

Roj: **STMC 9/2023 - ECLI:ES:TMC:2023:9**Id Cendoj: **28079850012023100009**Órgano: **Tribunal Militar Central**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/11/2023**Nº de Recurso: **54/2022**Nº de Resolución: **8/2023**Procedimiento: **Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario**Ponente: **ANTONIO RAFAEL MATA ALONSO-LASHERAS**Tipo de Resolución: **Sentencia****CD 54/22 y 55/22**

Cabo E.T. Adrian

Cabo E.T. Agustín

**SENTENCIA NÚM. 8/23**

Auditor Presidente Coronel Auditor D. Antonio Rafael Mata Alonso-Lasheras Vocal Togado Coronel Auditor D. José Luis Herrero García Vocal Militar General de Brigada del Ejército de Tierra D. Juan Manuel Salom Herrera

**EN NOMBRE DEL REY** La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, con la composición expresada al margen y en ejercicio de la potestad jurisdiccional emanada de la Constitución Española, dicta la siguiente

En la Villa de Madrid, a 7 de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos los RECURSOS CONTENCIOSO DISCIPLINARIOS MILITARES ORDINARIOS números 54/22 y 55/22, interpuestos por los Cabos del Ejército de Tierra Adrian y Agustín, mayores de edad, españoles, con destino en el momento de los hechos en la sección de Zapadores COMGEBAL, con guarnición en Palma de Mallorca, en el que han sido partes los actores, que actúan representados por el letrado del Ilustre Colegio de Abogados Baleares D. Antonio Montserrat Moyá, y la Administración sancionadora, representada y defendida por la Abogacía del Estado; el Tribunal Militar Central dicta la presente sentencia siendo ponente el Coronel Auditor D. Antonio Rafael mata Alonso-Lasheras, que expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Los recurrentes impugnan en el presente proceso la resolución de la Ministra de Defensa de 11 de febrero de 2022, que agotó la vía administrativa al confirmar en alzada la resolución del General de Ejército, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra de fecha 24 de septiembre de 2021, que impuso al Cabo Adrian la sanción de SUSPENSIÓN DE EMPLEO por un año, como autor de una falta muy grave consistente en " *realizar actos...que afecten a la libertad sexual de las personas o impliquen acoso tanto sexual y por razón de sexo...u otros que de cualquier modo y de forma reiterada, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo*", prevista y sancionada en el artículo 8, epígrafe 12 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la sanción económica de quince (15) días, como autor de la falta grave prevista en el artículo 7, epígrafe 27 del citado texto legal, consistente en " *Estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en instalaciones militares, buques, aeronaves o campamentos, durante ejercicios u operaciones o, fuera de ellos, vistiendo uniforme o cuando afecte a la imagen de las Fuerzas Armadas, así como llevar a cabo otros actos contrarios a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas*" y se impuso al Cabo **Agustín** esta última misma sanción económica de quince (15) días por el mismo motivo y hechos cometidos coetáneamente.

**SEGUNDO.-** El recurso se interpuso de forma conjunta por ambos sancionados en el JUTOTER 33 de Palma de Mallorca ante el Tribunal militar Territorial Tercero por escrito con entrada el 15 de febrero de 2022, acompañando poder para pleitos. Dicho Tribunal acordó por providencia de 25 de mayo de 2022 informe a



las partes respecto a qué órgano judicial consideraban competente para resolver el recurso, al que se le había asignado el N° 1/22 de entre los ordinarios. A cuya vista y mediante escrito de 7 de junio se elevó a este Tribunal Militar Central exposición razonada, entendiéndose que era éste último a quien le correspondería el conocimiento del recurso.

Por diligencia de ordenación fue el recurso recibido en este Tribunal y se desglosó en los recursos 54 y 55/22 de los ordinarios. Por providencia de esta Sala de 6 de julio de 2022 se acordó remitir testimonio del expediente disciplinario por falta muy grave NUM000 al Juzgado Decano de Palma de Mallorca, por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción criminal.

Por auto de 20 de julio se acordó aceptar la competencia para conocer del recurso. En otro auto de misma fecha se acordó la acumulación de los RCDO 54 y 55/22.

**TERCERO**.- El actor formuló demanda con fecha 20 de septiembre de 2022 en la que, tras negar o justificar los hechos, y sin alegar la vulneración de norma legal o precepto constitucional alguno por parte de la Administración sancionadora, concluyó haciendo una mención indirecta al principio de presunción de inocencia y a una vulneración del *non bis in idem*. Esto en cuanto a la conducta de embriaguez de ambos sancionados. En lo referente a la conducta contra la libertad sexual imputada al Cabo Adrian, expuso que en los expedientes iniciales del CDSCM y de la primera instrucción se consideró como no cometida ninguna falta de ese tipo. Pide la libre absolución de los recurrentes

**CUARTO**.- La Abogacía del Estado interesa se dicte sentencia desestimatoria del recurso por los fundamentos expuestos en su escrito de contestación a la demanda, de fecha 18 de octubre de 2022, señalando que los hechos han sido valorados debidamente y que reúnen todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo sancionador muy grave apreciado por la administración. Pone de especial relieve la legitimidad de la orden emitida por el sargento 1º.

**QUINTO**.- Por decreto de 20 de octubre de 2022, al no haberse solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se confirió trámite de conclusiones sucintas por plazo común de diez días, evacuado por la Abogacía del Estado y el demandante, mediante sendos escritos de 28 y 24 de octubre de 2022 respectivamente, en los que reiteraron sus respectivas pretensiones, interesando el demandante la anulación de las sanciones.

Por acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 4 de mayo de 2023 se designó auditor presidente en funciones del Tribunal Militar Central, al coronel auditor D. Antonio Rafael Mata Alonso-Lasheras.

**SEXTO**.- Después de suspendido el procedimiento, se recibió testimonio del Auto del Juzgado de instrucción N° 8 de Palma de Mallorca de 19 de marzo de 2023, por el que se acordó el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas Proc. Abreviado 815/2022, derivadas de la precitada providencia.

No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista y no siendo ésta necesaria a juicio del Tribunal, se señaló el día 7 de noviembre de 2023 para votación y fallo del recurso, con el resultado que a continuación se expresa y una vez ha sido redactada la sentencia se ha puesto a la firma de los miembros que conformaron la Sala.

## HECHOS PROBADOS

Se declaran expresamente probados, a la vista del expediente disciplinario número NUM000 incorporado a las actuaciones, y de las alegaciones de las partes, los siguientes:

Que el día 28 de julio de 2020 la Dirección del Centro Deportivo Socio Cultural Militar (CDSCM) "MALLORCA" recibió parte del personal de control de entrada ASC de servicio, refrendado por el socorrista de ese día, de que los cabos Adrian y Agustín, usuarios del Centro, acompañados del también Cabo Desiderio, quien carecía de la condición de usuario, destinados en la Sección de Zapadores de la COMGEBAL, se encontraban en las instalaciones consumiendo bebidas alcohólicas en envase de vidrio en la zona de la piscina, cuando no se está autorizado por precaución de roturas. Cuando se les requirió que las guardaran, así lo hicieron. Varios usuarios del Centro pidieron al socorrista que allí se encontraba, Edemiro, que llamara la atención a los citados Cabos, puesto que se encontraban bajo los efectos de bebidas alcohólicas y molestando a los demás usuarios, acercándose el socorrista a ellos para llamarles la atención. Minutos después el mismo grupo de usuarios volvieron a informar al socorrista de que los Cabos seguían con la misma actitud, volviendo a llamarles la atención.

Con fecha 29 de julio de 2020 se recibieron en el correo electrónico del Centro mensajes de cuatro usuarios, identificados como Esteban, Evelio, Cosme y Fausto. En estos mensajes los usuarios citados pusieron en conocimiento los hechos ocurridos, en varios relatos que coinciden en lo sucedido. Relataron los usuarios



en estos correos, quedando acreditado a tenor de la prueba practicada, que los encartados estaban bebiendo cerveza y presentaban, por la percepción de su estado y conducta, un alto estado de embriaguez; que actuaban de forma incívica, que dirigieron comentarios indecorosos a distintas chicas, y que ofrecieron bebida *Shandy*, sin que conste si tenía contenido alcohólico o se trataba de refresco sin alcohol, al menos a un menor en la zona de barbacoas. Su comportamiento consistió en bañarse en la piscina sin ducharse previamente, dirigir piropos a alguna chica que pasaba cerca de ellos, salpicar con cerveza a niños, proferir gritos, burlarse de otros socios, así como rociarse unos a otros con su propia bebida alcohólica. Que cuando abandonaron la zona de la piscina no recogieron la basura, dejando restos de lo consumido.

El Cabo Adrian , tuvo un altercado con una usuaria menor de edad, hija de uno de los usuarios del Centro, D. Esteban . La menor se trataba de Clara ., y tenía una edad de 9 años en el momento de los hechos. Concretamente, mientras la menor se encontraba tumbada, el encartado le propinó una palmada en las nalgas. A continuación le dijo: " *give me five*" para chocar la mano, y le pidió que le diera un beso, negándose la menor a ambas cosas. El propio cabo, en declaración complementaria prestada ante el instructor, reconoció parcialmente estos hechos.

### **MOTIVACIÓN**

La convicción de que los hechos han acaecido en la forma expresada resulta de los particulares del expediente disciplinario número NUM001 incorporado a las actuaciones.

A los folios 58 *et al.* del expediente obra unida la resolución enalzada de la Ministra de Defensa. Al folio 70 y siguientes, informe de la Asesoría Jurídica General del MINDEF en la que se propone la desestimación del recurso de alzada.

Al folio 188 obra testimonio del auto de sobreseimiento provisional de 19 de marzo de 2023, dictado en las DPA 815/2022 seguidas contra Adrian y Agustín , en las que como antecedentes de hechos se recogen: " *El presente procedimiento se incoó por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, habiéndose practicado las diligencias de investigación que constan en autos*". Como fundamentos de derecho se recogen: " *De lo actuado no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa, por lo que procede decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones*".

Al folio 135 obra escrito de queja remitido por el socio del club D. Esteban al CDSCM "Mallorca" de 29 de julio de 2020, relatando el incidente protagonizado por tres personas e identificando a una de ellas como Cabo Agustín . Señalando que esas tres personas se encontraban " *bebiendo cerveza y utilizando un lenguaje del que se puede observar dificultad a la hora de articular las palabras y con un tono más alto de lo normal, que realizaron piropos a niñas menores de edad, lanzaron cerveza a usuarios, ofrecieron alcohol a menores de edad*". Que a su hija " *uno de ellos le pega dos veces con la mano abierta en el culo, le dice que choque los cinco y que le dé un beso*".

En su declaración obrante a los folios 482 a 484 afirmó que el Cabo Adrian se encontraba con los Cabos Desiderio y Agustín y que " *estaban muy amigables, bebiendo cervezas y le sorprendió la actitud por el hecho de no conocerlos y el cariño con el que le saludaron, que estaban tomando cervezas, tirando latas a la gente y lanzándose a la piscina sin ducharse, se encontraban en un alto grado de embriaguez, asegura al cien por cien que iban borrachos, la actitud de ellos era que sí lo iban*". Que no fue testigo de los piropos, " *tan solo le comentaron estos hechos*". Que observó el lanzamiento de cervezas " *sin poder concretar cuál de ellos, que uno seguro, pero no puede asegurar los otros dos y no puede identificarlo*". En cuanto a ofrecimiento de alcohol a menores, " *que directamente no observó nada, que mi hija me lo comentó*". Con respecto a ella, " *que no fue testigo directo, me lo contó mi hija, según manifiesta mi hija fue el cabo Adrian , que ella estaba tumbada y le dieron una palmada en el culo, a continuación le dijo, "give me five" para chocar la mano, a lo que mi hija se negó, seguidamente le dijo que le diera un beso, a lo que se negó en rotundo*".

Al folio 136 obra escrito de queja remitido por correo electrónico del socio D. Juan Enrique de 29 de julio de 2020, manifestando que fue testigo directo de que " *tres individuos supuestamente militares profesionales consumieron bebidas alcohólicas hasta conseguir estar en un estado muy alto de embriaguez, como consecuencia comenzaron a actuar de forma muy incívica, gritos, burlas hacia otros socios, se bañaron unos a otros con su propia bebida alcohólica, haciendo caso omiso a los toques de atención del socorrista, a los niños les ofrecen unas latas de Shandy (bebida alcohólica)*".

A lo folios 374 *et al.* obra su declaración, en la que manifestó que " *proferían fritos, se burlaban de otros socios, se bañaron unos a otros con su propia bebida alcohólica, comportándose incívicamente, no recuerda qué hacía o decía cada una de las personas, que puede ser que alguno no hiciera nada*"; " *Que mi hija me dijo que le habían ofrecido un refresco, un amigo menor de edad le dijo que era una Shandy, en ningún momento vio ninguna lata, que mi hija me indicó que había tres personas y se la ofreció una, sin poder precisar*". En cuanto a la menor: " *No*



*vi nada, oí de mi mujer que lo había oído de otra persona, que le había tocado el culo a una niña, sin especificar quién ni a quién".*

Al folio 137 obra correo electrónico de D. Cosme remitido al Club el 29 de julio de 2020 relatando que presencié *" la conducta deplorable de tres individuos con signos evidentes de embriaguez, propinando comentarios indecorosos a distintas personas (mujeres), mojando o salpicando con cerveza a niños".* A los folios 371 a 373 obra su declaración, ratificándose en su escrito y confirmando el nombre de los tres cabos: *" Por el comportamiento que tenían parece que se encontraban en un alto estado de embriaguez, no puede precisar cuáles eran - los comentarios indecorosos -, estaban los tres sentados en grupo y uno de los tres tiró la cerveza, sin poder precisar quién".* En cuanto al tocamiento: *" Los menores me lo contaron a mí y a otras personas".*

Al folio 138 obra correo electrónico de D. Fausto : *" Comportamiento inadecuado de varias personas el día 27 de julio; bebieron cerveza, uno de los tres individuos no parecía estar muy sobrio".* Su declaración, en la que reconoció a la cabo Adrian como uno de ellos, obra a los folios 377 a 379; los tres estaban sentados bajo una sombrilla al lado de la suya, que consumieron cervezas, que desconocía el grado de embriaguez que presentaban y que no sabía cuánta cerveza tomaron, ni quién la tomó; que no oyó personalmente los comentarios que hacían porque estaba escuchando la radio con los auriculares puestos, que presencié como un usuario del Centro se dirigía al cabo Adrian , quien estaba de pie, con el cuerpo inclinado y los brazos cruzados por detrás; el usuario le estaba recriminando algo al cabo Adrian , quien no parecía muy sobrio por la posición de inclinación que tenía el cuerpo, sin poder asegurar cuál era el motivo. *" Sacaron y consumieron algunas cervezas en envases de cristal, los cuales creo que no se pueden utilizar".*

A los folios 485 y 486 obra declaración del socorrista Edemiro : Que los tres cabos se encontraban ese día en el Centro, que habló con ellos en dos ocasiones para llamarles la atención porque unos usuarios se quejaron de que estaban bebiendo y molestando" *que no estaban en un alto estado de embriaguez, estaban bebiendo y bajo los efectos del alcohol, pero no en exceso".*

A los folios 480 y 481 obran las declaraciones de los menores Casimiro . y Cesar . hija e hijo de Cosme : *" un amigo le dijo que le habían ofrecido bebida, en concreto Shandy, que los vio pasar y no tuvo contacto con ninguno, de los tres chicos, uno de los cuales presentaba un estado de embriaguez, que una amiga indicó que le habían tocado el culo cuando estaba tumbada en la tumbona".* "Vieron a Elias - que no ha declarado - *un amigo, el cual dijo que le habían ofrecido bebida, en concreto Shandy, de la cual tomó un poco. También vieron a una amiga. Edurne, la cual indicó que le había tocado el culo cuando estaba tumbada en la tumbona ".* P. indica que *"observó en los alrededores varias botellas y a tres chicos bebiendo. Posteriormente vio cómo le ofrecían la bebida Shandy dos personas a Elias en la zona de barbacoas...no había más adultos, solamente dos niños. Que en la zona de la piscina observó cómo bebían tanto latas como botellas de cristal".*

A los folios 488 y 499 obran declaraciones complementarias de 10 de septiembre de 2021 ante el instructor de los Cabos Adrian y Desiderio , reconociendo éste que ofreció a menores Shandy sin alcohol. El Cabo Adrian expuso, como expresa su letrado, *una vez muy avanzadas las actuaciones, que: " El hecho que se investiga relativo al tocamiento físico en el trasero a la menor me compete exclusivamente a mí. Si bien quiero aclarar que jamás tuve intención alguna de tocar el culo a la menor con ánimo sexual o libidinoso. A la hora de marcharnos, cuando retiraba las latas de bebida toqué involuntariamente el culo a la menor y esta se asustó. Fue sin querer, pido perdón".* No reconocieron encontrarse embriagados, admitiendo el cabo Desiderio que habían bebido tres cervezas.

Al folio 133 et al. obra declaración anterior (26 de agosto de 2020) del Cabo Adrian en el expediente NUM002 instruido en el Centro contra los sancionados en cuanto usuarios del Club: *" Al retirarnos de la piscina, bajaba con una nevera cargada, nos dirigíamos a descargar las bebidas al arcón refrigerado que está debajo de la piscina, al entrar con mi compañero Agustín había una niña de pie encima de la mesa y al levantar la nevera que pesaba, aparté a la niña para no golpearla, apoyando la nevera en la mesa donde se encontraba la niña produciéndose un ruido que asustó a la niña ".* A la pregunta que se le formuló - *¿ si realizó tocamientos e hizo propuestas indecorosas a usuarias menores de edad tales como tocar las nalgas y pedir un beso o parecidas, observó que alguien lo hiciera? -* contestó que de forma negativa.

En su declaración el 10 de diciembre de 2020 en el seno del expediente disciplinario NUM000 a la pregunta *¿ Realizó Usted comentarios no apropiados a la hija menor de edad de un usuario del Centro?,* respondió: *" No, en ningún momento se dijo nada a ningún usuario, estábamos bromeando entre nosotros".*

En la misma fecha y en el mismo expediente el Cabo Agustín negó todos los hechos.

A los folios obra escrito de 23 de septiembre de 2021 de alegaciones al pliego de cargos del cabo Adrian en que niega todos los hechos que se le reprochaban y *" jura por su honor que no se encontraba embriagado el día de los hechos, ni participó en el modo que se pretende en los hechos que originan el presente expediente".* Solicita



el archivo, " *al no haber quedado acreditada su participación en los hechos investigados... solicitar a una menor que le chocara los cinco, y le diera un beso, ni tampoco - y especialmente - haber procedido voluntariamente a tocar el trasero a una menor*".

A lo folios 258 *et al.* obra propuesta del teniente coronel Rubén , instructor del expediente disciplinario del Centro, proponiendo suspensión provisional por 30 días de la condición de usuario al cabo Agustín por una falta leve de las previstas en el Régimen jurídico y de funcionamiento de los Centros deportivos socio-culturales del Ejército de Tierra, por haber permitido la entrada a una persona no autorizada, al cabo Desiderio en concreto.

A los folios 263 *et al.* obran las notas manuscritas de usuarios quejándose y parte de incidencia del Centro, en que como incidencia se recoge: " *Tres personas borrachas molestando e increpando a usuarios*", y se consigna como hora de entrada del socio Agustín con dos tickets las 14:05 y como hora de salida las 20:13 .

A los folios 427 y 428 obran sendos informes de los jefes inmediatos de ambos demandantes ensalzando su entrega habitual al servicio .

No consta ningún motivo de animadversión por parte de ninguno de los testigos, incluidos los menores, para con los encartados. No se percibe ninguna motivación espuria de su lado. No consta ningún incidente o encontronazo previo entre ellos y los cabos. En definitiva, no hay razón para cuestionar su credibilidad.

Obra en las actuaciones escrito de 31 de mayo de 2023 del letrado de los demandantes, poniendo en conocimiento del Tribunal que el jueves 25 de mayo de 2023 el Diario de Mallorca publicó una nota de prensa en la que se recogía que el Cabo Adrian , estando de servicio, salvó la vida de una mujer neozelandesa que había caído desplomada por un paro cardíaco. De lo que se hizo eco el Ejército de Tierra que publicó una reseña en la que se expresaba: " *¡ Orgullosos de contar con los mejores! El cabo Adrian , de la Comandancia General de Baleares, estando de guardia en el Palacio de la Almudaina recibió aviso de que una señora se encontraba inconsciente en el exterior, al llegar al lugar pudo comprobar que se encontraba en parada cardio-respiratoria, por lo que procedió a realizar maniobras de RCOP hasta que recobró las constantes vitales, siendo posteriormente evacuada por los servicios médicos* ".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Procedemos a abordar las cuestiones planteadas en esta instancia por las partes demandantes prácticamente al unísono, en lo que hace al tipo sancionador común al que ambos se enfrentan, de acuerdo con los dictados del artículo 470 LOPM y su congénere el 33 de la Ley 29/98 RJCA, zanjando el pleito a tenor de las pretensiones y alegaciones o motivos hechas valer por las partes.

Como hemos señalado, no hace mención expresa el letrado de las partes demandantes a ningún precepto legal infringido, aunque incluye referencias a la presunción de inocencia y al *non bis in idem*, que pasamos a desgranar conforme a los hechos que describe. Discute de forma casi exclusiva la apreciación del estado de embriaguez de sus patrocinados por la Administración sancionadora. Y fundamenta su alegación en la ausencia de medición del grado de alcoholemia experimentado por los sancionados a través de un etilómetro o alcoholímetro homologado; en las propias afirmaciones de los tres cabos sancionados, uno de los cuales no es parte demandante en las presentes actuaciones; y en lo declarado por el socorrista.

En cuanto al primero de los incisos, es constante y pacífica la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en el sentido de sostener que la prueba de un estado embriaguez no se deriva de forma exclusiva del empleo de uno de tales aparatos. La doctrina de la Sala Quinta, en este aspecto predicable tanto de actos criminales, cuanto de ilícitos disciplinarios, es clara y cabe señalar Sentencia tan reposada ya como la de 22 de diciembre de 1993, en la que se dice que el estado de embriaguez puede reconocerse por el comportamiento y comportamiento del sujeto, sin necesidad de ser perito, no resultando imprescindible prueba de comprobación de alcoholimetría, bastando con la apreciación directa por los testigos; que ni es la única prueba ni resulta imprescindible, por lo que no es condición " *sine qua non*" para la apreciación de la existencia del delito en cuestión. En su Sentencia de 6 de marzo de 2019 subraya: " *Acerca de la demostración de la situación de embriaguez, hemos dicho reiteradamente que el etilismo y los consiguientes efectos psicosomáticos se pueden acreditar a través de las declaraciones de los testigos y los signos de ebriedad que aquellos refieran, siempre que su relación con el sujeto afectado haya sido inmediata a la situación detectada*".

Y este mismo Tribunal Militar Central, en su Sentencia 61/2020, de 10 de junio de 2020, manifestó que: " *El estado de embriaguez es cognoscible, aun sin ser perito, por la conducta, manera de comportarse y movimientos del sujeto, hasta el extremo de que la prueba de alcoholemia no es condición "sine qua non" para la apreciación de la existencia de una infracción que consista en embriagarse o estar embriagado. La determinación de dicho*



*estado no precisa, en consecuencia, la práctica de medios de comprobación alcoholimétrica en cualquiera de sus posibilidades técnicas (medición de la concentración de alcohol en la sangre o impregnación en el aire espirado), bastando con la apreciación directa por los testigos de los signos inequívocos de la afectación alcohólica y los consiguientes efectos sicosomáticos, siempre que la relación de estos testigos con el sujeto afectado haya sido inmediata a la situación detectada ( SSTS 5 de diciembre de 2003 y 24 de mayo y 21 de octubre de 2004 )"*

Y considera en este trance la Sala que los testimonios ofrecidos y puntualizados en nuestra motivación son suficientes y bastantes para tener por acreditada una embriaguez de grado considerable en ambos recurrentes. Ciertamente es que resulta difícil contrastar la cantidad concreta de bebidas conteniendo alcohol ingeridas y el grado de afección de cada individuo. Pero lo cierto y verdad es que diversas personas, adultos y niños así lo observaron. Algunos manifestaron de modo contundente que estaban seguros al cien por cien. Otros no pudieron precisar tanto. Pero el resultado que se obtiene del conjunto de las declaraciones es el de su embriaguez incontestable. Sus actos los delatan y aunque fuesen tres los participantes, se colige de las declaraciones, que en realidad todos llevaron a cabo las acciones que denotan el estado de transposición alcohólica que les dominaba; piropos, bañarse sin ducharse, hablar a gritos, rociar con cerveza. Y en concreto, el Cabo Agustín reconoce haber ofrecido *Shandy* a menores. Y aunque diga que se trataba de bebida sin alcohol y no sea posible determinar qué tipo de *Shandy* era, no cabe duda de que a un militar profesional en plena posesión de sus facultades, no se le ocurre ofrecer bebida a un menor sin el conocimiento de sus padres.

El grado de perturbación de sus capacidades psicofísicas fue el suficiente como para integrar un estado de embriaguez como el que requiere el tipo disciplinario aplicado, que no exige que aquélla sea plena y distorsione por completo las facultades de los sujetos.

En apoyatura de su posición aducen además lo manifestado por el socorrista: "*no estaban en un alto estado de embriaguez, estaban bebiendo y bajo los efectos del alcohol, pero no en exceso*". Lo que bien entendido colma las exigencias del tipo. Estar bajo los efectos del alcohol se traduce al román paladino por embriaguez. Que no necesita alcanzar un alto estado. La apreciación del exceso es propia de cada individuo y de difícil traslación en el proceso de abstracción generalizadora. A mayor abundamiento, no se le preguntó al socorrista por el conocimiento o relación que mantenía con los encartados, socios y usuarios habituales de las instalaciones en que prestaba servicio y de edades parejas.

En cuanto a sus propias afirmaciones, reconocen haber bebido; el co-expedientado Desiderio tres cervezas. Y aunque sea lógico creer que bebieron más de tres cervezas, reconocen que bebieron y constan sus actos, que se entienden conectados a la bebida. Hay personas a las que poca bebida afecta más que a otras.

En todo caso y dado lo que consta en el parte de incidencias, entrada en el Centro sobre las dos de la tarde y salida después de las ocho, no nos parece creíble que se limitaran a la ingesta de tres cervezas por persona. Sus acciones y permanencia en el Centro denotan una mayor actividad báquica.

Las declaraciones testificales son, por sí solas, medio idóneo para destruir la presunción de inocencia alegada por los recurrentes. Retomando la Sentencia de 22 de diciembre de 1993: "*El estado de embriaguez es cognoscible, aun sin ser perito, por la conducta, manera de comportarse y movimientos del sujeto, de forma que no exige la determinación del estado de embriaguez la práctica de medios de comprobación alcoholimétrica, en cualquiera de sus posibilidades técnicas de medición de la concentración de alcohol en la sangre o impregnación en el aire espirado, bastando con la apreciación directa por los testigos de los signos inequívocos de la afectación alcohólica y los consiguientes efectos sicosomáticos, siempre que la relación de estos testigos con el sujeto afectado haya sido inmediata a la situación*". En el mismo sentido tiene declarado el Tribunal Constitucional que la prueba de alcoholemia no es condición "*sine qua non*" para la apreciación de la existencia del delito en cuestión, pues ni es la única prueba que puede producir tal condena ni es una prueba imprescindible para su existencia.

Y como recuerda recientemente la sala Quinta: "*Es doctrina consolidada de las Salas Segunda y Quinta de este Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que la presunción de inocencia se quebranta, únicamente, cuando se produce un verdadero vacío probatorio por ausencia de prueba incriminatoria o cuando la existente no pueda tenerse por válida y legítima, o por último, cuando la prueba se hubiera valorado al margen de criterios lógicos y razonables - por todas 21/2022 de 3 de marzo y 800/2021 de 20 de octubre Sala 2ª-. Pero una vez verificado que la condena - mutatis mutandis aplicable aquí - no recayó en situación de vacío probatorio, lo que está en la base del derecho a la presunción de inocencia, sino que se fundó en verdadera prueba de cargo o incriminatoria suficiente, válidamente obtenida regularmente practicada y razonablemente valorada, no cabe sustituir el criterio objetivo y razonable del tribunal sentenciador, que lo es también de los hechos, por otro subjetivo de parte interesada sobre cómo los mismos pudieron ocurrir, porque no se trata tanto de comparar*



*alternativas hipotéticas como de contrastar la razonabilidad de lo declarado por el Tribunal de instancia, a la vista de la valoración que el mismo efectúa de la totalidad de la prueba practicada".*

Concluye la Sala en que ha existido verdadera prueba de la embriaguez de ambos sancionados, habiendo valorado el mando sancionador de forma correcta y lógica las declaraciones y demás elementos aportados.

En lo que hace a las referencias al *non bis in idem* que el letrado de los recurrentes deriva del expediente tramitado por el Centro deportivo, hay que señalar que tal expediente no es de los que hacen entrar en juego la excepción del *non bis*. No es la potestad sancionadora de la Administración pública, ni mucho menos la exclusiva y excluyente potestad jurisdiccional criminal del Estado, a través de sus órganos judiciales, la que entra en juego. Se está en el caso del CDSCM, de un Centro que, aunque vinculado al Ejército de Tierra, tiene estatutos propios y vincula a sus usuarios a través de la condición de socios, mediante un pago y según una reglamentación propia. Aunque muchos sean militares y sea dirigido por militares, estos no ejercen funciones ni potestades de derecho público en sus labores, y mucho menos disfrutan de la potestad sancionadora prevista en la Ley Disciplinaria, en relación con los socios, que reviste caracteres de derecho privado o administrativo *sui generis*. No obstante, e incluso para el supuesto de auténtica aplicación del régimen sancionador militar, la ley ha previsto en su artículo 44, un sistema para reconducir las faltas leves al entorno de las graves.

Y consta probado legítimamente que ambos durante el periodo de tiempo en que se encontraban embriagados en las instalaciones del Centro ocasionaron daño a la imagen de las Fuerzas Armadas, dado que todos los declarantes eran conscientes de su condición de militares y desde luego los actos que llevaron a cabo, siendo contrarios a la dignidad militar y ciudadana en términos más generales, resultaban aptos para infundir descrédito o menosprecio al Ejército de Tierra y por ende a las Fuerzas Armadas en su conjunto.

El motivo impugnatorio debe pues ser desechado en relación con ambos recurrentes.

**SEGUNDO.-** En lo que hace al tipo disciplinario por falta muy grave del artículo 8.12, aduce el recurrente que tanto en la tramitación del expediente en el Centro, cuanto en la primera propuesta del expediente disciplinario militar, no se consideraron cometidas faltas de este tipo. Y lleva razón. En cuanto al Centro, no le competía su investigación, a pesar de la constatación de algún que otro desliz procedimental. Y desde luego hemos de dejar constancia de que la tramitación del expediente del CDSCM no es ejemplo de virtudes. Deja traslucir sin demasiado esfuerzo un intento por suavizar lo sucedido, que no es aceptable en modo alguno. De hecho, ha tenido que ser este mismo Tribunal Militar Central el que ha remitido el procedimiento disciplinario a los órganos jurisdiccionales penales competentes al considerar que los hechos imputados al Cabo Adrian podrían revestir los atributos de acción criminal, a la vista de la laxitud del Centro y de la primera instrucción propiamente disciplinaria, asimismo fuera de lugar y mesura y debidamente reconvenida por la loable intervención de la Asesoría jurídica del Cuartel General del Ejército de Tierra. Cierto que al remitir *per saturam* el expediente disciplinario al juzgado, sin precisión de hechos e incluyendo a ambos encartados, cabe la posibilidad de que el órgano judicial no llegara a apreciar la referencia concreta al hecho relativo al 8.12 de la Ley Disciplinaria Militar, como parece deducirse de la ausencia de relato de hechos y de indicación de delito o normas concretas presuntamente infringidas o aplicables. De ahí quizá el sobreseimiento provisional y no definitivo, con lo que cabría la futura reapertura del procedimiento penal, si de nuevos elementos probatorios se dispusiese.

Hace hincapié el recurrente en la falta de declaración de la menor ofendida, considerando que sin contar con su declaración, no puede llegarse a una sanción, y aduce varias referencias del campo del derecho penal. Referencias que no cabe asumir sin sana crítica. Deja de lado la parte, que en primer lugar no se puede conminar a los paisanos a declarar en un procedimiento disciplinario militar. Y en segundo que, tratándose de una menor de edad, sus progenitores, en ejercicio del derecho de patria potestad, se encuentran legitimados para impedir su declaración. Lo que han hecho en el presente caso, por razones de todo punto comprensibles.

Y la culpabilidad de su patrocinado se deduce de otras circunstancias que hacen innecesario poner a la menor en la tesitura de comparecer, a sus nueve años, ante un instructor militar para declarar sobre el lamentable suceso de que fue víctima. Consta como, desde un primer instante, menores de edad amigos de la víctima, porque la víctima es menor de edad, aunque no se haya hecho referencia a tal condición durante la tramitación del expediente disciplinario, lo que es muy de lamentar e indicativo, por desgracia, de un posible repudio a profundizar en una desagradable y molesta investigación; consta decimos, que menores y adultos tuvieron conocimiento inmediato de lo que manifestó aquella sobre lo sucedido. En lo que destaca el estupor que el hecho produjo a la menor. No se ha atrevido el letrado del recurrente a cuestionar la veracidad de la menor. Quizá porque no lo repute necesario a la vista de la concepción que posiblemente en ejercicio del derecho a la defensa se ha visto obligado a acoger sobre los abusos sexuales o actos que afecten a la libertad sexual, como ha dejado meridianamente claro en sus escritos: "*El hecho básico es, por tanto, una palmada en las*



*nalgas. Suponiendo que dicha palmada se hubiera producido, digamos, ante todo que no se trata sólo de una palmada en las nalgas, sino que, a continuación, se habría producido el gesto del give me five, para chocar las manos y una petición de beso. Pero se trata de acciones dirigidas a una niña de 9 años, en público, por lo que la inocencia de la actuación en su conjunto es manifiesta. Una palmadita en el culo de una niña, o de un niño, nada tiene de extraordinario, sobre todo si se sigue, como se siguió, de gestos amistosos como el de give me five, y la petición de que la niña le dé un beso a una persona mayor. Por mucha imaginación que se le quiera prestar, de ninguna manera se está atentando nada menos que a la libertad sexual de dicha menor".*

Vaya por delante que la Sala no imputa al demandante este desafuero expresado así por su letrado, quien llevado, como decimos, por un intento extremo de defender a su cliente, parece desapoderar a la víctima del derecho que tiene cada ser humano, a ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona; máxime si se trata de un menor de edad, cuya protección es obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990. La menor, con nueve años de edad, vio vulnerada su dignidad, su intimidad y su libertad sexual.

Desde luego que partiendo del rigor ético y legal que se plantea en defensa del demandante, procedería de plano la anulación de la sanción. Pero es el caso que la Sala no participa de tal laxitud moral y legal. Ni tampoco de la convicción en la insuficiencia de la prueba, compartida parcialmente, al menos, por los primigenios instructores de los diferentes expedientes, teniente coronel Rubén y teniente auditor Leandro, y del Director Gerente del CDSCM teniente coronel Matías.

Dar una palmada en las nalgas a una niña de 9 años, a escondidas, sin consentimiento, sin conocerla, y sin testigos, que es lo realmente sucedido, por más que el letrado lo intente enmascarar como sucedido en público, reúne todos los elementos de un acto que afecta a la libertad sexual y atenta a la intimidad de la menor y a su dignidad personal.

Da la impresión de que la defensa letrada se toma muy a la ligera la posibilidad de que los menores disfruten de un derecho a la libertad sexual, a la intimidad o a la dignidad personal. Pues bien, aun esforzándonos, no somos capaces de encontrar esa norma que prive a los menores de edad de los dichos derechos de raigambre constitucional y que, como hemos expresado, son de titularidad de todas las personas por el simple hecho de serlo. Ciertamente que la concepción y desarrollo de la sexualidad en los menores, su sentido de la intimidad y de la dignidad personal puede diferir de la de los adultos. Pero esto no implica que carezcan de conocimientos, percepciones e ideas al respecto. Incluso pueden advertirse como bien estructuradas, a diferencia de las de algunos adultos, como en algunas ocasiones puede hacerse evidente.

Y qué decir de su intimidad y dignidad personales, que quedan bien demostradas con la reacción de la menor, al negarse a darle la mano y un beso al encartado, en una reacción de madurez y autodefensa altamente indicativas, como lo es también la incomprensión expresada por el Cabo y que también, en cierta medida, se reproduce en la manera de ejercer su defensa.

Tocar el culo a una persona sin su consentimiento, máxime cuando se trata de una persona menor de edad, aprovechando la situación en que la víctima se encontraba, bien a las claras colma el tipo disciplinario. Y era criterio de este Tribunal, aunque con otra composición en lo personal, que ello podría revestir los caracteres de ilícito penal, aunque por lo ya indicado la acción penal no haya progresado. Pero los indicios eran señeros.

La inconsistencia de las justificaciones del Cabo Adrian destaca con luz propia. Por supuesto que el hecho no se realizó en público. No hay testigos. Los menores declaran que en la zona de piscina se encontraban sólo dos menores y cuando sucedieron los hechos sólo estaba la víctima o, cuando menos, el otro menor presente no lo vio. La descuidada instrucción del expediente disciplinario no arroja mucha luz sobre algunos de los detalles de los hechos, pero esto es lo que consta.

El pretendido impulso de sinceridad y compañerismo del Cabo Adrian al reconocer los hechos, que no reconoce en puridad, dista mucho de ser medianamente creíble. Ha mantenido cuatro versiones contradictorias de los hechos y, sólo después de haber asistido a todas las declaraciones de los testigos y percatarse del cariz perjudicial para sus intereses que estaban tomando las cosas, ha aceptado reconocer algo de lo sucedido.

Destaca la labor doctrinal de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército de Tierra, al corregir el desbarajuste del instructor y al apuntalar los elementos del tipo disciplinario. Por lo que a sus reflexiones nos remitimos. Y entre los elementos de aquél destaca el de la perseverancia y coherencia en la imputación y



testimonio de los hechos, que es predicable de los testimonios de reproche. Pero no así de lo aducido por el Cabo Adrian en su descargo.

En efecto, y como hemos dicho, mantiene cuatro versiones de lo sucedido, a cuál más incoherente.

El 26 de agosto de 2020 sostuvo que " *al retirarnos de la piscina, bajaba con una nevera cargada, nos dirigíamos a descargar las bebidas al arcón refrigerado que está debajo de la piscina, al entrar con mi compañero Agustín había una niña de pie encima de la mesa y al levantar la nevera que pesaba, aparté a la niña para no golpearla, apoyando la nevera en la mesa donde se encontraba la niña produciéndose un ruido que asustó a la niña* ". A la pregunta que se le formuló - *¿ si realizó tocamientos e hizo propuestas indecorosas a usuarias menores de edad tales como tocar las nalgas y pedir un beso o parecidas, observó que alguien lo hiciera?* - contestó que de forma negativa.

El 10 de diciembre de 2020 a la pregunta *¿ Realizó Usted comentarios no apropiados a la hija menor de edad de un usuario del Centro?*, respondió: " *No, en ningún momento se dijo nada a ningún usuario, estábamos bromeando entre nosotros*".

El 10 de septiembre de 2021 manifestó, *una vez muy avanzadas las actuaciones, que: "Jamás tuve intención alguna de tocar el culo a la menor con ánimo sexual o libidinoso. A la hora de marcharnos, cuando retiraba las latas de bebida toqué involuntariamente el culo a la menor y esta se asustó. Fue sin querer, pido perdón"*.

El 23 de septiembre de 2021 " *jura por su honor que no se encontraba embriagado el día de los hechos, ni participó en el modo que se pretende en los hechos que originan el presente expediente... al no haber quedado acreditada su participación en los hechos investigados... solicitar a una menor que le chocara los cinco, y le diera un beso, ni tampoco - y especialmente - haber procedido voluntariamente a tocar el trasero a una menor*".

Es difícil saber a qué atenerse. En todo caso, lo que queda puesto de manifiesto es la falta de fiabilidad de lo declarado por el encartado, en el entendimiento de que está en su pleno derecho a falsear la realidad y faltar a la verdad a su gusto y capricho.

Ahora bien, la Sala no puede entrar en tal juego. ¿Cargando una pesada nevera que nadie recuerda y por la que a nadie se preguntó? ¿En un amplio espacio con piscina, sin testigos? ¿Encontrándose sola la menor, tuvo que pasar precisamente junto a la mesa en que dice estaba recostada boca abajo la menor y apartarla, es decir tocarla voluntariamente? ¿Apartarla, tocándole el culo? ¿Se aparta así a las niñas de nueve años? ¿No había espacio suficiente en la vacía zona de piscina, como para que el esforzado Cabo circulase con su nevera a cuestas? Y si estaba más o menos tumbada boca abajo, éste debería haberse tropezado con sus pies y no con las nalgas. Eso según su versión posterior de roce involuntario. La menor, sin embargo, expresó a sus oyentes que fue palmetada, no que fuese un mero roce. Que primero fue un ruido asustador, que en posterior versión se transforma en toque involuntario del culo, que antes era voluntario para no golpearla. Y antes era un no rotundo y finalmente un juramento indiscutible, en que incluso niega el *give me five* y la petición de beso que afirmaba previamente.

En definitiva, un intento incongruente por ocultar lo diáfano de una forma harto reveladora. Que tuviese o no intenciones libidinosas es algo que queda en el arcano de su conciencia, a la que deberá responder en su momento. Lo que nosotros podemos aquí dilucidar es que sus actos colmaron los requisitos del tipo disciplinario, que no exigen ese ánimo libidinoso, aunque suela estar presente en este tipo de actos y nada concurre en el presente caso para excluirlo. Que la percusión sobre los derechos y la personalidad de la menor son evidentes, con el grave daño y la incompreensión que tales acciones pueden generar en una niña de 9 años. Que el acto fue completamente voluntario, como se deriva de la total incongruencia y falta de sentido común de los argumentos esgrimidos por el Cabo Adrian . Que ha pretendido reiteradamente tergiversar lo sucedido y únicamente ha reconocido parcial e incompletamente los hechos, cuando se ha visto forzado a ello. Y que su acción fue completamente voluntaria.

Debe por último señalarse que las sanciones impuestas resultan relativamente poco severas, dado que los hechos acontecidos, atendiendo al lugar en que estos ocurrieron, ser presenciados por usuarios del Centro y vistas las circunstancias en que se produjeron afectaron muy perjudicialmente a la imagen de las Fuerzas Armadas, resultaron contrarios a la dignidad militar y fueron susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas, en lo atinente para ambos encartados a la embriaguez y sus consecuencias. Pero, más si cabe en lo referente a la falta muy grave cometida por el Cabo Adrian , linderando con lo delictivo como ya hemos señalado. Cabo que ha dado sobradas muestras de su falta de arrepentimiento, al escudarse en los argumentos señalados, y sin ser mínimamente capaz de interiorizar las repercusiones que este tipo de acciones pueden tener para los menores de edad, que precisan de la protección de sus mayores, máxime en el entorno de un Centro Deportivo y Cultural Militar, que en este caso ha resultado de nefasta repercusión, no sólo para la menor, sino para sus familiares y amigos.



Por todo lo cual, vistos los preceptos citados y demás normas de aplicación al caso,

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** los **RECURSOS CONTENCIOSOS DISCIPLINARIOS MILITARES ORDINARIOS** acumulados número **54 y 55/22**, interpuestos contra la resolución de la Ministra de Defensa de 11 de febrero de 2022, confirmando en alzada la resolución del General de Ejército, Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra de fecha 24 de septiembre de 2021, que impuso al Cabo **Adrian** la sanción de SUSPENSIÓN DE EMPLEO por un año, como autor de una falta muy grave consistente en "*realizar actos...que afecten a la libertad sexual de las personas o impliquen acoso tanto sexual y por razón de sexo...u otros que de cualquier modo y de forma reiterada, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo*", prevista y sancionada en el artículo 8, epígrafe 12 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la sanción económica de quince (15) días, como autor de la falta grave prevista en el artículo 7, epígrafe 27 del citado texto legal, consistente en "*Estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en instalaciones militares, buques, aeronaves o campamentos, durante ejercicios u operaciones o, fuera de ellos, vistiendo uniforme o cuando afecte a la imagen de las Fuerzas Armadas, así como llevar a cabo otros actos contrarios a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas*", y al Cabo **Agustín** una sanción económica de quince (15) días como autor de la misma falta grave prevista en el artículo 7, epígrafe 27 del citado texto legal. Resoluciones que confirmamos plenamente por ser ajustadas a derecho.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, con expresión de que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este Tribunal en el plazo de treinta días conforme a lo dispuesto en los artículos 503 de la Ley Procesal Militar y 89 y siguientes de la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada a los mismos por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio.

En el acto de la notificación se significará a las partes que, con arreglo a cuanto determina el artículo 89.2.f/ de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, en el escrito de preparación del recurso deberán justificar, con especial referencia al caso, la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, de acuerdo con los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la misma Ley, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.