

MINISTERIO DE JUSTICIA

87

S E N T E N C I A NUM. 45/08

**TRIBUNAL MILITAR
TERRITORIAL SEGUNDO**

Composición de la Sala:
 AUDITOR PRESIDENTE
 Ilmo. Sr. Teniente Coronel Auditor
 D. MARCELO ROLDÁN NAVARRA
 VOCALES TOGADOS:
 Ilmo. Comandante Auditor
 D. JUAN LUIS MARTINEZ CALDEVILLA
 Ilmo. Comandante Auditor
 D. MANUEL ANTONIO MARTÍN VICENTE

El Secretario Relator del Tribunal Militar Territorial Segundo: CERTIFICA: Que la presente fotocopia concuerda literalmente con su original.
17 NOV 2008
 Sevilla a de de 20.....



En la ciudad de Sevilla, a treinta de octubre de dos mil ocho.

EN NOMBRE DEL REY, constituida la Sala del Tribunal Militar Territorial Segundo compuesta por los arriba reseñados, con la potestad jurisdiccional que dimana de la Constitución y le confiere la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdiccional Militar, visto el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario número 22/07, promovido por el Caballero Legionario Don MANUEL G. R. Z, asistido en este pleito por el letrado Don Antonio Suárez-Valdés González, siendo partes además del recurrente, el Fiscal Jurídico Militar, por imperativo legal del artículo 518.a de la Ley Procesal Militar, y el Abogado del Estado en representación de la Administración demandada de conformidad con el artículo 447.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio, actuando como Vocal Ponente el Teniente Coronel Auditor D. Marcelo Roldán Navarra, quien previa deliberación y votación, sin que se dé vista, de conformidad con el art.518 de la Ley Procesal Militar, sustituida que ha sido por el trámite de conclusiones sucintas conforme determina el art. 489 de la citada Ley rituaría, expresa así la decisión del Tribunal, amparado en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- El Caballero Legionario Don MANUEL G. R. Z impugna en esta vía jurisdiccional la resolución dictada por el General Jefe de la Brigada de Infantería Ligera "Rey Alfonso XIII" de fecha 9 de julio de 2007 que resolvía el



MINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

88

recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Teniente Coronel Jefe del Grupo de Artillería de Campaña II de La Legión, confirmando el mismo y agotando de esta manera la vía administrativa, y por el que se le imponía treinta días de arresto a cumplir en su Unidad, sin perjuicio del servicio, como autor de una falta disciplinaria de "Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior", prevista y sancionada en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/98, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La resolución que se impugna fue notificada al interesado el día 10 de julio de 2007 con expresión del recurso, plazo y órgano para su interposición.

SEGUNDO.- El interesado formula escrito de interposición de recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario en tiempo y forma ante este Tribunal, y concretamente el día 13 de julio de dos mil siete.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso y reclamado el expediente administrativo, el recurrente formaliza la demanda en la que, en esencia, achaca a la resolución impugnada, vulneración de distintos derechos fundamentales, tales como la presunción de inocencia, principio de legalidad consagrados en los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución, así como el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

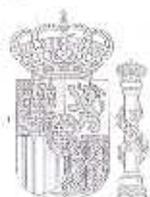
CUARTO: En el trámite de contestación a la demanda, el Ministerio Público solicitan la estimación de la demanda por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad, mientras que el Abogado del Estado solicita una Sentencia desestimatoria del recurso.

QUINTO: No se ha procedido al recibimiento a prueba del pleito.

SEXTO: En el trámite de conclusiones las partes reiteraron sus pretensiones anteriormente deducidas.

SEPTIMO: Señalado el día veintisiete de octubre del corriente año para votación y fallo conforme a los artículos 489 y 518 c) de la Ley Procesal Militar, se celebró dicho acto con el resultado que acto seguido se expresa:

I. Se declaran **expresamente probados** los siguientes hechos: En el escrito por el que se acuerda con fecha 26 de junio de 2007 la sanción al demandante por el Teniente Coronel Jefe del Grupo de Artillería de Campaña II (en adelante GACA II) de la Brigada



MINISTERIO DE JUSTICIA

de Infantería Ligera "Rey Alfonso XIII" (en adelante BRIL), se recoge expresamente lo siguiente:

- "El pasado día 22 de junio se le autorizó a pasar la continuación de baja médica en la Residencia Logística de Tropa L-148 HAB.1 (su domicilio habitual) y al finalizar ese mismo día a las 24:00 horas la sanción de arresto por falta leve que venía cumpliendo, abandonó la Base hasta hacer su presentación en la Unidad el día 25 de junio sobre las 23'00 horas."

- "En el trámite de audiencia realizado en presencia del Cte. Jefe Actal. De S-2, Teniente Jefe de su Sec. y del Stte. Aux. S-2, manifestó que: NO ESTAR DE ACUERDO CON LA SANCIÓN. SE ME ACUSA DE NO HABER PASADO LA BAJA MÉDICA EN LA RESIDENCIA. SE ME ACUSA DE HABERME IDO EL VIERNES A LAS 11 DE LA NOCHE A GRANADA."

Por su parte en el acuerdo del General Jefe de la BRIL de 9 de julio de 2007 por el que se resolvía el recurso de alzada interpuesto por el demandante contra la sanción anterior, se recogen, entre otras, los siguientes extremos:

- "Visto el recurso interpuesto por el C.L. D. MANUEL G. Z, contra la sanción de treinta(30) días de arresto que le fue impuesta el día 26 de Junio de 2007, como autor de la falta leve prevista en el nº 2 del artículo 7 de la Ley Disciplinaria Militar por incumplir una orden dada sobre el lugar donde debería cumplir la baja médica, ausentándose de su domicilio oficial sin autorización."

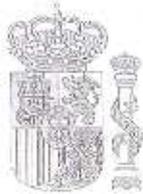
- "Durante el trámite de audiencia, el CL () tuvo la oportunidad de alegar cuanto precisó, no aportando pruebas que respaldasen sus afirmaciones, declarando en el mismo acto y ante testigos que durante el fin de semana se alojó en un piso que posee su madre en la ciudad de Almería."

- "Por ello, al ser el domicilio habitual del C.L. () la Residencia Logística de Tropa L-148, habitación 1, ubicado en la Base Álvarez de Sotomayor (Viator, Almería), no tratarse de una patología que exigiese su internamiento en un centro hospitalario y no contar con la autorización de su Jefe de Unidad para cumplir la convalecencia en lugar distinto, debía de cumplir su baja médica en dicho domicilio".

- "El C.L. () incumplió lo ordenado, al abandonar su residencia habitual y ausentarse de la Base durante su baja médica, como queda acreditado por el propio sancionado al manifestar durante su trámite de audiencia que había pernoctado durante el fin de semana en una casa que posee su madre en Almería."

II. La convicción de que los hechos han acaecido en la forma descrita resulta del expediente sancionador obrante en autos.

Asimismo consta en el expediente que se efectuó el trámite de audiencia, en donde el sancionado expuso sus correspondientes



MINISTERIO DE JUSTICIA

90
alegaciones -cuestión que se abordará en la fundamentación jurídica-, ejerciendo el derecho a los sucesivos recursos hasta que el acto sancionador causó estado en vía administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Que, de conformidad con el artículo 448 de la Ley Procesal Militar, a cuyo tenor "La Jurisdicción Militar en materia contencioso disciplinaria-militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las Autoridades y Mandos Militares sancionadores dictados en aplicación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas"; y el artículo 17 de la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que textualmente dispone: "Corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar." Dicha Jurisdicción, es la única competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan contra los actos recurribles en que se impongan sanciones disciplinarias, y de conformidad con el artículo 451 de la Ley Procesal Militar, y el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 4/1987, corresponde a este Tribunal conocer de la presente pretensión, por encontrarse dentro de su territorio ubicado el Mando que impuso la sanción, e igualmente tiene su destino el demandante, no siendo el asunto competencia ni de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni del Tribunal Militar Central.

SEGUNDO.- El demandante tiene capacidad procesal para comparecer ante esta jurisdicción, encontrándose legitimado para interponer la presente demanda, pudiendo comparecer por sí mismo, asistido o no, de Letrado, de conformidad con los artículos 458, 459 y 463, todos ellos de la Ley Procesal Militar.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 453.3 de la Ley Procesal Militar, en relación con el artículo 518 del mismo Cuerpo Legal, el acto recurrido es susceptible de recurso contencioso- disciplinario preferente y sumario al tratarse de sanción disciplinaria que afecta al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

91

CUARTO.- Nos referimos en primer lugar a la alegada vulneración de la PRESUNCIÓN DE INOCENCIA que como derecho fundamental consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española que no consiste en otra cosa, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (ver S.T.C. 45/97, de 11 de marzo, que cita otras muchas) que en la verdad interina o provisional de que el imputado de una infracción, en este caso falta disciplinaria leve, no ha tenido participación en ella, en tanto no se acredite el hecho constitutivo de la misma y la propia circunstancia de su participación en él.

Así formulada, su ámbito comprende tanto el Derecho Penal como el Administrativo sancionador o disciplinario, pues entre ellos existe identidad de principios (SSTC 18/81 como primer pronunciamiento, reiterado en innumerables resoluciones de las que la ya citada STC 45/97) toda vez que "ambos no son sino manifestaciones de la potestad punitiva del Estado", como reza la S.T.C. 195/95, lo que adquiere especial relevancia en el ámbito del Derecho Disciplinario Militar por la naturaleza de las sanciones, restrictivas o privativas de libertad, que dentro de él pueden ser impuestas.

A lo ya dicho debe añadirse, dentro de la configuración general del derecho fundamental que se pretende vulnerado, que la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción disciplinaria compete a la Administración Pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una "probatio diabólica" de los hechos negativos, conforme a la ya citada STC 45/97, de 11 de marzo.

Tales exigencias del derecho a la presunción de inocencia tiene adecuado reflejo en la Ley Orgánica 8/98 de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas donde se impone que "todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente..."(artículo 26), exigiéndose como elemento básico del procedimiento sancionador la verificación de "la exactitud de los hechos" (artículo 49), expresión legal que tiende a imponer a la autoridad disciplinaria la probanza del hecho ilícito con carácter previo al ejercicio de la potestad sancionadora.

En el presente caso el acto inicialmente recurrido en vía administrativa, es decir, el dictado por el Teniente Coronel Jefe del GACA II de la Legión, mantiene como base fáctica de la sanción que el demandante "abandonó la base hasta hacer su presentación en la Unidad el día 25 de junio sobre las 23'00 horas" sin que, por otra parte, se exprese a través de que indicio o prueba se llega a dicha afirmación, o dicho de otra manera, no se motiva, aunque sea minimamente, la conclusión a la que llega ya sea por testigos, por parte militar, por percepción directa o cualquier otro procedimiento legalmente establecido.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

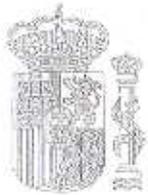
92

Queda así dicha resolución huérfana de prueba incriminatoria válida que pueda enervar la presunción de inocencia, y por tanto de constituir una prueba de cargo válida para sancionar. Tal acuerdo pues al vulnerar el artículo 24.2 de la Constitución se incardina en el apartado a) del número 1 del artículo 61 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en el sentido de incurrir en nulidad absoluta.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos han de ser interpretados en su integridad y no de una manera parcial o incompleta, como indica la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002, es imprescindible una breve referencia al acto dictado por el General Jefe de la BRIL de 9 de julio de 2007, en el que se añaden nuevos datos para sustentar la sanción y que no son otros sino la afirmación de que el propio sancionado había manifestado que se había ido a Almería, adjuntando testimonio de un Auto de Habeas Corpus de fecha 5 de julio de ese mismo año en el que se hace referencia en su parte fáctica sobre la declaración del demandante de haberse trasladado a dicha localidad. Pues bien, estas pruebas han de considerarse ineficaces por cuanto que solo sustentan hechos añadidos y por tanto nuevos en relación los que no fue inicialmente sancionado, que, recordemos, solo fueron por abandonar la Base sin más, estando obligado a pasar la convalecencia de la baja concedida en la Residencia de Tropa a la sazón su domicilio habitual, cuestión trascendental sobre la que mas adelante volveremos a incidir.

Queda por tanto vulnerado el derecho fundamental alegado por el demandante.

QUINTO.- Cuestión estrechamente ligada a la anterior es examinar si el demandante ha sufrido INDEFENSIÓN o UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS contemplados en el artículo 24. 2 de la Constitución a lo largo del iter sancionador. Tal derecho fundamental es aplicable igualmente, por las razones ya expuestas en relación con la presunción de inocencia, que se dan ahora por reiteradas, al procedimiento sancionador. En éste el derecho a la defensa se manifiesta con especial intensidad en el trámite de alegaciones que viene determinado por aplicación, también en el ámbito disciplinario, de la tutela judicial efectiva, y de la necesidad de ser previamente oído antes de ser sancionado, y que constituye en todo caso una facultad reconocida al presunto infractor, sin que sea exigible que la utilice de forma necesaria ni que, en su caso, confiese la infracción o declare en su propio perjuicio. El trámite de audiencia está concebido para que la persona sometida a procedimiento pueda si lo considera oportuno formular alegaciones pudiendo llevar a cabo las mismas o no a su voluntad.



MINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

93

Pero el legislador al confrontar, de un lado, los valores primordiales en el ámbito militar de subordinación, jerarquía y disciplina y sus consecuencias procedimentales en la vía disciplinaria de prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar, y, de otro, esas indiscutibles exigencias de la defensa por parte de quien puede ser sancionado, ha arbitrado distintos procedimientos cuando se trata de faltas graves o muy graves, y ya en el supuesto de faltas leves en atención a la menor gravedad de la respuesta punitiva en estas últimas.

Y así, las especiales características del procedimiento sancionador que ha de seguir el mando militar, derivadas de la naturaleza de las infracciones y la finalidad perseguida, en íntima relación con la preservación de unos valores esenciales (en tanto que imprescindibles para que en el ámbito militar puedan llevarse a cabo las misiones constitucionalmente asignadas), determina en relación con los que se siguen por faltas leves, que, dentro del derecho constitucional de defensa, el derecho a conocer los términos de la imputación se circunscriba al conocimiento de los hechos presuntamente constitutivos de la infracción, para alegar sobre ellos lo que se estime conveniente, con cuyas alegaciones se podrán presentar los documentos y justificantes que se estimen pertinentes. Así resulta del artículo 49 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

De una visión meramente superficial sobre el caso que nos ocupa, podríamos llegar a la conclusión de que el derecho invocado no resulta vulnerado, toda vez que en la adopción del acuerdo sancionador se habría observado el procedimiento oral que al efecto prescribe el citado artículo 49 y siguientes - así como los trámites recogidos en el artículo 80 de la citada Ley- que ofrece al presunto infractor la posibilidad de plena defensa frente al reproche disciplinario, pues resulta del expediente que el ahora sancionado efectuó en su descargo las manifestaciones que consideró oportunas. Por ello, al haberse aparentemente seguido el "iter" sancionador conforme a sus normas reguladoras, habrían resultado respetadas las garantías legalmente establecida, que no son sino las indispensables para evitar la indefensión en un procedimiento tan necesariamente sumario como el diseñado para la imposición de sanciones por falta leve -SSTS, Sala 5ª, de 25-3 y 20-06 de 1995; y 2-02-1996- y que por la propia Sala, en Sentencias de 28-02, 17-04, y 28-06 de 1996, se concretan en el conocimiento previo del hecho imputado y no de su posible calificación jurídica.

Sin embargo dicha conclusión no puede ser mas equívoca, puesto que si bien el sancionado efectivamente realizó las alegaciones que estimó oportunas, y que figuran trascritas en



MINISTERIO
DE JUSTICIA

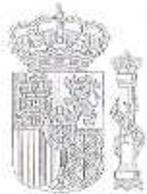
94

el texto de la sanción impuesta por el Teniente Coronel Jefe del GACA II, parece deducirse que, o bien alegó mas de lo transcrito, o bien se tomaron en consideración en la resolución del recurso de alzada por el General Jefe de la BRIL otras alegaciones no vertidas en el ámbito de este proceso. Así se deduce fácilmente del cotejo de la literalidad de ambos acuerdos, que aparecen reflejados en la parte fáctica de esta sentencia.

Por otra parte no se puede olvidar que la simple invocación de la indefensión no es suficiente para obtener una consecuencia tan radical como es la declaración de nulidad del expediente sancionador y de la sanción impuesta. Será, pues, necesario en todo caso, para saber si se ha producido indefensión, acreditar el influjo que la omisión del trámite de audiencia haya podido tener en el acto resolutorio de la sanción disciplinaria, es decir, si hubiere o no variado por la observancia de aquel trámite. Es imprescindible, pues, citar la Sentencia 216/97 de 4 de diciembre, del Tribunal Constitucional, ante la alegación de indefensión en relación a resoluciones dictadas "inaudita parte" ha venido exigiendo como presupuesto para otorgar el amparo que la defectuosa práctica de un trámite o su pura omisión, como cualquier otra trasgresión formal de una norma procesal, debe ser determinante o causante de un perjuicio real, actual y efectivo para el interesado. Así ocurre en el presente caso en el no puede sino generarse una fundada incertidumbre en el juzgador de que, en la primera resolución, se tomasen en cuenta el total de lo alegado en su defensa por el sancionado, habida cuenta de lo ya expresado anteriormente en relación a lo confuso de la consignación de sus descargos, y por tanto evidencia un efectivo menoscabo de su posición como sujeto pasivo de una sanción administrativa y un debilitamiento real de su derecho a no sufrir indefensión. Se conculcaría así el derecho fundamental al que estamos haciendo referencia.

Otra cuestión mucho mas grave suscita, sin embargo, en el expediente sancionador que no es otra que el cambio de los presupuestos fácticos realizados en la resolución dictada por el General Jefe de la BRIL respecto a la primera.

En efecto, en la resolución inicial se señala que al demandante se le había autorizado a pasar la continuación de baja médica en la Residencia Logística de Tropa L-148 HAB.1 (su domicilio habitual) y al finalizar ese mismo día, a las 24:00 horas la sanción de arresto por falta leve que venía cumpliendo, abandonó la Base hasta hacer su presentación en la Unidad el día 25 de junio sobre las 23:00 horas. Sin embargo en la segunda se añade un hecho absolutamente determinante para la tipicidad de los hechos -aspecto trascendental al que también nos referiremos- que no es otro que "había pernoctado durante el fin de semana en



MINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

95

una casa que posee su madre en Almería." En definitiva, se ha formulado, tanto en la primera como en la segunda resolución, una misma calificación jurídica, en concreto, la del apartado 2 del artículo 7 de la mentada Ley disciplinaria, pero con un presupuesto fáctico distinto en uno y otro caso, del que no se informó al presunto infractor, creándose así una presunta indefensión porque se vulneró, en su perjuicio, la exigencia mas elemental del principio acusatorio, tan elemental que ni siquiera en un procedimiento sancionador tan simple como el previsto en el artículo 49 y 50 puede dejar de ser observada: la de que el acusado sepa cuáles son los hechos de que se le acusa o que le imputan, conforme sostiene la sentencia de 15 de marzo de 1995, de la Sala 5ª del Tribunal Supremo.

También, pues, queda vulnerado el derecho a la no indefensión al que nos referimos.

SEXTO.- Igualmente entrelazada con todo lo expuesto en los dos números anteriores, es la cuestión de la atipicidad de la conducta llevada a cabo por el actor y que expresamente alega en su escrito de demanda. Al hallarnos en un proceso de objeto limitado a la tutela de derechos fundamentales no cabe aquí admitir alegación alguna que exceda del llamado principio de TIPICIDAD ABSOLUTA, consistente en la comprobación de si el hecho sancionado está o no tipificado en la Ley y no en discutir su concreta calificación jurídica, de modo que solo existirá vulneración del artículo 25.1 del texto constitucional cuando se haya sancionado a una persona por un hecho que no constituya falta alguna, que no sea típico.

Tal es en resumen la doctrina sentada al respecto por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en numerosas resoluciones que desde la STS 14 de enero de 1991 mantiene invariablemente igual postura, reiterada luego, por ejemplo, en SSTS 18 y 29 de mayo de 1991, 4 de noviembre de 1992, 2 de junio de 1993, 23 de marzo y 21 de diciembre de 1994, y mas recientemente en SSTS 30 de mayo, 9 de octubre, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1996, entre otras. Por citar sólo algún pronunciamiento concreto, baste recordar que la vulneración del principio de legalidad no se vulnera cuando los hechos resulten "subsumibles en un precepto sancionador en vigor" y en definitiva merezcan ser calificados bajo cualquiera de las previsiones" de la Ley disciplinaria aplicable, "aun cuando la tipificación aplicada no fuera la mas adecuada", pues siendo posible la subsunción dicha, y en consecuencia, pudiendo la conducta ser sancionada, no existirá más que una cuestión de legalidad ordinaria ajena al ámbito del proceso especial en que nos hallamos (STS 19-12-1996).

Pero para abordar la cuestión que nos ocupa conviene hacer dos precisiones previas: La primera, que el deber de residencia



MINISTERIO
DE JUSTICIA

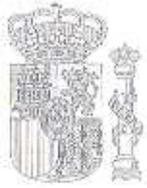
96

es una obligación que venía impuesta en el artículo 175 de la Ley de Reales Ordenanzas y no quedaba excluido por el hecho de encontrarse el obligado en situación de baja por enfermedad. Esta, por sí misma, no permitía a los miembros de las Fuerzas Armadas residir en lugar distinto de su destino, sin que se alterase el deber de residencia del militar profesional en la localidad sede de la Unidad, que tiene como finalidad hacer posible su pronta localización y presencia para conocer su situación y poder efectuar el seguimiento de su enfermedad, toda vez que es obligado el control por el Mando de la situación de baja o aptitud para el servicio en cada momento, especialmente la situación médica en la que se encuentra el militar afectado.

La segunda precisión es que la Instrucción 169/2001, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, que dicta normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional y es norma de obligado cumplimiento para dicho personal, establece que "el interesado permanecerá, preferentemente, en el domicilio donde tenga consignada su residencia habitual o en la enfermería o lugar habilitado al efecto en su Unidad, Centro u Organismo, salvo que la patología obligue a su internamiento hospitalario"; que "a solicitud del interesado y con la autorización expresa del Jefe de la Unidad Centro u Organismo se podrá realizar la convalecencia en lugar distinto de los anteriores"; y finalmente que "cuando la baja temporal se produzca en una plaza diferente a la de su residencia habitual deberá trasladarse a ésta, siempre y cuando el informe médico no lo desaconseje o imposibilite".

Sin embargo en el número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar, expresamente se deroga el artículo 175 de las Reales Ordenanzas, en la que no se regula ninguna obligación de residencia semejante a la que se deroga. Desaparece así el único marco legal del deber de residencia de los miembros de las Fuerzas Armadas, a diferencia de lo que sucede en el caso de la Guardia Civil, para cuyos miembros el artículo 21 de la Ley orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros del Cuerpo, establece que siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de las obligaciones profesionales, podrá autorizarse, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, la fijación del domicilio en un municipio distinto del de destino.

Este vacío normativo no puede colmarse ni siquiera con un hipotético recurso, de más que dudosa corrección, a la legislación estatal general sobre funcionarios, pues el artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que establecía (salvo autorización expresa en contrario, el deber de residencia



MINISTERIO
DE JUSTICIA

97

del funcionario público en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios, ha sido también derogado por el Estatuto Básico de Empleado Público que se contiene en la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Y aquí ha de entrar en juego la consideración de que la elección del lugar de la propia residencia es un derecho fundamental reconocido por el artículo 19 de la Constitución Española, por lo que su regulación y eventual limitación entran de lleno en el ámbito de la reserva de Ley orgánica establecida en los artículos 53 y 82 de la Norma Fundamental, lo que nos lleva a concluir, la evidente insuficiencia de rango normativo de la Instrucción citada, sin el sustento de lex previa. Todo ello dejando a salvo, desde luego, las obligaciones respecto a la situación de baja médica que todo militar tiene y derivadas de dicha Instrucción, en orden a la presentación de los justificantes que correspondan o comparecer a las revisiones facultativas que se estimen necesarias. Sin embargo, como es notorio, en el momento de los hechos todavía no había entrado en vigor la mentada ley de la Carrera Militar, con lo que las prevenciones sobre la Instrucción 169/2001 tenían plena efectividad al estar todavía respaldadas por el artículo 175 de las Reales Ordenanzas, y por tanto se estima lícitamente generada la obligación del sancionado de fijar la residencia donde se le había autorizado.

Pero hay una circunstancia que determina de manera esencial la configuración última de los hechos que son objeto de estudio, y que es que la orden recibida por el demandante de permanecer en la Residencia Logística, en ningún caso podemos considerarla como una imposibilidad absoluta de salir de la Base, único hecho que podemos tener como probado a la vista de lo dicho anteriormente, si no queremos calificar tal permanencia como una verdadera restricción de libertad similar a la de una sanción disciplinaria y directamente vulneratoria del artículo 17 de la Constitución. Por ello, la ausencia durante un período muy breve, apenas tres días, del lugar donde tiene su residencia un militar que se encuentra de baja, sin que conste que hubiese vulnerado ninguna obligación respecto a la situación administrativa en la que se encuentra -presentación de justificantes, presencia ante facultativos, etc- debe considerarse atípica y por tanto no susceptible de sanción. Queda así vulnerado el derecho de legalidad denunciado.

SEPTIMO.- En relación a la FALTA DE PROPORCIONALIDAD de la sanción, haciéndose referencia al artículo 6 de la tan citada Ley Orgánica 8/98, no se puede menos de recordar que se trata de un asunto de legalidad ordinaria y, por tanto, fuera de esta especial vía jurisdiccional, según doctrina de la Sala 5ª del



MINISTERIO
DE JUSTICIA

98

Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1991, que acoge la anterior del Tribunal Constitucional (STC 65/1986, de 22 de mayo), según la cual "las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear... cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad... en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la ley con carácter general con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es competencia del legislador. A los Tribunales de Justicia solo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes, y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad."

Por todo ello, vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos la demanda causa de este recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario número 22/07 interpuesta por el Caballero Legionario Don MANUEL G , en esta vía jurisdiccional contra la resolución dictada por el General Jefe de la Brigada de Infantería Ligera "Rey Alfonso XIII" de fecha 9 de julio de 2007 que resolvía el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Teniente Coronel Jefe del Grupo de Artillería de Campaña II de La Legión, confirmando el mismo y agotando de esta manera la vía administrativa, y por el que se le imponía treinta días de arresto a cumplir en su Unidad, sin perjuicio del servicio, como autor de una falta disciplinaria de "Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior", prevista y sancionada en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/98, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, resolución que se hará desaparecer de la sección correspondiente de la documentación personal del recurrente.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en el plazo de DIEZ DIAS que se sustanciará conforme a los trámites de los artículos 89 y siguientes de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

Una vez firme esta resolución, devuélvase el expediente administrativo a la Autoridad competente.

Así por esta nuestra Sentencia, extendida en papel de la Administración de Justicia, la pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.



Así por esta nuestra Sentencia, extendida en papel de la Administración de Justicia, la pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.

[Handwritten signature and scribbles]