

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

I. PENAL

1. DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD E INSULTO A SUPERIOR.....	343
Prueba de cargo representada por declaraciones de testigos. Animadversión no acreditada. Presunción de inocencia. Inaplicación en el Derecho Penal Militar del régimen de sustitución de penas privativas de libertad (arts. 104.1 y 99.3 del Código Penal Militar).....	343
2. DELITO DE ABANDONO DE DESTINO POR AUSENTARSE DE LA UNIDAD DURANTE MÁS DE TRES DÍAS.....	344
Días computables a los efectos de establecer la duración de la ausencia punible. (art. 119 del Código penal militar).....	344
3. DELITO DE FALSEDAD.....	345
Doctrina de la Sala sobre delitos de falsedad y de falsificación de certificado cometida por particular	345
4. REVISIÓN PENAL	347
Doble enjuiciamiento por los mismos hechos que da lugar a Sentencias contradictorias (art. 328.5.º Ley Procesal Militar) .	347
5. DELITO DE DESLEALTAD	348
Absuelto el inculpado por el Tribunal «a quo» del delito de deslealtad del art. 116 del Código Penal Militar se interpone recurso de casación contra dicha resolución en razón a que, por Otrosí, la Sentencia apunta la posibilidad de que se actúe disciplinariamente contra el impugnante	348
6. DELITO CONTRA LA HACIENDA EN EL ÁMBITO MILITAR	349
Doctrina sobre el principio acusatorio. Se infringe cuando se acusa por sustraer armamento y la condena recae por sustracción de material genéricamente considerado, sin estar acreditado que su valor fuera igual o superior a la cuantía mínima prevista para el hurto común	349

	<i>Página</i>
7. DELITO DE DESLEALTAD	350
Interpretación jurisprudencial del art. 117 del Código Penal Militar. La deslealtad típica se comete empleando engaño o simulación anterior o posterior al cumplimiento del deber militar	350
8. DELITO DE ABANDONO DE DESTINO	351
Prueba documental: naturaleza documental de los llamados «estados diarios de fuerza» y su fuerza probatoria. Carga de la prueba de los elementos negativos del tipo penal. Función que cumple el adverbio «injustificadamente» en el tipo contra el deber de presencia.....	351
9. DELITO CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR	352
Responsabilidad civil. Corresponde al Tribunal de Cuentas la exacción de responsabilidad contable	352
II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO	
1. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE	353
Incidencia de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO. 15/23533 de 25 de noviembre cuando afecta a delitos que han servido de base para la aplicación de la falta muy grave del art. 9.11 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil por condena penal	353
2. ABANDONO DE DESTINO	354
Análisis del tipo disciplinario del art. 8.8 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil consistente en el abandono de destino cuando no constituya delito	354
3. NEGLIGENCIA PROFESIONAL	355
Negligencia en el cumplimiento de obligaciones profesionales, causando perjuicio grave al servicio (art. 8.5 LO 11/1991, de 17 de junio).....	355
4. CONDENA PENAL EN JUICIO DE FALTAS	357
Afectación del decoro de la Institución de la Guardia civil derivada de condena penal en juicio de faltas (art. 8.26 LO 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil)	357
5. ABUSO DE ATRIBUCIONES	358
Art. 9.2 de la LO 11/1991, de 17 de junio, sobre Régimen disciplinario de la Guardia Civil).....	358

	<i>Página</i>
6. CONDUCTO REGLAMENTARIO.....	359
Apartado 7 del art. 15 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. (Hacer peticiones o reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario)	359
7. FALTA MUY GRAVE DE HABER SIDO CONDENADO POR DELITO DOLOSO.....	359
Indefensión, individualización de la sanción, incidencia de la nueva penalidad del delito origen de la sanción con ocasión de Ley Penal posterior.....	359
8. RECALIFICACIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS.....	360
Falta grave consistente en riñas o altercados entre compañeros. Posible recalificación de faltas disciplinarias en el ámbito del recurso de casación	360
9. AFECCIÓN AL DECORO.....	362
Condena penal por falta de malos tratos —violencia doméstica—. Falta grave que exige afección al decoro de la Institución.....	362

I. PENAL

1. Delitos de Abuso de Autoridad e insulto a superior

Prueba de cargo representada por declaraciones de testigos. Animadversión no acreditada. Presunción de inocencia. Inaplicación en el Derecho Penal Militar del régimen de sustitución de penas privativas de libertad (arts. 104.1 y 99.3 del Código Penal Militar)

La STS 20-03-2007 (Rc 55/2006), señala que al haberse cuestionado la existencia de prueba de cargo, y basarse el Tribunal «a quo» en el testimonio sobre los hechos de varios compañeros de los condenados por delitos de Abuso de autoridad e Insulto a superior, la Sala recoge las cuestiones referentes a la doctrina general de la presunción de inocencia, reiterando que la función casacional se contrae a comprobar la concurrencia del mínimo de actividad probatoria exigible y si la prueba obtenida, lo ha sido con las debidas garantías. Se concluye en la valoración lógica y racional de las declaraciones testificales por parte del Tribunal sentenciador, fruto de la inmediación, puntualizando, de otra parte, que la mención a una hipotética animadversión y enemistad de los testigos con el recurrente, de un lado, fue alegada «ex novo», de forma extemporánea, sorpresiva y contraria a derecho y sin acreditación alguna que pueda apoyar la afirmación y, de otra parte, tampoco se refiere la tacha más que a uno de los testigos, de entre los varios que declararon en el acto de la vista.

La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Carlos BALMISA GARCÍA-SERRANO, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CEREZO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

También es objeto de análisis en esta sentencia la cuestión referente a la sustitución de las penas privativas de libertad, que una de las partes solicita al amparo del art. 88 del Código Penal Común. La Sala recuerda, que dicha resolución sobre sustitución corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales sentenciadores que la acordarán, en su caso, previa audiencia de las partes en la misma sentencia o, posteriormente, en Auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, por todo lo cual el planteamiento de esta cuestión no es admisible en sede casacional. En cualquier caso, la sentencia refleja que esta Sala Quinta se ha pronunciado reiteradamente sobre la problemática de fondo que se suscita en cuanto a la sustitución de las penas, a partir de la sentencia de la Sala en Pleno de 28.11.2003, que determinó una doctrina sucesivamente ratificada (vgr. Ss. de 23.03, 25.04 y 25.11.2005), cuyo contenido de fondo es que el régimen de sustitución de penas privativas de libertad, previsto en el art. 88 CP, no resulta aplicable a las que se impongan por los Tribunales Militares, pues tal posibilidad supondría una vulneración del principio de legalidad de las penas previstas para los delitos militares.

2. Delito de abandono de destino por ausentarse de la Unidad durante más de tres días

Días computables a los efectos de establecer la duración de la ausencia punible (art. 119 del Código penal militar)

La STS 21-12-2006 (Rc 70/2006) entiende, casando por ello la sentencia de instancia, que la ausencia no duró más de tres días y, en consecuencia, no es subsumible en el art. 119 del Código Penal Militar, según el cual el delito lo comete «*el militar profesional que injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación [...]»*».

El Tribunal de instancia condenó al militar que se ausentó, porque, contrariamente a lo alegado por éste, entendió que concurrían los requisitos legales: la ausencia no estuvo justificada y duró más de tres días.

La Sala 5.^a compartió la falta de justificación y rechazó la duración de la ausencia.

La argumentación de la Sala se basó en que no todos los días que forman un período de ausencia son computables a los efectos de establecer la duración de la ausencia punible. Así, consideró que no eran computables: el sábado y el domingo, pues de acuerdo con su doctrina expuesta en sentencias de 21 de febrero de 2000, 28 de febrero de 2003 y 28 de enero de 2005, el fin de semana no es computable siempre que el militar ausente no tenga asignado servicio alguno, y el día en que el ausente se presenta en su Unidad si no consta que lo hace después de la lista de ordenanza de la mañana, pues, en aplicación del principio *favor rei*, ha de entenderse que la personación se realiza antes de que se inicien los servicios del día: «al no obrar en las Diligencias Preparatorias parte de falta a la lista de ordenanza, hemos de entender que en esa mañana ya asistió a dicho acto militar, iniciando la jornada con total normalidad», declaró la Sala en su sentencia de 18 de enero de 2005.

3. Delito de falsedad

Doctrina de la Sala sobre delitos de falsedad y de falsificación de certificado cometida por particular

La STS 16-10-2006 (Rc 101-40/2006) se dictó en el Recurso de Casación interpuesto por un Comandante del Ejército de Tierra en excedencia contra sentencia del Tribunal Militar Central que le condenó como autor responsable de un delito consumado de falsedad en documento oficial cometida por particular, del art. 392 del CP en relación con el art. 390.1.2.º a la pena de un año de prisión, con sus accesorias. Dicha sentencia absolvía al procesado del delito de deslealtad previsto en el art. 115, párrafo primero del CPM del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal. Los hechos se contraen a que el recurrente expidió un certificado falso en su contenido y en cuanto a la firma que lo autorizaba.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso interpuesto y la casación de la sentencia impugnada.

Se analiza en primer lugar la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia que alega el recurrente, por entender que la única prueba existente es la declaración de un testigo que carece de los requisitos para ser considerada de cargo y que, en su consecuencia, no sería apta para enervar dicho derecho. La Sala, en consonan-

cia con la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, desestima este motivo, pues aunque en el presente caso no existe prueba directa del delito imputado, la referida prueba testifical, siendo indirecta o indiciaria, es apta como prueba de cargo, al concurrir los requisitos de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia del testimonio que aparece corroborado por datos periféricos evidentes y plurales.

Delito de falsedad en documento oficial cometido por un particular (art. 392 CP) y delito de falsificación por un particular de un certificado atribuido a una autoridad o funcionario público (art. 399 CP). Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal alegan que la sentencia recurrida incurre en infracción de Ley al ignorar el criterio de especialidad previsto en el art. 8.1.º CP, en virtud del cual es de aplicación preferente el tipo especial sobre el genérico. En base a la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se estima este motivo, y por tanto se declara la procedencia de calificar los hechos como delito de falsificación por un particular de un certificado atribuido a autoridad o funcionario público.

Análisis de la vulneración del principio non bis in idem alegada por el recurrente que entiende que se castigaron doblemente (por vía disciplinaria y penal) los mismos hechos. Se desestima esta alegación ya que expediente disciplinario y causa penal obedecen a distintos motivos, y en base a la doctrina de esta Sala conforme a la cual solo se lesiona el principio non bis in idem cuando se produce una sobredimensión punitiva al superponerse a la sanción disciplinaria la penal, creando así por esta vía una sanción ajena al juicio de proporcionalidad, lo que se entiende que no ocurre en el presente caso.

Se desestima el motivo alegado por el recurrente de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que figuren en las actuaciones, pues el documento citado por aquél no reúne los requisitos que exige la Jurisprudencia para ello, en concreto, no es literosuficiente ni resulta contradicho por el resto de pruebas.

Criterios de aplicación de la pena de multa por el sistema días-multa. A la hora de fijar el importe de la cuota diaria habrá que estar a lo dispuesto en el art. 50 párrafo 5.º CPC. A este respecto el dato básico a tener en cuenta es el de la graduación militar del recurrente y, consecuentemente, a los ingresos medios que por tal concepto percibe.

4. Revisión penal

Doble enjuiciamiento por los mismos hechos que da lugar a Sentencias contradictorias (art. 328.5.º Ley Procesal Militar)

STS 19-02-2007 (Revisión 106/2004). En el año 1937 una persona fue juzgada en Consejo de Guerra por la posible comisión de un delito de Rebelión militar, del que fue absuelto libremente en virtud de Sentencia de fecha 14.04.1937. Meses después se le sometió a nuevo proceso también ante la jurisdicción militar, acusado por el mismo delito de Rebelión. El objeto de la acusación giraba en ambos casos sobre la utilización partidista que se hizo de la emisora de radio de la que el procesado era titular, a lo que se añadieron en el segundo proceso otros hechos periféricos sobre su militancia política y ayuda a la Rebelión. En esta segunda ocasión recayó Sentencia condenatoria, de fecha 06.08.1937, a pena de muerte no ejecutada y finalmente conmutada por la de prisión de 6 años y un día efectivamente cumplida.

Promovió la revisión el hijo del condenado, en base a la contradicción en que incurría la segunda Sentencia respecto de la primera en sentido absolutorio, tomando en consideración la identidad de los hechos enjuiciados en ambos procesos por lo que solicitó se autorizara la interposición del correspondiente Recurso extraordinario, para instar la declaración de nulidad de la segunda resolución. Se practicó como diligencia probatoria (art. 957 LECrim.) la unión de las causas originales, a la vista de cuyo contenido la Fiscalía Togada se adhirió a la solicitud del promovente.

La Sala concedió la autorización solicitada y tras la sustanciación del recurso interpuesto, declaró la identidad sustancial del componente fáctico y del objeto de ambos enjuiciamientos por lo que la segunda sentencia condenatoria contradice el contenido de la primera de carácter absolutorio, procediendo la declaración de nulidad de la segunda que es tenida por injusta con todas las consecuencias.

A lo largo de la fundamentación jurídica de la Sentencia que se reseña, la Sala efectúa las siguientes declaraciones de interés en la configuración del recurso de revisión:

a) La primera fase de la pretensión revisoria se contrae a la admisión de la misma, en la que deben acreditarse los presupuestos indispensables para su promoción.

b) La segunda fase de autorización tiene por objeto verificar la razonabilidad del propio fundamento revisorio en relación con el motivo que se invoque, sin prejuzgar el resultado final del proceso. Se trata de una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que constituye su núcleo esencial radicado en el acceso al sistema judicial. Con su denegación razonada también se satisface dicho derecho esencial.

c) El proceso revisorio no consiste en un nuevo enjuiciamiento de la misma causa, ni tiene por objeto la revalorización de la prueba entonces practicada, ni se dirige a un nuevo examen del derecho aplicado. No se trata de otra instancia en que se pueda debatir el acierto de aquel enjuiciamiento, sino de verificar si a la vista de los nuevos datos aportados, cabe obtener la conclusión de la injusticia de la Sentencia cuestionada. Está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la condena, sin que pueda intentarse para combatir errores de derecho.

d) Existiendo coincidencia objetiva y subjetiva están presentes las dos identidades esenciales de la cosa juzgada, cuyo efecto negativo se traduce en la imposibilidad de un nuevo enjuiciamiento porque de lo contrario se infringiría el principio «non bis in idem».

e) Habiendo recaído dos sentencias dispares sobre los mismos hechos atribuidos a la misma persona juzgada dos veces, en su radical contradicción se repelen entre sí, cobrando virtualidad la que corresponde al enjuiciamiento que primero tuvo lugar.

5. Delito de deslealtad

Absuelto el inculpado por el Tribunal «a quo» del delito de deslealtad del art. 116 del Código Penal Militar se interpone recurso de casación contra dicha resolución en razón a que, por Otrosí, la Sentencia apunta la posibilidad de que se actúe disciplinariamente contra el impugnante

La STS 21-09-2006 (Rc 48/2006) establece que la recurribilidad de una sentencia absolutoria en sede casacional se admite en conformidad con la doctrina constitucional (SSTC 51/1991, 41/1998 y 157/2003, entre otras), habida cuenta que la llamada de atención para que por la Autoridad Administrativa se sigan actuaciones disciplinarias, derivadas de la misma conducta que no ha sido objeto de condena en sede penal, ha de entenderse que genera un interés legítimo del recurrente consistente en

que entiende que dicha declaración genera un perjuicio, aunque no sea real o evidente sino meramente hipotético cuando, como consecuencia de la declaración que hizo constar el Tribunal de instancia por Otrosí, se sigan las expresadas actuaciones en sede administrativa y puedan ser objeto de la sanción disciplinaria correspondiente, siempre partiendo de que la Autoridad sancionadora quedaría en todo caso vinculada por los hechos probados de la sentencia de conformidad con el art. 3 LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Los motivos del recurso que son objeto de reseña invocan la vulneración de la presunción de inocencia y del principio de legalidad en la interpretación del art. 116 CPM, que tipifica el delito de deslealtad y en la argumentación desestimatoria de la Sala de casación se asumen los criterios de la sentencia recurrida en el sentido de que, de conformidad con el citado precepto, no se había guardado la discreción y reserva debida por parte del inculcado en asuntos del servicio, pero habida cuenta que los actos determinantes de la conducta no tuvieron trascendencia grave, se presenta como lógica la argumentación del Tribunal «a quo» en el sentido de que se dan todos los requisitos de la deslealtad menos aquel que exige la «grave trascendencia del acto o conducta desleal», ponderando asimismo que tampoco ha quedado constancia de que «pudiera haber resultado entorpecida o perturbada de cualquier forma la acción policial encomendada a la Guardia Civil», como asimismo que el hecho no trascendió «de una manera importante, seria o peligrosa», pese a todo lo cual, en aplicación del principio de seguridad jurídica resulta procedente que, sin perjuicio de dictar un fallo absolutorio, se deje patente que el inculcado pudiera haber incurrido en responsabilidad disciplinaria.

6. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar

Doctrina sobre el principio acusatorio. Se infringe cuando se acusa por sustraer armamento y la condena recae por sustracción de material genéricamente considerado, sin estar acreditado que su valor fuera igual o superior a la cuantía mínima prevista para el hurto común

STS 15-03-2007 (Rc 97/2006). El recurrente atribuía al Tribunal Militar Territorial que diera origen a la resolución ahora recurrida, haber vulnerado el principio acusatorio, porque lo condenó por un delito del que no había sido acusado: mientras que el Ministerio Fiscal —decía el

recurrente y consta en las actuaciones— calificaba los hechos como constitutivos de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar descrito en el segundo párrafo del art. 196 del Código Penal Militar, el Tribunal Militar reseñado lo absolvía por este delito y —como también dice el recurrente y resulta de la sentencia— lo condenó como autor de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar descrito en el párrafo primero del citado art. 196 del Código Penal Militar.

Dados estos términos, la cuestión objeto de resolución trató de si el cambio de calificación de los hechos producido en la sentencia ha supuesto una lesión del principio acusatorio y, en consecuencia, de los derechos fundamentales del recurrente, entonces acusado, a no sufrir indefensión y a la defensa, en la medida en que el valor sustraído es elemento esencial del delito por el que fue condenado y no forma parte del delito por el que fue acusado.

Al socaire de tal planteamiento que, a la sazón, dio lugar a la estimación del recurso, es repasada la doctrina del Tribunal Constitucional y de la propia Sala Quinta sobre el principio acusatorio, declarando en relación con la delimitación de la homogeneidad que *«podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia»*, pues, en definitiva, lo decisivo no es si las infracciones penales por las que se formuló la acusación y las infracciones penales por las que se condenó son homogéneas desde un punto de vista abstracto, *«sino si en la calificación de los hechos que realizó el órgano judicial se contienen elementos o perspectivas jurídicas en relación a las cuales los recurrentes no pudieron defenderse porque, al estar completamente ausentes en las calificaciones acusatorias del Ministerio Fiscal y de la acusación particular no fueron ni pudieron ser debatidas en el juicio»* (FJ segundo).

7. Delito de deslealtad

Interpretación jurisprudencial del art. 117 del Código Penal Militar. La deslealtad típica se comete empleando engaño o simulación anterior o posterior al cumplimiento del deber militar

La STS 03-05-2007 (Rc11/2007), señala que, aducida la indebida aplicación al supuesto de hechos del art. 117 del Código Penal Militar,

discrepa la Fiscalía Togada de la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia, en cuanto que el Tribunal sentenciador sostiene que la tipicidad de la conducta depende del dato cronológico o temporal referido a la presencia del engaño, de manera que únicamente sería punible la mendacidad precedente o antecedente respecto del exigible cumplimiento del deber militar de que se trate, siendo irrelevante a los efectos del art. 117 CPM el engaño producido «ex post», esto es, una vez transcurrido el tiempo previsto para la realización de dicho deber con la finalidad de justificar la realidad de su falta de cumplimiento.

En apoyo de su pretensión casacional, invoca el bien jurídico que el tipo penal protege, referido sobre todo a preservar el deber de veracidad y de confianza, la lealtad en suma, en las relaciones funcionales propias del ámbito castrense, cuya quiebra reprochable a efectos penales puede surgir, indistintamente, antes de iniciarse el servicio asignado o el cumplimiento del deber militar de que se trate, con el fin de no hacer lo debido, o bien con posterioridad para excusarse o justificar el autor la no realización de las obligaciones militares tratando de eludir las consecuencias de la abstención.

Al respecto la Sala concluye con el Ministerio Público que, la deslealtad típica del reiterado art. 117 CPM no puede depender de criterios de temporalidad en la aparición del esencial elemento engañoso, sino que su apreciación se sustenta, en primer término, en la entidad objetiva de la simulación o engaño utilizado de manera que resulte idónea para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad; y en segundo término habrá de ponderarse la clase de deber militar a cuya excusa tienda el despliegue de la conducta mendaz, excluyéndose del tipo delictivo los deberes u obligaciones genéricos que no constituyan específicos actos de servicio.

8. Delito de abandono de destino

Prueba documental: naturaleza documental de los llamados «estados diarios de fuerza» y su fuerza probatoria. Carga de la prueba de los elementos negativos del tipo penal. Función que cumple el adverbio «injustificadamente» en el tipo contra el deber de presencia

La STS 16-03-2007 (Rc 93/2006) expone que, según el recurrente y el propio Ministerio Fiscal, el Tribunal de instancia no había contado en este caso con un mínimo de actividad probatoria para enervar el derecho

a la presunción de inocencia en razón a que dicho Tribunal había basado sus conclusiones fácticas en unos documentos, «los estados diarios de fuerza», que no habían sido ratificados en el juicio oral por la persona responsable de su emisión.

Resuelve la Sala que la naturaleza jurídica de dichos «estados diarios de fuerza», discutible desde luego —concurrió voto particular de dos magistrados al respecto—, está más próxima a lo que la doctrina denomina «prueba preconstituida». Se trata de un documento de uso interno, dentro de las Fuerzas Armadas, que sirve de base en su caso para la formulación del correspondiente parte militar.

En definitiva, nos encontramos, sigue exponiendo la Sala, en presencia de una prueba preconstituida, documentada dentro del proceso y no de un documento extra procesum (por ejemplo, un pasaporte, una escritura pública) incorporado al proceso a efectos probatorios.

Afirmado el carácter de prueba documental preconstituida y no de piezas de convicción de los estados diarios de fuerza (lo que excluye la aplicación del art. 726 de la LECR), es evidente que dicha prueba ha de someterse a la contradicción de las partes, por lo que será necesaria su ratificación o lectura en el juicio oral.

Igualmente profundiza la Sala sobre la función que cumple el adverbio «injustificadamente» en el tipo de abandono de destino. Se pregunta sí se trata de un elemento normativo del tipo o de una causa de justificación implícita. En tal sentido recuerda que el legislador penal ha dispuesto de forma expresa que la conducta prohibida, merecedora de la respuesta penal, ha de ser injustificada, lo que significa, a fin de poder concluir que actuó con dolo, que el autor de la acción habrá de tener conciencia de la significación antijurídica de su acción, correspondiendo la prueba sobre tal elemento normativo a la defensa no a la acusación.

9. Delito contra la Hacienda en el ámbito militar

Responsabilidad civil. Corresponde al Tribunal de Cuentas la exacción de responsabilidad contable

La STS 11-05-2007 (Rc 101/03/2007). El recurrente, Capitán de Corbeta, ejercía funciones de Habilitado habiendo sustraído determinadas cantidades de dinero público de cuya gestión estaba encargado. Para encubrir

las distracciones dinerarias, al rendir cuentas a la Unidad correspondiente del Ministerio de Defensa falseó el contenido de la documentación existente al efecto. Tales hechos fueron calificados en la instancia como constitutivos de sendos delitos continuados contra la Hacienda en el ámbito militar (art. 195 párrafo primero del CPM) y de Falsedad de documento oficial (art. 390.1.2.º del CPC). Dicha calificación y pena impuesta es confirmada en casación, si bien que en cuanto a la responsabilidad civil «ex delicto», la Sala mantiene la condena resarcitoria por las cantidades de que acreditadamente se apropió el acusado, mientras que respecto de los otros descubiertos cuya sustracción no consta que los realizara el acusado, aunque el Estado resultara en todo caso perjudicado por la pérdida de los caudales que administraba el procesado, la Sala decide que se de cumplimiento a cuánto se dispone en los arts. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y, art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, reguladora del funcionamiento de dicho Tribunal; a cuyo efecto en ejecución de sentencia —pues no consta que este órgano fiscalizador conociera hasta ahora los hechos procesados—, se le remitirá testimonio de los antecedentes necesarios para que pueda proceder en el ámbito de su competencia, es decir, exacción de la responsabilidad contable.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Principio de la retroactividad de la ley penal más favorable

Incidencia de la reforma del Código penal por la LO 15/2003 de 25 de noviembre cuando afecta a delitos que han servido de base para la aplicación de la falta muy grave del art. 9.11 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil por condena penal

La STS 26-01-2007 (Rc 3/2006), expresa que en el marco de un recurso contencioso disciplinario militar ordinario, interpuesto ante esta Sala, contra resolución del Ministro de Defensa que acordó imponer la sanción disciplinaria de separación del servicio a un Guardia Civil, que había sido condenado por sentencia firme en la jurisdicción ordinaria por el delito de estafa, el recurrente invoca la incidencia de la reforma del Código Penal común llevada a cabo por LO 15/2003.

En una de las alegaciones del recurso, el recurrente sostiene que, de acuerdo con la reforma LO 15/2003 del CP, la nueva redacción que se

establece para el art. 249 CP precisa que, para que exista delito de estafa, la cuantía de lo defraudado ha de exceder de 400 Euros. Habida cuenta que la sentencia condenatoria del Guardia Civil inculpado, origen de la infracción y de la sanción disciplinaria, establecía en sus hechos probados que el importe exacto de las cantidades dinerarias objeto de delito no ha quedado acreditado pero «en todo caso supera los trescientos euros», sostiene el recurrente que, aplicando retroactivamente dicho criterio, la condena hubiera dado lugar a la falta dolosa del art. 623.4 del Código Penal y no tendría el reflejo disciplinario del tipo de la falta muy grave del art. 9.11 por el que ha sido sancionado.

La Sala analiza el principio de retroactividad de la Ley Penal más favorable y, en particular, desarrolla el estudio de las disposiciones transitorias primera y tercera de la LO 15/2003, para concluir que de las mismas no se desprende la posibilidad de asumir la argumentación de la representación del inculpado, especialmente en razón al tenor de la tercera de las expresadas disposiciones transitorias, cuando prevé que «no serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas...». Aplicando el criterio al caso concreto, nos encontramos con que la ejecución de la pena está suspendida y, por tanto, no es revisable de conformidad con el precepto, en relación con el art. 2.2 CP, a lo que hay que añadir, además, que la cuantía económica del delito origen de la condena no queda determinado que fuese inferior a 400 Euros, toda vez que la sentencia reconoce como probado que era «superior a trescientos Euros». En definitiva, la modificación de la norma penal estudiada no afecta a la legalidad de las actuaciones disciplinarias, a la vista del contenido de las disposiciones transitorias de la propia Ley.

2. Abandono de destino

Análisis del tipo disciplinario del art. 8.8 de la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en el de destino cuando no constituya delito

La STS 19-02-2007 (Rc 68/2006), recoge que con motivo del recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil, contra resolución del Director General del Cuerpo que le impuso la sanción disciplinaria de

seis meses de suspensión de empleo, por haber cometido falta grave, teniendo anotadas y no canceladas otras dos faltas graves (art. 9.10) de la LO 11/91, la Sala analiza el tipo del art. 8.8 de dicha Ley, que prevé la falta grave de abandono de servicio.

La Sala de lo Militar llega a la conclusión, valorado el «factum», de que el infractor, tal como queda acreditado, fue descubierto dormido en el local en el que se prestaba el servicio de puertas, lo que constituye un «incumplimiento total de las obligaciones» y no puede calificarse como una «mera negligencia o inexactitud en el cumplimiento de sus deberes». Todo ello, aplicando la doctrina de la Sala reiterada desde la S. 17.11.1992.

En Voto particular, sin embargo, uno de los Magistrados razona que la Sala no ha valorado debidamente «la facilidad con que el recurrente salió de su situación [de dormido], al constar que, cuando fue descubierto, volvió enseguida su cabeza hacia los componentes de la pareja que se encontraba en el exterior de la ventana del cuarto de guardia». También significa dicho Voto particular que sólo puede afirmarse con certeza que el inculpado «estuvo dormido poco tiempo», de todo lo cual deduce que la falta no debió calificarse como grave, sino, ante tal interpretación, como falta leve, con las consecuencias de esa distinta subsunción tipológica.

3. Negligencia profesional

Negligencia en el cumplimiento de obligaciones profesionales, causando perjuicio grave al servicio (art. 8.5 LO. 11/1991, de 17 de junio)

La STS 7-11-2006 (Rc 201/46/2006), expone las cuestiones más relevantes que se tratan y resuelven en esta Sentencia, se refieren al concepto de negligencia profesional en el ámbito de la Guardia Civil y el perjuicio para el servicio como resultado de la acción con consecuencias disciplinarias.

Respecto de lo primero la Sala establece que el tipo disciplinario está formulado «en blanco» por lo que se hace preciso su integración o complementación, debiendo consignarse en la resolución sancionadora las obligaciones profesionales exigibles que se consideren incumplidas o imperfectamente realizadas, cuya desatención o descuido constituye común presupuesto sobre el que se erige tanto la infracción grave del art.

8.5, como la análoga de carácter leve prevista en el art. 7.2 de la misma LO 11/1991. Integración que puede tenerse por cumplida con la alusión al conjunto de obligaciones y deberes esenciales, que por su elementalidad formen parte del núcleo imprescindible de la relación jurídica militar en general, y, en particular, la que específicamente corresponde a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, porque tratándose de funcionarios de este Instituto puede presuponerse con fundamento que aquellas obligaciones son conocidas por todos ellos, y solo deben precisarse en supuestos puntuales. En el caso examinado, el Tribunal de instancia no expresa las normas infringidas que regulan aquellas obligaciones profesionales, aunque sí describe la conducta desplegada por el recurrente alcanzando la conclusión razonable de que su proceder fue negligente, en consideración a la desidia e inhibición demostradas por el Suboficial Comandante del Puesto, que se negó a recibir denuncia por la desaparición de una persona de su domicilio, correspondiente a la demarcación del Puesto a su cargo; falta de interés en el seguimiento de las averiguaciones llevadas a cabo por una patrulla desplazada por el Centro Operativo de Servicios, y la dejadez en activar la búsqueda del desaparecido cuando se tenía constancia de la intencionalidad suicida, sin comunicar la novedad a sus superiores ni ordenar cosa alguna a los subordinados, limitándose a realizar personalmente gestiones inocuas en las dependencias municipales.

El término negligencia, ya acuñado por la jurisprudencia de la Sala, equivale a «descuido, omisión y falta de aplicación, es decir, la falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y debe prestarlo».

El servicio experimentó grave perjuicio por la actuación desidiosa del recurrente. El «servicio» está constituido por el conjunto de actos que incumbe realizar a los militares, para el cumplimiento de las misiones que constitucionalmente y legalmente corresponden a las FAS. En este sentido la Sala dice que los actos del servicio constituyen la concreción al caso de aquel conjunto de obligaciones profesionales, y dicho servicio se concibe como instrumento para el logro de determinados objetivos que en consecuencia han de resentirse o perjudicarse. El perjuicio típico puede consistir tanto en la causación de un daño o quebranto material inmediatamente apreciable, como en la lesión del interés a que tienda la prestación del mismo o incluso en su puesta en concreto peligro. Descendiendo al caso resulta que la búsqueda de la persona desaparecida se retrasó indebidamente durante varias horas, siendo irrelevante a estos

efectos que su muerte se hubiera ya producido cuando este dato se desconocía; debió hacerse cargo de las operaciones el Capitán que encargó la coordinación de las actividades a un Oficial adjunto; y en la organización del dispositivo montado para la localización del desaparecido, ni siquiera se pudo contar con la participación del recurrente a pesar de que el operativo comprendía a la demarcación del Puesto a su cargo.

4. Condena penal en juicio de faltas

Afectación del decoro de la Institución de la Guardia civil derivada de condena penal en juicio de faltas (art. 8.26 LO. 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil)

La STS 19-10-2006 (Rc 36/2006) recoge la jurisprudencia de la Sala que viene distinguiendo las consecuencias disciplinarias de la condena en vía penal de los miembros de la Guardia Civil, según se trate de delito o falta. En el primer caso, cumplidos los elementos del tipo disciplinario previsto en el art. 9.11 LO 11/1991, la apreciación de la falta muy grave se impone objetivamente por el hecho de la Sentencia condenatoria, con lo que se infringe el bien jurídico protegido que radica en la irreprochabilidad penal de los miembros del dicho Cuerpo; mientras que en la condena por mera falta penal la infracción disciplinaria del art. 8.26 de la citada LO 11/1991, exige de un «plus» de antijuridicidad representado por el resultado típico consistente en la afectación del servicio o el decoro de la Institución, de manera que si en el primer caso el reproche disciplinario surge automáticamente, a partir de aquella Sentencia en la que se impone pena privativa de libertad por la comisión de un delito, en el segundo es preciso entrar a valorar si concurre dicha proposición típica normalmente referida a la negativa incidencia de los hechos a que la condena se contrae sobre el prestigio, crédito, buen hombre, imagen y fama del Instituto armado.

A este respecto, la Sala establece que la trascendencia o conocimiento público de la conducta reprochable no forma parte del tipo disciplinario, que solo exige que el comportamiento del sujeto expedientado contradiga y se oponga al concepto de dignidad que resulta exigible a cualquier miembro de la Guardia Civil, en función de los deberes y obligaciones exigibles según su Estatuto jurídico, por lo que basta para formar el juicio de indignidad el desajuste entre la actuación enjuiciada

y las normas reguladoras de la actuación esperable de cualquier componente de la Guardia Civil.

La difusión o el conocimiento público de los hechos, también es un elemento objetivo a tener en cuenta a la hora de valorar su relevancia disciplinaria, pero este dato no resulta factor decisivo para su calificación cuando la actuación contradiga abiertamente lo que se considera decoro institucional.

5. Abuso de Atribuciones

Art. 9.2 de la LO 11/1991, de 17 de junio, sobre Régimen disciplinario de la Guardia Civil)

STS 10-11-2006 (RC 45/2006). La cuestión principal que planteaba el caso tenía relación con el deber de los miembros de la Guardia Civil de ejercer sus atribuciones en atención a los fines para los que las tienen legalmente asignadas.

La Administración consideró —criterio confirmado por el Tribunal de instancia— que el guardia civil recurrente había instruido unas diligencias a prevención para favorecer a un amigo suyo, pues actuó con base en la denuncia presentada por éste relativa a haber sufrido un accidente de circulación y sin tener constancia de que hubiera ocurrido.

La Sala casó la sentencia de instancia y anuló la resolución sancionadora porque entendió que ni había quedado probada la relación de amistad (únicamente que entre el denunciante y el guardia civil existía la relación propia de médico-paciente), ni, aunque se considerara existente, obraba en la sentencia el proceso mental que había llevado al Tribunal de instancia a concluir que el recurrente había instruido las diligencias a prevención para favorecer la reclamación del médico amigo a su compañía aseguradora.

Tras recordar que en la prueba indiciaria es imprescindible una motivación expresa para determinar si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia, la Sala añadió que esa manifestación obligada del proceso deductivo seguido resultaba singularmente necesaria en el caso del guardia civil expedientado porque éste «actuó convencido —convencimiento que impediría afirmar la existencia del dolo propio del abuso de atribuciones— de que el señor [...] había sufrido el día 25 de noviembre un accidente de circulación: se lo

habían dicho en la entidad [aseguradora], se comentaba en la localidad y, cuando el señor [...] se presentó el día 28 de noviembre en el Cuartel para denunciar lo sucedido, el recurrente le apreció en la frente un hematoma compatible con un golpe contra el volante (en el informe emitido por el servicio de urgencias del Hospital “Rafael Méndez” relativo al ingreso el día 25 de noviembre de 2002 de don R.A.B. consta como motivo del ingreso “traumatismo con el coche al sufrir brusco frenazo” y como diagnóstico “contusión frontal”). Pues bien, la Sala concluyó que la omisión del proceso deductivo era decisiva porque al impedir conocer si se está en presencia de una verdadera prueba o solo ante una sospecha o posibilidad, procedía declarar que la sentencia recurrida había vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. “Porque dos personas —terminó la Sala— sean amigas no se infiere sin más que si una actúa irregularmente en su profesión lo haya hecho para favorecer los intereses de la otra. Puede ser así, pero para que esta posibilidad sea aceptada como el móvil de la actuación es preciso explicitar el proceso deductivo correspondiente a fin de comprobar su racionalidad”».

6. Conducto reglamentario

Apartado 7 del art. 15 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. (Hacer peticiones o reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario)

La STS 5-12-2006, recuerda la doctrina de la Sala sobre la obligación de seguir el conducto reglamentario y los supuestos en los que queda excluida tal exigencia. Se precisa que en la expresión «peticiones o reclamaciones» incluida en el tipo disciplinario han de considerarse comprendidas toda instancia, solicitud, queja, demanda o denuncia que deba tramitarse por conducto regular o reglamentario.

7. Falta muy grave de haber sido condenado por delito doloso

Indefensión, individualización de la sanción, incidencia de la nueva penalidad del delito origen de la sanción con ocasión de Ley Penal posterior

La STS 29-03-2007 (Rc 78/2006) estudia el recurso interpuesto por un Subteniente del Ejército separado del servicio por la comisión de la

falta muy grave consistente en haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la pena de prisión.

Suscitada por el recurrente la posible vulneración de su derecho de defensa al no haberse producido la declaración del Jefe de la Unidad en la forma prevista en la Ley y, en su lugar, haberse aportado un Informe del mismo, sin ser sometido a la necesaria contradicción, resuelve la sentencia que tal cuestión ya fue objeto de contemplación por la Instructora del Expediente, que razonaba en el sentido de que la vigente Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas —al igual que su predecesora— contempla dos clases de Expedientes Gubernativos, de una parte el «ordinario» dirigido a esclarecer y castigar las conductas tipificadas en los apartados 1 al 5 y en el 7 del art. 17 LO 8/1998 y, de otra parte, el «abreviado», previsto en el art. 65 de la misma Ley para el supuesto en que el procedimiento «se hubiese iniciado por la notificación del Organismo Judicial de la condena impuesta al expedientado» supuesto en el cual el precepto indica que «el Instructor podrá no admitir otras pruebas distintas de aquellas que pretendan demostrar la falsedad o inexistencia de la Sentencia notificada o la falta de firmeza de la misma» (art. 65.2).

De lo expuesto se deduce, continúa diciendo la Sala, que la admisión de las pruebas que se propongan por el interesado está sujeta a una valoración previa específica en este tipo de procedimiento que permite que el Instructor no esté vinculado a «admitir» otras pruebas distintas de las que objetivamente describe el art. 65.2 y que, por ello, han de ir dirigidas en particular a demostrar las vicisitudes relativas a la «sentencia [condenatoria] notificada», y es que, la materialidad de la indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado, lo que no acontece en el supuesto examinado.

8. Recalificación de faltas disciplinarias

*Falta grave consistente en riñas o altercados entre compañeros.
Posible recalificación de faltas disciplinarias en el ámbito del recurso de casación*

La STS 23-04-2007 (Rc 4/2007) se desarrolla en el marco del recurso de casación interpuesto por un Guardia Civil contra la sanción impuesta por el máximo responsable del citado Instituto Armado de pér-

dida de cinco días de haberes como autor responsable de una falta grave de «las riñas o altercados entre compañeros cuando puedan afectar gravemente a la convivencia entre los mismos», prevista en el apartado 19.º del art. 8 de la Ley Orgánica 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

La singularidad de esta resolución nace de la apreciación de la no concurrencia de los elementos que conforman el tipo grave mentado —por faltar el requisito de la convivencia—, por el contrario estima la Sala que no encuentra impedimento legal alguno para efectuar una nueva calificación, con tal que con ello no se infrinja el principio de prohibición de reforma in peius y cuente con elementos de juicio suficientes para efectuar una crítica seria y fundada de la resolución impugnada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente conscientes.

En el presente caso, sigue diciendo, concurren todas las circunstancias que, de acuerdo con la nueva doctrina de esta Sala, permiten recalificar los hechos dentro de los límites anteriormente definidos.

Efectivamente, en este supuesto la Sala cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar que la conducta del encartado es constitutiva de la falta leve prevista en el art. 7.19.º de la LORDGC, donde, a diferencia de la falta grave, no se exige la afectación a la convivencia y sí solo la existencia de un altercado, puesto que ha quedado acreditado, tal como hemos expuesto anteriormente, que el recurrente participó en un altercado con un guardia civil alumno (hecho probado). Por otra parte, el Letrado del recurrente así lo admitió cuando en el escrito del recurso de casación dijo, en lo que aquí importa: «la sentencia recurrida no recoge elemento de prueba alguno que acredite la gravedad existente en la discusión constatada o que permita la incardinación de la conducta dentro de las faltas consideradas como graves, en lugar, y lo subrayamos, del más adecuado precepto establecido en el art. 7.19.º de la LORDGC».

Finalmente, entre la falta ahora apreciada y la prevista en el art. 8.19.º de la misma Ley, se observa una evidente homogeneidad ya que el núcleo de la conducta prohibida en ambas faltas es el mismo, salvo en el extremo referido a la afectación de la convivencia que la falta leve no exige, en contraposición a la falta grave.

Por todo ello, califica los hechos como constitutivos de la falta prevista en el art. 7 apartado 19.º de la LORDGC.

9. Afección al decoro

Condena penal por falta de malos tratos —violencia doméstica—. Falta grave que exige afección al decoro de la Institución

La STS— 13-04-2007 (Rc 105/2006) examina el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra resolución del Tribunal Militar Central por la que se estimaba el recurso a su vez interpuesto por un Subteniente de la Guardia Civil contra la resolución por la que se le impuso una sanción de diez días de pérdida de haberes, como autor de una falta grave del art. 8, apartado 26 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, bajo el concepto de haber sido condenado por un Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, mediante sentencia firme dictada en aplicación de normas distintas de las contenidas en el Código Penal Militar a cualquier pena leve como autor de falta penal dolosa –malos tratos-, siempre que afecte al servicio o al decoro de la Institución al considerar que dicha resolución sancionadora ha vulnerado el principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad absoluta, contemplado en el art. 25.1 de la Constitución Española.

La cuestión planteada por el Abogado del Estado en el único motivo de su recurso, se refiere a la concurrencia en el caso del señalado guardia civil de los requisitos necesarios para que pueda declararse cometida la falta grave tipificada en el art. 8.26 de la LO 11/91. Según, pues, resulta de la descripción legal, la existencia de dicha infracción disciplinaria grave está condicionada no sólo a la existencia de una condena firme por la comisión de una falta penal dolosa, sino también (y en ello se diferencia de la infracción disciplinaria muy grave del art. 9.8 de la misma ley) a la consecuencia siguiente: que resulte afectado el servicio o el decoro de la Institución de la Guardia Civil.

Mientras que en ningún momento ha sido cuestionada la concurrencia del primer requisito (la realidad de la condena), la del segundo fue en la instancia y es ahora objeto de debate, concluyendo la Sala, en contra de lo resuelto por el Tribunal Militar Central que, la acción físicamente violenta que, a la postre es constitutiva de una falta de malos tratos, sí atenta contra la dignidad del autor, contra la dignidad de su esposa y, en consecuencia, contra la dignidad del Instituto de la Guardia Civil.