

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

José Luis TORRES  
*Capitán Auditor*

**Sentencia de 7 de marzo de 1984.**  
**Recurso de casación por infracción de Ley.**  
**Delitos: Depósito de armas y fraude.**

*RESULTANDO PRIMERO.*—Que reunido el Consejo de Guerra de Oficiales Generales de la Primera Región Militar, en la Plaza de Madrid, el seis de junio de mil novecientos ochenta y tres, dictó sentencia, cuyo resultando de hechos probados literalmente dice lo siguiente.

«Que en los últimos días del mes de febrero de 1978 el Comandante de Ingenieros Don A. M. C., que desempeñaba la Jefatura de Tropas y Servicios del Regimiento de Instrucción de la Academia de Ingenieros y como tal ejercía la Jefatura de los Talleres, sin autorización ni conocimiento de sus Superiores, dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., prueba que revela la capacidad del arma sin asegurar su buen funcionamiento, utilizando para este trabajo a Soldados en su calidad de aprendices de torneros y ajustadores, haciéndoles creer que el trabajo que realizaban eran la fabricación de interruptores eléctricos, llegando a producir noventa y cuatro bolígrafos disparadores, de los que destruyó veinticuatro tubos exteriores o manguitos y catorce piezas de repuesto más. El desgaste de la maquinaria del Regimiento en la fabricación de las piezas y elementos expresados, ha sido valorado, pericialmente, en la cantidad de quinientas pesetas.»

Y en la parte dispositiva.

Que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de depósito de armas de defensa, previsto y penado en los artículos 257

n.º 2.º del Código Penal en relación con los párrafos tercero y cuarto del número 3.º del artículo 258 del mismo Código y de otro delito de fraude previsto y penado en el art.º 403 n.º 2.º del Código de Justicia Militar.

**FALLAMOS:** «Que debemos condenar y condenamos al procesado Teniente Coronel de Ingenieros Don A. M. C. como autor de un delito consumado de depósito de armas de defensa con la atenuante específica de escasa peligrosidad social a la pena de DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISION MENOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de fraude, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, imponiéndole además por la duración en conjunto de las penas principales, la accesoria de separación del servicio, con abono para el cumplimiento de dichas penas del tiempo en que ha estado privado de libertad por razón de los mismos hechos y debiendo abonar al Estado (Ramo de Defensa) la cantidad de QUINIENTAS PESETAS en concepto de responsabilidad civil».

**RESULTANDO SEGUNDO.**—Que el letrado-defensor del citado procesado preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de casación contra la citada Sentencia por cuatro motivos de infracción de Ley al amparo del art. 13 de la Ley Orgánica 9/80 de 6 de noviembre y de los arts. 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se relacionan seguidamente:

*Motivo Primero de Casación.* Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art.º 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber cometido la Sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de depósito de armas de defensa.

Resultan, en consecuencia, indebidamente aplicados los arts. 257 párrafo 2.º en relación con el 258 del Código Penal.

El primer Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida establece que: «Dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de 5 metros una tabla de pino de 21 mm.; prueba que revela la capacidad del arma *sin asegurar su buen funcionamiento*».

De otra parte el tercer considerando de la misma Sentencia establece que: «La imprecisión y defectos de los bolígrafos pistola hacen suponer que, como armas, encontrarían más rechazo que aceptación».

Consideración que, en pura lógica nos lleva a la conclusión de que se trataba sólo de un experimento o proceso de investigación sobre unos

artefactos que no llegaron a terminar, puesto que si el propio tribunal considera que como armas son rechazables, mucho menos podrán ser consideradas como «armas de defensa». Por tanto, la consecuencia legal ha de ser dejar sin efecto la indebida aplicación del n.º 2.º del art. 257 en relación con el 258 del Código Penal.

*Motivo Segundo de Casación:* Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art.º 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el art. 259 del Código Penal, pues al tratarse de armas de un sólo tiro y ánima lisa, el Decreto 2122/1972 BOE n.º 190, a efectos de permiso de armas, las asimila a escopetas y a armas de aire comprimido, por lo que su tenencia no puede revestir caracteres de delito.

No hay duda que el referido precepto legal ha resultado infringido por inaplicación, debiendo en este sentido rectificarse en casación el error de derecho cometido.

*Motivo Tercero de Casación:* Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, en base al n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el art. 61 del Código Penal, párrafo 1.º, en relación con el art. 256 del mismo texto legal, puesto que la Sentencia recurrida a pesar de apreciar la atenuante prevista en el art. 256 y rebajar la pena en un grado, aplica la pena de prisión menor en su grado medio, en lugar de hacerlo en el mínimo como ordena el ya referido párrafo primero del art. 61 del Código Penal.

Al reconocer la propia Sentencia la ausencia de peligrosidad en el procesado, la imprecisión y defectos de las armas, su rechazo como tales y la expresa aplicación de la atenuante específica ya referida, la pena aplicable debió ser la de seis meses y un día de prisión menor.

*Motivo Cuarto de Casación:* Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, recogido en el art. 14 de nuestra Constitución.

Por cuanto la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio (BOE 152) de reforma urgente y parcial del Código Penal, establece, para los delitos contra la propiedad ejecutados sin violencia en las personas, un límite mínimo de treinta mil pesetas, en cuanto al perjuicio patrimonial ocasionado, para que el hecho pueda ser calificado de delito, pues bien la sentencia recurrida condena a seis meses y un día de prisión por una defraudación de quinientas pesetas, lo que sitúa al procesado, por el hecho de ser Militar, en notoria desigualdad ante la Ley, vulnerando claramente la sentencia un precepto constitucional de rango superior a la

Ley Penal Militar. Resulta en consecuencia inaplicable al art. 403, 2.º del Código de Justicia Milita.

*Artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autorizan cada motivo de casación:*

Los cuatro motivos de casación aducidos se hallan autorizados por los arts. 847 y 849, primero, de la citada Ley Procesal.

Según el art. 847 de la citada Ley Procesal, procede el recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia; y, en este caso, contra la dictada por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales a tenor en lo dispuesto en el art. 13 de la Ley Orgánica 9/80 de reforma del Código de Justicia Militar.

Y conforme al art. 849, n.º 1.º, de la Ley Procesal Penal, podrán interponerse por infracción de Ley cuando, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

**RESULTANDO TERCERO.**—Que dado traslado del recurso de casación por infracción de Ley al Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar se da por instruido y propone la admisión de los cuatro motivos alegados por el letrado-defensor, a efecto de lo dispuesto en el art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se opone en cuanto a su contenido con los siguientes argumentos legales:

*Primer motivo:* Este motivo ha de ser rechazado, por cuanto en el Resultando de hechos probados se hace constar claramente que no se trataba de un experimento, sino que los conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos tenían «los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22, y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., prueba que revela la capacidad del arma sin asegurar su buen funcionamiento». Lo cual supone que el procesado se haya incurrido en la figura delictiva prevista y penada en los arts. 257 y 258 del Código Penal, dada la aptitud de los ingenios por él proyectados para disparar proyectiles que los hace gozar de la condición de armas de fuego, en este caso de defensa.

Por lo tanto, este motivo debe ser desestimado.

*Segundo motivo:* Este motivo también ha de ser desestimado porque en el Resultando de hechos probados se califica a los conjuntos metálicos fabricados por el acusado como armas capaces de disparar proyectiles del calibre 22 mm., y precisamente el Decreto citado por el recurrente en su art. 6.º, apartado c) dice que son «armas totalmente prohibidas: las armas de fuego disimuladas bajo la apariencia de cualquier otro objeto». Es decir, no existe la asimilación alegada por el recurrente.

te; y sin embargo, estamos en presencia de un arma de carácter defensivo a los efectos del art. 258, penúltimo párrafo, dado que dicha Norma da la citada calificación a las pistolas y revólveres «de todos los modelos», fórmula genérica que incluye a los referidos artefactos.

*Tercer motivo:* Este motivo no ha de correr mejor suerte que los anteriores, por las siguientes razones:

La facultad que otorga a los Tribunales el art. 256 del Código Penal tiene como finalidad la minoración de la pena señalada al delito en uno o dos grados, en atención a la mínima entidad de los hechos imputados y a la escasa peligrosidad del procesado, facultad que despliega sus efectos cuando se produce la degradación de la sanción, agotando su virtualidad atenuatoria en este sentido. Más, el recurrente pretende que una vez utilizada por el Tribunal dicha facultad, vuelva de nuevo a aplicarse el referido art. 256 bajo el concepto de atenuante, para dar entrada al art. 61, 1.º del Código Penal que preve la imposición de la pena en el grado mínimo cuando concorra alguna atenuante.

Pretensión insostenible, porque no hay base legal para sustentarla, dado que una vez que se rebajó la pena en un grado el precepto agotó su eficacia, y no puede volver a aplicarse.

De todo ello se deduce, que a la hora de determinar el grado en que se habría de fijar la pena de prisión menor impuesta en virtud del art. 256 del Código Penal, nos encontraríamos en el caso del art. 61 n.º 4, dado que no hay circunstancias atenuantes ni agravantes, y en virtud de la discrecionalidad que concede dicha Norma al Juzgador para imponer la pena en el grado mínimo o medio, éste fijó su extensión en el grado medio, obrando así conforme a una recta interpretación de la Ley.

Así pues, teniendo en cuenta los argumentos anteriores, procede desestimar este motivo.

*Cuarto motivo:* Al respecto hay que señalar que no ha habido la infracción de Ley del artículo 849, n.º 1 porque el Tribunal ha aplicado correctamente el art. 403 n.º 2 del Código de Justicia Militar, como lo prueba el hecho de que la parte contraria no alegue razones en contra.

Lo que se está planteando es una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal «ad quem», cuestión improcedente porque, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, para que se produzca la desigualdad y discriminación de la que habla el art. 14 de la Constitución, es necesario que haya una correlación e igualdad en las situaciones que se comparan, lo que no sucede en este caso, dado que no se pueden comparar unas figuras delictivas que tienen como bien jurídico protegido la propiedad privada y otras que protegen los intereses del Ejército (art. 403 del Código de Justicia Militar).

Por todo ello, debe ser desestimado este motivo.

**RESULTANDO CUARTO.**—Que en el acto de la vista, que tuvo



lugar en esta fecha, el Ministerio Fiscal mantuvo su oposición al recurso y la Defensa del procesado sostuvo su recurso, con fundamento en definitiva de los propios argumentos antes citados en el segundo y tercer Resultando.

*CONSIDERANDO PRIMERO.*—Que interpuesto por la defensa como primer motivo del art. 849 ap. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la violación de los arts. 257 y 258 del Código Penal, por error de derecho al calificar los hechos probados, como constitutivos en un delito de depósito de armas de defensa, obligado resulta, examinar la naturaleza y el alcance del citado delito y relacionarlo con los hechos declarados probados. A este efecto hay que determinar que el precepto legal, está tipificado en la Sección Primera de las Tres en que se divide el Capítulo XII del Título II del Código Penal de la tenencia y depósito de armas y municiones y de la tenencia de explosivos» y de su estudio se deduce que los tipos de tenencia y depósito de armas ya de por sí configuran el delito, aunque sean actos preparatorios de otras más graves ya que, el legislador lo que pretende es evitar la difusión incontrolada de armas de fuego, así la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 1954, establece que estos delitos tienden a evitar el peligro que para la sociedad supone llevar armas de fuego, sin control del poder público.

Relacionando esta premisa con el Resultado de hechos probados resulta «el procesado Teniente Coronel de Ingenieros Don A. M. C. sin autorización ni conocimiento de sus superiores, dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos, con apariencia de bolgrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., utilizando a soldados aprendices de torneros y ajustadores, a quienes hizo creer que el trabajo era la fabricación de interruptores eléctricos, produciendo noventa y cuatro bolígrafos en la fecha en que fue descubierto. Es incontestable que el procesado cometió ese delito de peligro social y no le excluye su condición de militar, del ámbito de la Ley Penal por ser su depósito de armas encubiertas, no legalizado, y la jurisprudencia del Consejo Supremo es terminante en sus Sentencias de 8 de noviembre de 1957 y 31 de octubre de 1953, al declarar que el derecho concedido por la profesión que se tenga para usar armas, no impide la necesidad de proveerse de las pertinentes autorizaciones, ni cubre el poseer armas distintas de las reglamentarias.

Vistos estos antecedentes y que el primer motivo está basado también en la ineficacia de las armas, es preceptivo estudiar íntegro el Resultado de hechos probados y no por párrafos sueltos como hace la defensa, y en buena lógica se aprecia que de los noventa y cuatro bolígrafos, destruyó veinticuatro por defectuosos, luego quedaron setenta que

eran útiles para realizar la perforación antes citada y como tal es un arma de defensa, así como lo establece el art. 5 del Reglamento de 24 de julio de 1981, diciendo que son las armas cortas de fuego, entendiéndose por tales aquellas «cuyo cañón no exceda de 30 centímetros o cuya longitud no exceda de 60. El art. 6.º relaciona las armas de cualquier clase que sean, cuya circulación, importación, venta, uso y tenencia está totalmente prohibida, la Sentencia de 21 de septiembre de 1982 del Tribunal Supremo, ya especifica claramente que se considera arma de fuego toda aquélla que es apta para disparar.

En consecuencia conducen estas razones a rechazar por improcedente el motivo considerado.

*SEGUNDO CONSIDERANDO.*—Que el segundo de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado, al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del art. 259 del Código Penal, por tratarse de arma de un solo tiro y ánima lisa, prevista en el Decreto 2122/1972 a efectos de permiso de armas que las asimila a escopetas. Ya en el paso de este motivo se han dictado por el Tribunal Supremo las Sentencias de 29 de noviembre de 1972 y 14 de febrero de 1974 que establece como tales armas de fuego de defensa, a las escopetas con los cañones recortados al reconocer la fuerza agresiva de éstas y haber perdido la interpretación finalista de caza cuando ya ésta no puede seguirse usando en la actividad cinegética y estipular la Circular 1/73 de 6 de febrero que si el arma ha experimentado modificaciones tan esenciales en los elementos componentes de su estructura que realmente queda inhabilitada para su fin propio y resulta adecuado para otros fines, tal arma es capaz de integrar el elemento objetivo del delito definido en el art. 254. Luego si existe depósito de armas de defensa por las consideraciones expuestas y el Código Penal establece expresamente dentro del ámbito del art. 258 a todos los «modelos», es procedente también desestimar este segundo motivo.

*TERCERO CONSIDERANDO.*—Por infracción de Ley en base al número 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido el art. 61 apartado 1.º del Código Penal en relación con el art. 256 del mismo Código. A este efecto hay que hacer constar que el juicio de valor que hace el Consejo de Guerra de Oficiales Generales al apreciar el art. 256 del Código Penal es una facultad discrecional permitiendo, pero no ordenando, rebajar las penas señaladas a este delito cuando concurren determinadas circunstancias cuya apreciación y el consiguiente uso de la referida facultad no pueden discutirse ni rectificarse al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin desvirtuar su genuino carácter y los alcances propios del prudente arbitrio de los Tribunales. (S. 16-12-48; (R. 1507). Análogas SS. 11-12-47 (R. 1440), 23-9-48 (R. 1138), 25-1-17-2-50 (R. 258 y 300), 2-1-51 (R.

2223), 18-3, 31-10-53 (R. 486 y 2616), 24-5-54 (R. 1226), 7-10, 21-11-57 (R. 2643 y 2987) y 20-6-63 (R. 3019).

Razones todas las expuestas que hacen imperativa la repulsión de este tercer motivo.

*CUARTO CONSIDERANDO.*—Que el motivo cuarto del recurso es interpuesto por infracción de Ley con fundamento en el apartado 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación del art. 14 de la Constitución, al faltar al principio de igualdad penal de los Españoles el art. 403 apartado 2.º del Código de Justicia Militar, que señala penas de prisión para cuantías como las de autos de quinientas pesetas y la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio (BOE n.º 152) de reforma urgente y parcial del Código Penal, que establece, para los actos contra la propiedad ejecutados sin violencia en las personas, un límite mínimo hasta 30.000 ptas., para que el hecho pueda ser calificado de delito.

En esta cuestión más de inconstitucionalidad que de recurso de infracción de Ley promovido por el defensor ha comparecido el Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, quien expresa su parecer, de su improcedencia, pues el delito de fraude protege los intereses del Ejército, y las de hurto del Código Penal la propiedad privada, siendo necesario para que se de la infracción constitucional una correlación de igualdad.

A mayor abundamiento el resultado fáctico de la Sentencia en su párrafo último, expone que el desgaste de la maquinaria usada en la fabricación de las piezas y elementos expresados, ha sido valorado pericialmente en la cantidad de QUINIENTAS PESETAS, y el art. 403, apartado 2.º del Código de Justicia Militar, sanciona el simple hecho de utilizar para necesidades particulares elementos de carácter oficial, siempre que con dicho motivo se originen gastos al Estado, con penas que señala el apartado 1.º del citado artículo, de prisión.

Este precepto responde principalmente a la necesidad de cortar posibles abusos a que se prestan los servicios del Ejército o Hacienda Militar, o sea, que su nota común es el lesionar el bien constituido por los intereses materiales de los Ejércitos, y representa en general una vulneración de las virtudes castrenses de la rectitud y probidad que se le exige al militar.

Por ello no puede considerarse discriminatorio el art. 403 del Código de Justicia Militar que contempla un plus de antijuricidad para este delito cometido por militar. Entender de otra manera el rigor legal, conduciría a vaciar de su específica finalidad el repetido art. 403.

Por lo que procede y la Sala acuerda la desestimación del cuarto y último de los motivos habida cuenta que las alegaciones carecen de consistencia legal a los efectos de sustituir un tipo penal (el aplicado)

por otro de inferior rango punitivo, con olvido del principio de especialidad, cuando los hechos tienen fisonomía propia, vida independiente y penalidad autónoma en el art. 403 del Código Castrense.

**QUINTO CONSIDERANDO.**—Que si bien los arts. 797, 798 y siguientes facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por el Consejo de Guerra, tal facultad debe entenderse subsistente solamente en el caso de que las partes no hayan interpuesto recurso de Casación que haya sido admitido a trámite, toda vez que quebraría el principio de la santidad de la cosa juzgada y se infringiría el art. 904 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que, las sentencias dictadas en Casación, son firmes y ejecutoras y contra las mismas no cabe recurso alguno, y como tal habría que entender el de alegaciones de las partes que darían lugar, en caso de producirse el disentimiento, a una nueva sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de ser firme y ejecutoria.

VISTOS los artículos citados, los preceptos legales concordantes y demás de general uso y aplicación.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el defensor del procesado Teniente Coronel Don A. M. C., contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales celebrado en la Plaza de Madrid el seis de junio de mil novecientos ochenta y tres en la Causa 337/79; sin declaración de costas por la naturaleza gratuita del procedimiento militar, debiendo la Sentencia recurrida declararse firme y ejecutoria sin más trámites.

Así por esta nuestra Sentencia, irrevocablemente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento, y con testimonio de esta sentencia, devuelvanse las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Primera Región Militar, de cuya Jurisdicción proceden.

**Sentencia de 7 de marzo de 1984.**

**Disentimiento.**

**Delito de imprudencia temeraria.**

**RESULTANDO PRIMERO.**—Que el día veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y siete, en el Laboratorio de Análisis Clínicos del Hospital Militar de Algeciras, se practicó un análisis de sangre a la esposa del Brigada de Artillería Don J. L. G., Doña M. L. C., que se encontraba en el octavo mes de su tercer embarazo, por indicación del Ginecólogo del mismo Hospital que le atendía, al objeto de determinar el Grupo sanguíneo, sin que se hubiera advertido anomalía alguna en la embarazada ni en la gestación y sin hacerse ninguna prevención

especial al Laboratorio. Fue facilitado por escrito su resultado como perteneciente a Doña M. L. C., esposa del Brigada con Grupo sanguíneo «A» y Rh positivo, sin que el citado matrimonio se apercibiera del error de nombre, ni manifestara nada sobre el resultado, ya que ni con ocasión de los dos embarazos anteriores ni de supuesto aborto anterior en poco tiempo al embarazo de autos, se había realizado prueba analítica semejante a Doña M. L. C. El análisis en cuestión fue firmado por el Capitán Médico Jefe del Servicio de Laboratorio y especialista en análisis clínicos Don M. G. M., hoy Comandante, procesado en esta causa, pero sin que se haya podido determinar la persona o personas del Laboratorio que con él intervinieron en el proceso analítico. Que el día treinta de junio siguiente, la citada señora dio a luz con normalidad en el mismo Hospital un varón, al que después se impondría el nombre de Iván, al cual se apreció focomelia, sindactilia, o agenesia de dedos de mano derecha. Tanto la madre como el hijo fueron dados de alta dos días después por considerarse satisfactorio su estado. Sin embargo, dos días después el padre del recién nacido lo llevó al Servicio de Pediatría del mismo Hospital Militar de Algeciras porque estaba inapetente y presentaba un color anormal, y al empeorar al día siguiente, quinto desde el nacimiento, el pediatra dispuso que se practicasen análisis de sangre a los padres y al niño, para determinar el Grupo sanguíneo y el factor Rh. Se hicieron las pruebas el mismo día por la mañana, cinco de julio, quinto desde el nacimiento, en el mismo Laboratorio y por el propio procesado, con el resultado de Rh positivo el padre y el niño, y negativo la madre, y treinta y uno, cuatro miligramos de bilirrubina total y test de Coombs directo positivo el hijo, lo que determinó el diagnóstico correcto de eritoblastosis fetal por incompatibilidad Rh, para cuyo tratamiento fue trasladado el enfermo al Hospital Militar de Sevilla, en el que sobre las diez de la noche se le practicó una exanguinotransfusión y cuatro días después fue dado de alta con advertencia a los padres de que volviesen para control de posibles secuelas tardías, lo que efectuaron en dos ocasiones en las que los resultados fueron de normalidad. Que el día uno de diciembre del mismo año mil novecientos setenta y siete, teniendo, por tanto, el niño cinco meses, fue ingresado en el Hospital Militar de Algeciras con fiebre, semi-inconsciencia y sensación de enfermedad grave, obnubilación inicial con aumento progresivo, aunque sin llegar a estado de coma. Le fue diagnosticada encefalitis vírica y catarro de vías respiratorias altas y tras nueve días de tratamiento fue dado de alta curado. Que con posterioridad a lo anterior en fecha no concretada en autos fehacientemente, se apreció en el mismo Iván subnormalidad que afecta al desarrollo motor y al psíquico, habiéndosele diagnosticado el doce de junio de mil novecientos setenta y nueve, es decir, a los dos años, una edad de madurar correspondiente a

ocho meses y nueve días. Poco después de ello, el cuatro de julio de mil novecientos setenta y nueve el padre formuló informe-denuncia atribuyendo la subnormalidad de su hijo a no haberse sabido a tiempo, por el error del primer análisis, que la madre tenía factor Rh negativo. A la vista de esa denuncia se inició la presente Causa. Que según los informes médicos obrantes en autos, en la determinación analítica del factor Rh existe un porcentaje normal de error que puede producirse por diversas causas, algunas de las cuales no son imputables a quien realice la prueba. Que según los coincidentes dictámenes del Tribunal Médico Militar de la Novena Región Militar y de tres médicos designados por el Colegio Médico de Cádiz, la subnormalidad del niño Iván puede ser congénita, como parte de un «cuadro global genéticamente condicionado» y como lo sugiere la focomelia por «Ley de asociación de malformaciones»; puede tener su causa en la eritoblastosis fetal y consiguiente impregnación de los núcleos basales por la bilirrubina; o pudo ser causada por la encefalitis vírica que padeció el niño a los cinco meses de edad. Con estos dictámenes coinciden el pediatra que lo atendió, quien, además, se inclina por la última de las causas citadas, añadiendo que si fuese por encefalopatía bilirrubínica habría hipermotividad y, sin embargo, no la hay, y los especialistas del Servicio Psiquiátrico del Centro de Diagnóstico y Orientación Terapéutica de la Jefatura Provincial de Granada, quienes expresan que el cuadro clínico de desarrollo del enfermo hace pensar más bien en una enfermedad congénita o subnormalidad de origen congénito generalizado. HECHOS QUE LA SALA DE JUSTICIA DE ESTE CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR DECLARA PROBADOS.

*RESULTANDO SEGUNDO.*—Que el Ministerio Fiscal, en el trámite del artículo setecientos veintinueve del Código de Justicia Militar, formuló su escrito de Conclusiones Provisionales, en las que tras la correspondiente relación de hechos, los calificó como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, previsto y penado en el artículo quinientos sesenta y cinco en relación con el cuatrocientos veinte, ambos del Código Penal, considerando responsable de dicho delito al citado Comandante, conforme a los artículos doce, número uno, y catorce, número uno, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, solicitó la imposición al procesado de la pena de un año de prisión, con sus accesorias legales y efectos, y exigiendo en concepto de responsabilidad civil la cantidad de tres millones de pesetas, que debería abonar a los padres del menor Iván, haciéndose efectiva subsidiariamente, en caso de insolvencia, por el Ministerio de Defensa, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos seis del Código de Justicia Militar.

y, solicitando práctica de prueba, la testifical, ante el Consejo de Guerra. Que en igual trámite de conclusiones provisionales, el Defensor Letrado del procesado expuso extensamente los hechos en forma distinta a la del Ministerio Público y, discrepando de la calificación jurídica de éste, solicitó la absolución y la práctica de pruebas, pericial y testifical.

**RESULTANDO TERCERO.**—Que habiéndose negado el procesado a firmar, de conformidad, las conclusiones de su Defensor Letrado, manifestó su deseo de designar nuevo Defensor, en el profesional que indicó. El Auditor de la Jurisdicción en ulterior dictamen propuso que podía tenerse por válida y eficaz la designación de nuevo Letrado, pero sin retroceder el procedimiento, confirmando nuevo plazo al Defensor designado, para el trámite del artículo setecientos treinta y cuatro del Código de Justicia Militar, resolviendo de conformidad la Autoridad Judicial en Decreto de trece de octubre de mil novecientos ochenta y uno.

**RESULTANDO CUARTO.**—Que notificado al Defensor Letrado del procesado el Auto de admisión de pruebas, éste recurrió amparándose en lo dispuesto en el artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar, por no haberse admitido las pruebas propuestas en su escrito de calificación y manifestando asimismo diversas alegaciones sobre el hecho de no haberse efectuado la entrega de los autos al nuevo Defensor para nuevo escrito de calificación provisional y promoviendo además cuestión de incompetencia de Jurisdicción, solicitando la inhibición de lo actuado en favor de la Jurisdicción Ordinaria en base a que el delito de que se acusaba a su patrocinado era de naturaleza común y no afectaba al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas.

**RESULTANDO QUINTO.**—Que el Auditor de la Segunda Región Militar en dictamen de dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y dos, propuso en primer término la desestimación del recurso del Defensor Letrado, por considerar que faltaba en el recurrente el «interés» que es base y fundamento de toda acción o recurso, así como por ausencia del presupuesto fáctico de la norma contenida en el artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar en que se basó el Defensor, al no ser el auto «denegatorio de pruebas»; en segundo término propuso la desestimación de las alegaciones del Defensor en cuanto a la entrega de los autos para evacuar nuevo escrito de conclusiones provisionales, en base a que el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar prohíbe que la negativa del procesado a firmar el escrito de conclusiones provisionales «paralice el curso de procedimiento»; y en tercer término, y en cuanto a la inhibición de las actuaciones a la Jurisdicción Ordinaria, propuso se remitiesen los autos a informe del Fiscal Jurídico Militar. Acordando de conformidad la

Autoridad Judicial, en decreto de quince de enero de mil novecientos ochenta y dos.

*RESULTANDO SEXTO.*—Que el Ministerio Fiscal informó en el sentido de mantener la competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento del delito culposo que se imputaba al procesado Comandante Médico Don M. G. M. en base a que el hecho se produjo en lugar militar, afectando al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas y si recayera Sentencia condenatoria contra el procesado, podría exigirse eventualmente al Ejército la responsabilidad civil subsidiaria a que alude el artículo doscientos seis del Código de Justicia Militar, acordando de conformidad la Autoridad Judicial con su Auditor en Decreto de dos de febrero de mil novecientos ochenta y dos.

*RESULTANDO SEPTIMO.*—Que acordada la Vista y fallo de la causa, se reunió el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en la plaza de Sevilla el veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y dos, ante el que, tras la práctica de los trámites legales, el Fiscal Jurídico Militar mantuvo sus Conclusiones provisionales. El Defensor Letrado en el mismo acto, tras relatar los hechos en forma distinta a la del Ministerio Público, puso de relieve la indefensión de su patrocinado al no admitirse en virtud de lo preceptuado en el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar un nuevo escrito de Conclusiones provisionales, admitido y firmado por el procesado, insistiendo en la libre absolución de su patrocinado por las razones que expuso. La Sentencia dictada, en la que se declararon probados unos hechos idénticos a los que se recogen en ésta, absuelve al procesado al estimar que los hechos relatados no eran constitutivos de delito, haciendo constar en los Considerandos que ni hubo imprudencia temeraria prevenida en el artículo quinientos sesenta y cinco del Código Penal, ni infracción de Reglamentos que calificaran la simple imprudencia y, aún ésta habría prescrito y que no estaba acreditado que fuera la actuación imprudente o negligente del procesado en forma precisa y directa la causa de las lesiones del menor Iván.

*RESULTANDO OCTAVO.*—Que notificada la Sentencia al Fiscal, Defensor y procesado no se presentó escrito de alegaciones ni recurso alguno contra la misma dentro de los plazos legales.

*RESULTANDO NOVENO.*—Que en el trámite del artículo setecientos noventa y ocho del Código de Justicia Militar emitió su dictamen el Auditor de la Segunda Región Militar, proponiendo el disenso de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, al estimar que se había incidido en ella en error de Derecho, por la incongruencia que se advierte en los Considerandos que sirven de fundamento al Fallo absolutorio dictado y en el Fallo mismo pronunciado, por considerar la grave indeterminación, por la imprecisión conceptual y gramatical que

resulta de que el Considerando Tercero de dicha Sentencia después de razonar cuál sea la línea divisoria entre la imprudencia temeraria y la simple, afirma «Por todo ello, en conclusión, el Consejo de Guerra no califica de temeraria sino de simple la imprudencia del procesado» consignando en el Cuarto y, tras precisar que no se ha producido ninguna infracción reglamentaria que, «por lo que el hecho a lo sumo podría haber sido constitutivo de una falta de simple imprudencia o negligencia sin infracción de Reglamentos del artículo quinientos ochenta y seis, número tres del mismo Código», agregando que, «pero esta falta habría prescrito», estimando el Auditor, que la expresada Sentencia debió absolver de la simple imprudencia que se califica en la misma o, en su caso, declararla prescrita, con reserva al perjudicado de las acciones civiles de que pueda hallarse asistido para resarcirse del daño producido. La Autoridad Judicial acordó de conformidad en Decreto de veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y tres, planteándose en consecuencia el mismo disentimiento, en idénticos términos.

*RESULTANDO DECIMO.*—Que recibidos los autos en este Consejo Supremo de Justicia Militar y turnados a la Relatoria de Ejército, pasaron a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado, que lo emitió en primer término, en el sentido de estimar que existen razones legales para mantener y aceptar el disenso planteado, por los motivos expuestos en el dictamen del Auditor, al que prestó su conformidad la Autoridad Judicial, estimando que, del examen de los Considerandos de la Sentencia, parece deducirse que en los Tercero y Cuarto, y más concretamente en el Primero de éstos, se confunden por el Consejo de Guerra los términos «actuación imprudente del sujeto» con la «imprudencia» penal, produciéndose en el Cuarto, la misma confusión, y considerando que la Sentencia dictada debía ser revocada, dictándose otra, en su lugar, que pudiera ser absolutoria tanto por el delito, como por la falta de imprudencia, salvo que se estimase por la Sala la existencia de un defecto formal en la tramitación de la causa, por si ésta considerase que constituye diligencia esencial con vulneración de las normas procesales y menoscabo de las garantías de las partes determinando la nulidad de las actuaciones a partir de aquel momento, conforme al artículo ochocientos treinta y dos, dos, del Código de Justicia Militar. Pues citado el procesado para dar su conformidad al escrito de Conclusiones provisionales presentado por su Defensa, y no para que lo firmase, una vez leído en todo su contenido, no dió su conformidad al mismo, por no ajustarse a la debida defensa técnica del caso y deseaba nombrar nuevo Defensor en la persona que indicó, cerrándose seguidamente la citada comparecencia, y elevándolas posteriormente en consulta del Ilmo. Sr. Auditor de la Región, sin que por parte del Instructor se le indicase que tenía que firmar también el escrito de Conclusiones provisionales formulado

por su Defensor y que de negarse a firmarlo se le invitase a hacerlo y de persistir en su negativa se hiciera constar por diligencia tal circunstancia, conforme determina el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar, máxime cuando este cambio de Defensor fue aceptado, produciéndose disparidad de criterio entre el Fiscal de la Región de una parte, que estimaba debía hacerse entrega de la causa al segundo Defensor, para que formulase nuevo escrito de Conclusiones provisionales dejando sin efecto el anterior, y el Auditor y Autoridad Judicial de otro, que aceptaron el cambio de defensa pero no la entrega al nuevo Defensor del procedimiento a los fines señalados, sino la continuación del procedimiento conforme al propio artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar.

*RESULTANDO UNDECIMO.*—Que el Defensor Letrado del procesado evacuó su escrito en el que tras manifestar que se produjo indefensión a su defendido, al no permitirsele evacuar el trámite de Conclusiones y que la Jurisdicción Militar es incompetente para conocer de los hechos de que se trata, estimó que, la contradicción en que se basa el disentimiento es más aparente que real, debiendo seguirse la pauta que marca el Considerando Segundo de la Sentencia que examina por separado la conducta del procesado y la existencia de causa a efecto con el resultado que originó el proceso, sin expresar petición alguna en orden al disenso planteado.

*RESULTANDO DUODECIMO.*—Que acordada la Vista de la presente causa el representante del Excmo. Sr. Fiscal Togado y el Defensor Letrado se ratificaron en sus respectivos escritos.

*RESULTANDO DECIMO TERCERO.*—Que en la tramitación de esta causa se han observado los preceptos legales pertinentes, sin que se aprecie la existencia de defectos u omisiones que afecten a su validez.

*CONSIDERANDO PRIMERO.*—Que el disentimiento de la Autoridad Judicial con su Auditor, de la Sentencia del Consejo de Guerra, se fundamenta en estimar que se ha incidido en ella en un error de Derecho concretado en la incongruencia que se advierte en los Considerandos que sirve de fundamento al fallo absolutorio dictado y al fallo mismo que se pronuncia, siendo de hacer notar que en el propio disentimiento no se cuestiona el contenido del Considerando Quinto de la Sentencia, donde se establece la falta de prueba de que la subnormalidad del menor Iván tenga su origen o causa en la conducta del procesado ni, en consecuencia, el fondo del fallo absolutorio dictado ya que, como señala el Auditor en su Informe «ante lo dicho no se comprende dónde se halla la antijuridicidad en la conducta del procesado», sino su excesiva concreción al limitarse «al delito de imprudencia de que se le acusaba en esta causa», sin hacer mención de la falta de imprudencia simple al parecer apreciada, para absolver de la misma o declararla prescrita.

Pues bien, partiendo de la base de que el disentimiento ha de ser apreciado por existir, en efecto, una grave incongruencia, que debe ser corregida, entre el contenido de los Considerandos Tercero, Cuarto y el Fallo dictado, aún cuando entendemos que, por una parte tiene más un carácter terminológico que conceptual y que, por otra parte, termina conduciéndonos, a través de parte del contenido de aquellos Considerandos, en relación con los hechos probados y el Considerando Quinto a una conclusión clara y que estimamos coincidente con la recogida en el Fallo, aún cuando no con la línea argumental que a él condujo.

En efecto, la Sentencia, partiendo en su Considerando Tercero de la afirmación de que la conducta del procesado es calificada por el Consejo de Guerra de «imprudencia simple», pone, en su Considerando Cuarto en entredicho dicha definición al hablar en forma condicional: «podría haber sido» «habría prescrito», por lo que, como bien señala el Auditor, por esta imprecisión, no sabemos a ciencia cierta si el Consejo estima o no la existencia de una falta de imprudencia simple, aunque, por otro lado y en lo que constituye un tercer estadio, la Sentencia recoge en los Considerandos citados la falta de prueba de haberse realizado el análisis por el procesado, el alto porcentaje de error que es normal en este tipo de análisis por causas que pueden ser ajenas al analista, la expresión «a lo sumo», al hablar de la posibilidad de existencia de una falta de imprudencia y, sobre todo, el comienzo del Considerando Quinto con la expresión: «Que tampoco concurre el requisito», lo cual parece una decisión, ya entonces congruente con el fallo, de la no existencia de la falta dubitada.

Por todo ello, la Sala estima, de acuerdo con el disentimiento, la existencia en la Sentencia disentida de una argumentación en parte incongruente, y en parte confusa, y entiende, tras el análisis ponderado de los hechos probados, sin entrar en interpretación distinta de la dada a los mismos en la Sentencia del Consejo de Guerra, y del estudio profundo de los Considerandos Tercero, Cuarto y Quinto de la misma, la no existencia de delito o falta alguno de imprudencia y la necesidad de disentir y dictar un nuevo Fallo.

**CONSIDERANDO SEGUNDO.**—Que las cuestiones previas de incompetencia de Jurisdicción planteadas por el Defensor, como las de posible nulidad de actuaciones, señaladas por el Defensor y el Fiscal Togado, han sido ya resueltas en sentido denegatorio y en momento procesal oportuno, tanto por la Autoridad Judicial como por esta Sala de Justicia, por lo que no procede volver sobre ellas al ser inoperantes, tanto por haber sido ya resueltas como por el momento procesal, acto de la Vista, en que se encuentra el procedimiento.

**CONSIDERANDO TERCERO.**—Que no siendo en consecuencia constitutivos los hechos de delito o falta alguna, huelga hablar de autoría, así como de circunstancias modificativas de la responsabilidad cri-

minal de las prevenidas en los artículos ocho a once, ambos inclusive, del Código Penal.

*CONSIDERANDO CUARTO.*—Que en consecuencia no son de exigir responsabilidades civiles algunas de las prevenidas en el artículo ciento uno y siguientes del Código Penal.

*VISTOS:* los artículos citados, sus concordantes, y de más de general y oportuna aplicación.

*FALLAMOS:* Que con estimación del disenso planteado y con revocación parcial de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, declaramos que debemos *ABSOLVER* y *ABSOLVEMOS* con todos los pronunciamientos favorables al procesado Comandante Médico Don M. G. M., por no ser los hechos constitutivos de delito o falta alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento, y con testimonio de esta Sentencia, devuélvase las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Segunda Región Militar, de cuya Jurisdicción proced.: Y remítase testimonio de esta Sentencia al Ministerio de Defensa (Cuartel General del Ejército), de conformidad con lo prevenido en el artículo ochocientos cuarenta del Código de Justicia Militar.

**Sentencia de 10 de mayo de 1984.**

**Recurso de revisión.**

*RESULTANDO PRIMERO.*—Que en la Causa número 736/78 de la Capitanía General de la Novena Región Militar, recayó Sentencia, dictada por Consejo de Guerra Ordinario, reunido en la Plaza de Melilla, el día 1.º de abril de 1982, en la que se declaran probado los hechos siguientes: «Que el día veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y ocho, el Legionario ANTONIO J. V., sin antecedentes penales, se ausentó de su Unidad, Tercio Gran Capitán I de la Legión, sin autorización de sus superiores, permaneciendo en ignorado paradero y fuera de todo control militar hasta el día nueve de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, que se presentó voluntariamente en el Gobierno Militar de Mérida. Al ausentarse de su Unidad pasó el mismo día a Marruecos, y desde la ciudad de Tánger viajó en Avión hasta Portugal, donde ha permanecido todo el tiempo que ha durado su ausencia». Tales hechos fueron calificados como constitutivos de un delito consumado de desertión al extranjero, previsto y penado en el Art. 374 del Código de Justicia Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes ni modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS de prisión militar con pérdida de tiempo para el servicio y anti-

güedad, y la accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina, por el tiempo que, después, debe servir en filas, con arreglo a la legislación de reclutamiento, y descontándose para todos los efectos el de condena, abonándosele para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido a resultas de la presente Causa y sin que, por último, se haga expresa declaración de responsabilidad civil. El Auditor de Guerra de la Región propuso la aprobación de la Sentencia, para que ésta quedara firme, y el Excmo. Sr. Capitán General de la Novena Región Militar, de conformidad con el Dictamen de su Auditor, acuerda aprobar la Sentencia y declararla firme y ejecutoria, con fecha veinte de abril de mil novecientos ochenta y dos.

*RESULTANDO SEGUNDO.*—Que, con fecha ocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en todo caso posterior a ser firme y ejecutoria la Sentencia de autos, se une Acta de inutilidad relativa al condenado, toda vez que el Tribunal Médico Militar de Inútiles de la Plaza de Melilla, en sesión celebrada en Melilla el veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, declaró que el expresado legionario padece Debilidad mental con trastornos del carácter, enfermedad incluida el Grupo I Letra C núm. 7 del Cuadro de exenciones del 16 de diciembre de 1969 (BO. núm 300), enfermedad contraída con anterioridad a su concentración, y el Auditor de Guerra estimó que, dado que dicha certificación médica era inexistente en el momento de dictar Sentencia, y que tal documento supone, la aparición de una prueba indubitada, cuyo conocimiento sólo fue posible con posterioridad a la Sentencia, estimando que pudiera considerarse previsto en el n.º 6 del Art. 954 del Código de Justicia Militar, y que, en consecuencia, pudiera revisarse la Sentencia, y de conformidad con cuanto dispone el Art. 959 del Código Castrense, remitió a este Consejo Supremo de Justicia Militar, razonada y documentada propuesta, para que, si lo estima procedente, se revise la Sentencia dictada en la referida Causa.

*RESULTANDO TERCERO.*—Que, recibidas las actuaciones en este Consejo Supremo, y turnadas a la Relatoria de Marina, se pasaron a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado, por acuerdo de la Sala de Justicia, quien, apreciando la concurrencia del caso n.º 6.º del Art. 954 del Código Castrense, propuso la admisión a trámite y la inmediata puesta en libertad del reo, en evitación de los irreparables perjuicios que pudieran ocasionarse, como así se acordó en la Sala de Justicia, en Providencia de 22 de junio de 1983, que acordó admitir a trámite la propuesta de revisión, por aparecer en principio comprendida en el motivo 6.º del Art. 954 del Código de Justicia Militar; pasar la Causa y el presente Rollo a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado; que por la Relatoria se practiquen las diligencias necesarias para la personación del reo, me-

diante defensor, a fin de que formule las alegaciones que a su derecho convengan.

*RESULTANDO CUARTO.*—Que, informado de nuevo, el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en el trámite del Art. 974 del Código de Justicia Militar, emite informe, estimando que procede adhesión a la razonada propuesta de revisión y que, en consecuencia, no estimando necesario la aportación de nuevos antecedentes, se revise la Sentencia, a la que se adhiere la defensa, estimando que concurren todos los requisitos que señala el n.º 6.º del art. 954 del Código de Justicia Militar.

*RESULTANDO QUINTO.*—Que, una vez evacuados los anteriores trámites, la Sala de Justicia, en sesión celebrada el 11 de noviembre de 1983, acordó dar por concluso el Expediente de Revisión, y dispuso que, tras la formación de apuntamiento e instrucción del Consejero Ponente designado, Excmo. Sr. Consejero Togado, Don Ignacio Díaz de Aguilar y de Elizaga, y, una vez cumplimentado, pasaran los autos a este Consejo Reunido en Sala de Justicia, para su conocimiento y fallo, sin el trámite de vista pública e informe oral, de acuerdo con lo prevenido en el Art. 969 del Código de Justicia Militar.

*RESULTANDO SEXTO.*—Que, en la tramitación de este Recurso se han observado todas las prescripciones legales vigentes.

*CONSIDERANDO PRIMERO.*—Que el hecho realizado por el legionario ANTONIO J. V. está en relación directa con la enfermedad contraída con anterioridad a su incorporación a filas, enfermedad de tal trascendencia que, por el Tribunal Médico Militar se le declara excluido total para el servicio militar, y, en consecuencia, para la permanencia en filas del aludido legionario, hecho que era desconocido durante la tramitación de la Causa, así como al dictarse y aprobarse la sentencia, y que, dado su importancia y trascendencia, se debe considerar como prueba indubitada, suficiente para evidenciar el error del Fallo, por ignorancia de las mismas, y que, de haberse conocido, el Fallo hubiera sido distinto del que se produjo.

*CONSIDERANDO SEGUNDO.*—Que los hechos, tal como han sido narrados en los antecedentes, están claramente previstos en el n.º 6 del Art. 954 del Código de Justicia Militar, toda vez que, dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el referido legionario, le priva al agente de la inteligencia indispensable para prestar el servicio militar, por no existir la voluntad necesaria para obrar conforme al conocimiento normal de un soldado en filas, por lo que se está en el caso de anular la Sentencia dictada en la Causa setecientos treinta y seis de mil novecientos setenta y ocho de la Novena Región Militar.

VISTOS los Artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que debemos declarar y declaramos, estimando el Recurso de Revisión formulado por el Excmo. Sr. Capitán General de la Novena Región Militar, contra la Sentencia dictada en la Causa setecientos treinta y seis de mil novecientos setenta y ocho, seguida al Legionario ANTONIO J. V., nula dicha Sentencia dictada con fecha uno de abril de mil novecientos ochenta y dos, por la que se le condenaba, como autor de un delito consumado de deserción al extranjero del Art. 374 del Código de Justicia Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes ni modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión militar con pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad, y la accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que, después, debe servir en filas, con arreglo a la legislación de reclutamiento, y descontándosele para todos los efectos el de condena, abonándosele para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido a resultas de la presente Causa, sin declaración expresa de responsabilidades civiles, ordenando a la Autoridad Judicial de la Novena Región Militar que se tramite y falle de nuevo la Causa.

Para cumplimiento, remítase testimonio de esta Sentencia a la Capitanía General de la Novena Región Militar, con devolución de la Causa a que se ha hecho mención.

Así por ésta, nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Sentencia de 27 de junio de 1984.**

**Recurso de casación por infracción de Ley.**

**Delito de insulto a superior, con resultado de muerte.**

*PRIMER RESULTANDO.*—Que reunido el Consejo de Guerra de la Sexta Región Militar en Burgos el veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y tres, dictó sentencia cuyo resultando de hechos probados, dice lo siguiente: «Que sobre las veintidós treinta horas del día seis de mayo de mil novecientos ochenta y uno, el procesado, en aquel entonces Guardia Civil, D. JUAN P. F., de quien no constan antecedentes penales, y de regular conducta informada en Autos, quien había entrado a prestar servicios de los denominados «de Puertas», en el Acuartelamiento del Puesto de Quincoces de Yuso a las diez horas de dicho día, se dirigió al despacho del Comandante de dicho puesto, Cabo de la Guardia Civil D. Juan M. C., el cual se hallaba realizando en aquel momento la labor de nombramiento de los servicios para el día siguiente, pidiendo permiso para acostarse en el cuarto de puertas con

arreglo a la costumbre seguida habitualmente en dicho lugar, a lo cual el Superior le contestó que aguardase a que terminara el trabajo que estaba realizando y que entonces se podría acostar. El procesado, visiblemente molesto ante la respuesta del Cabo, comenzó a discutir con el mismo, haciendo caso omiso a las advertencias que este le hacía de que permaneciera en el lugar y adoptando incluso una actitud de manifiesto desacato ante la orden referida, saliendo de la estancia donde ambos se encontraban y yéndose a buscar un colchón, por lo que el Cabo M. C. salió detrás de él, asiéndole del hombro, momento en que el procesado desenfundó la pistola que reglamentariamente tenía asignada, apuntando con ella al Cabo, y saliendo acto seguido del edificio donde se ubican las dependencias oficiales de la Casa Cuartel, mientras que el Cabo se quedaba dentro, cerrando la puerta de acceso a la misma y pasando al Cuarto de Puertas, al comprobar la actitud amenazadora del procesado. Al observar éste —que se había situado en la parte exterior de una de las ventanas de dicho cuarto para comprobar la actitud que tomaba el Cabo— que este último se encontraba dentro de la estancia y que había apagado la luz de la misma al ver que el inferior esgrimía la pistola contra él, pero que ofrecía un blanco seguro por estar suficientemente iluminada la habitación por la luz del pasillo, efectuó contra el mismo hasta cinco disparos, uno de los cuales alcanzó al Superior entrando por la zona occipitolateral izquierda, saliéndose por el ojo izquierdo; y otro por el hemitorax derecho debajo y por dentro de la mamila derecha, y salió por el hipocóndrio derecho, ocasionándole lesiones de tal gravedad que fueron causa determinante del fallecimiento prácticamente inmediato del Cabo M. C.. Acto seguido comparecieron en el lugar de los hechos la esposa del extinto y el Guardia Civil D. José G. A., éste último portando el Subfusil marca Z-70 que tenía reglamentariamente asignado, a quien el procesado entregó la pistola con la que había realizado los disparos, y que se había encasquillado después de haber sido disparada cinco veces. El citado procesado ha sido sometido a minuciosos reconocimientos periciales psiquiátricos, durante la tramitación del procedimiento, que han dado como resultado que el mismo tiene una personalidad psicopática esquizo-paranoide, sin psicosis de ningún tipo. HECHOS QUE EL CONSEJO DE GUERRA DECLARA PROBADOS.»

Y en la parte expositiva que: «los hechos declarados probados son constitutivos de insulto a Superior en acto de servicio de armas, con resultado de muerte, previsto en el párrafo primero del artículo trescientos diecinueve del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo doscientos cincuenta y seis número dos del mismo, y con el artículo noventa y dos del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia

Civil, de catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, y penado en el artículo trescientos diecinueve del Código Castrense, en relación con el artículo primero del Real Decreto Ley cuarenta y cinco/setenta y ocho, de veintiuno de diciembre, concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Atenuante calificada, prevista en el artículo ciento ochenta y nueve, segundo, en relación con el artículo ciento ochenta y cinco, primero, del Código de Justicia Militar, eximente incompleta de enajenación mental; y el agravante de la alevosía, previsto en el artículo ciento ochenta y siete, número uno, del citado Código de Justicia Militar.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado, JUAN P. F., como autor responsable de un delito de insulto a Superior ya apreciado, con la concurrencia de la circunstancia atenuante calificada prevista en el número segundo del artículo ciento ochenta y nueve, en relación con el número primero del artículo ciento ochenta y cinco del Código de Justicia Militar, y del agravante previsto en el número uno del artículo ciento ochenta y siete del mismo, a la pena de VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN, con la accesoria de inhabilitación durante el tiempo de la condena y la expulsión de las filas del Ejército, con pérdida de todos los derechos adquiridos en él, sirviéndole de abono para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido con carácter preventivo durante la tramitación de esta causa. Declarando finalmente que, en conceptos de responsabilidades civiles, el procesado JUAN P. F., y en caso de insolvencia del mismo el Estado, deberán abonar a D.<sup>a</sup> María del Carmen C. C. la cantidad de DOS MILLONES DE PESETAS.»

*RESULTANDO SEGUNDO.*—Que el Letrado Defensor del citado procesado preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de casación contra la citada sentencia por tres motivos de infracción de Ley al amparo del artículo trece de la Ley Orgánica nueve/ochenta de seis, de noviembre y de los artículos ochocientos cuarenta y siete y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se relacionan seguidamente:

*Motivo primero de casación:* Por infracción de Ley, con base en el número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba. Lo fundamenta en el resultante de documento auténtico que muestra la equivocación evidente del juzgador, y que no está desvirtuado por otras pruebas, por cuanto, en la forma de la condición de los hechos, afirma la Sentencia que hubo aseguramiento propio del reo e indefensión por parte de su defendido, lo cual es contrario a lo que constata el documento croquis del folio nueve y el informe de autopsia sin que

haya ningún principio de prueba que lo contradiga, alegando situación en que quedó tendida la víctima, la discusión surgida entre las partes y la posible conducta del cabo al tomar el Cetme, con fundamentos legales que aporta en su recurso.

*Segundo Motivo:* Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al exponer que el cauce de casación que determina la sentencia de veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y dos del Tribunal Constitucional que recoge como infracción de Ley, el derecho personal a la presunción de inocencia el artículo veinticuatro párrafo segundo de la Constitución, y esto es así porque se aprecia error probatorio al afirmarse el aseguramiento sin riesgo del culpable y la indefensión de la víctima que al no existir, da lugar a la no apreciación de la presunción constitucional indicada, alegando los fundamentos de derechos que estime pertinente en su recurso.

*Tercer Motivo:* Al amparo del número primero del artículo ochocientos cuarenta y nueve del Código Procesal Penal, infracción de Ley por aplicación indebida de las circunstancias agravantes de alevosía prevista en el artículo ciento ochenta y siete número uno del Código de Justicia Militar y diez número uno del Código Penal. Porque dice que dados los hechos probados en la sentencia, se han inaplicado dichos artículos, en relación con el número uno del artículo diez del Código Penal, al no haberse justificado la existencia, ni el empleo de medios, modos o formas de asegurar al procesado la ejecución, sin riesgo de la defensa que pudiera ser el ofendido. Estableciendo para ello la presunción de situación de riña o agresión mutua entre las partes; lo pequeño que es el Cuartel y la situación mental de su patrocinado, que por impulso subsiguiente a una agresión ilegítima, de por sí diluye la cuestión de la agresión a un Superior, con los argumentos legales que estima pertinentes.

**RESULTANDO TERCERO.**—Que dado traslado del recurso de casación por infracción de Ley al Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, se da por instruido, y propone la inadmisión de los dos primeros motivos alegados por el Letrado Defensor, con fundamento en el primero que el croquis no es un documento auténtico y en el segundo por el mismo razonamiento, y se opone en cuanto al contenido del tercer motivo, acordando la Sala por diligencia se de traslado de la copia del escrito del Excmo. Sr. Fiscal Togado a la representación del procesado para dar cumplimiento al artículo ochocientos ochenta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quien presenta escrito en tiempo y forma para sostener la admisibilidad de los motivos desechados por el Fiscal, estableciendo las consideraciones y argumen-

tos legales en la contestación que formula en tiempo y forma, acordando la Sala de Justicia, la admisión de los tres motivos a los efectos de trámite y continuación del recurso.

*RESULTANDO CUARTO.*—Que los tres motivos de casación aludidos se hayan autorizados por los artículos ochocientos cuarenta y siete y ochocientos cuarenta y nueve, primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo ochocientos cuarenta y siete de la citada ley procesal, procede el recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia; y, en este caso, contra la dictada por el Consejo de Guerra a tenor de lo dispuesto en el artículo trece de la Ley Orgánica nueve/ochenta de Reforma del Código de Justicia Militar. Y conforme al artículo ochocientos cuarenta y nueve números uno y dos de la Ley Procesal Penal, podrán interponerse por infracción de Ley cuando se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo o haya habido error de hecho si resulta éste de documento auténtico que muestre la equivocación evidente del juzgador.

*RESULTANDO QUINTO.*—Que en el acto de la vista, que tuvo lugar en esta fecha, el Ministerio Fiscal mantuvo su oposición al recurso y la defensa del procesado los sostuvo, con fundamento en definitiva de los propios argumentos antes citados.

*CONSIDERANDO PRIMERO.*—Que al estar fundado el primer motivo de casación en el artículo ochocientos cuarenta y nueve, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, se hace preciso analizar si hubo el citado error dimanante de documentos auténticos, y admitiendo a tales efectos la Sala como documentos auténticos el croquis del lugar y diligencias de autopsia, llevados a cabo por perito y averdados por el Juez, es preciso analizar si de éstos se deduce tal error esencial, que desvirtúen la narración de hechos de la sentencia. El recurrente afirma que sí lo hubo y expone que según el croquis el interfecto quedó tendido, no en el cuarto de puertas, sino en el vestíbulo de las dependencias, lo que presume que anduviera los pasos necesarios desde el cuarto de puertas a dicho vestíbulo, luego se desvirtúa la supuesta «posición ventajosa», tendente al aseguramiento de la ejecución del hecho sin riesgo para su persona. En todo caso afirma que con motivo de la discusión surgida por la negación del permiso para acostarse estaba su patrocinado visiblemente molesto y discutió con la víctima, momento en que el procesado desenfundó la pistola, apuntado con ella al Cabo, quien pasó al cuarto de puertas para comprobar la actitud amenazadora de éste. Afirmando ante esta situación de lucha y amenaza, el Cabo que apagó la luz del cuarto de puertas, pudo echarse al suelo, defenderse con su pis-

tola o con el Cetme que estaba a su lado, y guarecerse tras de los muebles de dicho cuarto. Terminando con la afirmación que de la autopsia se desprende que aunque hubieran sido cinco los disparos producidos, sólo dos alcanzaron al difunto.

Estas presunciones que no están justificadas ni por indicios en el procedimiento, excepto en el lugar que quedó la víctima y ello fue, según manifiesta el procesado, porque al recibir los impactos se iba agachando y resulta absurdo pensar que la víctima estuviera en el pasillo al recibir los impactos de los disparos, por existir una pared de por medio en la trayectoria, lo sucedido es que una vez herido mortalmente pretendió huir, y de ahí que de los cinco disparos sólo le alcanzarán dos, por ello, carecen de base alguna y están en contra de todas las sentencias que se han referido al artículo ochocientos cuarenta y nueve apartado segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así la de 12 de noviembre de 1974, dice que no basta suponer gratuitamente que se ha cometido error de hecho sino que es preciso que exista algún motivo racional.

El Tribunal Supremo tiene que aceptar los hechos como están consignadas las sentencias y sobre los que declare probados la Sala sentenciadora en uso de sus exclusivas facultades no cabe discusión alguna. (S. 9-10-1880; CJ., V, II, 69) (Análogas SS. 19-4-1873, CJ. V, I, 219; 13 y 26-10-1874, CJ., V, II, 80 y 87; 14-1-1876, CJ., V, I, 38; 22-3-1880, CJ., V, I, 109; 9-7-1885, CJ., V, II, 32; 27-1-1892, CJ., V, I, 49; 25-1-1896, CJ., V, I, 68; 1-12-1927, CJ. V, II, 118; 19-6-1928; CJ., V, I, 294; y muchas más).

Para que pueda existir notorio error es preciso que se contemple manifiesta discrepancia entre lo que el Consejo de Guerra ha declarado cierto y lo que de modo patente resulta de las actuaciones, ya que la frase de «notorio error» empleada por la Ley significa equivocación clara, explícita e indudable (SS. de 16 de marzo 1953, 29 de enero 1958, 2 y 6 de abril 1960, 5 de febrero 1964, 18 de noviembre 1970 y 25 de febrero 1972). Es decir, que se acompañe al acto o documento auténtico del que con toda evidencia se desprenda la equivocación del juzgador no contradicha además por ninguna otra prueba, habida cuenta que el artículo setecientos cuarenta y uno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la Sala sentenciadora de instancia la facultad privativa de apreciar la prueba según su conciencia y estos extremos no pueden ser desvirtuados por las presunciones de lucha y amenaza, de que la víctima pudo echarse al suelo, o de que pudo defenderse o guarecerse, sin que se deduzca de ningún folio del procedimiento estas suposiciones, en consecuencia el recurso en estudio obedece a un falso concepto de la casación, y para sostenerlo precisería prescindir cual si no existieran, de los dos preceptos cardinales que rigen el conocimiento de la prueba, el

artículo setecientos cuarenta y uno y el número dos del ochocientos cuarenta y nueve de la Ley Procesal aplicable, y cuyos textos glosan a través de largos años repetidísima jurisprudencia pese a la que su doctrina firme se echa todavía en olvido, hasta provocar nuevas invocaciones de los siguientes principios que resumen la técnica de dicha materia: a) La facultad de enjuiciar la prueba corresponde exclusiva a los Tribunales de Instancia, sin más limitación que la impuesta por los dictados de la propia conciencia de los juzgadores, b) Los hechos probados no pueden impugnarse en casación, salvo que algún documento o acto auténtico evidenciasen hubo error esencial.

En conclusión, el número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no autoriza el recurso de casación por infracción de Ley derivado de una pretendida resultancia de la prueba documental practicada en el juicio que conduzca a conclusiones distintas de las que fueron establecidas por la Sala sentenciadora en la resolución final de aquél, sino que concreta la acción justificativa del recurso a la existencia de un error de hecho de la sentencia combatida, deducido de documentos auténticos que lo demuestran así con evidencia, y de ello se desprende que por esta vía no se puede traer a casación hipótesis, conjeturas ni deducciones consecutivas a análisis de la prueba practicada, sino una afirmación categórica de la existencia de un error de hecho precisamente perfilado, y la de un documento auténtico, también precisado y concreto, que lo evidencie, esto es, que tenga la fuerza suficiente para poner de relieve sin equívocos ni posibles controversias aquella equivocación imputada.

Por lo que antecede es visto que se estime pertinente o impertinente las apreciaciones personales, como en el presente caso se alega por la defensa y las consideraciones a que se alude, notoriamente carecen del carácter que exige la Ley para casar una sentencia por error de hecho en la prueba y por cuya razón procede la desestimación del recurso interpuesto en cuanto al primer motivo.

*CONSIDERANDO SEGUNDO.*—Que el segundo de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado al amparo del artículo ochocientos cuarenta y nueve, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está basado por error de hecho en la apreciación de la prueba alegando la infracción del artículo veinticuatro, número dos, de la Constitución, sobre el derecho personal a la presunción de inocencia, en relación con el número uno de la misma, porque se aprecia, con error probatorio el aseguramiento sin riesgos del culpable, y la indefensión de la víctima, al no existir, dice, da lugar a la no apreciación de la presunción constitucional indicada, afirmando que existe un error in-judicando, por infracción de la presunción de inocen-

cia, ya que se imputa a su cliente esa ventaja en la imputación con indefensión de la víctima. A este efecto, el principio de inocencia del artículo veinticuatro, apartado segundo, de la Constitución se ha de estimar sobre hechos en que puede prosperar el principio de la ley favorable al reo cuando se está en la duda de si es o no culpable, pero no en el caso de autos donde el procesado da muerte a una persona, y es sorprendido in fraganti en la referida acción, su culpabilidad queda clara desde el primer momento sin que tenga por qué presumirse la inocencia en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que es una cuestión que en juicio de valor corresponde al Tribunal conforme a conciencia, una vez resuelta la participación en el delito. Por ello la Sala observa en la formación y tramitación del presente motivo una falta de claridad respecto de las características propias del recurso habida cuenta que más es una cuestión de inconstitucionalidad, que de recurso de infracción de Ley. Ello evidencia que lo que solicita de esta Sala no es, una nueva sentencia, dictada por ausencia de pruebas en la anterior, sino una sentencia basada en una apreciación de la prueba y ello es cosa que claramente escapa del concepto de la casación pues la Sala mal puede y debe garantizar el respeto a la presunción de inocencia y estimar, en caso de recurso, si esta presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada, pero esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia a quien corresponda, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Por lo que procede y la Sala acuerda la desestimación de este segundo motivo de casación que carece de consistencia legal a los efectos de aplicar o no la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de «alevosía», como derecho personal de presunción de inocencia.

*CONSIDERANDO TERCERO.*—Que no mejor suerte ha de llevar el tercer motivo de casación planteado por la defensa al amparo del artículo ochocientos cuarenta y nueve apartado primero del Código Procesal Penal, por infracción de Ley y aplicación indebida de las circunstancias agravantes de alevosía prevista en el artículo ciento ochenta y siete, número uno, del Código de Justicia Militar y diez, número uno, del Código Penal. Todo ello porque vuelve a insistir en intentar alterar la declaración de hechos probados que el Tribunal de Instancia en su día se basó, presumiendo una riña o agresión mutua que no deduce de ningún folio; que el cuartel era pequeño, como si ello tuviera trascendencia para los hechos de autos, y que la exigente incompleta de enajenación mental, subsiguiente a una agresión ilegítima aminora la cuestión de la agresión a un Superior.

El concepto tradicional de alevosía es la ejecución de un delito sin exposición o peligro alguno para la persona del culpable, por la defensa que pudiera ser el ofendido, bastando que los medios empleados encaminen a facilitar el propósito delictivo del culpable y que por ello sea precisamente difícil una reacción de defensa, así la Sentencia de veintiséis de junio de 1925, siete de julio de 1942, 17 de diciembre de 1966 y 28 de febrero de 1972, exigen la busca o aprovechamiento de cuantas situaciones de indefensión absoluta signifiquen garantía para el agresor, como sucede en los hechos de autos que dispara el procesado cinco veces sobre el ofendido desde una ventana cuando este último se encontraba indefenso dentro de la habitación del cuarto de puertas. La jurisprudencia más reciente ha venido extendiendo el concepto de este agravante a un predominio del aspecto objetivo en el sentido de que es independiente de la imputabilidad del autor estableciendo que no es preciso que los medios o formas hayan sido escogidos con antelación, bastando que se utilice en el momento de la ejecución, Sentencias de 31 de enero de 1970, 16 de marzo de 1965 y 25 de noviembre de 1974. Así como que es compatible con la eximente incompleta de estado mental deficiente y trastorno mental transitorio, Sentencias de 21 de noviembre de 1930, 4 de marzo de 1957 y 6 de abril de 1972, por lo que la apreciación que hace el Tribunal de instancia de estas circunstancias modificativas de responsabilidad criminal no impiden ni es incompatible con la agravante de esta responsabilidad de alevosía y en consecuencia la Sala acuerda desestimar también este tercer y último motivo de casación.

*CONSIDERANDO CUARTO.*—Como resumen al estudio del presente recurso de casación, es necesario puntualizar que los hechos de autos se ha enjuiciado un delito previsto en el título décimo del Código de Justicia Militar «delito contra la disciplina militar», de insulto a Superior en acto de servicio de armas que le ha ocasionado la muerte, calificado en el artículo trescientos diecinueve del Código de Justicia Militar y sancionado en el mismo artículo con la pena de muerte, si bien con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto Ley cuarenta y cinco/setenta y ocho, de veintiuno de diciembre (B.O.E. 306), la pena de muerte quedará sustituida por la de treinta años de reclusión en tiempo de paz; luego es pena única sin formación de grado y en este delito el Consejo de Guerra apreció la atenuante calificada del artículo ciento ochenta y nueve apartado segundo en relación con la del artículo ciento ochenta y cinco, apartado primero, de eximente incompleta de la responsabilidad criminal, por lo que impuso la pena inferior en un grado conforme al artículo ciento noventa y tres y doscientos treinta y nueve, todos ellos del texto Castrense, estimando de otro lado la agravante de la responsabilidad criminal del artículo ciento ochenta y siete, apartado primero, del citado texto, denominada de alevosía, y la condena que se impuso

por el Tribunal de Instancia es de veinte años de reclusión.

*CONSIDERANDO QUINTO.*—Que si bien los artículos setecientos noventa y siete, setecientos noventa y ocho y siguientes facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por el Consejo de Guerra, tal facultad debe entenderse subsistente sólomente en el caso de que las partes no hayan interpuesto recurso de Casación que haya sido admitido a trámite, toda vez que quebraría el principio de la sanidad de la cosa juzgada y se infringiría el artículo novecientos cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que, las Sentencias dictadas en Casación, son firmes y ejecutorias y contra las mismas no cabe recurso alguno, y como tal habría de entender el de alegaciones de las partes que darían lugar, en caso de producirse el disentimiento, a una nueva Sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de ser firme y ejecutoria.

VISTOS los artículos citados, los preceptos legales concordantes y demás de general uso y aplicación.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el Defensor del procesado Guardia Civil DON JUAN P. F., contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Ordinario celebrado en la Plaza de Burgos el veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y tres, sin declaración de costas por la naturaleza del proceso militar, debiendo la Sentencia recurrida declararse firme y ejecutoria en los propios términos de su fallo sin más trámites.

Así por nuestra Sentencia, irrevocablemente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento y con testimonio de esta Sentencia, devuélvase las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Sexta Región Militar, de cuya Jurisdicción proceden.