

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
(SALA DE LO MILITAR)  
NUMERO 24, DE 6 DE OCTUBRE DE 1992**

Luis Oraá Rodríguez  
*General Auditor*

*SUMARIO*

I. JUSTIFICACION DEL TEMA.—II. LOS HECHOS—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO: 1. INTRODUCCION. 2. VARIACION DE LA CAUSA DE LA SANCION. INTERPRETACION ERRONEA DEL ARTICULO 372.2 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 3. DEBIO FUNDAMENTARSE EL FALLO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA EN LA VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD.—IV. EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO FUERA DE PLAZO POR EL ABOGADO DEL ESTADO. 1. ANTECEDENTES. 2. RECURSO DE SUPLICA DE LA PARTE RECURRIDA. 3. ADMISION DEL RECURSO. 4. EL MOTIVO DE CASACION. 5. OPOSICION DEL FISCAL TOGADO AL RECURSO DE CASACION. V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR.—VI. SOBRE LA PRETENSION INDEMNIZATORIA POR DAÑOS MORALES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA. CONSIDERACIONES. VII. CONCLUSIONES.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El objeto de este trabajo se centra en analizar los criterios jurídicos mantenidos por la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992, que confirmó parcialmente la sentencia de instancia favorable a la guardia civil demandante, a virtud del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero (Barcelona) dictada en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

De no haber sido por el recurso de casación, hubieran podido pasar inadvertidos los errores de la sentencia recurrida, que se aprecian incluso desde la perspectiva de la parte victoriosa en la litis.

En todo caso, no tenía dicha parte la posibilidad legal de impugnar la sentencia por inexistencia de trascendencia causal de los equivocados fundamentos en el fallo, ya que ningún gravamen o perjuicio produjo a la actora. Ni, curiosamente, debiera ser otro el fallo, sino subsistir el mismo

con los distintos fundamentos jurídicos que se propondrán como más acertados en Derecho a juicio del comentarista.

Los referidos errores de motivación en que incurrió la sentencia del TMT *a quo* no sólo se reforzaron con la sentencia de la SM, sino que ésta incidió a su vez en una nueva equivocación liminar más grave que la afectante al fondo, cual es aceptar pacíficamente la personación del representante y defensor del Estado mediante el escrito de interposición del recurso de casación, que fue presentado fuera de plazo.

El caso contemplado y resuelto en la sentencia de mi atención, pese a la escasa entidad de los hechos y al modesto empleo militar de la protagonista, comprende aspectos de verdadero interés y es de problemática jurídica muy rica. No en vano se dictó en casación promovida por la Abogacía del Estado, lo que no es frecuente en supuestos carentes de importancia e, incluso, forzándose el plazo de presentación del escrito de interposición, que ya estaba declarado caducado por la misma Sala.

La mencionada sentencia de la SM, acertada en el fallo principal, resulta imperfecta en su fundamentación por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup> Porque en el aspecto formal tiene por admitido el recurso de casación frente a una sentencia que devino firme *ipso iure*.

2.<sup>a</sup> Porque respecto al fondo del pleito confirma el fallo de la sentencia impugnada, anulatoria de la sanción disciplinaria, con base en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en lugar del derecho fundamental de legalidad.

Y es que se confundió «causa» y «motivo» de la sanción impuesta. La primera no puede ser otra que la notificada a la agente interesada. En síntesis, «salir del domicilio estando de baja por enfermedad para tomar el sol y el baño». El «motivo» fue, presuntamente, «estar de baja injustificadamente».

Se tomó por «causa» lo que era simple «motivo». De haberse ponderado la verdadera causa tenida en cuenta por la Administración sancionadora, se habría declarado judicialmente la infracción del derecho de legalidad proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución, dado que «salir del domicilio...» no se encuentra definido como falta leve en el artículo 8.2 de la LO 12/1985 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aplicado a la sazón.

El acercamiento al tema enunciado responde a dos relevantes consideraciones, diferenciando «causa» y «motivo» para evitar la tergiversación de ambos conceptos:

- «Causa», la sensibilidad jurídica del autor de estas reflexiones, afectado por la admisión por la SM de un recurso de casación planteado extemporáneamente. Suficiente para justificar la dedicación de algunas horas al examen de la sentencia que consintió en aquella admisión.
- «Motivo», ofrecer la colaboración a la *Revista Española de Derecho Militar* por entender que el caso pudiera ser de interés general para sus lectores por lo sorprendentemente novedoso de la sentencia.

Desde luego, acato la decisión del Alto Tribunal, lamentando no poderla compartir por los razonamientos jurídicos que se expondrán.

Aclaro que la crítica se hace con ánimo constructivo, siendo solamente su objeto la sentencia en sí misma considerada en cuanto «acto de vida humana objetivada» (RECASENS SICHES). En tal sentido me parece parcialmente errónea y, por ende, no ajustada a Derecho, dicho sea con el debido respeto, que extendiendo desde el principio a la totalidad de este trabajo.

Estoy convencido con certeza absoluta, y no con simple presunción, en que sí se fundamentó la sentencia cuestionada, que los excelentísimos señores Magistrados de la Sala formaron su convicción con cumplida intención de justicia. Quedando subjetivamente indemnes a la labor crítica, que refiero, insisto, a la polémica sentencia como entidad autónoma, objetiva e impersonalizada, respecto a la cognición de quienes la elaboraron.

Al tiempo —15 octubre 1990— de la sanción enjuiciada se impuso a la misma guardia civil por el propio Mando una segunda sanción de arresto en el domicilio en extensión de ocho días por falta leve de idéntica definición legal. Porque «habiéndose dado orden concreta para la asistencia al acto de la Misa en la Santa Iglesia Catedral de esta capital (Teruel), con motivo de la Patrona del Cuerpo, lo hizo vistiendo de paisano (*sic*), incumpliendo lo ordenado por la Superioridad».

Agotada la vía disciplinaria, acudió la sancionada a la vía jurisdiccional ante el TMT 3.º, en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, que se siguió bajo el número 1/1991 y en el que recayó sentencia confirmatoria del acto sancionador. Recurrída nuevamente, en casación ante la SM, dictó sentencia número 13 de 20 de abril de 1992, en el rollo 2/95/91, acordando la anulación de los actos impugnados por no ser conformes a Derecho en cuanto vulneraron el derecho fundamental a la presunción de inocencia. La sentencia merece comentario aparte.

Por último, decir que por no disponer los lectores de los textos íntegros de las resoluciones administrativas y judiciales me he visto obligado a presentar con detalle, a veces de modo reiterativo, las vicisitudes de la vía administrativa y de la vía jurisdiccional de instancia para mejor comprensión de los problemas que la sentencia de la Sala y mi comentario abordan.

## II. LOS HECHOS

La guardia 2.º MV. O. G. destinada en el Núcleo de Servicios de la 423 Comandancia de la Guardia Civil (Teruel) fue sancionada por el Mando de su Compañía con ocho días de arresto a sufrir en el domicilio, sin perjuicio del servicio, como autora de una falta leve de

«la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior»,

definida en el artículo 8.2 y sancionada en el artículo 10 de la mencionada LO 12/1985, porque

«encontrándose de baja para el servicio por enfermedad se ausentaba todos los días desde que se dio de baja y se trasladaba para tomar el sol y el baño en el complejo de la hípica».

Conviene precisar que la interesada estaba en situación de embarazo de cinco meses, con diagnóstico de «placenta marginal» y, por tanto, patológico. Y que se manifestó por vez primera al sufrir un grave desvanecimiento cuando se encontraba de centinela en la Prisión Provincial de Teruel, cayendo al suelo, siendo atendida por sus compañeros de guardia al hacer el relevo del puesto. Así se da por probado en el VII Fundamento Jurídico de la sentencia del TM *a quo*.

No conforme la sancionada, recurrió en alzada al Teniente Coronel Primer Jefe de la Comandancia, que desestimó el recurso argumentando que «el asunto es un sencillo caso de absentismo», «demostrando la recurrente con sus paseos y baños que su estado no es invalidante para el servicio». Y «que se ha prevaletido abusivamente de su estado inicial de gestación para no prestar ningún servicio durante más de dos meses». En consecuencia, mantuvo la sanción y la calificación legal de los hechos, añadiendo —lo que es muy importante— «en relación a la Orden General núm. 32 de 26 de agosto de 1941» (en lo sucesivo, citada como OG).

Planteado segundo recurso de alzada ante el Coronel Jefe del 42 Tercio (Zaragoza), lo desestimó igualmente, confirmando la resolución combatida y por tanto la resolución sancionadora e insistiendo en la tesis del «absentismo injustificado» esgrimida por el Jefe de la Comandancia, sin que se le imputase formalmente a la agente en el parte productor del correctivo.

Por cierto que la expresión antes entrecomillada es «genuinamente laboral», como dice la sentencia impugnada en casación en su VII FJ. Pareciéndome de uso impropio y hasta peligroso por los Mandos de un Cuerpo de indiscutible naturaleza militar, toda vez que las conductas homólogas al «absentismo» tienen sus definiciones específicas, distintas a las del trabajo por cuenta ajena, en las leyes punitivas y disciplinarias militares, y en cuanto a éstas, actualmente, en la LO 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Interpuesto recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario ante el TMT 3.º por la representación de la actora, se alegó en la demanda, entre otras vulneraciones de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la del derecho a la libertad personal (art. 17.1), en conexión con el derecho de legalidad (art. 25.1) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2).

Las dos primeras infracciones se razonaban en la inexistencia de prohibición médica ni de los Mandos a salir del domicilio. Y en la vigencia de una resolución del Director General de la Guardia Civil de 26 de octubre de 1987, incorporada a los Autos, derogatoria —como se verá— de la prohibición de salida del domicilio a los rebajados del servicio por enfermedad que se contenía en la repetida OG núm. 32. Dicha Orden, titulada «Instrucciones referentes a licencias por enfermo y bajas para el servicio por enfermedad», se publicó en el BOC de la Guardia Civil de fecha 1 de septiembre de 1991.

La tercera de las infracciones denunciadas, del derecho a la presunción de inocencia, se fundamentaba en que la baja por enfermedad oficialmente solicitada, otorgada y mantenida por la Superioridad estaba amparada por los partes médicos reglamentarios de baja, de confirmación y de alta, durante el tiempo y hasta el momento previstos por el ginecólogo encargado de la asistencia.

En trámite de contestación a la demanda se opusieron por escrito el Abogado del Estado y el Fiscal Jurídico Militar, entendiendo la representación de la Administración que el derecho a la libertad personal invocado de contrario aludía al arresto impuesto en el procedimiento adecuado, ambos conforme a la ley. Verdaderamente se refería al *agere libere* de la actora

a salir de su domicilio, afectado negativamente por una sanción restrictiva de libertad, por cuya razón se alegó en la demanda la conculcación del derecho a la libertad personal anudado al de legalidad. Aunque mejor hubiese sido hablar de derecho a la libertad de circulación del artículo 19 de la CE. No obstante, tal defecto mínimo y sutil de *nomen* del derecho infringido no podría nunca impedir la prosperabilidad de la alegación expuesta, pues se obstaculizaría la demanda con un «formalismo enervante», proscrito por el derecho también fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 25.2 de la CE.

Llegado el trámite de conclusiones, las partes procesales reprodujeron sus pretensiones, señalándose a continuación por la Sala día para la votación y fallo del recurso.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO

#### 1. *Introducción*

Para llegar al análisis de la sentencia de la SM conviene comenzar por el examen de la sentencia recurrida en casación y confirmada en la parte relativa a la anulación de la sanción disciplinaria. Con lo que los defectos que en ella se observen han de tenerse por reproducidos en aquella sentencia.

La Sentencia del TM *a quo*» núm. 12/1991, de 30 de septiembre de 1991, recaída en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario núm. 2/1991, declara en el pronunciamiento 1.º del fallo:

«Debemos declarar, y declaramos, que las citadas resoluciones infringen el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE y en consecuencia las anulamos, debiendo desaparecer la anotación del referido correctivo de la documentación de la recurrente».

Inclusive desde el punto de vista de la accionante, vencedora en el pleito, se advierten, paradójicamente, errores en el razonamiento principal de la sentencia. Porque debió declarar el quebrantamiento por la Administración sancionadora del principio y derecho fundamental de legalidad (tipicidad) consagrado en el artículo 25.1 de la CE.

Para ello tendría que haber contemplado como «causa» de la sanción la que fue facilitada en común por las partes al TM. Lo que no hizo, sino

que se limitó a una tímida declaración de que los actos sancionadores infringieron el derecho a la presunción de inocencia.

No es indiferente con mentalidad de jurista ni aun de litigante obtener una sentencia favorable por conculcación de uno u otro derechos constitucionales, pues el de presunción de inocencia es siempre defectivo y subsidiario con relación al de legalidad.

En el segundo caso, la segura convicción judicial sería que el Mando sancionó un comportamiento que, ciertamente, no integraba la infracción disciplinaria. En el primer caso, la convicción, debilitada en cuanto a la inocencia de la sancionada, es que no se pudo probar la comisión de la falta leve imputada.

De ahí que en el VII FJ al final de la sentencia se hable de «meras sospechas» (sobre el supuesto «absentismo» o baja indebida) de la Administración sancionadora «que pudieron —dice dubitativamente— ser susceptibles de confirmación a través de las pertinentes pruebas». Alude a que no se practicó prueba de cargo por dictamen médico acerca de la presunta contraindicación para la embarazada de pasear y bañarse en la piscina. Ejercicios físicos, añadido, relevados de toda prueba en contra de una gestante por ser de notoriedad absoluta que son precisamente saludables y aconsejables a las embarazadas, sin necesidad de peritaje médico.

En resumen, que la «verdad provisional» que implica la presunción de inocencia, de inferior valor a la «verdad definitiva» de la probada inexistencia de infracción sancionable, recuerda el principio general de Derecho *in dubio pro reo*. Que tiene su apoyo en razones de humanidad y clemencia, lo que no es poco; pero no es el caso de la sentencia, que pudo y debió fundamentarse en argumentos de estricta justicia y no de aparente gracia, ahora constitucionalizada por medio de la proclamación del derecho a la presunción de inocencia.

## 2. *Variación de la causa de la sanción. Interpretación errónea del artículo 372.2 de la LEC*

El parte productor del correctivo, *in fine*, firmado por el Teniente Comandante accidental de la Compañía de Plana Mayor, es del siguiente tenor literal: «considerando el hecho merecedor de sanción, con esta fecha —15 de octubre de 1990— le impongo la siguiente: ocho días de arresto a sufrir en su domicilio, sin perjuicio del servicio, como autor de una falta leve incurso en el apartado 2.º del artículo 8.º de la LO 12/1985 del Régi-

men Disciplinario de las FAS, bajo el concepto de «la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior», porque encontrándose de baja para el servicio por enfermedad se ausentaba todos los días desde que se dio de baja y se trasladaba para tomar el sol y el baño en el complejo de la hípica.

Por el contrario, la sentencia de instancia establece en su II y III FJ, reiterado en el VII, que el «motivo», dice a veces, y otras la «verdadera causa» de la sanción, fue «estar de baja injustificadamente».

Ante todo hay que oponer que no pudo legítimamente el TM basar su decisión en una causa sancionadora distinta a la que las partes le sometieron en común a juicio en sus escritos de debate. Y a los que venía sujeto en observancia del principio de aportación de parte comprendido en el principio dispositivo que informa el procedimiento contencioso-disciplinario militar por aplicación supletoria de la LEC, según dispone el artículo 457 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

La sentencia invoca el artículo 372.2 de la LEC, pero lo interpreta equivocadamente. Verdad es que las sentencias han de consignar los «hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse», pero no los que el juzgador designe *ex officio* como si se tratase de los hechos probados en un proceso penal, sino aquellos «en que las partes funden sus pretensiones», según añade el precepto.

Confunde la sentencia, como se adelantó al inicio de esta exposición, «causa» y «motivo» del arresto. La «causa» es el motivo objetivo, principal y determinante; los «motivos» son las razones de tipo subjetivo, accesorio y concomitante con la «causa».

En el supuesto de Autos, la «causa» es indubitadamente, «porque se ausentaba... y se trasladaba»; los «motivos» son los hipotéticos «perjuicios que ocasiona al resto del personal de su Unidad y que por el régimen de vida que hace no parece excesivamente justificada» (la baja). Incidentalmente se contenían aquellos en el parte reglamentario a modo de réplica del Oficial sancionador a los descargos de la agente arrestada, no como reproche justificativo de la sanción.

Tan es la expuesta causa la verdadera, que en la resolución del primer recurso de alzada el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia menciona expresamente la OG núm. 32 de 26 de agosto de 1941 como la norma de régimen interior infringida y determinante de la sanción. Pues bien, en ella se previene: «deberá abstenerse (el enfermo) de salir de su alojamiento o domicilio, a no ser por indicación expresa del médico que le asista, para su mejor curación ni, dentro de él, hacer vida impropia de la enfermedad; el

*no proceder como se preconiza es punible y debe ser severamente sancionado».*

Aquella prohibición de salida se motiva en que «es un deber de todos el procurar del modo más rápido y completo el restablecimiento de nuestras dolencias para la mejor prestación de los servicios a que estemos obligados».

Y continúa la referida OG: «la vida privada de los enfermos dados de baja para el servicio ha de ser vigilada por todos, incluso por los propios compañeros de Puesto, ya que no es el modo más adecuado para recobrar la salud el no prestar la debida atención a la enfermedad o el hacer una vida poco en armonía con ella; el enfermo dado de baja para el servicio ha de dedicar todo su interés a recobrar su salud lo más pronto posible para poder reanudar sus peculiares servicios».

De lo anterior se infiere con evidencia que la norma de régimen interior supuestamente quebrantada, ya que no medió orden concreta del Mando prohibitiva de la salida del domicilio, fue la citada OG de la Dirección General de la Guardia Civil, que justifica o motiva la prohibición en el «perjuicio para el resto del personal». A tales fines previene la vigilancia del curso de la enfermedad por los superiores y los compañeros en términos no exentos de paternalismo y hasta posiblemente contrarios al derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 de la CE.

La repetida OG no se encontraba vigente en el momento de los hechos respecto a la prohibición de salir del domicilio. Por la sencilla y obvia razón de que el Director General del Cuerpo en TP Sección Justicia núm. 2.719, de 26 de octubre de 1987, dirigido al General Jefe de la 1.ª Zona e incorporado a los Autos, resolvió con caracteres de generalidad:

«La situación de baja para el servicio por enfermedad no tiene otro alcance que la dispensa de prestarlo, y *no hay disposición alguna que obligue al enfermo a permanecer en su casa* e, incluso, tampoco hay obstáculo para que pueda salir del lugar de su residencia con las limitaciones del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, en situación similar a la de franco de servicio, y en consecuencia a lo que su estado de salud le permita...»

Aquella decisión del Director General se aplicó en conocida sentencia del propio TMT 3.ª que declaró no ajustada a Derecho por vulneración del derecho fundamental a la libertad de circulación la sanción impuesta en

Jaca (Huesca) el 24 de junio de 1989 al guardia civil XXX por haber salido del acuartelamiento sin causa justificada encontrándose de baja médica.

Reconoce la sentencia que me ocupa, en su IV FJ, párrafo tercero, la existencia de la repetida resolución administrativa, pero omite su aplicación al caso. Quizá para cohonestar la indebida variación que hace de la causa de la sanción, «baja injustificada» en vez de «salida del domicilio», al ser patente que ésta no estaba a la sazón prohibida por norma de régimen interior.

Creo que lo realmente ocurrido, según todos los indicios, es que el Oficial sancionador estimó en vigor la OG núm. 32 e impuso el arresto por salida del domicilio. Y al resolver el primer recurso de alzada, el Jefe de la Comandancia, aun percatándose del manifiesto error de su subordinado, mantuvo la sanción con la argucia de que el correctivo fue por «absentismo», sustituyendo así la efectiva voluntad del Oficial que sancionó. Modificación que ratificó el Coronel Jefe del 42 Tercio al decidir la segunda alzada.

Se produjo en consecuencia una *reformatio in pejus* para la guardia afectada, quien fue notificada de una causa de la sanción distinta a la más tarde imputada. Lo que comporta el quebrantamiento por la Administración del «derecho a ser informado de la acusación» del artículo 24.2 de la CE. Que pudo ser apreciado de oficio en la sentencia.

Tampoco es lícito achacar a la situación de baja el recargo en el servicio para el resto del personal de la Unidad por tratarse de una baja médica justificada y reglamentariamente cursada y concedida. En último extremo, la responsabilidad sería del facultativo interviniente o de los propios Mandos. Basta seguir leyendo la OG de la Dirección General de la Guardia Civil, según la cual, presentado un escrito de baja:

«El Jefe decretará la baja que formule el médico... para que previo el oportuno reconocimiento lo dictamine consignando la enfermedad que padece, *si le impide prestar toda clase de servicios o sólo los exteriores del Cuartel y tiempo aproximado que necesitará para su restablecimiento*».

Si el Mando hubiese cumplido la antedicha prevención, pudo encomendar a la agente embarazada los servicios adecuados a su estado, evitándose los recargos de servicio en el personal. Y además se hubiese aplicado el artículo 74.5, párrafo segundo, de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, a cuyo tenor «durante el período de embarazo se podrá asignar por prescripción facultativa un puesto orgánico distinto al que estuviese desempeñando».

### 3. *Debió fundamentarse el fallo estimatorio de la demanda en la vulneración del Derecho constitucional de legalidad*

La sentencia no entra en el estudio y resolución de la principal alegación jurídica de la demanda: la aplicación indebida por la Administración del artículo 8.2 de la Ley Disciplinaria Militar. Y, por tanto, la vulneración del derecho fundamental de legalidad del artículo 25.1 de la CE.

No hace inmisión en el tema por entender que el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario no permite el estudio de la «legalidad ordinaria jurídico-administrativa», como dice en su I FJ y reitera al final del párrafo quinto del VII FJ, lo que es cierto con matizaciones.

Se ignora la doctrina segura de la sentencia de la SM de 11 de octubre de 1990, que en su segundo fundamento de Derecho, *in fine*, afirma:

«Cuando la cuestión de legalidad va indisolublemente unida a la violación de derechos fundamentales que se denuncian en el procedimiento preferente y sumario, pasa a formar parte de lo que se ha denominado «bloque de constitucionalidad» y, entonces, *debe examinarse si se ha vulnerado o no la legislación ordinaria como medio para dilucidar si se ha respetado o violado el derecho fundamental controvertido*. De ahí que sea no sólo posible, sino también necesario el examen de si... la conducta sancionada no constituye la falta definida en la ley...»

En síntesis, si los hechos sancionados consistieron realmente en una salida del domicilio, el acto sancionador originario y los confirmatorios en vía de alzada quebrantaron el derecho fundamental de legalidad. Ya que comportamiento tal no está tipificado en el artículo 8.2 de la Ley 12/1985, quedando solapado ese derecho preferente por el apreciado de presunción de inocencia, más debilitado o disminuido respecto a aquél.

Pero es que, dicho sea *ad cautelam*, si fuese correcto, hipotéticamente, el criterio de la sentencia del TM de que la causa de la sanción era «estar de baja injustificadamente» (lo que no consideró probado), no estaría tampoco incardinada en el mencionado precepto de la Ley del Régimen Disciplinario de las FAS.

Dicho artículo contempla exclusivamente los supuestos de «inexactitud», es decir, de cumplimiento parcial, tardío o incompleto de órdenes o de normas de régimen interior. Nunca el incumplimiento de un deber de eficacia en el servicio. Por cuya razón la indebida subsunción por la Administración del presunto comportamiento en el repetido precepto supon-

dría la violación del derecho fundamental de legalidad, en todo caso, y no del de presunción de inocencia.

#### IV. EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO FUERA DE PLAZO POR EL ABOGADO DEL ESTADO

##### 1. *Antecedentes*

Por Auto de 10 de enero de 1992, la SM acuerda:

*«Se declara desierto el recurso interpuesto por el recurrente, señor Abogado del Estado, contra la sentencia de 30 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero... Remítase a referido Tribunal testimonio de esta resolución, así como las actuaciones...»*

En su único razonamiento jurídico se argumenta:

*«Habiendo transcurrido el plazo por el que el recurrente... fue emplazado para comparecer ante esta Sala sin que se haya recibido el escrito de interposición del recurso por él preparado..., se está en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 1.704 de la LEC, en relación al 512 de la Ley Procesal Militar, quedando en consecuencia firme la sentencia recurrida y por caducado el derecho y por perdido el trámite que se ha dejado de utilizar».*

Notificado el Auto en el día siguiente a la representación del Estado — no la «providencia» como dice en su escrito, pretendiendo el amparo del art. 512 de la LPM—, interpuso en el referido escrito de la misma fecha el recurso de casación fundado en los motivos que en su momento se considerarán.

Y mediante la providencia de la Sala de 20 de enero se ordenó:

*«Tener por interpuesto en tiempo y forma por el señor Abogado del Estado recurso de casación contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero en el recurso contencioso disciplinario núm. 2/1991».*

## 2. Recurso de súplica de la parte recurrida

Contra aquella providencia formuló la, lógicamente, sorprendida representación de la agente recurrida recurso de súplica, que fue impugnado por el Abogado del Estado, y en cuyos respectivos escritos las partes alegaron lo que a su derecho convino.

Por Auto de 21 de febrero siguiente —en el que no se revoca formalmente el de 10 de enero anterior— se desestimó por la SM el recurso de súplica, confirmando la resolución recurrida, y en consecuencia:

«Se tiene por formalizado por el señor Abogado del Estado el recurso de casación. Pasen los Autos al excelentísimo señor Fiscal Togado por plazo de cinco días a los efectos del artículo 1.709 de la LEC».

En el fundamento jurídico antecedente relativo al artículo 512 de la LPM, la Sala razonaba:

«Dicho precepto es claro y se trata de una peculiaridad del procedimiento contencioso-disciplinario militar, análogo a lo establecido en el artículo 121 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque podría plantearse la duda de si sería aplicable al escrito de interposición del recurso de casación; pero de una interpretación sistemática de la ley se infiere que *al estar el artículo 512 incluido en el capítulo XI de la misma, cuyo epígrafe es «disposiciones comunes», se refiere tanto al procedimiento de instancia como a los recursos*. Por otro lado, la ley al emplear las palabras «incluso el de demanda» quiere dar la máxima extensión al precepto».

Me parece absolutamente errónea la doctrina de la SM por las siguientes consideraciones:

A) Los términos «escrito» y «oportuna providencia» que se contienen en el citado artículo 512 no pueden ampliarse indiscriminadamente a un «recurso de casación» y a un «auto» respectivamente declaratorio de firmeza de la sentencia recurrida, que fue notificado al Abogado del Estado, y en cuya misma fecha presentó el recurso.

El texto del 512 es coincidente con el 121 de la LJCA, salvo que el primero admite más generosamente «incluso —dice— el (escrito) de de-

manda», que no recoge la ley jurisdiccional, pero que se viene admitiendo por la jurisprudencia de las Salas de lo contencioso-administrativo del TS, sobre todo desde la entrada en vigor de la CE. La palabra «incluso» ciñe, más que amplía, la aplicación del precepto al procedimiento de recurso contencioso- disciplinario militar de instancia. Sin extenderlo a los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales. En especial al recurso de casación, siempre riguroso por muy flexibilizado que esté por obra de la jurisprudencia, pero no como para eludir el plazo de interposición, que doctrinalmente es de lo denominados perentorio o preclusivo *strictu sensu*, ya que su transcurso sin interponerlo confiere la firmeza propia de la cosa juzgada.

B) Ninguna de las sentencias del TS citadas por el representante del Estado en su escrito de oposición al recurso de súplica apoya su tesis.

Así, la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 5 de febrero de 1986 (Rep. Aranzadi 2.149), precisamente la primera que invocó, establece en el primer FD, al final:

«... puede haber, ciertamente, casos en que el defecto procesal resulte insubsanable, como ocurre en aquellos casos en que se deja transcurrir el plazo de interposición de un recurso, y así ha tenido ocasión de decirlo el TC en Auto 196/1984, que afirma que «el marcar un límite temporal al uso de los recursos no es, obviamente, atentatorio al derecho que proclama el artículo 24.1 de la Constitución» (tutela judicial efectiva). Caso distinto es el que aquí nos ocupa (extemporaneidad de la demanda), en que el recurso está interpuesto en plazo y es otro trámite el que se cumple extemporáneamente. La importancia innegable de la demanda impulsó, sin duda, al legislador a prever un supuesto específico de caducidad en el caso de que no fuese presentada, pero ninguna razón definitiva hay —bastante al menos para obviar el principio de tutela efectiva— para que no pueda aplicarse el criterio antiformalista del artículo 121 de la Ley Jurisdiccional».

En igual sentido, de admisión de demandas, no de recursos, las SSTs, Sala 4.<sup>a</sup>, de 13 de marzo de 1987 (Rep. Aranzadi 3.628) y de la entonces Sala 5.<sup>a</sup> de 22 de febrero de 1988 (Rep. Aranzadi 1.446) asimismo citadas por el Abogado del Estado.

Aporto personalmente otras decisiones judiciales del TS como los Autos de la Sala 4.<sup>a</sup> de 11 de febrero de 1987 (Rep. Aranzadi 2.970) y de

7 de mayo siguiente (Rep. Aranzadi 5.238); S. Sala 3.<sup>a</sup> de 2 de octubre de 1989 (Rep. Aranzadi 7.020) y Auto de la Sala 3.<sup>a</sup> de 28 de febrero de 1992 (Rep. Aranzadi 2.788). Todas relativas a admisión de escritos extemporáneos de demanda en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Incluso, la S. Sala 4.<sup>a</sup> de 2 de diciembre de 1987 (Rep. Aranzadi 9.347) y la de la Sala 3.<sup>a</sup> de 11 de enero de 1991 (Rep. Aranzadi 382), se refieren a recursos de apelación, admitiéndose escritos de alegaciones presentados el mismo día de la notificación de la providencia que acordaba la caducidad del derecho del apelante. Pero no admitiendo escritos de interposición del recurso.

Todas cuyas resoluciones avalan la doctrina que en el presente comentario se defiende, que el artículo 121.1 de la LJCA vino siendo aplicado a escritos accesorios o secundarios, según las SSTs de 4 de junio de 1958 y 7 de noviembre de 1961, entre otras muchas, y a los escritos de demanda y de alegaciones, en apelación, por extensión jurisprudencial. Lo que no es aplicable a los plazos de interposición del recurso contra sentencias definitivas, y menos al recurso de casación, que por no estar instaurado sino a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no puede estar comprendido en ninguna de las sentencias de que hacía mención la representación del Estado.

C) La inclusión del artículo 512 de la LPM en las «disposiciones comunes» fundamento del auto desestimatorio del recurso de súplica, no arguye nada en contrario de lo expuesto. Aquellas disposiciones son extensivas al «recurso» contencioso- disciplinario militar y/o a los «recursos» frente a las decisiones judiciales, pero *in suo ordine*. Es decir, conforme al propio tenor y sentido del antedicho precepto y de los siguientes, no con criterio de generalidad analógica.

No creo que a ningún órgano jurisdiccional se le ocurriese ampliar al recurso de casación el contenido del artículo 513 de la LPM, que dispone la «ejecutoriedad» por la Administración del acto objeto del recurso contencioso, salvo que se acuerde la suspensión. Y ello por el tratamiento distinto que da el artículo 1.722 de la LEC a la ejecución de la sentencia recurrida en casación, que «puede ejecutarse» a petición de parte y con prestación de fianza.

En la actualidad el precepto sería el artículo 98.2 de la LJCA, modificada por la 10/1992, que determina la regla general de la «ejecución» de la sentencia, aplicable al caso en virtud del artículo 503 de la LPM en la nueva

redacción dada por la disposición final cuarta de la repetida Ley 10/1992, no por el argumento de las «disposiciones comunes» de la LPM.

Tampoco sería legítimo aplicar al recurso de casación el artículo 517 de la LPM sobre subsanación de defectos dentro de los diez días siguientes a la notificación del escrito en que se aleguen por una de las partes de que algún acto de la contraria no reúne los requisitos legales. Sabido es que la doctrina viene excluyendo de tales defectos los referentes a los plazos de recurrir.

A mayor abundamiento, los artículos 121.1, 122.1 y el 129.1 de la LJCA, concordantes con los 512, 513 y 517 de la LPM, se incluyen en el capítulo V del título IV. No he dado con ninguna sentencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TS que haya interpretado que se extiende a la interposición de los recursos contenciosos o aquellos contra las sentencias presentados extemporáneamente, o que se aplique a la ejecución de las sentencias impugnadas o a la rehabilitación de plazos preclusivos respectivamente. Aun comprendiéndose tales preceptos en «Disposiciones Comunes».

D) Por si fuera poco, el propio Abogado del Estado dejó constancia en su escrito de oposición al recurso de súplica que, «a nuestro entender —decía—, la parte no diferencia aquellos supuestos en que no existe manifestación de una voluntad impugnatoria (en los que no ha de declararse la caducidad de la instancia, sino la firmeza) de aquellos en que sí existe (casos en los que procede declarar la caducidad), y entonces entra en juego la previsión del artículo 512 citado».

Pues bien, el razonamiento se torna en contra del recurrente, ya que el caso analizado es de aquellos en que se produjo la firmeza de la sentencia por inexistencia de voluntad impugnatoria, sin que lo sea la mera intención de recurrir. En efecto, el recurso de casación de la LEC, a la sazón de aplicación subsidiaria al contencioso-disciplinario militar, y hoy el regulado en la LJCA, modificada por la Ley 10/1992, se «prepara», no se «interpone», ante el Tribunal *a quo*; y se interpone, no se «formaliza», ante el Tribunal *ad quem*. O sea, que no se dan las circunstancias que determinaron a la jurisprudencia aceptar los escritos extemporáneos de demanda o de alegaciones en apelación, ésta actualmente inexistente. Circunstancias de que el recurso estaba «interpuesto» en tiempo y la demanda o las alegaciones fuera de plazo, eran simples trámites de formalización. Así se desprende con meridiana claridad de las SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1986 y 2 de diciembre de 1987, y la de la Sala 3.<sup>a</sup> de 11 de enero de 1991, anteriormente mencionadas.

### 3. Admisión del recurso

Mediante el Auto de la SM de 31 de marzo de 1992 —que no revocó el de 10 de enero anterior, declaratorio de la firmeza de la sentencia recurrida— se acordó admitir el recurso de casación y entregar los autos para intrucción por término de cinco días sucesivos a las partes, comenzando por el recurrente.

Aquel Auto no pudo ser impugnado por la parte recurrida por impedirlo el artículo 170.4.º de la LEC, aunque otra cosa se dice en la sentencia de la Sala, III antecedente de hechos. Lo que se recurrió en súplica fue la providencia que tuvo por interpuesto el recurso.

### 4. El motivo de casación

El Abogado del Estado recurrente articula su primer motivo de casación al amparo del artículo 1.692.5.º de la LEC, al que remite el 503 de la LPM por aplicación indebida del artículo 24.2 de la CE (derecho a la presunción de inocencia).

La representación procesal de la guardia civil recurrida viene a coincidir con la del Estado, con aparente extrañeza, en que la sentencia de instancia no es ajustada a Derecho en su fundamento jurídico, aunque sí en el fallo anulatorio de la sanción. Por lo que no pudo, es claro, recurrir en casación, pero sí exponer en su escrito de oposición al recurso la inaplicación por el TMT 3.º del artículo 25.1 de la CE (derecho de legalidad).

El esquema de la oposición, formulada mediante Procurador, en el trámite del artículo 101.1 de la LJCA, en relación al 503 de la LPM, modificados por la Ley 10/1992, puede sintetizarse así:

- Preferentemente, desestimación del recurso por mal interpuesto en cuanto a su requisito temporal.

La constante jurisprudencia del TS sobre interpretación del artículo 1.729, hoy 1.710 de la LEC, sentencias de 17 de junio de 1919 a 4 de junio de 1947, válidas en la actualidad, es que «los motivos legales en que pueda fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes al resolver en el fondo para desestimarlos aunque se haya admitido en el momento procesal oportuno, pues las razones de inadmisión son suficientes para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados» (*Compendio de Dere-*

*cho Procesal Civil y Penal*, 1968, autores Magistrados JESÚS SÁEZ JIMÉNEZ y otro, tomo III, vol. I, pág. 376).

- Subsidiariamente de primer grado, la sentencia debió apreciar la vulneración del derecho fundamental de legalidad.
- Subsidiariamente de segundo grado, se acepta el fallo favorable, fundado en la estimada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

## 5. *Oposición del Fiscal Togado al recurso de casación*

Con arreglo a los precitados artículos 101.1 de la LJCA y 503 de la LPM, el Fiscal Togado se opuso por escrito al primer motivo de casación, único respecto al objeto principal de la litis.

Comienza con el planteamiento de la interesante cuestión previa del tratamiento —lo denomina «desviación»— que la sentencia recurrida hizo en cuanto a la «calificación de los hechos objeto de debate», al que presta su conformidad el Abogado del Estado como paso previo para su recurso de casación.

Mantiene después que «la labor de interpretación a que está obligado todo Tribunal que analiza la legalidad de una sanción no puede llevarle a extraer conclusiones distintas de aquellas en las que realmente se planteó el objeto del debate».

Concretamente, se refiere el Ministerio Fiscal a la «incorrecta técnica del Tribunal Militar Territorial», a la que define como «quiebra del principio de legalidad». Por entender que el «verdadero motivo» de la sanción disciplinaria no fue «permanecer de baja injustificadamente», sino «ausentarse para tomar el sol y el baño encontrándose de baja».

Advirtiendo respecto a ese defecto de calificación: «sin que la parte recurrida se haya opuesto formalmente, por lo que el recurso se encuentra formalmente limitado en su análisis a la aceptación de aquella errónea tesis de la sentencia cuestionada».

«Sin embargo —continúa—, el Ministerio Fiscal estima que debe poner de manifiesto aquel defecto de la sentencia por lo que de trascendente pudiera tener respecto del principio de legalidad constitucionalmente reconocido con carácter de derecho fundamental en el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna, y como tal directamente aplicable por los Tribunales».

Precisamente la invocación del derecho de legalidad fue una constante de la representación de la agente recurrida, desde los comienzos, en el

expediente administrativo, hasta el proceso jurisdiccional, en la instancia y en casación.

Es conforme el comentarista con la oposición del Fiscal Togado al recurso de casación. Pero echa de menos la misma actitud en el trámite, previo a su admisión por la Sala, del artículo 1.709 de la LEC en defensa de la legalidad.

Por último, en este apartado, la providencia de la SM de 16 de julio de 1992 señala día y hora para la votación y fallo del recurso y designa Magistrado Ponente.

## V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR

Se aborda ahora el verdadero objeto de las presentes reflexiones, el examen de la sentencia núm. 24 de la SM del TS, de 6 de octubre de 1992, dictada en el rollo de casación núm. 2/94/91, que estimó en parte (por falta de prueba de los daños reclamados) el recurso de la Abogacía del Estado contra la Sentencia del TMT 3.º de 30 de septiembre de 1991.

La sentencia confirma el pronunciamiento 1.º del fallo de la recurrida: la anulación de los actos sancionadores acordada en el procedimiento contencioso disciplinario preferente y sumario por vulneración del derecho de presunción de inocencia.

En cuanto confirmatoria, obviamente, la comprenden implícitamente los errores *in ure* advertidos en la sentencia de instancia.

Pero, además, la sentencia de la Sala padece otros errores, uno de ellos capital, de carácter previo, al dar por presupuesta la correcta admisión del recurso de casación, defectuosamente planteado por quiebra del elemento temporal.

Y surge la pregunta de si las soluciones dadas por la sentencia, desde luego no plenamente acertadas en Derecho, son cuando menos las mejores entre las posibles.

Respecto al aspecto formal, que por su naturaleza de Orden Público Procesal exige tratamiento prioritario, hay que decir que parece un dislate la pacífica aceptación del recurso por la sentencia comentada. Y la sustanciación y fallo con entrada en el fondo de un proceso casacional contra una sentencia firme *ope legis* y así reconocida por Auto de la SM de 10 de enero de 1992.

A criterio personal del autor, las resoluciones de la Sala habiendo por interpuesto el recurso, primero, y admitiéndolo, después, y la sentencia

posterior infringen el artículo 408 de la LEC, conforme al cual «transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado quedará de derecho consentida y basada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiere, sin necesidad de declaración expresa sobre ello».

Se infringió asimismo el artículo 245.3 de la LO 6/1985 del Poder Judicial, en relación al 369 de la LEC, que define las sentencias firmes como «aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley».

Debió, pues, desestimarse el recurso sin entrar en la cuestión de fondo, *ad limina sententiae*, ya que no se hizo *ad limina recursus*. Por cuanto las facultades de la Sala estaban constreñidas y limitadas a la exigencia primaria de que el recurso hubiese sido planteado en tiempo, entre otros requisitos necesarios, para su admisibilidad.

Sin embargo, el Auto de admisión de 31 de marzo de 1992 considera exclusivamente el cumplimiento de los requisitos de los artículos 1.694, 1.706 y 1.707, y que no concurren las causas de inadmisión del 1.710.1.º y 2.º, todos de la LEC. Pero se olvida de que la inadmisibilidad *in genere* del artículo 408 de la misma Ley, que resultó violado por falta de aplicación.

En lo que atañe al aspecto material de la cuestión, la sentencia acoge la equivocada postura de la representación recurrente, concorde a su vez con la sentencia de instancia, que con infracción del artículo 372.2 de la LEC entendió que la Administración sancionadora impuso la sanción por «absentismo», o sea, «estar de baja injustificadamente». Y en consecuencia, aunque con acierto anuló la sanción disciplinaria, declaró erróneamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no del derecho a la legalidad.

Sobre aquellas bases admite la tesis de la sentencia sobre prueba indirecta, única existente en los autos. Y así, en el segundo de los fundamentos de Derecho ratifica «el acierto del parecer del Tribunal recurrido en cuanto hay dos pilares básicos que destruyen toda presunción (de culpabilidad): la baja médica (sin prohibición de tomar el sol o pasear) y el alta médica dos meses después». Concluye afirmando que «no puede ser acogida como fundamento de la sanción la calificación de baja médica indebida».

Y sigue: «por muy sospechosa que haya sido su conducta (de la agente) durante el tiempo de la misma (la baja), no pueden servir de sólida convicción las circunstancias del alta e inmediata incorporación. Lo que hubo, si lo hubo, pudo evitarse con un control de la baja médica, con o sin partes de confirmación, pero bajo la competencia exclusiva del médico que la

llevaba a cabo. El motivo (aplicación indebida del derecho de presunción de inocencia), pues, debe ser desestimado».

Aquel proceso razonador demuestra la perplejidad de la sentencia acerca de la inocencia de la justiciable, paralela a las dudas de la sentencia recurrida en su VII FJ, ya comentado. Vacilaciones que estarían de más si las sentencias, en particular la de la SM, hubiesen declarado que la causa de la sanción fue la «salida del domicilio estando de baja por enfermedad» y, por ende, la conculcación del derecho de legalidad. Tal como lo mantuvo el Fiscal Togado en ejercicio de sus funciones de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

Aparte lo expuesto, la sentencia de la SM adolece de «vicio omisivo» o incongruencia por omisión de pronunciamiento. No afronta ni decide (verdadero *non liquet*) la pretensión planteada prioritariamente por la parte recurrida en los *petita* de su escrito de oposición al de casación, que decía: «desestimar el recurso... contra la sentencia por ser ésta firme y estar caducado el trámite de formalización cuando fuera de término lo presentó».

No pasa inadvertido al comentarista la configuración del recurso de casación con su principio de inmutabilidad de los hechos fijados en la sentencia impugnada. Lo que constituiría un obstáculo insuperable para su modificación y consiguiente variación de la calificación jurídica del derecho constitucional violado por el acto sancionador.

Sabido es que no es fácil separar netamente el hecho en sí de su naturaleza jurídica. Esta dificultad aparece en la sentencia del TM *a quo* que al considerar que la causa del arresto era «estar de baja injustificadamente», pudiera parecer que estableció un hecho histórico inalterable en casación.

No fue así; al modificar la verdadera causa tenida en cuenta por el Mando sancionador, lo que hizo fue reformar la «causa» del arresto, no los hechos en sí, siendo los descritos en la sentencia auténticos y éstos los mismos aceptados por la SM. Y que ahora se dan por inamovibles en este comentario, en el que se sostiene que la sentencia de la Sala pudo cambiar *ex officio* dicha calificación indebida de la «causa» de la sanción, no la premisa fáctica. Para así restablecer lo que el Fiscal Togado denominó «desviación en la verdadera causa de la sanción disciplinaria». Y consecuentemente variar la fundamentación jurídica del fallo declarando la conculcación del derecho de legalidad, como se viene repitiendo.

A esta grave anomalía procesal se refiere, como se vio antes, el Fiscal Togado con las palabras de «quiebra del principio de legalidad...», «trascedente respecto del principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE, directamente aplicable por los Tribunales».

Este principio de legalidad penal y sancionadora se vincula, ante todo, con el imperio de la ley, pero también con el derecho a la objetividad e imparcialidad de juicio de los Tribunales que tutela la presunción de inocencia y demás garantías procesales del artículo 24.2 de la CE. Doctrina de las SSTs de 30 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1983 y 21 de julio de 1987.

Que el principio de legalidad es aplicable «de oficio», según sostiene el Fiscal Togado en la oposición al recurso de casación, resulta del carácter preferente de la Constitución, SSTs Sala 2.ª de 21 de enero, 3 de mayo, 24 de septiembre y 5 de diciembre, todas de 1985, relativas a la presunción de inocencia, pero válidas al caso.

Y con arreglo al artículo 7.2 de la LOPJ 6/1985: «en especial los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución (entre ellos el de legalidad) se reconocerán en todo caso de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

El Ministerio Fiscal, al apreciar esa «quiebra del principio de legalidad», parece pensó en la infracción del artículo 372.2 de la LEC, en relación a la CE 9.1 (sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución), 9.3 (garantías jurídicas del principio de legalidad, seguridad e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos) y el 117.1 (sometimiento de los Jueces y Magistrados únicamente a la ley).

Esta «quiebra» trasciende, dice el Fiscal Togado, a una «quiebra más del principio de legalidad (ahora en vía administrativa)». Y sigue, «toda vez que dicha conducta (ausentarse para tomar el sol y el baño encontrándose de baja) no encuentra acomodo en ninguno de los apartados del artículo 8.º de la Ley Disciplinaria Militar y está amparada, además, por las instrucciones que respecto de las bajas por enfermedad tiene dadas la Dirección General de la Guardia Civil y que constan en autos».

En efecto, de no modificarse *contra legem* por la sentencia de instancia la verdadera causa de la sanción, se habría llegado en casación a la firme conclusión tantas veces reiterada de que no estaba tipificada como falta leve en el artículo 8.2 de la LO 12/1985.

No se olvida por el autor que al darse el recurso de casación en nuestro sistema contra el fallo y no contra su fundamentación jurídica pudiese estimarse no fuesen revisables los razonamientos legales.

Sin embargo, en los casos de juicio lógico acertado y fallo erróneo, incluso en sentencias viciadas de incongruencia intrínseca o ideológica, se tendría que adecuar por la sentencia de casación el proceso razonador al

decisorio. Cuánto más será procesalmente correcta la modificación solamente de la fundamentación jurídica, permaneciendo indemne al fallo, en el supuesto ahora contemplado de sentencia, no incongruente, con fundamento errado y parte dispositiva acertada, en la que, sin duda, la definición del derecho violado (art. 25.1 de la CE), por su naturaleza constitucional, se puede realizar por aplicación directa de la Sala.

Síguese de lo expuesto que no se podrá reprochar a la solución que se propone que la SM avoque cuestiones que no le corresponden o que rebase los límites de su actividad.

Resumiendo, forzoso es contestar al interrogante en su momento formulado que la sentencia cuestionable no es ajustada a Derecho. Absolutamente en su aspecto formal, en cuanto tuvo por admitido un recurso de casación contra una sentencia firme. Y tampoco lo es en el aspecto sustantivo por fundamentarse el fallo en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sin decidirse a dar un paso más, el del derecho de legalidad.

¿Qué es lo que pudo y debió hacer la sentencia de la SM?

Las respuestas que se ofrecen tienen el carácter de meramente doctrinales, ya que estas reflexiones no constituyen un escrito forense, sino el análisis crítico de una interesante sentencia del TS, que es cosa juzgada.

Como posibles soluciones en Derecho, hubiese propuesto:

1. La desestimación «de oficio» del recurso de casación sin entrar en el fondo, por impugnar una sentencia «basada en la autoridad de la cosa juzgada», en expresión del artículo 408 de la LEC.

2. Subsidiariamente, entrando en la cuestión de fondo, la desestimación del recurso, conforme con el criterio del Fiscal Togado:

- confirmando el fallo principal anulatorio de las resoluciones sancionadoras y sus efectos;
- variando «de oficio» la calificación de la causa de la sanción determinada indebidamente por la sentencia recurrida. Debiendo decirse «salir del domicilio estando de baja por enfermedad para tomar el sol y el baño»;
- declarando en consecuencia que el derecho fundamental vulnerado es el de legalidad (tipicidad) del artículo 25.1 de la CE. Toda vez que el antedicho comportamiento no está incurso en la falta leve del artículo 8.2 de la Ley Disciplinaria Militar.

Vale la pena el esfuerzo personal para dar con las propuestas de solución que a las cuestiones planteadas pudo y debió (en el sentido que el

Derecho es «deber ser») adoptar la sentencia de la SM, por ser aquéllas la única y la mejor, respectivamente ajustadas a Derecho, al parecer del comentarista.

## VI. SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS MORALES

### 1. *Planteamiento*

El Abogado del Estado recurrente, articuló al amparo del artículo 1.692.5.º de la LEC dos motivos de casación, ordinales segundo y tercero, frente a la declaración de la sentencia del TMT 3.º del «derecho al resarcimiento por el Estado (a favor de la demandante) por el daño sufrido» (2.º pronunciamiento del fallo). En concreto, se denuncia la infracción del artículo 518, en relación al 469, 490 y 495.b); y de los artículos 448 y 465 respectivamente, todos de la LPM.

Por la parte recurrida se alegó en el escrito de oposición lo que convino a su interés.

Y el Fiscal Togado, en el respectivo escrito, expuso las consideraciones, que pueden resumirse así:

A) Adhesión al segundo motivo de casación, sosteniendo la tesis de la Abogacía del Estado de no ser automático el derecho a la indemnización. Y que no existió actividad probatoria de los pretendidos daños. Además de ser indeterminados respecto a su evaluación.

B) Oposición parcial al mismo motivo en cuanto a la improcedencia de la reclamación de daños en un recurso contencioso-disciplinario militar especial contra los actos de la Administración sancionadora que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Ya que, estima el Ministerio Fiscal, «es procesalmente correcto ejercitar en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario la pretensión reparada frente al Estado».

C) Oposición al tercero y último motivo de casación, basado en que no se había instado previamente el abono de la indemnización en la vía administrativa.

Aduce, en esencia, el Fiscal Togado las siguientes razones justificativas de su oposición:

- el artículo 518 de la LPM no establece limitación alguna respecto al objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente

- y sumario en relación con el previsto para el contencioso ordinario;
- la LO 12/1985 Disciplinaria Militar no prevé la posibilidad de postular daños y perjuicios contra el Estado, contemplándose solamente en la vía judicial del recurso contencioso-disciplinario militar;
  - la pretensión procesal de resarcimiento se regula en el artículo 469 de la LPM con el carácter de «medida complementaria» respecto a la pretensión principal impugnatoria de la sanción.

Por todo ello solicita la estimación en parte del segundo motivo del recurso, con rectificación de la sentencia de instancia en el sentido de denegar el resarcimiento por el Estado del daño sufrido por falta de prueba. Y la desestimación del mismo motivo respecto a la alegación a que se opuso y del motivo tercero en su totalidad, confirmándose la sentencia *a quo* en los extremos a que éstos se refieren.

## 2. Pronunciamiento de la sentencia de la Sala. Consideraciones

La segunda parte del fallo de la sentencia de la SM que se comenta dice así: «declaramos la no existencia de daños y perjuicios, con desestimación, por ende, de esta petición».

Y dedica dos fundamentos de Derecho, el tercero y cuarto, a la justificación del fallo.

En el tercer FD relativo al segundo motivo de casación, apartado A), argumenta, conforme con el Fiscal Togado, que no se da la infracción del artículo 518 de la LPM. Porque «en nada limita las facultades que se reconocen al demandante en el artículo 469 de la propia Ley, haciéndose la declaración en la sentencia y quedando diferida al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía [art. 495.b) de la LPM]».

Pero añade: «siempre que consten ya probados en autos, en cuyo caso es en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones en donde el demandante podrá solicitar aquélla (art. 490 *in fine* de la LPM).

Lo que significa que puede deducirse la reclamación indemnizatoria por daños y perjuicios simultáneamente con la pretensión frente al acto sancionador, en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Sin que sea obligado acudir a la reclamación autónoma del artículo 40 de la LRJAE, en relación al 102.6 de la CE, como

sostiene la parte recurrente. Sin perjuicio de que constituya aquélla una vía optativa para el interesado.

Aunque en nada vincula este FD, menciona el voto particular del excelentísimo señor Presidente de la SM en la sentencia de 29 de mayo de 1991, cuyo texto transcribe en lo esencial el Fiscal Togado en su oposición al recurso.

La Sala viene a concluir respecto al artículo 518 de la LPM —que remite a las reglas del procedimiento contencioso- disciplinario militar ordinario, con las modificaciones que expresamente señale para la regulación del recurso preferente y sumario —que «entre las citadas modificaciones no se incluye ninguna que signifique exclusión, ni de la posibilidad de solicitar en la demanda indemnización de daños y perjuicios cuando proceda, ni de la necesidad de declarar en la sentencia estimatoria el derecho al resarcimiento».

En el apartado B), con referencia a la indemnización por doble concepto de los daños morales, reclamada en la demanda y concretada en conclusiones sucintas de, en primer lugar, 6.000 pesetas por cada día de cumplimiento del arresto disciplinario, dice el tercer FD que «en modo alguno se ha intentado probar la hipotética anulación o disminución de retribuciones». La petición, aclaro, no era por perjuicio material, sino por daño moral.

En lo atinente, en segundo lugar, a la cifra global de 500.000 pesetas, se afirma en la sentencia de la SM que «ninguna intervención directa ha tenido la Administración en la publicación o difusión del hecho, careciendo en todo caso de culpabilidad». Reconoce por tanto la notoriedad de la divulgación periodística.

Terminando este fundamento jurídico con la doctrina de la SM en sentencia de 20 de abril de 1992, dictada en el recurso de casación promovido por la guardia civil cuyo caso me ocupa, y referido en la parte introductoria, al final, de este trabajo. Dice la mencionada sentencia: «no habiéndose propuesto ni practicado prueba alguna tendente a demostrar los hipotéticos perjuicios, como ocurre en este caso en que ni siquiera se interesó por la demandante el recibimiento del pleito a prueba en el recurso contencioso-disciplinario militar, es evidente que los mismos no pueden ser tenidos por acreditados». Lo que aplicado al supuesto ahora en estudio conlleva la siguiente conclusión: «por lo que en este sentido la sentencia ha de ser modificada».

El fallo de la sentencia no me es convincente cuando estima parcialmente el recurso, de conformidad con el Fiscal Togado, por falta de acti-

vidad probatoria sobre los daños instados por la demandante/recurrida y reconocidos por el TM, porque:

A) Ante todo, una cuestión procesal. Opino que el segundo motivo de casación planteado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la LEC debió ser rechazado por la Sala por inadmisibile en la parte relativa a la presunta falta de prueba de los daños, en observancia de la regla 2.ª del artículo 1.710 de la LEC.

Si el recurso se apartaba manifiestamente de la apreciación probatoria (por presunción judicial) efectuada por la sentencia recurrida para fijar los hechos (sexto antecedente de hecho y VIII FJ), no intentó la representación del Estado la casación por el cauce adecuado, el del número 4 del repetido artículo 1.692 de la LEC, por lo que el motivo era inviable y procedía su repulsa.

En el momento de dictar sentencia, la SM hubiese debido desestimar este tema de casación sin más y confirmar el pronunciamiento resarcitorio de la sentencia impugnada. Es decir, el derecho de la agente a la indemnización por el daño moral padecido. Sin perjuicio de diferir la fijación de la cuantía a la fase de ejecución de sentencia, según se solicitó en demanda, en la que se produjo una pretensión de plena jurisdicción, y así prosperó en la primera sentencia.

B) Es cierto que «la simple anulación por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización», de acuerdo con el artículo 40.2 segundo de la LRJAE, 292.3 de la LOPJ y el 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De tales preceptos, la única conclusión lógica es que la anulación no da derecho a indemnización si no hubo efectivamente un daño. Pero si la «ejecución» —la sentencia no reconoció el derecho por la sola imposición de la sanción, sino por su cumplimiento—, no la «anulación» de las resoluciones disciplinarios, dio lugar a daños o perjuicios reales, evaluables e individualizados, surge la obligación de resarcir.

C) En el caso comentado de daños morales, no se interesó el recibimiento del pleito a prueba ni se propuso y practicó por la parte actora, ya que se trataba de hechos deducibles de la simple actividad intelectual de los miembros del Tribunal *a quo*. Que, en efecto, percibieron los daños llegando a la convicción de su realidad y se pronunciaron en consecuencia.

Por eso el Tribunal no hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 486 de la LPM para acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de las pertinentes para el acreditamiento de los hechos.

En definitiva, hubo actividad probatoria en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario, la presunción judicial, regulada en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil. Medio de prueba indirecto y supletorio, ya que los daños morales que se describen después no tienen otro medio instrumental de verificación de entre los establecidos a dicho fin por los textos legales. Fue también la prueba indirecta o de indicios la practicada en exclusiva en el expediente sancionador y la única existente en el procedimiento contencioso de instancia respecto a la pretensión principal y que sirvió de base al pronunciamiento anulatorio de la sanción.

Y es que, en cuanto al primer aspecto indemnizatorio, se partió en la sentencia del TM de un hecho base o indicio plenamente acreditado: el cumplimiento de un arresto domiciliario injusto, impuesto anticonstitucionalmente a una embarazada en avanzado estado de gravedad.

Respecto al segundo aspecto, se partió de un hecho notorio, dispensado por tanto de prueba: la copiosa publicidad en la generalidad de los medios de comunicación, en particular la prensa escrita, local, regional y nacional.

a) En efecto, durante los ocho días del efectivo cumplimiento del arresto se produjeron a la sancionada los daños morales, no patrimoniales como por error entiende la sentencia de la SM inherentes a todo correctivo injustificado. Máxime los restrictivos de libertad, por su «carácter aflictivo que afecta a los profesionales militares», a que alude la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 1990 (perjuicios a un Oficial del Ejército derivados de un arresto indebido por falta leve).

Así como la evidente «angustia psicológica» sufrida en la esfera personal, familiar y profesional, ponderada en la STS, Sala 3.ª, de 8 de febrero de 1991 (Rep. Aranzadi 1.214). Por la privación de los saludables paseos ginecológicos.

Mas el daño moral, consecuente a la prestación de servicios de armas, idénticos a los que la agente realizaba antes del embarazo. En igualdad de condiciones con el varón, como debe ser, sin discriminación alguna, naturalmente. Pero que supusieron un «plus» de lesividad (uso de arma larga, del rígido chaleco antibalas, puestos de centinela en la Prisión Provincial, turnos de noche en el otoño-invierno de Teruel), no para una mujer, sino para una embarazada de cinco meses con anomalías patológicas («placenta marginal»). Padeciendo las indubitadas «molestias psicofísicas» de fácil

comprensión por cualquiera, sin necesidad de prueba directa, que son reconocidas en la STS, Sala 3.ª, de 4 de abril de 1989 (enfermedad *legionella* contraída por hospedaje en una Residencia Militar).

Servicios de armas efectuados durante el cumplimiento del arresto y hasta 1 de enero de 1991 (con exclusión del mes de diciembre, de disfrute de permiso anual), en que la interesada pasó por fin por decisión de sus superiores a servicios de oficina. Debiendo haber pasado cuando menos al tiempo del arresto. Al amparo del RD-Ley 1/1988, de 22 de febrero, regulador de la incorporación de la mujer a las FAS y a la Guardia Civil, que después de dejar por sentado la igualdad con el varón, en su artículo 1.4 admite las diferencias «exclusivamente derivadas de sus condiciones fisiológicas». Y del artículo 74.5, párrafo segundo, de la Ley 17/1989, de 19 de julio, transcrito en el apartado III, 2 *in fine* de este comentario.

b) El daño moral producido con ocasión, no por causa, de la publicidad en la prensa, se reduce al imputable a la Administración sancionadora. Responsable por sus portavoces oficiales, nominalmente identificados en los artículos periodísticos, de las reiteradas afirmaciones general y uniformemente propagadas por la prensa nacional, de hechos inciertos y de declaraciones ofensivas al honor de la agente: «señoritinga con estudios», «simple» guardia 2.º, arrestada por «montar a caballo y jugar al tenis». Provocándose así una *communis opinio* que está en la base de todo hecho notorio.

De tales manifestaciones estaba la prensa inmune a cualquier responsabilidad por la cobertura constitucional del derecho a la libertad de información veraz, pues se limitó a divulgar y transcribir lo que realmente dijeron los autores de aquellas expresiones. Por lo que sería improsperable la acción legal contra la prensa al amparo de la LO 1/1982 que aconsejó el Abogado del Estado en su recurso de casación; luego aceptaba la realidad del daño.

La sentencia de la Sala viene prácticamente a admitir la existencia del daño moral por este concepto, aunque niega mitigadamente el nexo causal «directo», dice, de la Administración y su «culpabilidad».

Claro que no fue la autora material de los artículos periodísticos, pero sí de las frases ofensivas dadas a la prensa por sus portavoces oficiales al ser entrevistados.

Y en cuanto a la «no culpabilidad», la responsabilidad patrimonial del Estado, por objetiva, es ajena a toda idea de culpa.

No hay duda de que los mencionados hechos básicos probados directamente, unos, y absolutamente notorios, otros, como se dijo antes, se deriva por vía de presunción judicial la afirmación, consecuencia de la certeza de los daños morales declarados en la sentencia *a quo*.

Apreciación imbatible en casación, ya que se da el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», en expresión del artículo 1.253 del Código Civil. Es decir, que la inferencia resulta congruente con la máxima de experiencia *id quod plerumque accidit*, «lo que las más de las veces sucede», soporte del silogismo en que consiste la presunción judicial.

Hay que decir que la prueba de presunción judicial no es inferior a las demás admitidas por las leyes, que en definitiva descansan también en presunciones. Así, «envuelve un delicadísimo juicio de razón» (STS 13 de abril de 1964, Rep. Aranzadi 1.862), «que se abandona a la inteligencia y sagacidad del Magistrado» (S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de noviembre de 1960, RGD 1961, pág. 227); «siendo la prueba de mayor carga y rigor intelectual» (Audiencia Territorial Palma de Mallorca, sentencia 26 de junio de 1960, RGD 1961, pág. 716).

c) La novísima sentencia del TS (Sala de lo Militar) de 2 de febrero de 1993 confirma la tesis que acabo de sostener sobre aptitud de la prueba de presunción judicial para el acreditamiento de los daños morales.

No me parece acertada, sin embargo, la contraposición que señala entre «vía de la prueba» y «vía de la deducción», en razón a que ésta es igualmente vía probatoria, la de presunción judicial, conocida de antiguo como *presumptio hominis* y *presumptio facti*.

La «mayor precisión» de la Sala, que dice la sentencia, acerca del problema indemnizatorio (fundamento de Derecho segundo) supone un cambio sustancial de criterio, que aporta una bocanada de aire fresco respecto a anteriores sentencias, entre ellas la de 6 de octubre de 1992, materia preferente de este estudio.

En su virtud, la mención «daños causados», en el artículo 495.b) de la LPM no es interpretada para los supuestos de daños o perjuicios morales por «daños probados», como se hizo en aquella sentencia de la SM. Permitiéndose ahora entender dicha frase como daños «inferidos» o «deducidos» por convicción íntima del Tribunal, o más técnicamente, matizo, probados por presunción judicial.

En opinión del autor, la doctrina de la reciente sentencia no puede considerarse «excepcional» para sólo los casos de arresto privativo de libertad por falta grave. Sino ampliarse al arresto por falta leve, pese a su carácter restrictivo de libertad.

No parece correcto fijarse en las «muy leves sanciones por faltas leves de muy escasa entidad», en palabras de la Sentencia de 2 de febrero de 1993, con referencia a las de 20 de abril, ya citada, y 10 de octubre, ambas

de 1992, para denegar la indemnización de daños y perjuicios morales por inexistencia de prueba. Téngase en cuenta que precisamente las sanciones por faltas leves están excluidas del recurso contencioso-disciplinario ordinario, admitiéndose el preferente y sumario contra los actos sancionadores que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, la declaración jurisdiccional anulatoria de la sanción, en su caso, siempre se basa en la conculcación no de preceptos de simple legislación ordinaria, como puede ocurrir en los contenciosos contra las sanciones por falta grave, sino de derechos supraleales. Constituyendo una infracción de mayor gravedad por serlo del ordenamiento constitucional, más proclive a la causación de daños morales por la preeminencia de aquél.

Se comprenden las exigencias de la disciplina militar para diferenciar uno y otro arrestos, pero no que la distinción pueda extenderse al aspecto meramente procesal o adjetivo de la prueba de los daños o perjuicios de significación extrapatrimonial o moral originados a los sancionados. Por la sencilla razón de que aquellos hechos dañosos solamente pueden ser probados en su existencia o certeza por presunción judicial. Véase la Sentencia de 12 de marzo de 1991 de la Sala Especial de Revisión del TS (núm. 58 de la *Revista Española de Derecho Militar*, 2.º semestre de 1991, pág. 658).

Vendría a resultar *contra natura* de los daños o perjuicios afectivos el exigir los medios de prueba directos en los supuestos de arresto por falta leve, como si de daños materiales se tratase, con la consiguiente desnaturalización de los primeros. Mientras que fuese bastante, por excepción no razonable, la prueba de la presunción judicial en los supuestos de arresto por falta grave.

Más acorde es con el espíritu constitucional y en concreto con el derecho a la tutela judicial efectiva, que los daños morales sean verificados procesalmente en su producción por el acto probatorio idóneo de la presunción judicial. Abstracción hecha de que las sanciones anuladas sean de privación o de restricción de la libertad.

En todo caso, como con acierto indica la repetida sentencia de 2 de febrero de 1993, el Tribunal debe razonar suficientemente la realidad de los daños morales. Y lo hizo la sentencia del TMT 3.º en el supuesto principalmente analizado, que justifica el daño, porque «habiendo efectivamente sufrido la demandante un arresto domiciliario que ahora se declara nulo, sin que por su naturaleza tras su cumplimiento quepa ya sino ordenar su desaparición de la documentación personal». En efecto, ante un hecho dañoso irreversible la única compensación es la indemnización reparadora.

Por el contrario, no parece sea imperativa la inclusión, según requiere

la antedicha sentencia, de las «mínimas bases» para el cálculo de la cifra indemnizatoria en el trámite de ejecución visto el artículo 928 de la LEC.

Queda por analizar el cuarto FD, correlativo al tercer motivo del recurso. La sentencia de la Sala determina «desde el punto de vista doctrinal, ya que por la admisión en parte del anterior tema casacional resulta innecesario», puntualiza, que los artículos 448 y 465 de la LPM no exigen la previa solicitud del interesado y el subsiguiente pronunciamiento en la vía disciplinaria acerca de la indemnización.

«La petición de daños y perjuicios —dice, concorde con el parecer del Fiscal Togado— es consecuencia de la existencia de un derecho reconocido, la pretensión fundamental es ésta y aquélla una medida complementaria, más o menos importante pero que nunca existe por sí misma».

La sentencia, pues, no modifica como opinaba el Abogado del Estado la doctrina contenida en la sentencia número 13 de la SM de 23 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. Mayor Bordes), que contemplaba un supuesto distinto. De petición indemnizatoria extemporánea en escrito de conclusiones, sin que constare el agotamiento de la vía administrativa del artículo 40.1 de la LRJAE para el caso de haberse optado por ella.

Soy conforme en que el interesado pueda plantear conjuntamente las cuestiones de anulación de la sanción e indemnización en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario como en el ordinario.

Y que en ambos procedimientos se pueda promover la pretensión resarcitoria frente al Estado, *ex novo*, sin haberse postulado en la vía disciplinaria, lo que no se opone al carácter revisor de la jurisdicción, que, desde luego, lo es para la pretensión principal.

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* La admisión por la Sala del recurso de casación al amparo del artículo 512 de la LO 2/1989 Procesal Militar me parece un «absurdo antijurídico». Por impugnar una sentencia que devino firme y cosa juzgada al no interponerse el recurso dentro del plazo preclusivo. Con merma de la seguridad que es la motivación radical de lo jurídico.

*Segunda.* A mi entender, la sentencia no es sólo chocante por insólita, sino absolutamente errónea. Ya que no desestimó el recurso de casación, absteniéndose de la entrada en el fondo por la atendida causa que debió determinar su inadmisión en el momento procesal oportuno.

*Tercera.* Por cuanto la sentencia confirmó la declaración de la recurrida de que el acto sancionador vulneró el derecho fundamental de presun-

ción de inocencia y no el de legalidad es errónea en tal razonamiento jurídico y correcta en el pronunciamiento principal del fallo.

*Cuarta.* Es indiferente que aquel pronunciamiento haya sido favorable a la agente sancionada porque la sentencia analizada debió ajustarse a Derecho no solamente en el fallo, sino también en su fundamentación por integrar un todo unitario y armónico.

El valor justicia, uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático que proclama el artículo 1.º de la CE, a cuyo valor tienden necesariamente las decisiones judiciales, no es divisible ni graduable en función del resultado práctico final favorable o adverso para los justiciables. Ni de la mayor o menor entidad de los hechos procesales.

*Quinta.* Discrepo de la estimación en parte del recurso de casación y subsiguiente revocación parcial de la sentencia de instancia por falta de actividad probatoria a cargo de la demandante sobre los daños reclamados:

- porque el correspondiente motivo de casación era rechazable *ab initio* por mal planteado;
- porque se trataban de daños acreditados por presunción judicial dada su significación moral.

*Sexta.* Conforme con la sentencia de la SM, al dejar sentado con toda lucidez la doctrina de que:

- es posible procesalmente pretender la reparación económica por daños y perjuicios de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra la sanción impuesta;
- no es necesario agotar la vía administrativa como trámite previo al planteamiento de la mencionada pretensión en el procedimiento contencioso-disciplinario militar, sea el ordinario o el preferente y sumario. Sin que afecte negativamente a la naturaleza revisoria de la Jurisdicción Militar en el ámbito disciplinario respecto al acto sancionador.

Y termino recapitulando este comentario con palabras de Hauriou: «Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclaman el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder Público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio».