

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR*

Antonio MILLAN GARRIDO

Sentencia de 29 de enero de 1987

Revisión

Precepto aplicado: art. 954, 6º CJM

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Dávila Zurita

ANTECEDENTES

F.S.R., que desde 1961 era activista de las "Juventudes Libertarias", difundió propaganda de esta Organización e intervino en reuniones para estudiar tácticas operativas contrarias al régimen político franquista, quedando instituido, desde marzo de 1962, jefe del movimiento clandestino en M. Desde ese puesto viajó a Francia y conoció los planes terroristas de la Organización, encontrándose en el Valle de los Caídos cuando elementos de las "Juventudes Libertarias" hicieron explotar un artefacto en la Basílica de la Santa Cruz.

Tales hechos fueron considerados por un Consejo de Guerra, reunido en M. en octubre de 1962, constitutivos de un delito de rebelión militar, por el que se condenó a F.S.R. a la pena de veintiocho años de reclusión y accesorias.

Del Consejo de Guerra formó parte, como Vocal Ponente, el Comandante Auditor Honorífico Don M.F.M., quien, en 1966, fue condenado, como autor de un delito de "ejecutar actos de la profesión militar con causa ilegítima", en concreto carecer del título de Licenciado en Derecho necesario para integrarse en el Cuerpo Jurídico Militar y, por ende, poder formar parte de Consejos de Guerra, como Vocal Ponente.

En 1986 F.S.R. interpone recurso de revisión contra la Sentencia en la que fue condenado, con base en el nº 6 del artículo 954 CJM, y por considerar que, habiendo ejercido el Comandante Auditor Don M.F.M. el cargo de Vocal Ponente sin titulación adecuada, se impone la nulidad. Se señala cómo el artículo 66 CJM "no otorga potestad legal ni reglamentaria a la Autoridad Judicial para celebrar un Consejo de Guerra sin la presencia del

(*) Correspondiente al año 1987.

Vocal Ponente, ni para, en el caso de que no existiese, sustituirle por otra persona cualquiera a sus órdenes”.

El Fiscal Togado se opone a la admisión del recurso, toda vez que el fundamento del artículo 954, 6º CJM consiste en la “constatación del error en el fallo y como consecuencia directa inmediata de la aparición de nuevas pruebas, y a pesar de la circunstancia alegada, que afectaba al Vocal Ponente, nada induce a considerar que la misma fuera origen de un fallo erróneo, porque el recurrente no lo demuestra en absoluto, ni siquiera lo intenta y porque la Sentencia estuvo rodeada de tal serie de garantías, en cuanto a su adecuación a la realidad, que no admite duda de su acierto, ya que el fallo se dicta por Tribunal colegiado, la Sentencia es revisada por el Auditor que propone su aprobación a la Autoridad Judicial y el recurrente confunde una posible causa de nulidad con una de revisión, que es lo que se está estudiando y debatiendo”.

El Consejo Supremo de Justicia Militar, reunido en Sala de Justicia, declara no haber lugar al recurso de revisión interpuesto contra la Sentencia en que fue condenado F.S.R., la que, en consecuencia, queda confirmada en todas sus partes.

El Consejo fundamenta la desestimación del recurso en la siguiente

DOCTRINA

· **CONSIDERANDO:** Que, por el carácter extraordinario del recurso de revisión contra sentencias firmes, que regulan los artículos 954 y siguientes CJM, procede cuando concurren de forma notoria alguno de los motivos previsto en la ley, porque otra cosa supondría no respetar, como normalmente es obligado, el principio de santidad de la cosa juzgada, que sólo cede ante la constatación clara del error, y la causa de revisión invocada, caso 6º del artículo 954 CJM, “cuando después de dictada sentencia condenatoria, se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas”, supone que, después de haber adquirido firmeza la Sentencia, sobrevenga el conocimiento de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien el error del fallo, pues la naturaleza del recurso de revisión, de carácter extraordinario, como medio de revocación de sentencias firmes, exige que la verdad legal establecida en el proceso penal quede desvirtuada con los nuevos elementos de prueba incorporados. Se trata, pues, de no mantener la eficacia de la cosa juzgada frente a notorias y patentes injusticias, en supuestos de condenas de personas inocentes y, para que el recurso pueda prosperar, es necesaria la constatación del elemento de prueba exigido en la ley y que el mismo conlleve la destrucción de los fundamentos de la calificación jurídica de la Sentencia, no pudiendo admitirse la extensión por analogía a causas distintas de las taxativamente enumeradas, por lo que el presente recurso no puede prosperar, y más aún cuando lo alegado no evidencia, y ni siquiera lo intenta, el error en el fallo, cuya demostración exige la ley, y únicamente trata de

poner de manifiesto un defecto procesal, que en su momento pudiera haber determinado la nulidad de las actuaciones, infracción procesal que debe ser atacada por otros cauces, ejercitables en su momento oportuno; y, como acertadamente expone el Fiscal Togado, el recurrente confunde una posible causa de nulidad, la que afectaba al Vocal Ponente, con una de revisión, la del caso 6° del artículo 954 CJM, que es sometida a debate, confusión que viene a plantear un tema que sobrepasa claramente los límites establecidos para el cauce de la revisión y su amparo se formulan pretensiones que igualmente deben rechazarse de plano, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones, así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, número 7 de 1983, de 14 de febrero, recaída en recurso de amparo núm. 236/1982 (1), y el auto de la Sala Primera del mismo Tribunal de 10 de julio de 1985 recaído en recurso de amparo núm. 250 de 1985, si bien los derechos fundamentales deben considerarse imprescriptibles, no estando sujetos a plazo de caducidad alguno, la imprescriptibilidad no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de derechos ajenos, el legislador establece determinados plazos de prescripción, para la utilización de acciones frente a la vulneración de estos derechos. Finalmente, tal y como establece, igualmente, el Fiscal Togado en su informe, el proceso estuvo rodeado de una serie tal de garantías, que no admite duda de su acierto, pues el fallo se dictó por un Tribunal colegiado, siendo de destacar que no hubo votos particulares, la Sentencia fue revisada por el Auditor, que propone su aprobación a la Autoridad Judicial por considerarla justa, sin que se haga alusión a posibles errores en la misma y, a mayor abundamiento, el defensor del procesado recurrente, en el trámite del artículo 933 CJM (posteriormente modificado), reconoce la culpabilidad de su cliente, considerándole incurso en el delito del artículo 289 CJM, a efectos de atenuar la penalidad.

Sentencia de 25 de marzo de 1987

(Región Militar "Sur")

Disentimiento

Fraude militar. Negligencia en la custodia de armamentos

Preceptos: arts. 403,4 y 437,1° y 2° CJM y 161, 1° CPM

Ponente: No consta.

ANTECEDENTES

El Soldado I.J.E.G., cuando prestaba servicio de conductor, para el cual se le había asignado un subfusil que recogió del depósito de armamento de su Compañía y, una vez diligenciada la hoja de ruta, fue a recoger al Brigada M.A.R., pero durante el camino detuvo el vehículo en un kiosko para com-

(1) *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1983, pp. 73-79.

prar unas pipas, resultando que, una vez finalizado el servicio encomendado, el arma había desaparecido, sin que haya sido hallada con posterioridad.

En el Consejo de Guerra el Ministerio Fiscal consideró los hechos constitutivos de un delito de fraude del artículo 403, n° 4 CJM y solicitó para el procesado la pena de siete meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil, la Defensa mostró su conformidad y el Tribunal, aceptando la tesis del Minsiterio Público, impuso a I.J.E.G. la pena solicitada.

Sin alegación alguna de la Defensa, el Auditor propuso el disentimiento de la Sentencia, por estimar que éste presenta las siguientes anomalías: "1) En el resultando de hechos probados no se consigna extremo alguno, concerniente a la conducta del procesado, del que, a través de las consideraciones jurídicas pertinentes, se pueda extraer racionalmente la calificación legal de aquellos hechos como delito de "fraude" de carácter doloso; 2) En el primero y principal de los considerandos, tras hacerse constar que de lo actuado se desprende claramente que "el procesado distrajo el armamento" (lo que, como se ha indicado, no fluye de los hechos probados), se expresa lo siguiente: "sin que conste que se lo hubiera apropiado, enajenado ni cedido a otra persona". Y lo cierto es que, aunque el artículo 403 contemple otro hipotético modo de "distracción" distinto de los señalados, es necesario establecer concretamente cual fue el "modo" en que la distracción se produjo; 3) *En todo caso, el hecho, que en supuestos corrientes pudiera saldarse con una pena de siete meses de prisión y una indemnización de 8.000 pesetas, tiene en el presente caso unas connotaciones que no cabe desconocer*".

El Fiscal Togado, adhiriéndose al disentimiento, propone la nulidad de la Sentencia, por considerar que lo que cometió el Soldado I.J.E.G. fue la *falta grave del artículo 437, 2° CJM, "toda vez que el extravió negligente de un arma es un incumplimiento de deberes militares, ya que incumbía, en este caso, al Soldado cuidar del arma que se le había entregado para realizar un servicio, y al no hacerlo y desaparecerle, obviamente ha incumplido su deber de portar y custodiar tal arma"*, sin que sea de aplicación el artículo 161, 1ª CPM, por no resultar el mismo más beneficioso al procesado.

El Consejo Supremo de Justicia Militar, aceptando el disentimiento planteado, anula la Sentencia y corrige, con seis meses de arresto militar y responsabilidad civil, al Soldado I.J.E.G., con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que del expresado relato de hechos no se deduce ni cabe presumir la voluntad de I.J.E.G. de apropiarse, enajenar, ceder o distraer el Subfusil que tenía a su cargo para la prestación del servicio y que desapareció del vehículo oficial que conducía, también en acto de servicio, coincidiendo con el abandono del mismo durante el tiempo que precisó para hacer una compra en un kiosko próximo al lugar en el que aparcó.

CONSIDERANDO: Que los hechos que el Consejo de Guerra declara probados no son constitutivos del delito de fraude previsto en el artículo

403 n° 4 CJM y sí la falta grave prevista en el artículo 437, 1° de dicho Cuerpo legal, cuyos preceptos han de entenderse más beneficiosos que los que, por aplicación de la Disposición transitoria tercera de la ley 13/1986, pudieran corresponderle del nuevo Código penal militar.

Sentencia de 25 de marzo de 1987

(Región Militar "Sur")

Casación

Insulto a Superior con resultado muerte

Preceptos: arts. 99, n° 1 y último párrafo CPM; 849, 1° y 2° LECrim

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

Cuando el Guardia Civil Don J.G.S., que se encontraba de permiso ordinario, regresó a su domicilio en la Casa Cuartel del puesto al que pertenecía, recibió la comunicación de que el Sargento, Comandante del puesto, Don S.C.R. quería verle, y una vez personado, el Sargento le manifestó que le imponía un correctivo de cinco días de arresto como consecuencia de haber gestionado de forma particular a un paisano la renovación de un permiso de armas cobrándole a cambio la cantidad de dos mil cien pesetas. Al día siguiente, cuando el procesado se disponía a salir del Acuartelamiento fue requerido por el Sargento, quien le indicó que no podía salir de la Casa Cuartel toda vez que estaba arrestado y que se estaba redactando el parte, a consecuencia de lo cual se entabló en el interior del despacho del Sargento una discusión, en la que el entonces Guardia Civil G.S. sacó de su funda la pistola reglamentaria de su propiedad, la montó y apuntó con ella al Sargento, quien ante esta situación se abalanzó sobre el procesado y, entablándose entre los dos un forcejeo, el referido J.G.S. efectuó cinco disparos, el último de los cuales alcanzó al Sargento, al que hirió en la zona craneo-encefálica, de tal gravedad que falleció poco después.

El Consejo de Guerra consideró los hechos constitutivos de un delito de "Insulto a Superior con resultado de muerte" (art. 99, n° 1 y párrafo último CPM), con la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 9, n° 9 CP), por el que impuso a su autor, el ex-Guardia Civil Don J.G.S., la pena de quince años y un día de prisión militar, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Contra la Sentencia, la representación del procesado interpuso recurso de casación por infracción de ley al amparo de los números 1° y 2° del artículo 849 de la LECrim. Los siete primeros motivos por error en la apreciación de la prueba. Del 8° al 15° por la aplicación indebida de los artículos 99, párrafos 1° y último CPM y no aplicación de los artículos 8, 1° CP, 2 y 38 CPM, 9, 4° CP, 9, 1° en relación con el 8, 1° CP, 22, 2° CPM, 9, 8° CPM y "4,5,36 y 38 del CPM, 239 del CJM y 61,5° del CP, ya que teniendo en

cuenta que, de acuerdo con el artículo 4º CPM, resultan de aplicación al condenado los artículos del mismo que le favorezcan, y a la vista de la diferencia del sistema de métrica penal establecido en los artículos 40 del CPM y 239 del CJM, sería aplicable este último precepto por ser más favorable al procesado”.

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, declara firme la Sentencia recurrida. Y ello con base en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra se apoya en la apreciación de la prueba valorada en su conjunto, atendiendo tanto a la declaración del procesado como a la de los testigos, prestadas en la Causa, y a los demás elementos de prueba que en la misma constan, así como la realización en su día ante el propio Consejo de Guerra, sin que conste en ningún documento, ni medio probatorio, que haya existido un error manifiesto respecto a las circunstancias fundamentales que recogen los hechos probados y que definen la existencia del hecho probado y del delito calificado.

CONSIDERANDO: Que los motivos de casación que se formulan del número 8 al 15, todos ellos al amparo de lo establecido en el artículo 849, 1º LE Crim., no pueden prosperar, ya que a ténor de dicho precepto únicamente se produce infracción de ley cuando, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia recurrida, se hubieren infringido preceptos o normas de carácter sustantivo, lo que significa que deben respetarse los hechos tal y como se narran en la sentencia impugnada salvo error en la apreciación de la prueba, sin que sea lícito al recurrente sustituirlos ni modificarlos con otras apreciaciones distintas de las que se recogen en el resultado de hechos probados para fundar en estos hechos relatados por la Defensa la inaplicación de preceptos sustantivos.

Sentencia de 25 de marzo de 1987

(1ª Región Aérea)

Casación

Incumplimiento culposo de deberes técnicos. Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar. Falsificación de documentos privados. Presunción de inocencia

Preceptos: arts. 160,4º y 191 CPM; 306 CP; 24 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. León Herrera Esteban

ANTECEDENTES

Durante varios años, el Comandante del Cuerpo de Intendencia del Aire Don M.P.M., prevaliéndose de su condición de Jefe del Negociado de Contratación y Contabilidad de la Sección Económico-Administrativa del Aeró-

dromo Militar de C.V., mediante concierto o presiones ejercidas sobre los suministradores y contratistas de las Unidades de este Ejército acantonadas en dicho Aeródromo, obtuvo de aquellos y se apropió para sí mismo descuentos que llegaron hasta el 15% del importe de las facturas de obras y suministros, haciendo constar, no obstante, en las facturas o libramientos el importe de la adjudicación oficial. Así, en suministro de material eléctrico efectuado en las Unidades del Aeródromo por la Compañía N. de E., su Director-gerente y representante legal Don A.A.S. reconoce entregaba al Comandante P. las cantidades correspondientes a los citados descuentos, bajo la amenaza de que, de no acceder, cesaría inmediatamente en el suministro de materiales a las repetidas Unidades, procediendo éste a incrementar los precios en proporción similar a la de los irregulares descuentos, con lo que si la Compañía que representaba no sufría daño patrimonial alguno, el perjuicio causado a los intereses del Estado, ramo de Defensa, es manifiesto, cifrándose el importe de dichos descuentos en 350.000 pesetas.

Asimismo, en los contratos de ejecución de obra celebrados en el mencionado trienio y en el que en casi todos los casos resultó adjudicatario Don S.M.P., mediaba concierto entre éste y el Comandante P., quien percibía descuentos similares a los consignados en el párrafo anterior. Para conseguir su propósito, habida cuenta de que la gran mayoría de los contratos de obra en razón de la cuantía, conforme a la legislación de Contratos del Estado, se realizaban por contratación directa, el Comandante P., en su condición de Jefe del Negociado de Contratación y Contabilidad, al solicitar las tres preceptivas ofertas de otros tantos industriales del ramo, se dirigía al procesado M.P. que ofertaba siempre por el precio-tipo fijado por la Administración y a la vez solicitaba ofertas a empresas que no podían presentarlas por ser meros suministradores de materiales, no constructoras, incluso pidiendo ofertas a empresas y domicilios inexistentes, como en el caso de la denominada P.S. Dentro de esta amplia serie de irregularidades, manipulaciones, artimañas y simulaciones, al procesado M.P. llegó a hacerse con engaños, malas artes o, al menos, sorprendiendo la buena fe de otros constructores, con impresos o papeles con membretes de los mismos, cubriéndolos, falsificando firmas o poniéndolas ficticias, empleando sellos propios estampados en forma parcial e ilegible, ofertando en tales falsos documentos por precio superior al tipo, con lo que se aseguraba la adjudicación. Tan falaces procedimientos utilizó el procesado M.P. con impresos al menos del ya citado P.S., FERCOsa, TECNIPRO y A.S.G., entre otras. El perjuicio mínimo que la Hacienda del Estado (ramo de Defensa) ha sufrido con estos manejos se cifra en 1.539.778 pesetas.

En el mismo período de tiempo, sin autorización ni conocimiento del Coronel Jefe del Aeródromo, por iniciativa del Capitán Ingeniero Técnico Aeronáutico Don F.P.L. de la V., Jefe de la Escuadrilla de Infraestructura del Aeródromo, se realizaron obras y suministros por los empleados civiles no funcionarios Don J.L.M.A., Don F.B.F-M., Don R.B.L. y Don P.M.H.,

trabajos realizados fuera de la jornada laboral normal, no autorizados reglamentariamente y del importe de las facturas que cobraban los citados operarios de la Sección Económico-Administrativa, bien fueran abonadas por el Comandante P., por el Capitán P. o por algún empleado de la Sección, en todo caso se efectuaban descuentos que oscilaban entre el 10% y el 19% y de cuyas cantidades se apropiaban los citados Comandante y Capitán, dando como explicación a los operarios que tales descuentos se efectuaban por el Impuesto general de tráfico de empresas, por dirección de obras, que eran para la Sección o por otras vagas razones, conminando a dichos trabajadores a que los aceptaran sin protesta ni denuncia, pues, en otro caso, no realizarían más trabajos fuera de la jornada laboral ordinaria. Los descuentos no eran reflejados en las facturas oficiales y el perjuicio económico no lo sufrían los operarios, sino la Hacienda Pública, en cuando los importes de aquellos eran previamente incrementados en las facturas. El perjuicio económico mínimo sufrido por el Estado (ramo de Defensa) se cifra en 325.468 pesetas.

Asimismo, en otra ocasión el escayolista Don F. de la F. A. entregó al operario Don R.B.L. 71.000 presetas como consecuencia del descuento practicado a dicho contratista por las obras realizadas en el Servicio Fotográfico y Cartográfico del Aire, ubicado en el recinto del Aeródromo y que fueron entregadas para el Capitán P. y la Sección. Dicha cantidad fue intervenida por el Coronel Jefe del Aeródromo y, en consecuencia, en este caso no hubo perjuicio económico para el Estado.

Durante el tiempo en que se produjeron los hechos ostentaba el cargo de Jefe de la Sección Económico-Administrativa el Teniente Coronel del Cuerpo de Intendencia del Aire Don M.C.O., quien, por su condición de Jefe directo de la Unidad y tanto por las normas de creación como las de funcionamiento y régimen interno, venía obligado a una vigilancia y control efectivos de toda operación o actividad de carácter económico que desarrollase la Sección de la que era Jefe, respecto a las Unidades acantonadas en el Aeródromo, siendo así que muy al contrario su falta de vigilancia, control y celo propició la realización de los hechos ahora enjuiciados, existiendo una clara relación de causalidad entre conducta tan descuidada y los hechos inculminados.

El Consejo de Guerra condena al Teniente Coronel de Intendencia del Aire Don M.C.O., como autor de un delito de negligencia profesional que atenta contra la eficacia del servicio (art. 160, 4º CPM), consistente en el incumplimiento de los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, a la pena de tres meses y un día de prisión, accesorias y efectos.

Al Comandante de Intendencia del Aire Don M.P.M. y al Capitán Ingeniero Técnico Aeronáutico Don F.P.L. de la V., como autores de sendos delitos continuados contra la Hacienda en el ámbito militar (art. 191 CPM), a penas de dos años de prisión y accesorias.

Al paisano Don S.M.P., como autor de un delito continuado contra la

Hacienda en el ámbito militar (art. 191 CPM) y otro, también continuado, de falsificación de documentos privados (arts. 306 en relación con el 302, 1º y 2º CP), con la apreciación del concurso entre ambos (art. 238 CJM), a la pena de un año de prisión, accesorias y efectos.

Por último, a los paisanos Don F. de la F.A. y Don A.A.S., como autores de sendos delitos continuados contra la Hacienda en el ámbito militar (art. 191 CPM) a penas de tres meses y un día de prisión, accesorias y efectos.

El Consejo fija, asimismo, las responsabilidades civiles de los condenados.

Contra la Sentencia interponen recursos de casación las Defensas del Teniente Coronel Don M.C.O., Comandante Don M.P.M., Capitán Don F.P.L. de la V. y paisano Don S.M.P.

En estos recursos de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma (al amparo de los arts. 849, 1º y 2º y 851, 1º y 3º de la LECrim.) se contienen variados motivos. De ellos destaca, aparte de la violación de la presunción de inocencia (art. 24 C.E.), la aplicación indebida del artículo 191 CPM al paisano Don S.M.P. por cuanto dicho precepto presupone que el sujeto activo ostente la condición de militar. A este motivo concreto se adhiere el Fiscal Togado tanto en la instrucción del recurso como, con posterioridad, en la Vista Pública del mismo.

El Consejo Supremo de Justicia Militar rechaza todos y cada uno de los motivos contenidos en los recursos interpuestos y declara, en consecuencia, firme y ejecutoria, en todas sus partes y pronunciamientos, la Sentencia recurrida.

Entre los argumentos con que se rechazan los motivos de casación alegados, destacan los contenidos en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: que, en cuanto a la presunción de inocencia, del artículo 24 de la Constitución, la Sala debe recordar, tal y como tiene con anterioridad declarado, que el expresado derecho constitucional de inexcusable reconocimiento, puede legítimamente verse “disminuido” a lo largo de un proceso penal sin que por ello sin infrinja el invocado precepto, tal y como ocurre cuando recae sobre cualquier persona auto de procesamiento, que al tener que estar basado en “indicios racionales de criminalidad”, ya supone, en alguna medida, la quiebra parcial de aquella “presunción de inocencia”, sin duda incrementada por la Sentencia condenatoria del Tribunal competente, aunque la misma, como en el presente caso, sea recurrible en casación, y que se rompe definitivamente cuando una Sentencia firme pone punto final, en relación con los hechos perseguidos, a dicha presunción.

CONSIDERANDO: Que el artículo 191 del CPM bajo la rúbrica de “delitos contra la Hacienda en el ámbito militar” exige, en cuanto al sujeto

activo de la figura penal que en él se describe que tenga la condición de "militar" y, además, que en su actuación al respecto se "prevalga" de la misma en función de la mayor facilidad de ella derivada para la comisión del delito. Surge a este respecto la duda, que debió plantearse el Consejo de Guerra, respecto de la posibilidad de que delitos reservados a personas "cualificadas", en distinto grado de autoría no directa, pudieran alcanzar a extraños no comprendidos entre aquellas, cuando por "inducción" o bajo la fórmula de "cooperación" estuvieran incurso en los números 2 y 3 del artículo 14 del CP; y a tal fin ha de recordarse que, frente al criterio tradicional largamente mantenido por la doctrina y la jurisprudencia, de la "incomunicabilidad" en el sentido de no ser transferible al extraño, incluso en ningún supuesto de participación en los hechos, la condición de cualificado, que bajo la influencia de más modernas opiniones de los tratadistas de Derecho penal en nuestra Patria, una nueva doctrina, la de la "accesoriedad en la participación", bajo el principio "accessorium sequitur principale", empieza a aplicarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de la amplia gama de delitos que, comprendidos en el título VII del libro II del CP, sólo pueden ser cometidos por "funcionarios públicos", habiendo condenado, como coautores, a personas que, sin ostentar esa condición, participaron en los hechos bajo formas de autoría no directas del artículo 14 nº 1 CP, pero sí bajo las figuras definidas en los ya citados números 2 y 3 de dicho artículo. El problema, pues, de la participación del "extraño" en delitos reservados a los funcionarios públicos ha sido resuelto positivamente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1969 (2) y, de forma mucho más concreta y definitiva, en la Sentencia de 12 de diciembre de 1975 (3) que confirma la de 31 de diciembre de 1979 (4).

Por otra parte y trasladando el análisis de ese reciente pero consolidado criterio jurisprudencial y las conclusiones de él derivadas al campo del Derecho penal militar, a través de una ponderada aplicación analógica, siempre cabría considerar que el tipo de delito "contra los intereses de la Hacienda en el ámbito militar" definido en el artículo 191 del CPM, aun cuando podría llevar, respecto de los "extraños" participantes en el mismo, como ha ocurrido en el presente caso, a que éstos fueran inculpados por un delito común, no puede ni debe descartarse el que nos encontramos ante la figura penal que, a diferencia del "delito especial estricto", en el que la condición del culpable "calificado" no es sustituible, la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran como "delito especial impropio", que admite la participación de "extraños" justamente para evitar la desigualdad de trato, reforzándose así el principio esencial de la Justicia material, al que esta Sala no puede ser insensible, ya que no sería justo ni equitativo el que queden desiguales en la responsabilidad quienes actuaron conjunta y coordinada-

(2) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 5069.

(3) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 5046.

(4) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 4654.

mente en el mismo hecho; principio que, válido en si mismo, todavía queda aún más reforzado en el caso "sub judice", ya que, dado el momento procesal en que el recurso de casación se plantea, se vería conculcado si, como consecuencia de no haberse dirigido el procedimiento contra los paisanos por delito distinto de aquél por el que se les condena, el ilícito penal en el que evidentemente incurrieron quedara impune.

Sentencia de 8 de abril de 1987

(Zona Marítima del Estrecho)

Casación

Desobediencia

Precepto: art. 102 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Dávila Zurita

ANTECEDENTES

El Teniente de la Escala Especial del Cuerpo de Sanidad de la Armada Don J.L.B.R. se personó en el despacho del Coronel Médico Director del Hospital de Marina de S.C. en S.F., haciéndole entrega de un escrito en el que expresaba que consideraba nula de pleno derecho la Orden de la Subdirección de dicho Centro Sanitario, en la que se le designaba como Oficial de la planta 5ª del Edificio, al mismo tiempo que manifestaba verbalmente su negativa a cumplimentar dicha Orden y, en consecuencia, a montar la guardia asignada para dicho día, alegando como explicación el hecho de que dicho servicio habría de cumplirlo bajo las órdenes de un Médico de Guardia, inferior que él en jerarquía militar. Al negarse a realizar en tales condiciones y circunstancias el servicio de guardia, fue arrestado como medida previa ante su actitud por el Coronel Director del Hospital, quien le impuso el correctivo de 72 horas de arresto a cumplir sin perjuicio de la prestación de su servicio, notificándole por escrito la sanción. El Oficial arrestado transcribió al dorso de la copia de la notificación que acataba el correctivo impuesto, pero puntualizando que se negaba a montar un servicio de guardia contrario a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y de la Armada, por entender que las disposiciones contenidas en tales normas estaban en conflicto con la Orden emanada de la Subdirección del Centro y refrendada por la Dirección.

El Consejo de Guerra consideró tales hechos constitutivos de un delito de "desobediencia" (art. 102, 1º CPM) y, como autor del mismo, condenó al Teniente Don J.L.B.R. a la pena de tres meses y un día de prisión, accesorias y efectos.

Contra la Sentencia interpone la Defensa del procesado recurso de casación por infracción de ley, basándolo en dos motivos. El primero (al amparo del art. 849, 2º LECrim.) por error en la apreciación de la prueba porque el servicio efectivo, según Instrucción para los Oficiales de Sanidad de Guardia, comienza a las 14,00 horas y no a las 14,30 horas, como la Sentencia

declara probado. El segundo (al amparo del art. 849, 1° LECrim.) por violación del artículo 102, 1° CPM, al no darse los requisitos necesarios para la aplicación de dicho precepto.

Ambos motivos son rechazados por el Consejo Supremo de Justicia Militar que, de esta forma, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, firme y ejecutoria la Sentencia recurrida.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que no puede estimarse el primer motivo, ya que en principio deberá respetarse la apreciación global de la prueba hecha por el Consejo de Guerra, máxime cuando el error alegado por la Defensa, en ningún momento puede considerarse esencial para la tipificación de la resultancia fáctica declarada probada como delito de desobediencia, careciéndolo, consiguientemente, de la relevancia necesaria para que por sí sola desvirtúe la circunstancia fundamental de la negativa manifestada por el procesado a cumplir la guardia y la consiguiente entrada en su lugar del Oficial de Retén.

CONSIDERANDO: Que, igualmente tampoco puede prosperar el segundo motivo de casación por violación del artículo 102, 1° CPM, al haber calificado la Sentencia recurrida los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de desobediencia, sin que en los hechos declarados probados consten los requisitos que la anterior norma exige para que se de dicha figura delictiva. En efecto, del análisis pormenorizado de los requisitos exigidos legales y jurisprudenciales para que se dé el tipo delictual de la desobediencia se deduce la concurrencia de todos ellos, y su contemplación en el resultando fáctico declarado probado en la Sentencia recurrida: 1°) La existencia de una orden concreta, imperativa y personal, en este sentido, el procesado figuraba como Oficial de Guardia en la Orden de la Subdirección del Hospital, la cual no sólo le fue ratificada, sino incluso reiterada por el Director del Hospital de Marina, una vez corregido y amonestado; 2°) Legitimidad o licitud de la orden; este segundo elemento igualmente concurre en el presente caso, ya que resulta indudable que la orden desobedecida estaba dentro de las funciones atribuidas a la Dirección del Centro Hospitalario de donde emanaba, sin que existiera ningún motivo fundamentado para que el procesado incumpliese la orden recibida, pues el contenido práctico de la misma lo constituye un servicio propio de su profesión de Auxiliar Técnico Sanitario, siendo lógico que la Dirección de la guardia de una Hospital se encuentre asumida por personal técnico adecuado, como es el médico; por otra parte, solamente sería admisible la desobediencia de una orden cuando su cumplimiento implique actos manifiestamente contrarios a las leyes (arts. 23 R.O. y 21 CPM), lo que evidentemente no es el caso que analizamos; 3°) Finalmente, y por lo que se refiere a este tercer elemento o requisito, incumplimiento de la orden, cabe afirmar igualmente su concurrencia, y así se encuentra plenamente acreditado en los hechos declarados probados, dejándose constancia del mismo numerosas veces, como

cuando se consigna que "al mismo tiempo que manifestaba verbalmente se negaba a cumplimentar dicha orden", "al negarse a realizar en tales condiciones y circunstancias el servicio de guardia", entre otros.

CONSIDERANDO: que, si bien los artículos 797, 798 y siguientes del CJM facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por los Consejos 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 santidad de la cosa juzgada y se infringiría el artículo 904 de la LECrim. que establece que las Sentencias dictadas en casación son firmes y ejecutorias y contra las mismas no cabe recurso alguno, si las alegaciones de las partes, entendidas como remedio de esa naturaleza, pudieran determinar, en caso de producirse el disentimiento, una nueva Sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de estimarse firma y ejecutoria.

Sentencia de 8 de abril de 1987

(Región Militar "Centro")

Casación

Deserción

Preceptos: art. 370,1º y 372, 185,1º y 186,1º CJM; 120 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

El Soldado M.L.F. se ausentó de su Unidad, sin permiso ni autorización de sus superiores y permaneció ausente más de dos meses, hasta que fue detenido por la policía y puesto a disposición de la Autoridad militar. El procesado sufre enfermedad mental consistente en un déficit intelectual moderado (debilidad mental) que, según resulta del informe pericial médico psiquiátrico, redujo su capacidad de entender y querer en medida importante en el momento de cometer los hechos.

El Consejo de Guerra consideró a M.L.F. autor de un delito de deserción simple en tiempo de paz, previsto en el artículo 370,1º y penado en el 372 del CJM, con la concurrencia de la circunstancia atenuante calificada de enajenación mental incompleta (art. 186,1º en relación con el 185,1º y 189 CJM), a la pena de dos meses y un día de arresto, accesorias y efectos.

La Defensa del procesado interpone recurso de casación por infracción de ley, basado en error en la apreciación de la prueba (art. 849, 2º LECrim.), por cuanto de documentos que obran en autos se deduce la inimputabilidad de M.L.F.

El Fiscal Togado se adhiere al recurso considerando que la enfermedad padecida por el Soldado M.L.F. es anterior a su incorporación a filas y, de ser detectada, debió haber producido su exclusión del servicio militar.

Hubo, pues, aplicación indebida del artículo 370 CJM, toda vez que, según el Fiscal, "es reiterada doctrina de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar que, para la comisión del delito de desertión es precisa la condición de militar de que carecen quienes, por error de cualquier naturaleza, se incorporan al servicio militar padeciendo enfermedad que hubiera motivado su exclusión".

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara haber lugar al recurso interpuesto, razón por la cual casa y anula la Sentencia recurrida.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, si bien la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida recoge expresamente la enfermedad padecida por el procesado, no tiene en consideración, tal como aparece constatado en documento obrante en las actuaciones, que dicha enfermedad fue determinante de su exclusión del servicio y contraída con anterioridad a su incorporación a filas, lo que implica que el Tribunal sentenciador no pudo tener en cuenta tales hechos en el momento de fallar la causa, y tal resultancia fáctica, que no aparece desvirtuada por otros elementos de prueba, impidió al Tribunal de instancia formar criterio a la vista de la totalidad de la prueba, al considerar de forma aislada parte del contenido de los documentos, pues el delito fue cometido en circunstancias en que su capacidad de entender y querer estuvieron reducidas en medida importante, alteración que, en cuanto a su duración, no ha sido sobrevenida con posterioridad a su ingreso en filas, lo que sólo afectaría, en su caso, al cumplimiento de la pena, sino que el hecho de carecer de las condiciones mínimas indispensables para ostentar la condición de Soldado, por falta de voluntad y entendimiento necesario en tales circunstancias, implica la falta del dolo específico para la comisión del delito enjuiciado, lo que aún resulta más claro a la luz de la nueva redacción dada al delito de desertión por el artículo 120 del CPM y, en consecuencia, el Consejo de Guerra, al no considerar los hechos que aparecen probados indubitadamente, en documentos unidos a las actuaciones, ha incurrido en error en la valoración de la prueba y, subsiguientemente, en la valoración jurídica, por lo que, estimando los motivos de casación invocados, infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la LECrim., y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede declarar que el procesado no ha cometido el delito de desertión calificado en la Sentencia del Consejo de Guerra y ello debe tener la natural repercusión en el fallo, lo que se realizará en segunda Sentencia.

SEGUNDA SENTENCIA

Los *antecedentes* son los que constan en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación, dicta esta segunda Sentencia en la que absuelve a M.L.F. del delito de desertión sim-

ple en tiempo de paz (arts. 370,1º y 372 CJM) por el que había sido condenado. Y lo hace con esta *doctrina*:

CONSIDERANDO: Que la recta administración de Justicia exige la garantía mínima de conocer con plenitud no sólo los hechos objeto de enjuiciamiento, sino también todas y cada una de las circunstancias subjetivas y objetivas que inciden en los mismos, con mayor motivo cuando, por su trascendencia, pueden dar lugar a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en el presente caso, la enfermedad del procesado, "debilidad mental", por la que fue declarado excluido total para el servicio, según acta de Tribunal Médico, contraída con anterioridad a su incorporación a filas, a tenor de documento obrante en las actuaciones. Lo que, incluso, presupone la ausencia de voluntariedad para la comisión del delito enjuiciado, habida cuenta de que el delito de deserción exige cuando menos el dolo genérico, consistente en la plenitud de conciencia y libertad de resolución para la comisión del hecho, que, conforme a la prueba médica, se encontraba mermada, pues si bien en las condiciones habituales de su existencia, no tiene mermadas de forma grave sus facultades de querer, entender y obrar libremente, el delito fue cometido en circunstancias en que su capacidad de entender y querer estuvieron reducidas en medida importante, alteración que, en cuanto a su duración, no ha sido sobrevenida con posterioridad a su ingreso en filas, lo que sólo afectaría, en su caso, al cumplimiento de la pena, sino que, según se acredita, es anterior a su incorporación, lo que priva al agente de la inteligencia indispensable para prestar el servicio militar, por no comprender la antijuridicidad o injusticia de sus actos o de la voluntad necesaria para ostentar la condición de Soldado, lo que, en consecuencia, nos lleva a estimar que el procesado no quebrantó voluntariamente la prestación del servicio militar, pues la alteración de facultades determinante de la exclusión del servicio, por el hecho de carecer de las condiciones mínimas indispensables para ostentar la condición de Soldado, por falta de voluntad y entendimiento necesarios en tales circunstancias, implica la falta de dolo específico para la comisión del delito enjuiciado, lo que aún resulta más claro a la luz de la nueva redacción dada al delito de deserción por el artículo 120 del CPM, por lo que la Sala estima concurre una causa de exculpación, cual es la falta de culpabilidad del procesado, y a tenor de lo expuesto procede decretar la libre absolución del procesado por el delito de deserción por el que había sido condenado, sin que haya lugar a formular pronunciamiento alguno sobre responsabilidades civiles, y costas, dada la naturaleza gratuita del proceso militar.

Sentencia de 8 de abril de 1987

(1ª Región Aerea)

Casación

Insulto a Superior

Preceptos: arts. 321,3º, 185,1º y 187,12º CJM y 99,3º CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. León Herrera Esteban

ANTECEDENTES

Cuando diverso personal de Tropa se encontraba disfrutando un rato de esparcimiento, todos franco de Servicio, en la Sala de Televisión del Hogar del Soldado de la B.A. de V., el Soldado M.A.D.M., individuo que, condecorado con anterioridad por delitos de robo y lesiones, presentaba a la sazón una personalidad psicopática con trastornos de conducta heteroagresiva y que, por ello, resultaría más tarde excluido total para el servicio militar, promovió pendencia con otro de los Soldados allí presentes, al que llegó a golpear repetidamente, sin que conste que le causase lesión apreciable alguna. Y como un Cabo que, reglamentariamente uniformado y portando los galones propios de su empleo, allí también se encontraba tratase de imponer su autoridad para hacer cesar en su actitud al referido D.M., este último, lejos de aquietarse, le propinó un rodillazo en el costado y un puñetazo en el pecho, que tampoco consta le originasen lesión alguna, exhibiendo, acto seguido, el procesado una navaja y diciendo en alta voz a los presentes, al tiempo que ante ellos la esgrimía: "y si alguien quiere algo que lo diga", añadiendo seguidamente al tiempo que ponía la navaja en el cuello del Cabo aludido: "y va para tí también, aunque seas Cabo", para indicar, por último, siempre con visible excitación: "ahora todos a tomar por el culo de aquí".

Por el Consejo de Guerra se consideraron los hechos constitutivos de un delito de insulto de obra a Superior (art. 321, nº 3 CJM), con la concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta (arts. 186,1ª y 185,1ª CJM) y la agravante de reiteración (art. 187,12 CJM), imponiéndose al procesado M.A.D.M. la pena de un año de prisión militar.

Contra la Sentencia interpone la Defensa del procesado recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º LECrim), "por la no aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica número 13/1985, de 9 de diciembre, del Código penal militar, al no haber adquirido firmeza la Sentencia recurrida en el momento de la entrada en vigor del Código, por lo que debía aplicarse al reo la nueva legislación, más favorable, al ser la pena prevista por ella para el delito enjuiciado de tres meses y un día a cinco años (art. 99,3º CPM), mientras que el CJM (art. 321,3º) imponía la de seis meses y un día a doce años, siendo la aplicable, en definitiva, al procesado, atendiendo a la concurrencia de una circunstancia atenuante, a su categoría militar y condición de no profesional, así como a la poca entidad del hecho, la de seis meses de prisión militar".

El Consejo Supremo de Justicia Militar rechaza el único motivo aducido

en el recurso, confirmando la Sentencia recurrida, si bien la rectifique en el sentido de imponer a M.A.D.M. la pena de seis meses de prisión militar, en lugar de la de un año por la que fue condenado. Y ello con base en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que la Defensa del procesado funda su único motivo de recurso en la supuesta "infracción de ley" del artículo 849,1º de la LECrim., en la que, a su juicio, ha incurrido al Tribunal "a quo", al no aplicar la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica nº 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprobó el Código penal militar. La circunstancia de que, conforme a su Disposición final, dicha Ley no entrara en vigor hasta el 1 de junio de 1986, habiéndose dictado la Sentencia que se pretende impugnar el 8 de abril anterior, excusa de mayores argumentos para rechazar tal motivo.

CONSIDERANDO: Que, sentado lo anterior, resulta de pertinente aplicación la aludida Disposición Transitoria Tercera, examinando y, en su caso, rectificando la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, si, conforme a la nueva legislación, representada por la ya citada Ley Orgánica 13/1985, sus preceptos fueran más favorables al condenado que aquella otra, el Código de Justicia Militar de 1945, bajo cuyo imperio fue juzgado, previa audiencia del interesado, que ha tenido la oportunidad de expresarse al respecto, a través de su Defensor, en el acto de la vista ante esta Sala de Justicia. Y es claro que, señalando dicho Código para el delito previsto en su artículo 321 nº 3 por el que fue aquél condenado la pena de seis meses y un día a doce años de prisión, son más favorables al mismo los preceptos que para este delito de "insulto de obra a superior" establece el nuevo Código penal militar, que, en su artículo 99,3º, señala la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión, resulta procedente, adecuando la Sentencia que se confirma a la nueva normativa, de acuerdo con lo manifestado por la Defensa del procesado, señalar la pena de seis meses de prisión militar.

Sentencia de 8 de abril de 1987

(Zona Militar de Baleares)

Casación

Insulto a Superior

Preceptos: arts. 101 CPM y 9,1º, 66 y 69 bis CP

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

El Soldado A.M.C., cuando se encontraba en los calabozos de su Batería, donde cumplía un arresto de 30 días, impuesto disciplinariamente, se negó a limpiar su celda, a pesar de que en tal sentido era requerido por el

Comandante de la Guardia, Cabo A.G.C. Ante tal actitud, el Cabo avisó al Oficial de Cuartel, Brigada Don F.C.S., quien requirió de nuevo al procesado para que limpiara la celda, haciendo A.M.C. caso omiso de tal requerimiento. Lo que obligó al Cabo y al Brigada a entrar en la celda reduciendo al procesado y quitándole el trozo de escoba que portaba. A.M.C. se encontraba en un estado de excitación fuera de lo normal y derramó en la celda la basura que había.

Siete días después, con ocasión de hallarse en el calabozo, A.M.C. realizó un agujero en el techo de su celda, y al ser sorprendido por el Capitán Don M.B.S. y tres Soldados, entraron éstos en la celda sin arma alguna debido a que A.M.C. se negaba a abandonarla e incorporarse a otra vacía, todo ello a pesar de la insistencia del Capitán B. para que depusiese su actitud y dejara la tabla de madera que tenía en las manos.

Cuatro días más tarde, cuando el procesado se hallaba en el Hospital Militar de M., donde le practicaba una cura el Capitán Médico Don J.S.G.Z., quien se hallaba de paisano por estar franco de servicio, pero cuya identidad y graduación eran conocidas por el procesado al haber sido atendido por el citado Oficial en otras ocasiones, éste recriminó a A.M.C. su conducta por no utilizar la fórmula de saludo adecuada, a lo que respondió el procesado en tono amenazante diciéndole "que ya sabía quien era él y que tanto el Capitán S. como él se enterarían de quien era y si no al tiempo", frase esté proferida con ánimo de ofender y amenazar al Oficial Médico.

Siete días después y antes los requerimientos del Sargento Don E.V.M. de que entrara en la celda del calabozo, el procesado se negó a pesar de lo reiterado de la orden y, sin motivo ni provocación alguna, insultó al Sargento V., que se hallaba de Oficial de Servicio, llamandole "hijo de puta" y diciéndole que le iba a sacar los ojos. El procesado, en dos ocasiones, ha causado desperfectos en los calabozos de la Batería.

En informes médicos se destacan la agresividad, sensibilidad y bajo control de los impulsos con rasgos de sumisión, despreocupación y perspicacia, considerando que, si bien entra en el cuadro de exclusiones para el servicio militar como excluido total, su grado de imputabilidad, en el momento de la comisión de los hechos, se pudo ver ligeramente disminuido, pero nunca abolido.

El Consejo de Guerra condena al Soldado A.M.C., como autor de un delito continuado de insubordinación en su modalidad de insulto a Superior que absorbe al de desobediencia (art. 101 CPM en relación con el 69 bis CP) y con la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 9,1º CP, a la pena de nueve meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Contra la Sentencia interpone la Defensa del procesado recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º LECrim.) por inaplicación del artículo 66 del CP y aplicación indebida del artículo 101 del CPM, por cuanto

A.M.C. padece una enfermedad que lo excluye de la prestación del servicio militar.

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara no haber lugar al recurso interpuesto, por lo que confirma la Sentencia recurrida y establece esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, según la recurrente, el Tribunal sentenciador incurrió en infracción de ley, en la valoración de la pena, por inaplicación del artículo 66 del CP, que obliga a rebajar la pena en uno o dos grados cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 8°. Esta apreciación no es estimable por cuanto que este precepto se aplica únicamente en la valoración de la pena de los delitos comunes y nunca en la de los delitos militares, como es el caso presente, en que el Tribunal sentenciador ha apreciado un delito continuado de insulto a Superior del artículo 101 del CPM, en relación con el 69 bis del CP, por aplicación del artículo 5 del CP, con la circunstancia atenuante del artículo 9,1 del CP, que es de aplicación según el artículo 22 del CPM, que faculta para individualización en cada caso de la pena ponderando atenuantes y agravantes, personalidad, graduación y función militar del reo, naturaleza de sus móviles, trascendencia y localización del hecho y su relación con el servicio, así como la posibilidad de imponer la pena inferior en un grado a la señalada por la ley, de no concurrir todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, sin que, en el presente caso, sea de aplicación el artículo 66 del CP como equivocadamente alega la recurrente, por tratarse de un delito de naturaleza militar y no de carácter común.

CONSIDERANDO: Que la segunda alegación del motivo de casación es el de que hubo infracción de ley en el juzgador "a quo" al aplicar el tipo delictivo del artículo 101 del Código penal militar, que requiere la condición de militar del inculpado, lo que, según la recurrente, no se da en el presente caso, ya que los médicos que lo reconocieron apreciaron que el mismo padecía una enfermedad psíquica incluíble en el vigente cuadro de exclusiones para el servicio militar, de donde deduce que su defendido no adquirió tal condición. Evidentemente, esta alegación resulta inadmisíble por cuanto los médicos que reconocieron al condenado lo único que hicieron fue dar su opinión sobre esta posibilidad de inclusión en el cuadro de inutilidades, pero sin que esta exclusión se haya formulado, y mucho menos formalmente, en ningún momento, no sólo anterior sino ni siquiera posterior a los hechos, por lo que el mismo ostentaba cuando se cometieron éstos la condición de militar y la ha seguido ostentando hasta el momento presente.

Sentencia de 27 de mayo de 1987

(Región Militar "Sur")

Disentimiento

Deserción y Uso público de nombre supuesto

Preceptos: 370,1º, 372, 189,2º, 187,12º, 185,1º CJM y 322,1º, 9,1º y 10,15º CP

Ponente: No consta

ANTECEDENTES

El Caballero Legionario F.M.M., con antecedentes penales, que se había alistado en la Legión como F.R.T., se ausentó de la Unidad en que se hallaba destinado, sin autorización de sus superiores, permaneciendo en ignorado paradero y sustraído de todo control militar hasta que nueve meses después fue detenido en la plaza de R. Reconocido psiquiátricamente, F.M.M. presenta una personalidad sicopática con déficit del juicio crítico, lo que motiva su exclusión del servicio.

El Consejo de Guerra considera que los hechos integran un delito de deserción simple en tiempo de paz (arts. 370,1º y 372 CJM) y otro de "Uso público de nombre supuesto" (art. 322,1º CP), con la concurrencia de las atenuantes de los artículos 189,2º CJM y 9,1º CP y las agravantes previstas en los artículos 187,12º CJM y 10,15º CP, imponiendo a F.M.M. las penas de seis meses de arresto militar y dos meses de arresto mayor y multa, accesorias y efectos.

La Autoridad Judicial, de conformidad con el dictamen del Auditor, disiente la Sentencia por existir notorio error en la apreciación de la prueba al no ser valorada la circunstancia de haber sido el procesado excluido total en razón a su personalidad psicopática y al hecho de "que la falta de juicio crítico de que adolece vicia radicalmente su facultad de entender y, por tanto, su imputabilidad" que configura la eximente prevista en el n° 1º del artículo 185 del CJM y, en consecuencia, propone que se dicte nueva Sentencia en el que apreciándose tal circunstancia eximente se absuelva libremente al procesado de los delitos por los que ha sido condenado.

El Fiscal Togado entiende, asimismo, que procede la revocación de la Sentencia.

El Consejo Supremo de Justicia Militar revoca el fallo condenatorio, absolviendo libremente a F.M.M. de los delitos por los que fue condenado. Y ello sentando esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el motivo del disenso traslada la cuestión al estudio de las psicopatías y de la debilidad mental como causas de inimputabilidad del sujeto, la jurisprudencia ha declarado de modo reiterado, de conformidad con el estado actual de las ciencias psiquiátrica, que ni las psicopatías como variaciones anormales de la personalidad en que consisten, ni la debilidad mental son causas que por sí solas sustenten la operatividad nece-

saría para eximir por completo de responsabilidad criminal. No obstante, cuando ambas enfermedades convergen en la misma personalidad pueden tener sobre la misma unos efectos tales que disminuyan, hasta la anulación, las facultades intelectivas y volitivas del sujeto que las padece.

CONSIDERANDO: Que en el supuesto de autos aparece acreditado que el condenado F.M.M. padece una personalidad psicopática que provocó su exclusión total del servicio militar y, además, se aprecia en el mismo un coeficiente intelectual de 72, lo que le aleja de la denominada simple torpeza mental, cuya frontera se sitúa en el 80, y le incluye en el grupo de la debilidad mental que al concurrir con la sicopatía potencia los efectos de ambos trastornos originando graves alteraciones de la conducta y un profundo déficit del juicio crítico que vicia radicalmente las facultades de entender y, por ende, su imputabilidad.

CONSIDERANDO: Que aún cuando el Consejo de Guerra sea soberano en la apreciación y valoración de la prueba, esta facultad está, sin embargo, constreñida, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 799 del CJM, a que no aparezca error notorio, tal como ocurre en la Sentencia de referencia, a la vista de la prueba documental obrante en autos.

Sentencia de 27 de mayo de 1987

(Región Militar "Sur")

Disentimiento

Fraude

Precepto: art. 403,4º CJM

Ponente: No consta

ANTECEDENTES

El Soldado J.L.F., aprovechando la ausencia del también Soldado J.M.S., que se encontraba de permiso, se dirigió a la taquilla de éste, y tras forzar romper el candado de la misma, se apoderó de distintas prendas y efectos de equipo, propiedad del Estado, valoradas en 17.188 pesetas, prendas que se llevó L.F. tras licenciarse y que no han sido recuperadas. Cuando regresó del permiso que disfrutaba M.S., descubrió que la taquilla le había sido forzada y sustraída la ropa. Con posterioridad, J.L.F. se presentó en la Unidad, entablando conversación con M.S. y, en presencia de otro Soldado, le requirió para que el entregara cierta cantidad de dinero que S. al parecer le debía, amenazándole con quemar las prendas que le había sustraído.

El consejo de Guerra consideró estos hechos constitutivos de un delito de fraude (art. 403,4º CJM), por el que impuso al Soldado J.L.F. la pena de seis meses y un día de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

La Autoridad Judicial, de acuerdo con el dictamen del Auditor, disiente la Sentencia por considerar que, no existiendo pruebas fehacientes que permitan afirmar la participación del Soldado J.L.F. en los hechos que se le

imputan, el Consejo ha incurrido en error notorio en la apreciación de la prueba y con su fallo, basado en meras suposiciones, indicios y simples apreciaciones y deducciones subjetivas, ha conculcado la "presunción de inocencia" constitucionalmente reconocida.

El Fiscal Togado considera que debe desestimarse el disentimiento planteado, lo que hace el Consejo Supremo de Justicia Militar, que confirma la Sentencia disentida, con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que los hechos perseguidos en autos imputables al Soldado J.L.F. aparecen avalados y responden al resultado de la prueba practicada, sin advertir error notorio de apreciación de prueba alegado por la Autoridad Judicial que justifique la revocación del fallo, y ello se deduce esencialmente de la declaración del Soldado A.P.V., quien manifiesta "que vió salir al procesado con un saco petate y dos bolsas de viaje llenas y que incluso tuvo que dar dos o tres viajes", de la declaración del Soldado J.S.V., quien afirma "que, acompañando al Soldado J.M.S., fueron abordados por el procesado y M.S. le pidió la ropa que le había quitado de la taquilla, contestando L.F. que no se la devolvía hasta que no le pagara el dinero que le debía" y, finalmente, de la declaración de J.M.S. en la que ratifica lo manifestado por S.V., a todo lo cual el procesado se limita adoptar una postura negativa sobre su participación.

Sentencia de 27 de mayo de 1987

(Región Militar "Sur")

Disentimiento

Deserción

Preceptos: arts. 370,2º, 372, 187,12º CJM. Real Orden de 24 de junio de 1893

Ponente: No consta

ANTECEDENTES

El soldado J.C.Z., condenado por dos delitos de robo, cuando finalizaba el permiso oficial que disfrutaba, no se incorporó a su Unidad y permaneció en ignorado paradero y fuera de control militar hasta que un mes después fue detenido por fuerzas policiales en C.

Juzgado por un Consejo de Guerra, consideró éste que los hechos integraban un delito de "deserción simple en tiempo de paz" (arts. 370,2º y 372 CJM), con la agravante de reiteración (art. 187,12º CJM), imponiendo a J.C.Z. la pena de seis meses y un día de prisión militar, accesorias y efectos.

El fallo fue disentido por la Autoridad Judicial de la Región de conformidad con el dictamen de su Auditor, por estimar que existe la razonable duda respecto a si el referido Soldado en la fecha en que suceden los hechos era o no "individuo de clase de tropa o marinería", toda vez que, según

consta en lo actuado, el interesado había cumplido el tiempo del servicio militar, estando pendiente de licenciamiento, el cual se retrasaba por imperativo de lo dispuesto en la Real Orden de 24 de junio de 1893, por estar procesado en procedimiento seguido en su contra por presuntos delitos de fraude y tenencia ilícita de armas.

El Fiscal Togado emite informe en el sentido de que debe desestimarse el disentimiento planteado.

En sentido contrario, el Consejo Supremo de Justicia Militar estima el disentimiento y revoca la Sentencia, absolviendo libremente y con todos los pronunciamientos favorables a J.C.Z. del delito de desertión simple en tiempo de paz por el que había sido condenado. El disentimiento se resuelve con base en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que es anómalo y extraño que la situación contemplada en la Real Orden de 24 de junio de 1893 (sobre "prohibición" de licenciamiento de Soldados sometidos a procesos penales) no haya sido prevista de modo expreso y con carácter general en la legislación reguladora del servicio militar; ni en la derogada (Ley 55/1968, de 27 de julio y Decreto 3087/1969, de 6 de noviembre) ni en la siguiente (Ley 18/1984, de 8 de junio y Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo). Omisión que parece denotar la "voluntas legislatoris" de que el pase a la situación de servicio eventual no se demore por el mero hecho del procesamiento. Que se suscitó la importante duda de si J.C.Z. era, en la fecha de autos, "individuo de las clases de tropa o marinería", condición "sine qua non" para que su ausencia de la Unidad en que físicamente estaba, pueda ser calificada de delito de "desertión" y como esta duda razonable constituye argumento en favor de la absolución, cabe considerar no ajustada a Ley la Sentencia condenatoria, a los efectos de no prestarle la necesaria aprobación.

CONSIDERANDO: Que el Reglamentó del Servicio Militar, aprobado por Decreto de 6 de noviembre de 1969 (hoy derogado, pero vigente al tiempo de ocurrir los hechos enjuiciados), al regular el servicio eventual como segundo período de la situación de actividad del servicio militar y que en la actualidad ha sido suprimido, dispone en su artículo 576 que "no pasarán a servicio eventual, permaneciendo en filas todas la situación de actividad, los condenados por haber tenido alguna participación en delito cometido con el fin de obtener su indebida exclusión del servicio". Que, de estimarse subsistente y aplicable aquella Real Orden, hubiese sido innecesario un precepto como el transcrito, ya que si, en general, no cabe el licenciamiento respecto a los Soldados meramente procesado en procedimiento judicial, con mayor fundamento habría de aplicarse esa norma a los ya condenados sin necesidad de un precepto expreso que así lo estableciera. Que de haber querido el legislador generalizar esa permanencia en filas a todos los casos de procesados, y aún de los condenados, nada más fácil que haber-

lo dispuesto así sin necesidad de precisar y concretar el supuesto al tipo delictivo que específicamente contempla.

CONSIDERANDO: Que el artículo 217 del vigente Reglamento del Servicio Militar, antes citado, tras aclarar que la situación de actividad o servicio en filas es la parte del servicio militar que constituye la aportación personal de los españoles a la Defensa nacional, dispone imperativamente que esa situación o servicio se iniciará a partir del día de la incorporación efectiva a filas y finalizará transcurridos los períodos de tiempo señalados en el artículo 4,2 del Reglamento, "salvo lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas", precepto éste que, por su parte, viene a disponer que sólo la imposición de alguno de los arrestos definidos en los artículos 14 y 15 de la presente Ley (arresto de uno a treinta días de restricción de libertad, y de un mes y un día a tres meses de privación de libertad) impedirá que "los militares no profesionales pasen de la situación de servicio en filas a la de reserva hasta su cumplimiento". Que el nuevo y vigente Reglamento del Servicio Militar prevé e impone la permanencia en la situación de actividad o servicio en filas en supuestos muy concretos que, ciertamente, no sería necesario establecer si estimasa subsistente el contenido genérico de la Real orden precitada. Que esta disposición legal, ya casi centenaria, deba estimarse tácita o indirectamente abolida por la normativa vigente, conclusión que también encuentra apoyo en la Disposición final 7ª del nuevo Reglamento del Servicio Militar, donde se derogan genéricamente "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Reglamento". Que procede entender que cuando ocurrieron los hechos que han motivado las actuaciones de referencia, el acusado no se encontraba en situación de actividad o de servicio en filas, como así se reconoce expresamente en las actuaciones. Por tanto su conducta no cabe incardinarla en el tipo penal previsto en el artículo 370,2ª CJM que, precisamente, parte de la realidad de aquella situación de actividad.

Sentencia de 15 de junio de 1987

(Región Militar "Sur")

Casación

Abuso de autoridad

Precepto: art. 334 CJM

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

Cuando el Capitán, entonces Teniente, Don A.G.-V.P. desempeñaba el cargo de Oficial de Servicio del C. de V., decidió dar una vuelta por las tiendas para comprobar si era observado el toque de silencio.

Como en el transcurso de su recorrido advirtiera que en una de dichas

tiendas había luz, penetró en la misma, sorprendiendo en su interior a los tres legionarios que la ocupaban, J.P.B., D.I.G. y M.A.F., que se encontraban consumiendo "hachis", motivo por el cual les ordenó que salieran al exterior propinándoles a todos ellos varios tortazos que no les produjeron resultado lesivo de clase alguna.

Trasladados dichos legionarios a las proximidades de la cocina, el Teniente G.-V. ordenó a otro, que prestaba sus servicios en el Mesón, que le entregara un paquete de "F", abierto el cual y desprovistos los cigarrillos de sus boquillas, repartió éstos de forma equitativa entre aquéllos, ordenándoles que se los tragasen, lo que hicieron.

Más tarde ordenó a los legionarios de referencia que realizaran flexiones con las manos, abdominales y, por último, de piernas, mientras sujetaban con los brazos una bombona de butano, obligándoles a continuación a entrar vestidos en un estanque existente en las proximidades que se encontraba lleno de agua; operaciones éstas que fueron repetidas varias veces sin solución de continuidad, no sin antes obligar a los repetidos legionarios a que deglutieran otro paquete de cigarrillos, esta vez de la marca "D".

Por último, provistos los citados anteriormente de un pico y una pala, les obligó el Oficial a que hicieran cada uno de ellos un hoyo en el suelo de una profundidad similar a sus respectivas estaturas, efectuado el cual, los mandó a la cama.

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales consideró que los hechos no eran constitutivos del delito de abuso de autoridad imputado por el Fiscal Capitán G.-V., porque tal infracción, con arreglo al CJM, artículo 334, vigente al ocurrir los hechos y por tanto aplicable por no considerarse el nuevo CPM más favorable al reo, son dos: exceso arbitrario de la autoridad o mando o uso indebido de facultades atribuible a cualquier militar en el ejercicio de las mismas y consecuente irrogación de un perjuicio grave, concurriendo en el hecho probado el primero de estos requisitos, al traspasar la conducta del procesado el límite de lo lícito, desconociendo lo dispuesto en el artículo 171 de las Reales Ordenanzas, que expresamente establece que "la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que el militar tiene obligación de respetar y derecho a exigir, sin que ningún miembro de los ejércitos pueda hacer objeto a los demás ni sufrir él mismo maltrato de palabra u obra"; pero no el segundo, ya que la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, al interpretar el sentido de la expresión "perjuicio grave", estima que éste puede ser físico o moral, siendo muy difícil la determinación del carácter de grave o leve del perjuicio moral, en razón de sus consecuencias, concluyendo el Consejo de Guerra de Oficiales Generales sentenciador, en uso de la facultad soberana al efecto que le confiere el último párrafo del citado artículo 334 del CJM, que la conducta del procesado no produjo en los inferiores resultado lesivo de clase alguna y en cuanto al posible daño moral en ningún caso lo considera grave y con entidad suficiente para constituir el delito imputado, en razón a la persona-

lidad de los perjudicados, sus manifestaciones tanto en el procedimiento como en el acto de la vista, las peculiaridades de la Unidad en que están integrados aquellos, la hora y el lugar en que se produjeron los hechos, sin perjuicio de que éstos pudiesen dar lugar a la falta grave prevista y sancionada en el artículo 434 del CJM como "maltrato de obra a un inferior", absteniéndose el Consejo de pronunciarse sobre esta cuestión a pesar de lo dispuesto en el artículo 793 del referido Código, por entender que este precepto ha sido tácitamente derogado por la Ley Orgánica n° 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, al privar en esta materia de facultad sancionadora a los Consejos de Guerra, lo que se deduce de lo establecido en los artículos 39, 20, 21 y 22 de dicha normativa.

Por ello el Consejo absuelve al Capitán Don A.G.-V.P. del delito de "abuso de autoridad", con todos los pronunciamientos favorables.

El Fiscal Togado interpuso recurso de casación por infracción de ley (art. 849, 1° y 2° LECrim.), sustentando el primero de ellos en la falta de aplicación por la sentencia recurrida del artículo 334 del CJM, al no apreciar la comisión del delito de abuso de autoridad, pese a que del resultando de hechos probados se deduce indubitadamente su realización, configurándose en aquéllos de forma nítida los requisitos exigidos por el artículo 334 del CJM e ignorar la existencia de unos documentos autenticados obrantes en autos, que muestran la equivocación evidente del juzgador en su resolución. El fallo absoluto contradice los hechos probados en la sentencia pues el perjuicio moral deriva en el hecho enjuiciado de los abusos, vejaciones y privación de libertad sufridos por los sujetos pasivos, constituyendo la conducta del procesado un acto torpe, violento e innecesario no justificado por la actitud de los inferiores que, si bien era contraria al régimen disciplinario, debió corregirse adecuadamente por otras vías y no de forma inhumana y arbitraria; el segundo motivo del recurso, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al no recogerse en el resultando de hechos probados el testimonio de la sentencia dictada en la causa criminal ordinaria en que el legionario J.P.B. fue condenado como autor de un delito de deserción simple en tiempo de paz con la concurrencia de la atenuante calificada de haber existido previo abuso de autoridad por parte del Capitán G.-V.

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirma la Sentencia absoluta recurrida en todos sus términos.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, en cuanto al primer motivo de casación, la Sala estima que no aparece como infringido precepto penal alguno de carácter sustantivo, pues no es evidente el "perjuicio grave", que es elemento inexcusable para entender cometido el delito de abuso de autoridad del artículo 334 del CJM, en cuanto que la gravedad del perjuicio ha de apreciarse "según las consecuencias que ocasione" y en el presente caso resulta

que: 1º) Los hechos ordenados por el Capitán G.-V. no ocasionaron, en sí mismos, tal perjuicio, ni de naturaleza material, ya que no tuvieron trascendencia de este carácter en los Soldados, ni de carácter moral, por cuanto no se pueden considerar que sean vejaciones hechos como los que ordenó el Capitán G.-V., ya que hechos iguales o similares se producen constantemente en tal Unidad por su naturaleza específica y disciplina fuertemente exigida; 2º) Que buena prueba de ello es que los otros Soldados reaccionaron sin mayores traumatizaciones, atribuyéndolos a los avatares de la vida militar en la Unidad, por lo que hay que estimar que si, para el Soldado P. fueron determinantes de su desertión, ésto no se puede atribuir al abuso de autoridad en sí mismo, sino a la situación psíquica del Soldado que lo sobrevaloró excesivamente, lo cual, si bien puede ser una atenuante de la desertión, no se puede imputar a los actos ordenados para constituir el delito de abuso de autoridad en su exigencia de causar un perjuicio grave, circunstancia ésta sin la que el delito no puede entenderse cometido.

CONSIDERANDO: Que, en cuanto al segundo motivo de casación, no se puede considerar que haya habido un error de hecho con evidente equivocación del juzgador, por cuanto los hechos probados no resultan variados por no haber recogido la sentencia dictada en la Causa "X", ya que, aunque la misma se hubiese recogido, no sería elemento determinante de la existencia del perjuicio grave necesario para la comisión del delito del artículo 334, que, como se decía anteriormente, no se puede atribuir a la actitud del Capitán G.-V. y sí únicamente a la reacción del Soldado P.

Sentencia de 23 de junio de 1987

(Zona Marítima del Cantábrico)

Casación

Insulto de obra a Superior

Preceptos: arts. 99,3º y párrafo último; 15 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Dávila Zurita

ANTECEDENTES

Cuando el Marinero F.G.B. se encontraba en el sollado C-1 del Arsenal Militar de F., en pie, junto a su litera y oyendo música de un aparato de radio que se hallaba a elevado volumen, a pesar de que hacía más de media hora que se había efectuado el toque de silencio y ya estaban apagadas las luces de los dormitorios, aunque permanecía encendido el alumbrado de policía, hicieron acto de presencia en el referido dormitorio el Oficial de Guardia, Alférez de Navío Don A.F.P. y su auxiliar, Sargento Torpedista Don F.B.H., que pasaban una ronda por el interior del cuartel. El Sargento Torpedista ordenó al citado Marinero que bajara el volumen del aparato o lo apagara, lo que ya se le había indicado en ocasiones anteriores, haciendo éste caso omiso, por lo que el Auxiliar del Oficial de Guardia fue a desconectarlo por sí mismo, momento en el que G.B. le propinó un fuerte puñe-

tazo en la cara que le hizo perder momentáneamente el equilibrio, rompiéndole, además, las gafas, motivo por el que el Alférez de Navío F.P. se acercó al Marinero G.B., que había tirado violentamente la radio al suelo, tratándolo de sujetarlo por un brazo, insultando, entonces, el Marinero al Oficial, al que lanzó una patada que le rozó el brazo derecho, descosiéndole de la manga de su uniforme el galón de Alférez de Navío. En ese momento hicieron acto de presencia varios Cabos Primeros, quienes, con los integrantes de la guardia, consiguieron sacar a G.B. del dormitorio y llevarlo al pasillo, donde volvió a soltarse y, dirigiéndose nuevamente al Sargento B., le insultó y le propinó un segundo puñetazo en la frente, tras lo cual fue trasladado al Cuerpo de Guardia y, después, a la Enfermería del Arsenal, para pasar definitivamente al Hospital de Marina de F. Como consecuencia de la agresión, precisaron asistencia facultativa el Sargento B.H. y el Cabo M.G.T., quienes sufrieron contusiones y erosiones varias de pronóstico menos grave.

El Consejo de Guerra consideró que estos hechos integran un delito de insulto de obra a superior, previsto en el artículo 99, 3º CPM, concurriendo la circunstancia del último párrafo del citado artículo, por el que condena a F.J.G.B. a la pena de dos años y ocho meses de prisión, accesorias y efectos.

Contra la Sentencia interpone la Defensa de G.B. recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma.

Dicho recurso es desestimado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que, en consecuencia, confirma la Sentencia recurrida, declarándola firme y ejecutoria.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que no puede prosperar el primer motivo de casación (art. 851, nº 3 LECrim.), ya que el Consejo de Guerra dictó Sentencia una vez apreciada, en su conjunto, la prueba valorada, con arreglo a su racional criterio, y ello es correcto que sea así, dada la mayor proximidad del Tribunal de instancia a los hechos enjuiciados, así como el conocimiento directo de cuantos testigos o procesado comparecen y declaran en el acto de la Vista; por tales razones, debe primar, salvo en supuestos excepcionales de manifiesto y fehaciente error en la apreciación de dichas pruebas; no obstante, es evidente que dicho error no se produce en la presente Causa, habiendo quedado plenamente demostrada la comisión de los hechos enjuiciados, realizados por el procesado; todo ello unido a la valoración que, en su conjunto, ya que no es admisible una estimación aislada de las declaraciones testificales como se efectúa interesadamente en el recurso interpuesto, hace el Tribunal sentenciador de cuantas diligencias de prueba se han practicado en la presente Causa, juntamente con la necesidad de conjugar todos los elementos probatorios, facultad propia del Consejo de Guerra, obligan a dar prioridad a la acertada apreciación que de tales elementos hace dicho Consejo, por lo que la Sala rechaza este primer motivo de casación.

CONSIDERANDO: Que; respecto al segundo motivo (art. 849, 2º LECrim.), tampoco puede admitirse, y ello en consideración a que la argumentación del motivo se fundamenta y parte de la base de que el Tribunal sentenciador no tomó en consideración una serie de declaraciones de testigos que hubieran favorecido al procesado, apreciaciones que ya fueron rechazadas en el anterior considerando de la presente Sentencia y por los motivos que en el mismo se expresan, por lo que la necesidad y consiguiente falta de aplicación del principio penal de “in dubio pro reo”, dentro y a través de la presunción de inocencia impuesta por el artículo 24,2 de la Constitución, carece de sentido, ya que el Tribunal sentenciador no estimó acertadamente la existencia de ningún tipo de dudas, por lo que, de ninguna manera, podía considerar al aplicar dicho principio; pues está claro, y así se recoge en el resultando de hechos probados de la Sentencia recurrida, que debe respetarse, que el Marinero F.J.G.B. propinó un fuerte puñetazo en la cara al Auxiliar del Oficial de Guardia, así como que insultó y lanzó una patada que rozó el brazo derecho del Oficial de Servicio, sin que a ello pueda oponerse, para desvirtuar la actuación de dichos actos, una presunción de inocencia declarada en el artículo 24 del vigente texto constitucional, que precisamente como tal presunción, puede en todo caso ser destruida, como ocurre en la Sentencia recurrida, por la prueba estimada por el Tribunal sentenciador.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, por lo que se refiere al tercer motivo del recurso (art. 849,1º LECrim.), al entender el recurrente que no concurre en el procesado la circunstancia exigida en el último párrafo del artículo 99 del CPM, de estar en acto de servicio, tampoco puede prosperar. En efecto, el artículo 99 del CPM, último apartado, prescribe que “estas penas se impondrán en su mitad superior cuando el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión del mismo”, estableciendo, por su parte, el artículo 15 del mismo Cuerpo legal que “a los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde”; de todo ello resulta claro, por una parte, que dicho apartado último viene a establecer una especial agravación respecto del tipo delictual del insulto de obra a superior, al exigir la circunstancia objetivada del acto de servicio, por una parte, en dicho apartado, no se prescribe de modo alguno la exigencia, como requisito integrante de dicha circunstancia, de que el sujeto activo, agraviador, se encuentre en acto de servicio, sino que, precisamente, hay que entender que tal evento es completamente independiente, y que la especial agravación vendría dada por la obstrucción que para el desempeño del acto de servicio realizado efectivamente por parte del sujeto pasivo, agraviado, resultando claro que los ofendidos se encuentran desempeñando un específico acto de servicio, al estar de guardia, siendo ello suficiente tal y como se aprecia en numerosa jurisprudencia de este Consejo (Sentencias de 26 de

noviembre de 1969 y 9 de junio y 7 de julio de 1971, entre otras muchas (5) para poder apreciar la existencia de la circunstancia última de dicho artículo 99 del texto legal militar, tal y como acertadamente se hace en la Sentencia recurrida, y ello de una manera clara y terminante, sin necesidad alguna de efectuar ningún tipo de interpretaciones extensivas que pudiese perjudicar al procesado.

CONSIDERANDO: Que si bien los artículos 797, 798 y siguientes del CJM facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por los Consejos de Guerra, tal facultad debe entenderse subsistente solamente en el caso de que las partes no hayan interpuesto recursos de casación que haya sido admitido a trámite, toda vez que quebraría el principio de santidad de la cosa juzgada y se infringiría el artículo 904 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, si las alegaciones de las partes, entendidas como remedio de esa naturaleza, pudieran determinar, en caso de producirse el disentimiento, una nueva Sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de estimarse firme y ejecutoria.

Sentencia de 23 de junio de 1987

(Región Militar "Sur")

Disentimiento

Abuso de autoridad

Preceptos: arts. 334 y 434 CJM

Ponente: No consta

ANTECEDENTES

Durante la instrucción de Orden cerrado, al efectuarse mal un movimiento, el Teniente que mandaba la Sección dió orden al Cabo legionario P.R.C. de que tomara el nombre de los reclutas que lo habían efectuado mal. Al formarlos, el citado Cabo notó la falta de uno, el recluta A.C.R., que, al ser requerido, negó su participación en el hecho. Una vez comprobada su autoría fue llamado al orden, momento en que el recluta C. empezó a levantar la voz y gesticular diciendo que él se tenía que ir de Pase, que no podía quedarse ese fin de semana; por lo que fue ordenado que se callara y adoptara la posición de firme, siendo advertido de que sería corregido si persistía en su actitud. Y como quiera que el recluta siguiera gesticulando y gritando, fue corregido por el Cabo con un golpe dirigido al pecho que, al agacharse el recluta, le dió en la mandíbula, causándole la lesión por la que posteriormente fue evacuado, hechos que tuvieron lugar delante de varios reclutas e instructores.

(5) *Jurisprudencia Militar de España 1968-1971*, Madrid, 1974, pp. 113, 206 y 221.

El Consejo de Guerra absuelve al Cabo P.R.C. del delito de abuso de autoridad por el que venía procesado, considerándole autor de una falta grave de abuso de autoridad (art. 434 CJM), por la que corrige al citado Cabo con dos meses y un día de arresto militar, efectos y responsabilidad civil.

El fallo es disentido por la Autoridad Judicial, que, de conformidad con el Auditor, considera que la actitud del recluta A.C., siendo incorrecta, en ningún momento justificó la desmesurada reacción del Superior y las graves lesiones producidas, por lo que la conducta del Cabo P.R.C. debe ser considerada un delito de abuso de autoridad (art. 334 CJM), tesis a la que se adhiere el Fiscal Togado.

El Consejo Supremo de Justicia Militar revoca la Sentencia disentida y, considerando al Cabo P.R.C. autor de un delito de abuso de autoridad (art. 334 CJM), le condena a la pena de seis meses y un día de prisión militar, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que la Sentencia del Consejo de Guerra se ha producido error notorio en la apreciación de la prueba, ya que del examen de las actuaciones, tanto de las propias declaraciones del procesado como de cuantos deponen en los autos, solamente se deduce que la conducta del agredido consistió en gritos y gestos, ciertamente incorrectos y corregibles, pero que en ningún momento llegaron a descubrir un intento o propósito de agresión al Superior.

CONSIDERANDO: Que también se estima inadecuada la aplicación al caso del artículo 434 CJM, como hace la Sentencia discutida, habida cuenta de que si bien la conducta del legionario agredido fue incorrecta, poseía el procesado otras vías distintas a la elegida para corregirla adecuadamente, de manera que el golpe propinado le ocasionó lesiones que tardaron en curar más de treinta días, por lo que dichas lesiones, por estar comprendidas en el artículo 420 n° 4 CP, deben reputarse como lesiones graves y, en consecuencia, procede estimar que le irrogó el grave perjuicio que el artículo 334 CJM exige para que una conducta de tal índole sea calificada de delito.

CONSIDERANDO: Que una vez estimada revocable la Sentencia recaída se ha de determinar si el nuevo fallo, por delito, lo ha de ser subsumiendo los hechos en el CJM de 1945 o en el nuevo CPM, según uno u otro resulte más favorable. Que los preceptos del nuevo CPM, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, no son de aplicación más beneficiosa, dado que el delito de abuso de autoridad (art. 334 CJM) se mantiene en los artículos 103, 104 y 106 del CPM, siendo la pena del artículo 334 CJM inferior a la de cinco a quince años de prisión que establece el artículo 104 CPM, para cuando se causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves. Que tampoco es de aplicación más beneficiosa el nuevo CPM con respecto a la pena accesoria de deposición de empleo, dado que el artículo 28

establece para los militares, en su caso, dicha accesoria con toda pena de prisión de duración superior a seis meses.

Sentencia de 1 de julio de 1987

(Región Militar "Sur")

Casación

Abandono de residencia

Preceptos: arts. 365,3º, 437,2º y 793 CJM; 119 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

En los primeros días de enero, cuando el Coronel de Caballería Don C. de M.R. se encontraba, en situación de disponible y agregado a la Comandancia General de C., solicitó telefónicamente y le fue concedido de modo verbal un permiso de quince días (después ampliado hasta final de mes) para trasladarse, por razones familiares, a la plaza de M., lo que hizo el citado jefe que, sin embargo, no efectuó presentación ni despedida en dicha capital.

El día 23 de enero, puestos previamente de acuerdo el Coronel y el paisano Don J.A.A.V., éste alquiló en el Aeropuerto de B., a las 15,11 horas, un turismo con el que ambos emprendieron en la misma fecha la marcha hacia París, no habiendo podido concretarse el momento preciso del inicio del viaje y sí que el Coronel De M. carecía de autorización para ello de sus Superiores, que en todo momento ignoraron su proceder en tal sentido.

Llegados ambos a la capital de Francia y en unión del paisano Don E.M.G. y el súbdito libio S.M.A., quienes se habían trasladado a París desde M. por vía aérea, tomaron un vuelo de la Compañía Aérea Libia, con salida desde el Aeropuerto de Orly a las 14,00 horas del día 24 y destino Trípoli, de cuya capital regresaría el procesado a B. el día 27 de enero siguiente, utilizando para ello un vuelo Trípoli-París y otro París-B., ciudad esta última a la que llegó a las 20,55 horas, sin que haya podido acreditarse el tiempo que permaneció en la misma, pero sí que fue controlado en el momento de su llegada a B. y detectada más tarde su presencia en M. el día 29 siguiente.

El Coronel De M. fue corregido, en razón de estos hechos, con un mes de arresto, como autor de la falta grave de "infracción de un deber militar" (art. 443 CJM), al entender que, con su conducta, había quebrantado el deber de lealtad que a todo militar impone el artículo 35 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales absuelve al Coronel Don C. de M.R., con todos los pronunciamientos favorables, al entender que los

hechos no constituyen el delito de abandono de residencia que se le imputaba. Y ello, según el Consejo:

1º) Por entender que el Código aplicable en este caso es el de Justicia Militar, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945, vigente en el momento de ocurrir los hechos y más beneficioso para el reo, en cuanto que exige un mayor número de días para la consumación de la infracción, que la exigida para el mismo delito en el artículo 119 del Código penal militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por lo que entra en juego la Disposición Transitoria primera del último de los citados Cuerpos legales.

2º) Por ser los elementos constitutivos del delito de "abandono de residencia", tal como viene tipificado en el artículo 365 del CJM:

a) La ausencia material del culpable del lugar o población en donde legalmente residía

b) Que esta ausencia no se verifique al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos, ni en operación de campaña; y

c) El transcurso de cinco días desde el momento de la ausencia.

Resulta evidente la concurrencia de los dos primeros requisitos, al haberse ausentado el procesado de la plaza de M., en donde estaba autorizado para residir temporalmente, sin la concurrencia del apartado b).

Pero no ocurre lo mismo con el requisito del apartado c), que se estima no concurre, pues tratándose de un delito evidentemente formal, que se consuma con la acción del culpable, sin que sea precisa la producción de consecuencias jurídicas, es indispensable, en cambio, para que exista la infracción, que se den ineludiblemente los elementos objetivos de la misma (en el caso que nos ocupa, la ausencia del culpable durante cinco días o más del lugar de su residencia), sin que en ningún caso quepa la tentativa en esta clase de delitos.

3º) Porque así como el CJM, al establecer los plazos para la consumación de la desertión, considera que se produce ésta cuando se faltare de la Unidad de destino o lugar de residencia más de tres días consecutivos, aclarando, más tarde, que se entienden transcurridos éstos pasadas tres noches; no ocurre lo mismo con el artículo 365 del mismo Código, que prescindiendo de tan sutil aclaración se limita a decirnos en su último párrafo "que el delito se considera consumado, en el caso del nº 3º, a los cinco días de dicha ausencia". Entendiendo el Consejo, en una interpretación literal del precepto, que cuando éste habla de días debe entenderse, de acuerdo con la definición que de este término da el Diccionario de la Lengua Española, un período de tiempo de veinticuatro horas, que es lo que tarda la tierra en dar una vuelta completa alrededor de su eje. O sea, que para la consumación de este delito de "abandono de residencia" es necesario, a juicio de dicho Tribunal, que el culpable permanezca fuera del lugar de su residencia un total de ciento veinte horas, a cuya conclusión se llega por una simple operación aritmética.

4º) Porque, valorada por el Tribunal la prueba que obra en las actuacio-

nes y la practicada en el acto de la Vista, con arreglo a su sano y racional criterio, se estima suficientemente acreditado que el procesado permaneció fuera de M. desde hora no concretada de la tarde del 23 de enero hasta las 20.55 horas del siguiente día 27, en que se constata su llegada a B.; pero es a partir de este momento cuando no ha podido esclarecerse su conducta posterior, siendo por otra parte posible su vuelta a M., por vía aérea, si éste hubiese sido su propósito, en un breve período de tiempo, de lo que no hubiese quedado constancia en Iberia, de haber utilizado el puente aéreo B.-M., evitándose, de esta forma, por el procesado, la consumación del delito que se produciría inexorablemente en la tarde del día 28.

5º) Porque, ante esta tremenda duda por falta de prueba, dicho Tribunal, en aplicación del sacrosanto principio "indubio pro reo", aceptado universalmente en el campo del Derecho penal; y el de presunción de inocencia que establece el artículo 24 de nuestro Ordenamiento constitucional, se ve en la ineludible obligación de entender que no se ha consumado el delito perseguido, dictando fallo concordante con los relatados principios.

Contra la Sentencia absolutoria interpone el Fiscal Togado recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º LECrim.), por inaplicación del artículo 365, 3º CJM y, subsidiariamente, por inaplicación del artículo 793 del mismo texto punitivo castrense.

El Consejo Supremo de Justicia Militar desestima el recurso de casación en cuanto al primer motivo y lo estima en el segundo, casando, en consecuencia, la Sentencia recurrida y dictando una segunda, de acuerdo con los fundamentos jurídicos que siguen:

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el Fiscal Togado, respetando los hechos probados de la Sentencia del Tribunal "a quo", alega, como primer motivo de casación, el de inaplicación del artículo 365,3º y párrafo último del CJM, por considerar que los hechos probados son constitutivos de un delito de abandono de destino o residencia, fundándose en una particular interpretación del cómputo del tiempo de ausencia del Coronel De M.R. y resulta que, se cuente como se cuente dicho tiempo, no aparece probado que el Coronel De M. estuviese ausente de su residencia oficialmente autorizada en M., por razones siguientes: 1º) Que lo único que aparece probado en la Sentencia es que el Coronel De M., el 23 de enero, alquiló un automóvil en el Aeropuerto de B. a las 15,11 horas y emprendió viaje a París, "no habiéndose podido concretar el momento preciso del inicio del viaje", regresando a B. a las 20,55 horas del día 27 del mismo mes, "sin que haya podido acreditarse el tiempo que permaneció en la misma", y sí sólo que fue detectada más tarde su presencia en M. el día 29 siguiente, haciéndose constar en el número 3º del primer considerando la "falta de prueba" de la consumación de este delito, estrictamente formal, que requiere el transcurso de cinco días de ausencia probada, lo que evidentemente es exacto ya que lo único

probado es que faltó desde hora indeterminada de la tarde del día 23 hasta hora no determinada del día 27 a partir de las 20,55 en que se encontraba en B., siendo posible que regresase a M. a continuación e independientemente ésto de que su presencia fuese detectada en esta ciudad más tarde, el 29, lo que no supone que no pudiese encontrarse en M. con anterioridad; 2ª) Que, en términos de ausencia probada, este delito se habría consumado, por lo que se refiere al tiempo, si estuviese probado que el Coronel De M. no se encontraba en M. en la tarde del día 28, lo que no se ha probado en la Causa; 3ª) La argumentación fiscal en virtud de la analogía con el delito de desertión no es admisible, no sólo por la utilización de la analogía difícilmente posible en Derecho penal, sino porque el delito del artículo 365 está redactado en otros términos, sin precisiones al respecto, sobre el transcurso de las “noches” que tampoco, en su caso, resultarían probadas ya que sólo aparecería probado el transcurso de cuatro noches fuera de su residencia y no hace al caso la alusión al Código penal militar hoy vigente, en cuanto esta regulación del delito no es aplicable al presente por ser legislación más desfavorable, en cuyo punto no es necesario insistir; 4ª) Que tampoco es admisible la argumentación fiscal en función del principio de la “disponibilidad permanente” del militar profesional, pues es lo cierto que no aparece en la Causa que el Coronel De M. estuviese al margen de esta disponibilidad los cinco días requeridos por el artículo 365 del CJM.

CONSIDERANDO: Que el Fiscal Togado, con carácter subsidiario, alega, como segundo motivo de casación, el que el Tribunal “a quo”, apreciando la posibilidad de que los hechos pudieran ser constitutivos de una falta grave del artículo 437,2º del CJM, no lo sanciona por considerar derogado el artículo 793 del mismo Código, entendiendo el Fiscal que este precepto obliga al Tribunal a corregir tal falta grave, y ha sido vulnerado, lo que evidentemente es cierto porque: 1º) Si se está aplicando el CJM, éste lo debe ser en su totalidad y, por tanto, se debe aplicar al artículo 793 de este Cuerpo Legal, sin que le afecte la entrada en vigor del CPM, el cual sólo derogaría tal precepto si fuese aplicable a esta infracción, lo que no es el caso; 2º) No se puede aplicar la normativa del CJM en parte, es decir “en lo que interese”, ya que, como recoge el Tribunal Constitucional en auto nº 471/84, de 24 de julio, la aplicación de la ley más favorable al reo debe ser hecha “en bloque, no fragmentariamente, por cuanto si se procediera a seleccionar... se estarían usurpando tareas legislativas que no corresponden a los Tribunales”.

SEGUNDA SENTENCIA

Los *antecedentes* son los que se contienen en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Togado, dicta esta segunda Sentencia en la que, absolviendo al Coronel Don C. de M.R. del delito de abandono

de residencia por el que venía procesado, le corrige, no obstante, con seis meses de arresto militar, por la falta grave de "dejar de cumplir sus deberes militares" (art. 437,2º CJM). Y ello con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que los hechos son constitutivos de una falta grave tipificada en el artículo 437,2º del CJM, bajo el concepto de "dejar de cumplir sus deberes militares" y en relación con lo establecido en el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

Sentencia de 1 de julio de 1987

(Región Militar "Levante")

Casación

Maltrato de obra a Superior

Preceptos: arts. 320, 323, 333, 256,1º, 185,1º CJM y 99,2 y párrafo final CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

El Brigada J.G.P. cursó estudios hasta los catorce años, superó el bachiller elemental y ayudó ulteriormente a sus padres en la custodia de ganado, hasta marcha como voluntario a cumplir su servicio militar en el Ejército del Aire, período en el que intentó, sin éxito, superar el curso para ascenso a Cabo, tras lo cual pretendió ingresar en la Policía Armada, sin conseguirlo, trabajando un tiempo como auxiliar de camionero hasta su ingreso, a los 23 años, en la Guardia Civil, Cuerpo en el que permaneció hasta que, tres años más tarde, ingresó en el Ejército, llevado de su afición a los caballos, logrando obtener, tras un curso de dos años en la Academia de T., el título de Sargento Especialista Paradista, con el que fue destinado a V., donde ocho años más tarde ascendió a Brigada.

Entre los rasgos de personalidad de J.G.P. destacan la inmadurez, enoquetismo, primitivismo, hipocondría y ansiedad. Núcleo de esta personalidad es su inteligencia en el límite inferior de la normalidad y rayana en la debilidad mental. Exploraciones objetivas han demostrado moderadas alteraciones electroencefalográficas y neuroradiológicas que serían indicio de una lesión o malformación orgánica de base. Por presentar estos trastornos de personalidad, un Tribunal Médico Militar le declaró no apto para el servicio de las armas.

Durante su permanencia en la Unidad fue tratado con comprensión por sus superiores, conscientes todos de sus limitaciones, siendo, en parte, excepción a esta norma el Capitán de Caballería Don M.M.J., quien le trató con mayor exigencia e intentó que el procesado fuera asumiendo las responsabilidades y desempeñando las funciones propias de su empleo. Por ello le corrigió en varias ocasiones, sin anotar los correctivos en la hoja de castigos.

La evidente desproporción entre las capacidades del Brigada J.G.P. y las responsabilidades que, en ocasiones, el Capitán M. le exigía asumir provocó en aquél un correlativo incremento de su ansiedad y llevó a su ánimo la idea de persecución por parte del Capitán, a quien concebía como la persona que le daba órdenes ininteligibles, le exigía lo imposible y le confundía con reproches y correcciones, quien, en definitiva, era el origen de su desazón.

En una de estas ocasiones, el Brigada J.G.P. recibió la orden del Capitán M. de hacer el cálculo de necesidad anual del carburante de la Unidad, por entender el Oficial que estaba capacitado para esa función. Sin embargo, la orden pareció al Brigada difícil de cumplir e, incluso, un error del Capitán, ya que, a su juicio, el encargado de las labores burocráticas era un Sargento y así lo hizo ver al Capitán M., quien, sin embargo, reiteró la orden. Con ayuda de otros compañeros, el procesado hizo el cálculo, pero el Capitán M. lo encontró incorrecto y le ordenó rectificarlo. Nuevos escritos con los cálculos se presentaron por el Brigada al Capitán en días sucesivos, pero todos fueron rechazados por éste como erróneos. Hasta que el Capitán redactó un escrito en el que imponía al Brigada un correctivo de 48 horas de arresto, escrito que guardó en un sobre. Pidió, ulteriormente, al Brigada que le enseñara de nuevo el cálculo de consumo de carburantes, reuniéndose ambos en la oficina de la Unidad, donde, otra vez, revisaron los papeles y el Capitán, dirigiéndose al Brigada, dijo: "Esto está mal. Lo quiero hecho para el lunes", y, a continuación, entregó al Brigada el sobre que contenía el correctivo.

Tras ésto, el Capitán, que era, durante aquella semana, el Capitán de servicio de la Unidad, se retiró a la habitación reservada a dicho Oficial, para despojarse de su uniforme y vestirse un atuendo deportivo, ya que proyectaba volver a su casa en bicicleta. A los pocos minutos, cuando el Capitán estaba cambiándose de ropa, el Brigada J.G.P., que había leído el escrito en el que era corregido por el Capitán, llamó a la puerta de la habitación en que éste se hallaba y, tras recibir la orden de esperar, fue autorizado a pasar segundos más tarde. El estado de ánimo del Brigada era una combinación de melancolía y rebeldía ante lo que consideraba una injusticia, y ya desde el pasillo que da acceso al dormitorio se dirigió al Capitán en términos mitad de ruego mitad de protesta, obteniendo de éste, que estaba frente a él, sentado en la cama y atándose las zapatillas, sin ni siquiera mirarle, una fría contestación. Descompensado su nivel, habitualmente ya elevado, de ansiedad por el castigo inexorable y la tarea imposible que sentía que sobre él caía, lo que, proyectado sobre su personalidad, originó una reacción anómala emocional de tipo explosivo y en cortocircuito, que configuró un trastorno aislado y grave de la conducta y en el curso de la cual reacción disminuyeron gravemente sus facultades intelectuales y volitivas, el Brigada, que inicialmente se había vuelto para marcharse, giró de nuevo hasta colocarse ante el Capitán, empuñó la pistola de su propiedad, la montó y murmuró en tono extraño apuntando al Oficial que distaba unos dos

metros: "Mi Capitán...", alertando a éste, quien, levantando la vista, intentó razonar con el Brigada, pero éste disparó de inmediato alcanzando al Capitán en la zona inguinal izquierda. Ante ello, el Capitán se avalanzó sobre el Brigada, haciéndole perder el equilibrio y, lanzándolo contra la puerta de su habitación, se introdujo en el cuarto de baño, intentando cerrar la puerta. El Brigada lo impidió a patadas y, penetrando en el cuarto de baño, se enzarzaron ambos en un forcejeo, durante el cual el Brigada G., que aún empuñaba la pistola, aunque sujeta su muñeca derecha por la mano izquierda del Capitán, disparó dos tiros más, que se incrustaron en el techo y en una pared. Durante el forcejeo, la pistola golpeó al Capitán en la cabeza, haciéndole sangrar. En un momento dado, cayeron ambos al suelo y el Capitán, que estaba encima del Brigada, le dijo: "G. me has matado, llevo un tiro en el vientre y otro en la cabeza, me voy al Hospital", cesando en ese momento la lucha y siendo hallados a los pocos segundos ambos. El Brigada estaba de pie, cabizbajo y con la pistola en la mano, dejándose detener y desarmar, sin resistencia, y sólo balbucía frases como "Otro arresto", "Va detrás de mí", "Ya le había dicho que padezco de los nervios".

El Capitán tardó cinco meses en curar de sus heridas, si bien le hayan quedado importantes secuelas, que han motivado su ingreso en el Cuerpo de Mutilados.

El Consejo de Guerra condenó al Brigada J.G.P., como autor de un delito de maltrato de obra a superior, con la concurrencia de la circunstancia atenuante calificada de enajenación mental incompleta, a la pena de quince años de reclusión militar, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Contra la Sentencia interpone el Defensor de J.G.P. recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º y 2º LECrim.), por inaplicación de los artículos 24 CE y 185,1º CJM.

Dicho recurso se mantiene aun cuando, con posterioridad, la Autoridad Judicial, conforme a lo establecido en la Disposición transitoria 3ª del CPM, rectifica de oficio la Sentencia en el sentido de condenar al Brigada J.G.P., como autor de un delito de insulto a superior (art. 99, 2 y párrafo final CPM), concurriendo la circunstancia atenuante del artículo 9,1º, en relación con la eximente 8,1ª, CP, a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara no haber lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, declara firme y ejecutoria la Sentencia recurrida, con base en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, en relación al primer motivo de casación alegado, por estimar que concurre la circunstancia eximente del artículo 185,1º del CJM, que no ha sido apreciada por el Tribunal "a quo", es de tener en cuenta que este Tribunal, en su libertad para interpretar el estado mental del Brigada Don J.G.P., ha obrado correctamente considerando que no se

trata de la eximente del artículo 185,1º del CJM, sino de la atenuante calificada del artículo 189,1º del CJM en relación con el precepto primeramente citado, teniendo en cuenta que la apreciación del Tribunal Médico no es concluyente al respecto y que por todas las circunstancias concurrentes anteriores y las posteriores inmediatas a su acto, hay que concluir que dicho Brigada está expresamente incurso en la atenuante calificada del artículo 189,1º CJM.

CONSIDERANDO: Que, respecto al segundo motivo de casación alegado, por estimar que ha habido error de hecho y concretamente en la apreciación de las certificaciones médicas obrantes en autos, tampoco es admisible, ya que dichas certificaciones, así como las declaraciones de los médicos militares en el acto de la vista, ratificando los informes, no son ni concluyentes en sus afirmaciones ni determinantes para el Tribunal "a quo", que las ha interpretado con total corrección.

CONSIDERANDO: Que no se ha infringido en ningún caso el socorrido artículo 24 de la Constitución, pues la presunción de inocencia existe mientras no se demuestre la culpabilidad, como ha ocurrido en el presente caso.

Sentencia de 28 de octubre de 1987

(Zona Militar de Baleares)

Delito contra la Hacienda Militar

Preceptos: arts. 196,1º CPM; 69 bis CP y 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Cortés Álvarez de Miranda

ANTECEDENTES

El Sargento J.V.M., a la sazón destinado en la Farmacia Militar de P. de M., se apropió para sí y su particular disfrute, durante el período de tiempo comprendido entre los meses de enero y septiembre y en diferentes días, de cantidades de dinero en metálico que oscilaban entre 5.000 y 30.000 pesetas según los días, correspondientes a la recaudación, ascendiendo el total de lo así apropiado en el período expresado a la cantidad de 654.500 pesetas; para evitar que se descubrieran dichas apropiaciones y su autoría se prevalía el antedicho Sargento, además del fácil acceso a la Caja de caudales donde quedaba hasta la mañana siguiente la recaudación, de la misión que tenía encomendada (o bien asumida con el consentimiento de sus superiores), en su destino de corrección y redacción definitiva de las hojas diarias de recaudación, y en consecuencia una vez que se realizaba Caja quedaban a su disposición los tickets de la Caja registradora, variando para la realización de tal sustracción el sistema empleado y realizando la sustracción de diversas formas.

El Consejo de Guerra condenó al Sargento Don J.V.M. a la pena de ocho meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil, al considerar que los hechos integran un delito consumado y continuado contra la

Hacienda Militar (art. 196,1° CPM, en relación con el 69 bis CP), sin concurrencia de circunstancias modificativas.

La Defensa del procesado interpone recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1° y 2° LECrim.), por inaplicación del artículo 24.2 CE y error sustancial en la apreciación de la prueba.

El Fiscal Togado se adhiere al primero de los motivos esgrimidos por la Defensa, el cual se estima por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que, declarando haber lugar al recurso, casa y anula la Sentencia recurrida, estableciendo esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el Defensor del procesado articula el primer motivo de casación por infracción de ley, en base a que la Sentencia recurrida incurre en violación, por no aplicación, del artículo 24 de la Constitución, que sienta el principio a la presunción de inocencia, y que a su juicio ha vulnerado el Consejo de Guerra al dictar una Sentencia que, basándose en pruebas indiciarias, no cumple las exigencias para que de las mismas se pueda deducir la culpabilidad del procesado. Este motivo casacional se fundamenta en que en la Sentencia se condena a su defendido en base a una prueba indiciaria que parte de unos hechos que se declaran probados, destacando la existencia de tres indicios que sirven como prueba determinante de la calificación como delito de los hechos. Estos tres indicios son recogidos en el considerando primero de la Sentencia recurrida y consisten en “la exclusión a la vista de lo actuado de que se sustrajera dinero de la recaudación de otras personas con acceso a la misma en base a que no se encontraban en M., mientras que estuvo en esas fechas el procesado, que precisamente cuando éste se marchó de la isla con permiso, en esos días de ausencia ninguna sustracción apareció”; “que fue el procesado quien confeccionó las hojas de caja correspondientes a las fechas en que, mediante el informe pericial contable, se sustrajo de la recaudación”; y “las explicaciones confusas y contradictorias del propio procesado, que deja totalmente sin explicación como no se dió cuenta nunca de que faltaba dinero”.

CONSIDERANDO: Que, conforme a la doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, como derecho fundamental, consiste en que cada uno de sus titulares es tenido como inocente, salvo que haya pruebas de lo contrario y estas pruebas deben ser contrastadas en juicio, de manera que no pueda quedar duda sobre la culpabilidad del procesado, bien sean éstas directas o indirectas.

En el caso que nos ocupa el Consejo de Guerra ha basado la calificación de la conducta del Sargento V.M. como delictiva, en la concurrencia de “una contundente prueba indiciaria, mucho más allá de la mera sospecha”. Pero ha de tenerse en cuenta que los indicios en que basa la condena no reúnen los criterios que doctrinalmente se tienen establecidos relativos a la necesidad de que, después de un proceso mental razonado, examinada la

versión que de los hechos ofrezca el inculpado, no quede duda, para poder considerar éstos como constitutivos de delito. Y en relación con el primer indicio hay que decir que el Consejo de Guerra ha utilizado el método de exclusión o eliminación, invirtiendo la carga de la prueba, por cuanto incrimina al que no consigue demostrar su inocencia. En cuanto al segundo, porque se demuestra en los autos, en contradicción con lo expuesto en el considerando primero de la Sentencia recurrida, que el Sargento V.M. no confeccionó todas las hojas de caja a que alude la misma; y, por último, respecto del tercero, porque, asimismo, en éste la Sentencia vulnera la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la presunción de inocencia, al invertir, como ocurre en el primer indicio, la carga de la prueba, ya que está exigiendo al procesado que sea él quien demuestre que es inocente. Estos razonamientos llevan a la Sala a la conclusión de que ha de estimarse este motivo de casación, al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, por infringir la Sentencia recurrida, por inaplicación, el número 2 del artículo 24 de la Constitución española.

CONSIDERANDO: que no ha lugar a entrar en el análisis del segundo motivo de casación que por infracción de ley formula la Defensa del procesado Sargento Don J.V.M., habida cuenta la estimación que se hace del motivo anterior y que da lugar a casar la Sentencia recurrida.

SEGUNDA SENTENCIA

Sus *antecedentes* son los que constan en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación interpuesto por la defensa, dicta esta segunda Sentencia en la que absuelve, con todos los pronunciamientos favorables, al Sargento Don J.V.M. del delito contra la Hacienda Militar que se le imputaba. Y ello como base en la siguiente *doctrina*:

CONSIDERANDO: Que la presunción de inocencia constitucionalmente establecida en favor de todas las personas necesita, a efectos de determinación de responsabilidad penal, ser destruida por pruebas con virtualidad bastante para disipar totalmente cualquier género de duda sobre la realidad de la comisión del hecho punible y sobre la autoría del mismo, lo cual no se hace en la Sentencia recurrida, que carece de argumentos para cimentar la responsabilidad del procesado conforme a las exigencias legales y doctrinales respecto a esta cuestión.

CONSIDERANDO: Que, no resultando por tanto probada la culpabilidad del procesado, habida cuenta que los elementos probatorios no son directos sino que se basan en indicios, en los que no se dan los criterios constitucionalmente establecidos para destruir el derecho fundamental a la presunción de inocencia, procede decretar la absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Sentencia de 18 de noviembre de 1987
(Zona Marítima del Cantábrico)

Casación

Deserción

Preceptos: arts. 370,1º; 371,4º; 373 y 186,6º CJM; 120 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Montull Lavilla

ANTECEDENTES

El Marinero V.G.F. el día 24 de abril y cuando se encontraba en situación de arrestado por quebrantamiento de un arresto anterior, se ausentó de la Unidad en que prestaba servicio, no incorporándose a la misma hasta el 20 de mayo, lo que hizo de forma voluntaria.

Considerados los hechos como constitutivos de un delito de deserción simple en tiempo de paz (arts. 370,1º, 371,4º y 373 CJM) y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Consejo de Guerra condena al Marinero V.G.F. a la pena de dos años de prisión militar.

La Defensa del procesado interpone recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º LECrim.), al no haberse aplicado la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 186,6º CJM), que, entiende, debió apreciarse, al consignarse en los hechos probados de la Sentencia que la incorporación a su destino la hizo "de forma voluntaria", toda vez que basta con que resulte no conocer el culpable, al confesar la infracción, que se había iniciado procedimiento judicial, lo cual puede deducirse, teniendo en cuenta la personalidad de su defendido, adicto a la heroína, que se presentó en cuanto pudo percatarse del alcance de los hechos.

Con posterioridad, se estimó por la Autoridad Judicial de la Zona Marítima del Cantábrico que, al haber entrado en vigor el 1 de junio de 1986, después de dictada la Sentencia recurrida, la Ley Orgánica 13/85, de 5 de diciembre, que promulgó el nuevo Código penal militar, resultaba procedente revisar aquella, rectificándola e imponiendo la pena de un año de prisión conforme a los artículos 120 y 35 de dicho Código, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo, del artículo 29 del mismo texto legal.

La Defensa mantiene el recurso de casación, al que se opone el Fiscal Togado y que resulta rechazado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que, de esta forma, confirma la Sentencia recurrida, con las rectificaciones legales señaladas.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, si bien en la relación de hechos probados de la Sentencia se consigna que la incorporación se hizo "de forma voluntaria", no se expresa nada en relación con que el procesado no tuviera conocimiento de la apertura de procedimiento judicial, elemento éste también funda-

mental para la apreciación de la atenuante, que, al no constar así, no resulta que el Consejo de Guerra haya incurrido en infracción alguna de ley, considerando, además, que hizo uso, para la apreciación o no de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, del amplio arbitrio que, a este efecto, concedían los artículos 186 y 187 del CJM y que, evidentemente, descarta la alegada infracción de ley, al haberse hecho uso, por el citado Consejo de Guerra, precisamente, de una facultad que la propia ley le otorgaba.

CONSIDERANDO: Que, con independencia de lo expuesto, se tiene en cuenta que, promulgado por Ley Orgánica nº 13/85, de 9 de diciembre, el nuevo Código penal militar, que deroga el Código de Justicia Militar en su tratado II. y, conforme a la Disposición Transitoria 3ª de dicha Ley Orgánica, procede el examen y, en su caso, la aplicación de los preceptos del nuevo Código cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo, que se ha efectuado en los casos como el presente, en que la Sentencia no sea firme, por hallarse pendiente de recurso. Que es criterio sustentado reiteradamente por este Consejo Supremo de Justicia Militar que la aplicación de las normas penales más beneficiosas, con carácter retroactivo, debe ser efectuada por el órgano judicial "a quo". criterio que también ha sido mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 1987, por entender que la actividad jurisdiccional de rectificación por cambio normativo es un mero incidente ejecutivo de la Sentencia que, en este caso, adquiere firmeza tras la presente resolución.

Sentencia de 25 de noviembre de 1987

(Región Militar "Sur")

Casación

Apropiación indebida y abandono de destino

Preceptos: arts. 365,3º y 437,1º CJM; 535 CP

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Cortés Alvarez de Miranda

ANTECEDENTES

Cuando el Sargento Legionario Don J.R.B. prestaba servicio como administrador del Imperio de Suboficiales de una Bandera de la Legión y se aproximaba el día para efectuar el canje correspondiente al mes anterior, que ascendía a 274.882 pesetas, se ausentó de la Unidad, sin autorización, y marchó a B., para arreglar asuntos particulares, hasta que ocho días después se incorporó voluntariamente y restituyó la suma del canje mediante descuentos en sus haberes.

El Consejo de Guerra condenó al Sargento Legionario Don J.R.B., como autor de un delito de "abandono de destino" (art. 365,3º CJM), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses y un día de prisión militar, accesorias y efectos, y le

absolvió del delito de "apropiación indebida", si bien le corrige, por la falta grave de "no cumplimentar las órdenes relativas al servicio" (art. 437,1º CJM), con seis meses de arresto militar, accesorias y efectos.

Entendió el Consejo que "en relación a los tipos delictivos por los que el procesado viene acusado, es necesario establecer una serie de consideraciones. Así el Tribunal estima que los hechos relatados integran un delito consumado de "abandono de destino" (art. 365,3º CJM), por cuanto el procesado, sin la autorización oportuna de sus Superiores, se ausentó de su Unidad, transcurriendo más de cinco días hasta que se presentó voluntariamente. Pero, por otro lado, el Consejo estima que no se dan los presupuestos necesarios para entender que la conducta del procesado es constitutiva del delito de "apropiación indebida" por el que también viene acusado. Efectivamente, el no efectuar el canje correspondiente al mes de julio, respecto de la administración que tenía encomendada, equivale a no cumplimentar al orden recibida a tal efecto, y publicada en la General del Cuerpo, sin que por otro lado haya quedado suficientemente esclarecida la apropiación de tal dinero. Por ello estima el Consejo que la conducta del mismo encaja en la falta grave militar del artículo 437, 1º de "no cumplimentar las órdenes relativas al servicio", del CJM, por cuanto el procesado, conocedor de la obligación que tenía contraída, dejó de cumplimentarla, hasta entregar definitivamente la liquidación efectuada".

El Fiscal Togado interpone recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º LECrim.), al entender que debió aplicarse el artículo 535 del Código penal. Así lo entendió también la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, que, estimando el recurso, condena al Sargento Legionario Don J.R.B., además de a la pena impuesta por el delito de abandono de destino, a la de tres meses y un día de prisión menor, accesorias y efectos, por un delito de apropiación indebida del artículo 535 CP. Y ello con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que es de apreciar el único motivo de casación alegado por el Ministerio fiscal en atención a las siguientes razones: a) De los hechos declarados probados en la Sentencia se desprende como consecuencia obligada que, en la conducta del Sargento R.B., se dan los elementos necesarios para la existencia del delito de apropiación contenido en el artículo 535 del CP: se apropia del dinero ajeno, lo había recibido en depósito, comisión o administración y tenía la obligación de devolverlo; b) La voluntariedad de tales hechos queda puesta de manifiesto en el resultando fáctico, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la devolución del dinero; c) La posterior devolución del dinero del que había dispuesto el Sargento Legionario no desvirtúa la existencia del delito cometido con anterioridad que debe estimar como consumado.

Sentencia de 25 de noviembre de 1987

(Zona Militar de Baleares)

Casación

Abandono de servicio

Preceptos: arts. 9 nº 5, 5, 8 y 19 LD; 739 CJM

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Cortés Alvarez de Miranda

ANTECEDENTES

Los Guardias Segundos M.L.O. y F.H.B.; ambos con destino en el puesto de C.P., perteneciente a la Comandancia de la Guardia Civil de B., se encontraban de servicio de vigilancia fiscal en la demarcación que comprendía desde los puntos conocidos como M.N. y punto geográfico del puesto de C.P. y sobre las 0,30 entraron en el bar C.R., sito en C.P., con la intención de tomar un café, pero prolongaron su estancia mientras jugaban una partida de billar, para a continuación y una vez terminada, jugar otra. Al ver pasar por la calle el vehículo del Comandante de puesto accidental se dirigieron hacia donde había aparcado dicho Guardia el vehículo bajando del mismo el Capitán de la Guardia Civil Don L.C.D., quien les manifestó que se dirigieran al puesto, donde fueron arrestados.

El Consejo de Guerra dicta Sentencia en la que absuelve a los procesados M.L.O. y F.H.B. del delito de "abandono de servicio" y les impone, como autores de una falta grave del artículo 9, nº 5 (penada en el artículo 11) de la LD, las sanciones de tres meses de arresto y dos meses de arresto, respectivamente.

Entiende el Consejo que los hechos probados son constitutivos "legalmente de una falta grave del artículo 9, nº 5 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por cuanto los Guardias que estaban prestando servicio incumplieron tal cometido al estar jugando al billar y por tanto no realizaban los cometidos que se les habían encomendado tanto de servicio fiscal como la vigilancia de la población, pues claramente se halla probado en autos que dichos servicios no pueden ser cumplidos sino con la vigilancia, disposición y esmero que los mismos presuponen en orden a vigilar personas, lugares o realizar correrías o trayectos que en ningún momento podían ser cumplidos por parte de una pareja de la Guardia Civil que se encuentra de servicio y está jugando al billar en un sitio cerrado. No dándose tal inexactitud, pues no cabe identificar este término con el de incumplimiento, ya que inexactitud supone cumplimiento irregular.

Por la Defensa de los Guardias M.L.O. y F.H.B. se interpone recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1 LECrim.), por inaplicación del artículo 238,1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 240 de la misma Ley y los artículos 5, 18 y 19 de la LD, así como por vulneración de los tres preceptos citados de la LD.

El Consejo Supremo de Justicia Militar declara haber lugar al recurso,

por lo que respecta al primer motivo alegado y, en consecuencia, casa y anula la Sentencia, dictando una segunda.

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el primer motivo alegado por la Defensa debe ser apreciado en razón a las siguientes consideraciones: los artículos 5, 18 y 19 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas determina en su contenido el deber de corregir y la potestad sancionadora, atribuyéndola únicamente a las siguientes autoridades: 1. El Ministro de Defensa; 2. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el Director General de la Guardia Civil; 3. Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima y Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector General de la Guardia Civil; 4. Los Oficiales Generales que ejerzan el mando de Unidad o desempeñen Jefatura o Dirección de Organismo o Centro; 5. Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de Centro u Organismo; 6. Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar; 7. Los Jefes de Compañía o Unidad similar; 8. Los Jefes de Sección o Unidad similar; 9. Los Jefes de Pelotón o Unidad similar; sin que en ellas figure comprendido el Consejo de Guerra, derogando la posibilidad que el artículo 739 del CJM asignaba a estos Tribunales, siendo así claro que el Consejo de Guerra se ha extralimitado en sus facultades con clara infracción del artículo 8 de la LECrim., que establece la improrrogabilidad de la jurisdicción criminal.

CONSIDERANDO: Que, al haberse estimado el primer motivo alegado en el recurso de casación interpuesto, y por incidir en lo ya expuesto en el mismo, procede no considerar el segundo motivo de casación, interpuesto por infracción de ley al incurrir la Sentencia recurrida en vulneración de los artículos 5, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas por no aplicación de los mismos.

SEGUNDA SENTENCIA

Son sus *antecedentes* los que constan en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación interpuesto por la Defensa de los Guardias Civiles Don M.L.O y Don F.H.B., dicta esta segunda Sentencia en la que se limita a absolver a los citados Guardias Civiles y ordenar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 34,2 LD, se de parte, por conducto reglamentario, a la Autoridad o Mando competente

para sancionar la falta apreciada mediante la instrucción del oportuno expediente disciplinario. *Doctrina:*

CONSIDERANDO: Que los hechos relatados son constitutivos legalmente de una falta grave del artículo 9, nº 5 de la LD, y que, conforme a los artículos 5, 8 y 19 de la mencionada Ley, el Consejo de Guerra no tiene atribuido ni el deber de corregir ni la potestad sancionadora.

Sentencia de 9 de diciembre de 1987

(1ª Región Aérea)

Casación

Delito contra la Hacienda Militar

Precepto: art. 191 CPM

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando López-Orozco Rodríguez-Rivas

ANTECEDENTES

En el interior del Grupo del Cuartel General del Mando Aéreo de Combate y al que ambos pertenecían, diciéndole que era un obsequio que por su cumpleaños le hacían él y el Cabo 1º que durante el mes de noviembre anterior le habían auxiliado en la llevanza de la cocina del Acuartelamiento, el Sargento Don J.R.S. entregó al Teniente Don E.H.P. un sobre cerrado que más tarde pudo éste comprobar contenía 55.000 pesetas y como él mismo se sorprendiera de ello, trató en el día siguiente y en fechas posteriores de averiguar su procedencia, que si bien, en un principio, trató de disimular el Sargento R.S., reiterándole el pretexto del regalo de cumpleaños, acabó finalmente por manifestarle que se trataba de una parte del dinero que en los días anteriores había recolectado, hasta la suma de 160.000 pesetas, entre diversos vivanderos de la Unidad que habitualmente suministraban sus géneros a la cocina de éste y otros Acuartelamientos, y de los que había obtenido la dación de la expresada cantidad dineraria, cada cual en diversa cuantía, al pedirles que para mejor celebrar la festividad de la Patrona y hacer también un presente al Teniente Don E.H.P. con motivo de su cumpleaños, obsequiasen en metálico a los miembros que acababan de salir del servicio de cocina en el mes anterior.

El Consejo de Guerra consideró que los hechos constituyen un delito contra la Hacienda en el ámbito militar (art. 191 CPM), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que impuso al Sargento Don J.R.S. la pena de tres meses y un día de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Contra la Sentencia, el Defensor de J.R.S. interpone recurso de casación por infracción de ley (art. 849,1º, y 2º LECrim.), por aplicación indebida del artículo 191 del CPM, y error de hecho en la apreciación de la prueba, interesando la libre absolución de su defendido o, de no ser así, que se calificara su conducta como constitutiva de alguna de las figuras tipificadas

como cohecho declinando la competencia para su conocimiento en favor de la jurisdicción ordinaria.

El Fiscal Togado se adhiere al primer motivo del recurso, que es estimado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, casando y anulando la Sentencia recurrida y dictando, en su lugar, una segunda. El fallo recoge esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación aducido por la Defensa y al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, fundado en la aplicación indebida del artículo 191 del CPM, debe ser estimado, dado que el citado precepto es, con alguna alteración en la redacción, el que ya estaba tipificado en el artículo 403, nº 3º del CJM que, como expresaba literalmente, en su exposición de motivos, es la misma "figura delictiva del Código penal común para imponer una sanción más grave cuando sea realizado por un militar, hecho de tanta trascendencia y que en el citado Cuerpo legal se castiga sólo con inhabilitación absoluta y multa", por lo que no podía aludir más que al delito de fraude del artículo 401 del CP, figura delictiva claramente diferenciada de la aceptación de dádivas, que estaba tipificada en los artículos 354 y 355 del CJM, para los militares, y en el 390 del CP para los funcionarios públicos en general, y, con este mismo criterio, ya este Consejo Supremo de Justicia Militar (Sentencia de 6 de noviembre de 1959 (6)) calificó la dádiva en razón de un suministro ya realizado como delito del citado artículo 355 del CJM y no como fraude militar, sin que pueda pretenderse que en el CPM se ha ampliado el contenido del fraude militar, comprendiendo en él una figura ya desaparecida como delito específicamente militar, como era el del 355 CJM, amparándose en la variación de la redacción de esta forma de fraude militar introducida por el nuevo CPM ("procurarse intereses" en lugar de "interesarse"), ya que no ha tenido otro objeto que el de "matizar que se trata de ventajas para el militar y no un mero interés profesional o de otra clase", como expresó literalmente la motivación de la enmienda parlamentaria que introdujo tal cambio sobre el proyecto del CPM que, al elevarse al congreso de los Diputados, tenía, para esta figura delictiva, una redacción igual en este punto a la del nº 3º del artículo 403 del CJM, por todo lo cual no puede ser calificada, como constitutiva de un delito de fraude militar, la aceptación de una dádiva de un proveedor del Ejército sin conexión con el interés de la Hacienda en el ámbito militar y cuando tal suministro ya se había realizado.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de casación debe fracasar al no alegarse un supuesto error de hecho concreto y preciso que se estime contradiga prueba concretas y, asimismo, sin que pueda tener valor de prueba documental, cualquiera que fuese su contenido, el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio fiscal.

(6) *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10 (1960), p. 260.

SEGUNDA SENTENCIA

Son sus *antecedentes* los que constan en la anterior Sentencia. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación interpuesto por la Defensa del Sargento Don J.R.S., dicta esta segunda Sentencia en la que, considerando los hechos como integrantes de un delito de cohecho (art. 390 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, condena al referido Sargento a la pena de dos años y un día de suspensión y multa, decretando el comiso, como efecto proveniente del delito sentenciado, de la cantidad dineraria donada al procesado. En esta segunda Sentencia se deja constancia de la siguiente *doctrina*:

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado de cohecho comprendido en el artículo 390 del CP, dándose por reproducido el razonamiento jurídico del primer considerando de la Sentencia que casa y anula la recurrida.

CONSIDERANDO: Que, aunque los hechos sean constitutivos de un delito no militar, corresponde a la jurisdicción castrense la competencia para su enjuiciamiento, de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprobó el Código penal militar, al haber recaído Sentencia antes de conocer el recurso este Consejo Supremo de Justicia Militar y de conformidad con el criterio interpretativo de la Sala de Conflictos prevista en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CONSIDERANDO: Que, para la determinación de la pena, ha tenido el Consejo Supremo de Justicia Militar en cuenta la buena conducta militar del procesado, sin anotaciones desfavorables en su documentación militar y la nula relevancia del delito en el funcionamiento del servicio.

CONSIDERANDO: Que el artículo 393 del CP preceptúa que, en todo caso, las dádivas o presentes serán decomisados.