicio del mando», advirtiéndole a continuación de que «todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a la Constitución, a las leyes o que constituyan delito».

Y es que, como se significaba en sentencia de 2 de diciembre de 2000, esta Sala «en supuestos similares al que ahora es objeto del presente recurso, ha señalado en su sentencias de 17 de enero de 1995 y 6 de noviembre de 1996 , que es al Jefe de Pareja a quien debe hacerse responsable del incumplimiento de las órdenes recibidas para la prestación de un determinado servicio por una Pareja de la Guardia Civil, pero no al Auxiliar quien, en base al principio de jerarquía a que los preceptos anteriormente indicados aluden, debe cumplir lo que al efecto disponga su superior, tal como así mismo se prescribe en el artículo 32 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 28 de diciembre de 1978 , a tenor del cual "cualquiera que sea su grado acatará las órdenes de sus jefes...." siempre, claro ésta, que no nos encontremos en el supuesto, que evidentemente no concurre en el presente caso, de que la orden en cuestión "entrañe la ejecución de actos que manifiestamente



sean contrarios a las leyes y usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución..." -- artículo 34 de las mencionadas Reales Ordenanzas--, responsabilidad del Jefe de pareja que también como ejerciente del mando, se desprende de lo establecido en el artículo 79 de las mismas, destacándose al efecto que aquélla ni es renunciable ni compartible».

En este sentido, como señala la sentencia de 31 de mayo de 2004 -invocada recientemente en sentencias de 29 de noviembre de 2012 y 16 de enero de 2017- «quien ostenta la Jefatura de la Pareja en un acto de servicio ejerce mando, aunque carezca de empleo, porque en ese ámbito es el que dirige la actividad, adopta las decisiones y asume la consiguiente adicional responsabilidad que de tal posición se deriva. "Plus" de responsabilidad que se conecta inmediatamente al bien jurídico protegido, incrementándose el reproche penal por el mayor desvalor de la conducta, y eventualmente del resultado, por parte de quien resulta esperable una mayor exactitud y diligencia en la prestación del servicio». Reiterando poco después, en sentencia de 15 de julio de 2004, que «hemos dicho en numerosas ocasiones que el cometido de Jefe de Pareja atribuye a quien lo ejerce la condición de superior en relación al auxiliar por razón del mando que le corresponde al desarrollar esa función, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Código Penal Militar (Sentencias de esta Sala de 6-5-1991, 22-11-1992, 24-10-1994, 17-1-1995, 5-11-1996, 4-6-1998, 15-3-1999, 3-4-2000, 2-12-2000, 10-4-2002, 3-12-2003 y 31-5-2004, entre otras), superioridad funcional que tiene su reflejo en la responsabilidad inherente a su ejercicio, que no es renunciable ni compartible, como precisa el artículo 79 de las Reales Ordenanzas aprobadas por ley 85/1978, de 28 de Diciembre, ... ».

Y finalmente, en sentencias de 12 de diciembre de 2013 y 9 de diciembre de 2015 se confirma que «El desempeño del cometido de Jefe de Pareja en el ámbito del Instituto Armado, atribuye a quien lo ejerce la condición de superior respecto del Auxiliar en función del mando que ocasionalmente le corresponde, según lo dispuesto en el art. 12 del Código Penal Militar (Sentencias 09.05.1990; 06.06.1991; 22.11.1992; 11.06.1993; 26.10.1994; 11.11.1995; 04.06.1998; 15.03.1999; 03.04.2000; 02.12.2000; 10.04.2002; 03.12.2003; 15.07.2004 y 09.05.2005, entre otras), posición relativa que viene fijada por el principio de jerarquía y que resulta determinante de la responsabilidad inherente al ejercicio del mando militar (arts. 9 y 55, pfo. segundo de las RROO para las Fuerzas Armadas aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero, de aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil según art. 2.2 de dichas RROO y RD 1437/2010, de 5 de noviembre)».

Ello sin embargo no significa que los jefes de pareja -como ya se indicaba, entre otras, en sentencia de 26 de marzo de 1999- puedan variar a su albedrío las órdenes recibidas de sus superiores, pues en el supuesto de que así sucediera sería responsable el jefe de pareja de tal variación con las consecuencias inherentes a tal conducta. Ni que, ante un flagrante incumplimiento por la pareja de las órdenes recibidas, ambos componentes de la misma no puedan ser sancionados, cuando manifiestamente se aparten de común acuerdo de la orden consignada o de lo esencial de la misión encomendada, siendo ejemplos de ello las sentencias de 29 de mayo de 2001, entre las más antiguas, y doce de febrero de 2018, entre las más recientes.

2.- Así las cosas, y en relación con la conducta del auxiliar de pareja respecto de las órdenes que pueda recibir del jefe de pareja respecto del cumplimiento del servicio, cabe recordar que ya en sentencia de 31 de mayo de 1999 se atendía a la cuestión planteada allí por el recurrente, acerca de si era o no causa de justificación de la conducta del sancionado haber tenido que obedecer la orden del superior, señalando entonces la sala que, aunque el recurrente situaba el hecho del cumplimiento de la orden en la causa de exención de responsabilidad criminal de la obediencia debida, llamando la atención sobre la inexistencia de dicha eximente en el entonces recientemente vigente Código Penal común, y por lo tanto en el Código Penal militar, resultaba evidente que «la causa de justificación no está en una supuesta obediencia debida, sino en el cumplimiento de un deber impuesto al inferior por el artículo 32 de las Reales Ordenanzas, en relación con el artículo 20, número 7º del Código Penal Común, aplicable al ámbito militar, conforme al artículo 21 del Código Penal Militar ».

Y aunque coincidamos en que no caben mandatos de contenido antijurídico y la comisión de cualquier infracción "en obediencia debida" a órdenes de los superiores han de quedar hoy reconducidas a la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del CP, por entender que el deber de obedecer no constituye una barrera que pueda amparar todos los comportamientos que sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, también hemos de matizar que, como sucede ante cualquier posible confrontación entre derechos, deberes y obligaciones jurídicas, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y transcendencia de la orden y el deber incumplido y la posible ilicitud de aquello que el subordinado se ve compelido a cumplir. Efectivamente, la oposición al cumplimiento de una orden únicamente se puede producir cuando la ilicitud de ésta sea manifiesta y resulte evidente su antijuridicidad. No debemos olvidar que el vigente Código Penal militar en el apartado 3 de su artículo 44 solo excluye de responsabilidad criminal en el delito de desobediencia a los militares que desobedecieran «una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados».



Ya advertía también la citada sentencia de 31 de mayo de 1999 de que «no cabe [...] que el inferior valore si es o no correcta o justa la orden del superior, para decidir o no su cumplimiento, sino solamente comprobar que la misma sea lícita, pues fuera del supuesto de la ilicitud, la orden siempre ha de ser acatada sin perjuicio de formular objeciones, después de cumplirla; en ello está la base del valor de la disciplina, y de permitir o autorizar al inferior un juicio de valor acerca de su legitimidad, antes de decidirse a cumplirla, pondría en peligro ese superior valor castrense».

Todo lo cual en definitiva se compadece con el correcto funcionamiento de cualquier organización militar, que por estar fuertemente jerarquizada y sometida a un régimen de sujeción especial puede justificar el cumplimiento de un mandato que no se revele como manifiestamente antijurídico.

3.- En el presente caso, la sentencia que se impugna sigue en lo sustancial la doctrina que esta sala ha venido manteniendo hasta ahora, en cuanto que sostiene la condición de superior del jefe de pareja respecto del auxiliar de dicha pareja, en función del mando que ocasionalmente a aquél le corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del derogado CPM y en el artículo 5.1 del vigente código castrense, cuando dice que «a los efectos de este Código y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44, es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria».

En este sentido el tribunal de instancia al pronunciarse sobre «la posibilidad de aplicar o no la falta al Auxiliar de Pareja en condiciones como las presentes», significa que «en cualquier servicio de naturaleza subjetiva u objetiva militar, esto es que su desarrollo o las relaciones entre quienes los desarrollan se fije por normas militares, entra en vigor necesariamente el principio de unicidad de mando y consecuentemente de responsabilidad». Apunta también a continuación la sentencia impugnada que «en el caso presente ni siquiera en el relato de hechos realizado por la Administración, se identifica una actividad del Guardia Civil Romulo de la que deducir una voluntad de acción propia, contraria a su obligación en el servicio; la cual pasa, no lo olvidemos a través del Jefe de Pareja, que conoce el servicio y el conjunto de sus características y los periodos de descanso y formas de realización». Y concluye diciendo que «si la responsabilidad en el mando no es compartible, para acusar a un subordinado que ha concurrido con quien dirige el servicio en un incumplimiento inexacto o en una desatención; es necesario primero fácticamente identificar su comportamiento antijurídico, en relación con el que le era exigible y en lo que podía oponerse a la voluntad, o a la decisión de la persona encargada del modo y manera en que el servicio se realizara. No debe probar el investigado que intentó de su superior un comportamiento distinto. Quizá podría ser el caso si estuviéramos ante un manifiesto delito del superior, en especial contra la Constitución o las Leyes y Usos de la Guerra; no aplicable cuando el comportamiento ilegítimo del superior ha sido calificado de mera falta leve».

Y, efectivamente, en el presente caso -y en esto sitúo la principal discrepancia de mi voto particular concurrente- entiendo que nos encontramos ante un supuesto normal de desarrollo del servicio, en el que la posible responsabilidad por no haberse iniciado su cumplimiento, según apreció la autoridad disciplinaria, correspondería exclusivamente al jefe de pareja -que no podía compartir la responsabilidad en el ejercicio del mando-, al margen de lo que opinara quien entonces era su subordinado y de que éste se encontrara de acuerdo con la decisión de su Jefe. No era el auxiliar el llamado por su situación subordinada a decidir sobre la incidencia producida y el posible reproche disciplinario, en este caso, únicamente podría recaer sobre quien ejercía el mando de la pareja.

Así, como hemos antes apuntado, hace mérito la sentencia de instancia en sus fundamentos de derecho a las condiciones en las que se desarrollaba el servicio y significa después la sentencia de esta sala que la propia autoridad disciplinaria reconoce en su resolución la concurrencia de diversas circunstancias que podían incidir en la realización del servicio, haciendo especial hincapié entre ellas en el hecho acreditado de que los componentes de la pareja «montaron la señalización de control, pero al no funcionar el etilómetro decidieron retirar las señales».

Y en estas circunstancias, al margen de que la actuación de la pareja pudiera ser reprochable, considero que no cabe entender que el auxiliar de pareja, ante la decisión adoptada por su jefe, debió comportarse de forma distinta a como lo hizo y mostrar su oposición, cuando no se encontraba ante una infracción manifiesta, clara y terminante, que le obligara necesariamente a no cumplirla, incurriendo con ello en una confrontación insuficientemente justificada en el desarrollo del servicio encomendado, que al jefe de pareja correspondía.

Lo que en definitiva me lleva a compartir la decisión de esta sala, al desestimar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado.

Javier Juliani Hernan Benito Gálvez Acosta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número: 117/2017

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernandez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON FCO. JAVIER DE MENDOZA FERNÁNDEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Francisco Menchen Herreros, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 201/117/2017.

Formulo el presente voto particular, al ser mi criterio, que la sala debió, por las razones que a continuación se hacen constar, estimar el recurso y casar la sentencia de instancia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Conforme con los establecidos por el Tribunal de instancia y que damos por reproducidos en sus propios términos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En disonancia con los criterios que se recogen en la sentencia dictada por esta Sala, resulta obligado decir

PRIMERO.- El artículo 88.3 de la LJCA anterior a su reforma permitía integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia, otros, por el Tribunal de casación, siempre que: **a**) el recurso se fundara en el motivo previsto en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA ; **b**) hubiera hechos omitidos por el Tribunal de instancia; **c**) tales hechos estuvieran suficientemente justificados según las actuaciones; y **d**) su toma en consideración fuera necesaria para apreciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

A mayores conviene recordar que en el nuevo modelo de recurso de casación, su objeto se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho, sin perjuicio de la facultad de «integrar los hechos» que se otorga al Tribunal de casación para el supuesto de que ello sea preciso para apreciar la infracción alegada, como exige el vigente art. 87 bis 1.º, en relación con el art. 93.3 LJCA .

En efecto, se admite la facultad de integración de hechos del Tribunal Supremo, dado que en la resolución de la cuestión jurídica controvertida que constituya el objeto del proceso, podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el juzgador de instancia aquellos otros que, habiendo sido omitidos por éste, se encuentren suficientemente probados según las actuaciones, siempre y cuando tomarlos en consideración resulte estrictamente necesario para apreciar la infracción normativa o jurisprudencial alegada, incluida la desviación de poder.

No obstante lo anterior, conviene aclarar que, aunque el recurrente pueda solicitar la integración de los hechos admitidos como probados por el juzgador de instancia, no será posible que bajo tal amparo se pretenda denunciar en casación la errónea valoración de la prueba, esto es, aquellos supuestos en los que lo realmente pretendido sea modificar la valoración probatoria alcanzada por la sentencia de instancia.

Además, igualmente, se exige que quien solicite esta integración ha de poner de manifiesto el hecho concreto que deba ser incluido en los hechos de la sentencia, pero sin que sea posible, como hemos dicho, y debemos insistir, que bajo tal amparo se pretenda denunciar en sede casacional una errónea valoración de la prueba.

SEGUNDO.- En el presente caso, la integración de hechos solicitada por el abogado del estado recurrente, debió ser aceptada por la Sala y recogida en la sentencia de la que discrepamos al cumplir todos y cada uno de los requisitos exigidos que acabamos de enumerar.

En efecto, en un único motivo deducido al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA , pide, precisa y concisamente, que se añada a los hechos que el Sr. Romulo no cumplía órdenes del Jefe de Pareja y lo fundamenta y apoya en las propias declaraciones que hizo en las actuaciones, pues en todas ellas el expedientado, "habla de que la actuación por la que ha sido sancionado se ha llevado de común acuerdo entre los dos miembros de la guardia civil ("decidimos esperar a la pareja saliente", "se le indica a la otra pareja de apoyo" "decidieron esperar un tiempo prudencial al equipo de atestados etc.) no mencionando siquiera el término "orden".

TERCERO .- Dicho cuanto antecede, sostiene la ilustre representación del Estado, ahora recurrente, que "la existencia de una supuesta orden al ahora recurrido fue introducida en el debate por el tribunal a quo pero en el expediente administrativo no existe la menor constancia de ella".



La pretensión de la abogacía del estado combate la tesis de la sentencia recurrida de que los hechos cometidos por una pareja de la guardia civil, la responsabilidad exigible de los mismos debe recaer exclusivamente en el jefe de pareja quedando exento de toda responsabilidad el auxiliar, con fundamento en la sentencia de esta sala de 12 de diciembre de 2013, poniendo de manifiesto la inexistencia de precepto alguno en la legislación militar que avale la tesis del tribunal *a quo*.

Tiene razón el abogado del Estado. La sentencia de la que discrepamos ha resuelto el presente recurso sin respetar los hechos que expresamente declaró probados.

Efectivamente, no consta en el *factum* de la sentencia recurrida, cuyo respeto se impone, la existencia de orden alguna, y basta para constatarlo la mera lectura de los mismos para concluir, sin necesidad de esfuerzo intelectual alguno, que dicha orden no se produjo. Consecuentemente con ello, no podemos aceptar la motivación ofrecida por la sentencia de instancia. Tampoco cabe hablar ni de "obediencia debida", como hizo la sentencia del tribunal de instancia, antigua circunstancia modificativa de la responsabilidad, inexistente hoy en día, ni concurre, en el presente caso, la obligada obediencia jerárquica o funcional que tiene todo militar, por la simple y llana razón que sin orden expresa carece de sentido hablar del cumplimiento o incumplimiento de la misma.

Tampoco puedo mostrar mi conformidad con el análisis que realiza la sentencia de la que discrepamos sobre la ausencia de tipicidad. En primer lugar, porque de un lado, rechaza la integración de los hechos solicitada por la parte recurrente y no cuestionada por la contraparte y, sin embargo, procede de oficio a una integración de los hechos *sui generis* no pedida por las partes, obviando con ello, el principio de justicia rogada e introduciendo y valorando, en sede casacional, hechos en su fundamentación ajenos a los declarados probados en la sentencia.

Y en segundo lugar, hemos dicho reiteradamente que para apreciar la obediencia jerárquica, resulta forzoso dirigir la mirada a los tipos que describen la desobediencia tanto en el código penal castrense como en las leyes disciplinarias militares, porque la respuesta a la desobediencia a una orden que tenga la condición de legítima, puede enmarcarse en el ámbito penal o en el disciplinario, siendo los criterios para la debida conceptualización de un hecho como atentatorio a la disciplina, como delito o como falta, la ponderación de la gravedad del mismo, de la entidad del mandato, de las consecuencias de su incumplimiento y de la trascendencia del acto de insubordinación de que se trate, criterios éstos que son los que se han de valorar a los efectos de la corrección e incardinación de las conductas que se analicen (por todas STS S5ª 12.06.06), y más recientemente decíamos en nuestra sentencia de 29 de junio de 2015, que: «Ciertamente, como advierte nuestra jurisprudencia, la conducta desobediente está plagada de relativismo y circunstancialidad que puede dar lugar a su calificación como delictiva (actual art. 44 NCPM) o bien como infracción disciplinaria de diversa entidad (sentencias recientes de 22 de julio de 2011; 15 de marzo de 2013; 12 de diciembre de 2014; y 25 de enero de 2015 y las que en ellas se citan)».

Y así, el delito de desobediencia lo integran tres elementos, a saber: la existencia de orden concreta, imperativa y personal, la legitimidad o licitud de la orden, y su incumplimiento. En palabras de nuestra sentencia de 10.10.2005 (por todas): «a) Se trata de orden legítima transmitida de forma adecuada y personal (Sentencias 06.04.1992; 20.06.2003 y 27.09.2005); b) Que es taxativa en su contenido, es decir, sin margen de discrecionalidad apreciable por el destinatario de la misma (sentencias 06.04.2004 y 27.09.2005); c) Transmitida por medio idóneo al efecto, cual sucede con la comunicación telefónica (Sentencias 28.09.2001; 22.01.2003 y 09.07.2004); d) Aunque lo sea a través de subordinado (Sentencia 28.09.2001); e) Relativa a acto de servicio que corresponde al sujeto activo del delito, según viene entendiendo esta Sala en los casos de obligada comparecencia a fin someterse a reconocimientos o exámenes médicos (Sentencias 31.03.1995; 07.06.1999; 20.09.2002; 12.03.2004 y 14.06.2004); y f) De grave entidad en consideración a la naturaleza del mandato incumplido, consecuencias del incumplimiento, circunstancias del caso, reiteración de la negativa, o intencionalidad del sujeto activo y el quebrantamiento de la disciplina que es el bien jurídico protegido (Sentencias 20.06.2003; 02.02.2004; 12.03.2004; 09.07.2004 y 07.02.2005)». Además, para reputar como legítima una orden ha de ser dada por un superior, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden en relación con el servicio y las funciones que, dentro del mismo, tiene legalmente encomendadas el inferior.

Por su parte, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, tipifica como falta muy grave siempre que no constituya delito: "la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior", pero añade " **salvo que éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico**", estableciendo una precisa diferencia con el art. 44 del NCPM, que restringe el supuesto a **órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la constitución, o una infracción manifiesta clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados**. Y, por su parte, la ley orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen



disciplinario de las fuerzas armadas, sanciona como falta grave, en su artículo 7. 9 , el " **dar órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico o que se refieran a cuestiones ajenas al servicio**" .

Asiste igualmente la razón al demandante cuando afirma que el artículo 55, párrafo segundo, de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas , es un precepto que se limita a decir, en lo que ahora interesa, que "La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida", lo cual es bien distinto a afirmar que solo tendrá responsabilidad quien ejerce el mando y que quedará exonerado de ella quien no lo ejerza, porque, como hemos visto, los límites a la obediencia jerárquica están claramente delimitados por las leyes.

Como hemos dicho en otras ocasiones, ocurre que para apreciar con el conveniente acierto la debida índole de todo hecho justiciable, no basta fijarse en su apariencia y resultado sino que se precisa atender a las causas que lo determinaron, circunstancias que en su ejecución concurrían, accidentes de modo, lugar y tiempo en que fue cometido y sobre todo al propósito o intención que impulsó a cometerlo, porque solo aquilatando estos elementos de juicio puede formarse el sí han sido bien o mal aplicadas las disposiciones atinentes al caso.

En el presente supuesto, los hechos probados resultan ser meridianamente claros porque en ellos no se recogen que se hubiera dado orden por un superior ni que se hubiera dispuesto algún cambio en el servicio, por el contrario ponen de relieve un acuerdo entre las dos parejas, y lo corrobora el hecho, según la propia sentencia, de que los cuatro guardias civiles integrantes de las dos patrullas, se encontraban cada una de ellas en el interior de su vehículo oficial sin haber montado ninguna **señalización y sin estar realizando el servicio que debían iniciarlo a las 6 horas, hasta que advirtieron la presencia del suboficial** que llegó a las 6,45, en cuyo momento comenzaron a dar el alto a los automóviles que circulaban, así como a realizar el test de alcoholemia, en definitiva, a realizar el servicio que tenían encomendado por su papeleta. Estos hechos probados además de establecer clara y rotundamente que no se estaba realizando el servicio encomendado, no señalan causa alguna que justificara tal dejación, sin embargo, ponen de relieve que el guardia civil Romulo (como los tres restantes), conocía perfectamente los cometidos que había de realizar y, era sabedor (al igual que el resto) de la evidente ilicitud de su conducta, que realizó con absoluto acuerdo con el jefe de pareja y plena consciencia de lo que su comportamiento significaba, (salieron de los vehículos y comenzaron a prestarlo).

Resulta preciso, debiendo afirmar aquí la obligación del conocimiento de las normas sobre nombramiento del servicio, punto 42, Centro de Operaciones de Tráfico (COTA), así como de las normas que regulan los dispositivos operativos a adoptar en los controles preventivos de alcoholemia, que tienen como integrantes de la agrupación de tráfico del benemérito instituto, como la disciplina exige, entendida ésta, que no consiste tanto en la corrección o castigo, como en la severa observancia de las normas y reglas de conducta que rigen la institución.

En efecto, el apartado 42.1, rubricado como **Misión** , previene que el COTA: como órgano auxiliar del mando tiene las siguientes misiones:

- Mantener el enlace permanente con las Fuerzas en servicio y recibir las novedades o incidencia del mismo.
- Mantener informado al mando de la Unidad.
- Transmitir a las Fuerzas en servicio las órdenes e información relativas al mismo.
- Coordinar y mantener la iniciativa ante cualquier incidente del servicio hasta que un mando responsable se haga cargo de su dirección.
- Comunicar a las Autoridades y Escalones Superiores las novedades previamente determinadas.
- Informar al público de las novedades de la circulación autorizadas por el mando.
- Mantener el enlace permanente con el COS de la Comandancia.
- Recibir cualquier novedad o comunicación del exterior, dándole el trámite interno que tenga ordenado.

Y el punto 42.4 **Organización y ejecución del servicio** refiere que «el servicio es permanente durante las 24 horas.

- **Toda Fuerza en se** rvicio se pondrá en contacto con el COTA en el momento de iniciar y terminar el mismo, participándole indicativo, horario, carretera, etc., datos que pueden darse en clave. Este contacto se establecerá aunque el COTA tenga con anticipación relación de servicios a prestar.

Desde el inicio del servicio hasta su terminación, la Fuerza depende del COTA, que podrá incluso variar el servicio inicial nombrado en papeleta, en casos urgentes.



Si por orden superior una Fuerza varía su servicio inicial **se** lo debe participar al COTA. Por propia iniciativa no se puede modificar el servicio sin previa autorización del COTA, salvo casos urgentes o que estén en "zona de sombra".

Si existen "zonas de sombra" previamente conocidas, se tendrá contacto con el COTA antes de entrar y después de salir de ellas».

Así pues, en el caso que nos ocupa, no cabe hablar de obediencia jerárquica (tampoco de cumplimiento de un deber) como causa de exención de responsabilidad disciplinaria, ni los hechos probados recogen causa alguna modificación del servicio por razones de urgencia o en "zona de sombra", por el contrario, tal como ocurre en el presente supuesto, quien sabe que actúa voluntaria e ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna exención de responsabilidad, sin perjuicio, claro está, y no es el caso, de cuanto disponen las leyes penales y disciplinarias militares sobre el error, proporcionalidad e individualización de las sanciones.

En conclusión, discrepando del parecer mayoritario de la Sala entiendo que en la resolución del presente recurso de casación, no se ha resuelto con el obligado respeto a los hechos probados, ni se ha juzgado dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentaron el recurso y la oposición.

Y por cuanto antecede, debió estimarse el motivo deducido por la Ilustre representación del Estado y, consecuentemente, declarar haber lugar al recurso de casación planteado. Sin costas.

Fco. JAVIER DE MENDOZA FERNÁNDEZ Francisco Menchen Herreros