ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ES COPIA

Recurso Num.:

Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Javier de Mendoza Fernández**

Secretario de Sala: **Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández**

TRIBUNAL SUPREMO SALA 5ª DE LO MILITAR JUDICIAL Secretaría de Sala FE PUBLICA

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

SENTENCIA NUM :

TRIBUNAL SUPREMO
SALA QUINTA DE LO MILITAR

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN 25 NOV 2013
NOTIFICACIÓN 26 NOV 2013
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

Excmos. Sres.:

Presidente:
D. Angel Calderón Cerezo

Magistrados:
D. José Luis Calvo Cabello
D. Javier Juliani Hernán
D. Francisco Menchén Herreros
D. Fernando Pignatelli Meca
D. Benito Gálvez Acosta
Dª. Clara Martínez de Careaga y García
D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por su Presidente y los Magistrados anteriormente citados, dotada de la potestad jurisdiccional que la Constitución le otorga, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil trece.

Visto el presente recurso de Casación nº que ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Javier Freixa Iruela, en la representación procesal que ostenta del recurrente don , bajo la dirección Letrada de don Antonio Suárez-Valdés González, frente a la sentencia de fecha 27 de febrero de 2013, dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo en las Diligencias Preparatorias número mediante la que se condenó al hoy recurrente Caballero Legionario MPTM don , con destino en el Grupo de Artillería de Campaña II de la Legión BRILEG " , de ( ), como autor de un delito de "abandono de destino", previsto y penado en el artículo 119 del Código Penal Militar, a la pena de seis meses de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Ha sido parte recurrida el Excmo. Sr. Fiscal Togado en la representación que le es propia y han concurrido a dictar sentencia los Magistrados antes mencionados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. **FRANCISCO JAVIER DE MENDOZA FERNÁNDEZ** quien previa deliberación y votación expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de HECHOS PROBADOS

<<El inculpado en las presentes Diligencias Preparatorias, C.L. MPTM D. , destinado en el Grupo de Artillería II de la Legión ( ), con sede en la Base Militar de ( ), el día 30 de septiembre de 2010, se le dio por primera vez falto a la lista de ordenanza por no haber efectuado su presentación, tras ser destinado con carácter forzoso por Resolución 562/13443/10, de 7 de agosto (BOD nº 172, de 2 de septiembre de 2010), que fue comunicada personalmente al Legionario con fecha 9 de septiembre de 2010, permaneciendo ausente y sin realizar lo requerido por la Unidad para regularizar su situación administrativa y médica, hasta el día 24 de noviembre de 2010, fecha en la que efectuó su incorporación voluntaria, quedando en situación de baja temporal para el servicio autorizada a pasar en su domicilio particular. La Resolución antes indicada por la que se le destinaba con carácter forzoso, fue recurrida en alzada, y resuelta de forma desestimatoria con fecha 22 de octubre de 2010. El día 21 de septiembre de 2010, el C.L. sufrió un accidente de tráfico del que fue atendido en la Clínica Rusadir diagnosticándole "traumatismo leve por accidente de tráfico", dándosele de alta muy poco tiempo después del ingreso y prescribiéndosele traumatismo analgésico durante cinco días. Al día siguiente vuelve a acudir a la misma Clínica, por dolor cervical, diagnosticándole "contractura cervical", aplicándosele tratamiento antiinflamatorio y collarín, dándosele de alta y sin

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

especificar que no pudiera efectuar desplazamientos ni que quedara con movilidad reducida.

Los informes médicos del servicio de urgencias donde fue atendido los días indicados, los remitió el C.L. a través de la Delegación de Defensa de Melilla a su Unidad el día 28 de septiembre de 2010, junto con un escrito dirigido al Jefe del Grupo de Artillería de Campaña II de la Legión, en el que solicitaba la baja médica en su domicilio, documentos que tienen entrada en su Unidad el día 6 de octubre de 2010, contestándosele por medio de un burofax el día 7 de octubre siguiente, que recibió (el burofax), el C.L. personalmente el día 8 de octubre, en el que se le ponía de manifiesto la obligación que tenía de remitir la documentación relativa al accidente de tráfico y de presentarse en la Unidad a fin de regularizar su situación administrativa, requerimientos que no atendió el Legionario. Posteriormente, y a la vista de nuevos informes médicos remitidos por el inculpado, el Jefe de la Unidad con fecha 15 de octubre de 2010, resolvió no acordar su baja temporal ordenándole su presentación en el destino a fin de ser reconocido por los Servicios Médicos de la Base. Este acuerdo fue recurrida en alzada por el Legionario siendo desestimada su pretensión, por resolución de 8 de noviembre de 2010, notificada al interesado el día 15 de noviembre del mismo año.

Tanto la Doctora que reconoció al acusado el día 28 de septiembre de 2010, como el Comandante Médico : Jefe de los Servicios Médicos de la BRILEG I", que analizó los informes y documentación médica remitida por el C.L. no apreciaron que se encontrara imposibilitado para desplazarse desde Melilla a su destino para ser examinado por los Servicios Sanitarios. Por otro lado pasado reconocimiento médico psiquiátrico con fecha 26 de septiembre de 2011 concluyó entre otros extremos que: "no hay constancia de la presencia de alteración psíquica en el momento en que se producen los hechos encausados, por lo que hay que entender la existencia de plenitud de sus facultades intelectivas y volitivas", para más adelante señalar que la alteración apreciada en el momento del reconocimiento efectuado al acusado "no impedía ni imposibilitaba su presentación en la Unidad siempre y cuando se hiciera exclusivamente para su evaluación por el Servicio Médico".>>

SEGUNDO.- Que la referida sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

<<DEBAMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado, Caballero Legionario D. , como autor de un delito de "abandono de destino, previsto y penado en el artículo 119 del Código Penal Militar, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que llevará consigo las accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para el cumplimiento de la cual le será de abono todo el que haya estado privado de libertad -con arresto, detenido o preso preventivo, por estos mismos hechos y sin exigencia de responsabilidades civiles.>>

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- Notificada en forma la anterior sentencia el Letrado don Antonio Suárez-Valdés González, anunció su intención de interponer recurso de casación contra la misma, lo que se acordó mediante Auto de 13 de mayo de 2013 del Tribunal sentenciador quien tuvo por preparado el recurso, verificando la entrega de testimonios que la ley prevé, así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante la Sala en el plazo improrrogable de quince días.

CUARTO.- Con fecha 25 de julio de 2013, tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Supremo escrito del Procurador don José Javier Freixa Iruela, formalizando el anunciado recurso de casación en base a los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 852 de la LECrim. y del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución española, por infracción de las normas del ordenamiento Constitucional y mas concretamente del derecho del justiciable a la presunción de inocencia y del principio indubio pro reo, al no existir elemento de prueba en el que sustentar del fallo.

Segundo: Al amparo del artículo 852 de la LECrim. y del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución, por infracción de las normas del ordenamiento Constitucional y más concretamente del derecho del justiciable a la utilización de los medios de prueba pertinentes en su defensa.

Tercero: Al amparo de lo estipulado en el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley al entenderse infringido el art. 25.1 de la Constitución, en relación con el artículo 119 del CPM.

Cuarto: Al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Al amparo de lo estipulado en el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley al entender infringido el art. 35 CPM.

QUINTO.- El Excmo. Sr. Fiscal Togado mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, dentro del plazo concedido para instrucción, presentó escrito en el solicitaba la estimación del quinto motivo articulado y la desestimación del resto de los motivos integrantes, casando la sentencia de instancia y se dicte otra en la que se interponga la pena solicitada de tres meses y un día de prisión.

SEXTO.- Evacuado el trámite conferido a las partes, mediante providencia de 23 de septiembre de 2013, se declaró admitido y concluso el presente recurso y no habiendo solicitado las partes celebración de vista, ni considerándolo necesario la Sala, se convocó al Pleno de la misma, conforme al art. 197 de la LOPJ, señalando para su deliberación, votación y fallo el día

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

12 de noviembre de 2013 a las 10:30 horas, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha y con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por razones de una correcta metodología casacional, y así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, ha de alterarse el orden seguido por la dirección letrada del recurrente por lo que se estudiarán los motivos Primero y Segundo para, seguidamente, continuar con el motivo Cuarto, en el que se denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba, finalizando con los motivos Tercero y Quinto en los que se plantean sendas infracciones de Ley, precisamente, de los artículos 119 y 35 ambos del Código Penal Militar.

SEGUNDO.- 1. El primer motivo se articula por vulneración de precepto constitucional (artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim.), al haberse producido la quiebra del artículo 24.2 CE, por violación del "derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*".

2. Sostiene el recurrente que <<a juicio de esta parte la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada se asienta en una prueba insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del actor, entendiendo que en el acto del juicio, el Ministerio Fiscal no probó que la ausencia del recurrente de su destino fuera injustificada, procediendo por tanto la revocación de la sentencia impugnada>>.

Igualmente sostiene que <<consta debidamente acreditado en la causa que a partir del día 30/09/2010, el recurrente se encontraba en situación de baja por enfermedad a todos los efectos y que por tanto su ausencia del destino se encontraba plenamente justificada, atentando la sentencia impugnada contra su derecho a la presunción de inocencia>> y añade <<si, por el contrario, por este Tribunal se entendiese que el recurrente no tenía concedida dicha baja a 30/09/2010, entendería subsidiariamente esta parte que los plazos de ausencia del destino necesarios para el perfeccionamiento del tipo, deberían contarse desde el día siguiente a la notificación al acusado de la resolución firme en vía administrativa, por la cual se le deniega la baja solicitada>>. Finalmente, se significa que como quiera que el actor sufría, amén de su dolencia física, una patología psiquiátrica directamente reactiva al enorme temor que le producía su reincorporación a la Unidad, la conducta probada, carecería de reproche culpabilístico.

3. El control de la casación encomendado a esta Sala respecto a las vulneraciones posibles del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 CE ha de limitarse a constatar la exigencia de que la sentencia condenatoria esté sentada en una prueba de contenido incriminatorio, y ello supone la comprobación de tres aspectos:

a. Que el Tribunal sentenciador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

b. Que ese material probatorio además de existente, era lícito en su producción y válido por ello a los efectos de la acreditación de los hechos.

c. Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Tribunal de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista de la razón y de la lógica, justificando con ello la suficiencia de dichos elementos de prueba.

De tal suerte que una vez acreditada la existencia de tal probanza, es competencia del Tribunal de instancia sin que corresponda al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada por aquel, (por todas STS. S 5ª de 18 de junio de 2012).

4. En el caso actual, el Tribunal sentenciador ha contado con un amplio elenco probatorio como demuestra la lectura de la resolución que ahora se impugna como es: la declaración del inculpado, la testifical y pericial practicada en el juicio y una amplísima documental, ofreciendo la sentencia en su fundamentación jurídica toda la prueba tomada en consideración para fundamentar su convicción.

Se trata de prueba de cargo constitucionalmente obtenida, válida, legalmente practicada, respetando los principios básicos de contradicción y publicidad que, de otro lado, no se ha discutido por la parte recurrente.

Dicha prueba, testifical, pericial y documental acredita indubitadamente el hecho básico de la ausencia del recurrente de la Unidad a la que había sido destinado con carácter forzoso durante más de setenta y dos horas por no haber efectuado su presentación en la misma, extremo reconocido por el recurrente en el juicio oral y en la instrucción de las Diligencias Preparatorias 23/26/10.

Efectivamente, en el juicio se practicó la prueba pericial propuesta en la persona del Teniente Coronel Médico especialista en Psiquiatría don a y las testificales, amén del Capitán Don quien se ratificó en el parte, las del Comandante Médico Jefe del Servicio de la BRILEG don y de la doctora doña , en las que no existe contradicción y resultan ser unánimes en la afirmación de que las dolencias del soldado no le imposibilitaba su presentación en su Unidad para ser reconocido por los Servicios Médicos, precisando el Comandante Médico <<que una contractura leve no impide desplazarse de Melilla a Almería y que el autobús que va desde Almería a Viator deja justo en la puerta del Cuartel", asimismo la Dra. manifestó que "habitualmente suelen viajar fuera de Melilla pacientes con cervicalgia (leve) para tener un segundo diagnóstico médico".

Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, la única contradicción que se ha planteado, de carácter más formal o dialéctico que real o material, es la derivada de la declaración del Perito Médico Psiquiatra, y ha sido correctamente valorada por el Tribunal de instancia en el Segundo

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Fundamento de Derecho de la sentencia cuando dice: <<...debemos considerar, de la misma manera, que el Tribunal ha valorado la declaración prestada por el Perito Médico especialista en Psiquiatría Teniente Coronel don , quien reconoció al Caballero Legionario con fecha 26 de septiembre de 2011, y se ratificó íntegramente en el contenido de su informe médico-psiquiátrico obrante a los folios 360 y 361 de autos, en el sentido siguiente: "*...no hay constancia de la presencia de la alteración psíquica en el momento de los hechos y ...el evaluado no padece ...alteración psíquica evidente para finalizar que la alteración psíquica apreciada (alteración adaptativa con sintomatología ansiosa) no impedía ni imposibilitaba su presentación en la Unidad, siempre y cuando se hiciera exclusivamente para su evaluación por el Servicio Médico*". *A ésta última matización debemos insistir en que era lo pretendido por la Unidad y no otra cosa, en sentido totalmente opuesto a lo mantenido por el acusado...*>>.

El informe médico de la Dra. , de la Clínica , de fecha 18 de octubre de 2010 obrante al folio 72 de los autos -al igual que el informe del traumatólogo Dr. (fol. 45)- fueron leídos en el acto del juicio con la total aquiescencia de las partes, tal como consta en el acta, y debidamente valorados por el Tribunal en su Fundamentación Jurídica de la sentencia.

Sin embargo, es lo cierto que aún atendiendo a las razones ofrecidas por la parte, fechas de bajas y recursos interpuestos, los hechos probados declaran que: <<*...a la vista de nuevos informes médicos... el Jefe de la Unidad, con fecha 15 de octubre de 2010, resolvió no acordar su baja temporal ordenándole su presentación en el destino a fin de ser reconocido por los Servicios Médicos de la Base. Este acuerdo fue recurrido en alzada por el legionario siendo desestimada su pretensión, por Resolución de 8 de noviembre de 2010, notificada al interesado el día 15 de noviembre del mismo año*"; y como consta igualmente como hecho probado que el recurrente no efectuó su incorporación a la Unidad, "*hasta el día 24 de noviembre de 2010*", resulta evidente que el periodo de ausencia supera el plazo exigido por el tipo.

Y carece de razón el recurrente cuando afirma "que no consta notificada a ésta parte la denegatoria firme en vía administrativa" por lo que deberá tenerse por buena la única versión obrante en la causa y que no es otra que la del actor. Es lo cierto que en el recurso de Alzada que se interpuso contra la resolución del Jefe Interino del GACA II de La Legión de fecha 15 de octubre de 2010 (folios 68 a 71), se fijó como domicilio a efectos de notificaciones el de su legal representante y, consta igualmente (folios 145 al 150), que la resolución del recurso de Alzada dictada por el General Jefe de la BRILEG de fecha 8 de noviembre de 2010, fue notificada en el domicilio designado por el soldado , (fol. 150), de conformidad con lo establecido en el artículo 59.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

En realidad, la pretensión del recurrente no es otra que se sustituya la valoración efectuada por el Tribunal sentenciador de la prueba de cargo, y que se proceda, en esta sede casacional, a una nueva de la misma, distinta de

la efectuada por el Tribunal sentenciador, aspiración que resulta obligado rechazar, pues, como afirmamos en nuestra Sentencia de 26 de febrero de 2007, *"...No debe confundirse la existencia o no de prueba de cargo con la posible discrepancia de la valoración que pueda hacer el Tribunal de instancia, materia en la que es soberano a la hora de decidir y en la que no puede inmiscuirse el justiciable al amparo de la presunción de inocencia (cfr. en este sentido, Ss. de esta Sala de 25.11.2002, 14.02.2003, 21.10.2003, 4.11.2003, 15.03.2004, 4.03.2005, 15.12.2005, 10.02.2006 y 29.09.2006, entre otras muchas)".*

Lo que realmente ha sido planteado por la defensa del recurrente es la presencia de determinadas circunstancias concurrentes en el presente caso que, a su juicio, pudieran incidir en la acción típica y sobre cuya operatividad nos ocuparemos al analizar los siguientes motivos, pero que no tienen encaje en un motivo basado en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque -como se dice en nuestra Sentencia de 5 de marzo de 2006-, el único ámbito en el que éste opera es el de los hechos y no se extiende sobre la culpabilidad u otras eventuales causas de exención de la responsabilidad. En el mismo sentido, la de 14 de mayo de 2012 invocada por el Ministerio Fiscal y las que en ella se citan.

5. Finalmente, recordar en primer lugar que a pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio *"in dubio pro reo"*, puesta de relieve de forma reiterada por el Tribunal Constitucional desde las SSTC 31/81 y 13/82, que aunque uno y otro sean manifestación de un genérico "favor rei", existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. Así, en lo que aquí interesa, el principio "in dubio pro reo", sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando "el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas". Y en segundo lugar, que la supuesta vulneración de ese principio solo puede invocarse en casación, cuando el propio Tribunal admite en la resolución, expresa o implícitamente, la existencia de dudas sobre la participación de un acusado o sobre la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción y no resuelve dicha duda en favor del reo, pero no en aquellos supuestos en que la parte recurrente considera que el Tribunal debió dudar porque conforme a su propio y particular criterio había motivos para ello.

Se desestima el motivo.

TERCERO.- 1. El segundo motivo se articula por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECrim., y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución, por infracción de las normas del Ordenamiento Constitucional y más concretamente del derecho del justiciable a la utilización de los medios de prueba pertinentes en su defensa.

Se denuncia el hecho de haber sido denegada por el Tribunal sentenciador la prueba testifical de la Dra. doña a su juicio testigo nuclear de la causa, en cuyo informe médico, de fecha 18 de octubre de 2010 (obrante al folio 72), desaconsejaba viajar fuera de Melilla.

2. El Ministerio Fiscal entiende que el cauce más adecuado para formular la queja hubiera sido la vía del quebrantamiento formal al amparo del art. 850.1º de la LECrim., por versar sobre una diligencia de prueba propuesta por la parte ahora recurrente y considerada por ésta no ya pertinente, sino "nuclear" para su defensa.

3. Para determinar si se ha producido una vulneración al derecho a la prueba que se encuentra anudado al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución española, se ha de tener en cuenta: a) que la prueba se proponga legalmente, en tiempo y forma, según clásica e histórica expresión; b) que sea procedente, es decir, que sea pertinente, en cuyo contexto hay quizás que huir de lo necesario, útil o relevante (lo que puede dar lugar a apreciaciones subjetivas de los jueces), para indicar aquella que guardando directa relación con el *thema decidendi,* funcional y materialmente, fuere operativa y posible para formar la íntima convicción; c) que previamente se haya dejado constancia de la protesta cuando se produjo la inadmisión, requisito formal; y d) que sea relevante, pero actuando con la máxima cautela a fin de evitar excesos en las inadmisiones que pudieran llevar a claras indefensiones, (por todas STS.S 5ª de 20 de junio de 2011).

En el presente caso, la Sentencia trae causa del procedimiento especial regulado en la Ley Procesal Militar, L.O. 2/89, de 13 de abril, Capítulo II, de las diligencias preparatorias, del Libro III, de los procedimientos especiales, en cuya exposición de motivos se dice que "se acentúa su rapidez, sin mengua de las garantías de defensa del imputado..." y que, "el sumario resulta brevísimo y las pruebas han de practicarse todas en el acto de la vista". Consecuentemente con ello, el artículo 394 LPM, de conformidad con las prevenciones establecidas en los artículos 389 al 392 del mismo texto legal, dispone que en sus escritos de calificación, tanto el Fiscal Jurídico Militar como el defensor propondrán la prueba de que intenten valerse en el juicio.

4. La parte recurrente cuando articula el motivo refiere que consta acreditado en la causa que en fecha 13 de febrero de 2012, por la Letrada Doña se presentó el escrito de conclusiones provisionales y de proposición de medios de prueba para el acto del juicio. Asimismo, expone que igualmente consta que el actual Letrado en fecha 29 de junio de 2012 presentó ante el Tribunal Militar Segundo un escrito de solicitud de citación para el acto de la vista de la testigo Dra. , "al resultarle imposible llevarla por sus propios medios y de forma voluntaria al acto del juicio", reiterando la solicitud el día 24 de octubre de 2012, prueba testifical "nuclear", según su criterio, porque dicha Doctora evacuó un informe médico, de fecha 18 de octubre de 2010, donde se desaconseja al recurrente viajar fuera de Melilla y que obra en las actuaciones en el folio 72 y que por tanto su testimonio tanto sobre la patología padecida por su cliente como sobre su capacidad física para desplazarse a la península de cara a incorporarse a su

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Unidad, resultaría del todo punto definitoria del procedimiento, por cuanto que si el actor se encontraba impedido para ello, la ausencia de su destino se encontraría completamente justificada desapareciendo la tipicidad de la conducta.

Pues bien, resulta que en el folio 433 de las actuaciones se encuentra unido el referido escrito de fecha 29 de junio de 2012, en el que, escuetamente, tan solo se dice que por medio del mismo "vengo en tiempo y forma oportunos a solicitar la citación para la vista a celebrar en el presente procedimiento, del siguiente testigo: Doctora Doña
".

Igualmente, en el folio 432 de los autos aparece unido el otro escrito citado de fecha 24 de octubre de 2012, en el que con igual laconismo se limita a reiterar la citación para el acto de la vista de la referida doctora.

El Tribunal Militar Segundo, por Auto de fecha 26 de octubre de 2012, no admitió por extemporánea la prueba propuesta, y ofreció además la razón de que no podía, a la vista del escrito presentado, realizar un adecuado juicio sobre la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta, al no hacer referencia alguna a los motivos de tan extemporánea petición y los hechos sobre los que debiera versar el testimonio que se interesaba.

Ello no obstante, la parte dispositiva del Auto, ilustra al hoy recurrente haciéndole saber, conforme a lo dispuesto en el art. 395 LPM, de su derecho a proponerlas en el acto de la vista, previo examen de la pertinencia y relevancia de las mismas que corresponderá al Tribunal y siempre que la parte proponente haya hecho comparecer a los testigos para dicho acto.

En el acto de la vista, el Letrado del recurrente solicitó del Tribunal sentenciador, según reza el acta, como cuestión previa, la nulidad de lo actuado en base a la declaración testifical de la Dra. , declaración que se solicitó por el Letrado como prueba testifical y que fue desestimada en su momento por auto del Tribunal. El Sr. Presidente no accede a la petición por haber sido ya resuelta previamente. El Letrado solicita como diligencia de prueba final y antes de dictar sentencia que se exhorte al Juzgado de Melilla a fin de que la Dra. ratifique su informe. El Sr. Presidente propone a las partes la lectura de los informes médicos correspondientes en fase de prueba documental, sin que se opusieran las partes, procediéndose en el momento procesal oportuno de la vista a la lectura de los folios 72 y 116.

No se formuló protesta por parte de la defensa ni se indicó tampoco en dicho acto, la necesidad de la práctica de la prueba, ni las preguntas que haría al testigo que hubiera permitido al Tribunal valorarlas en aquel momento respecto a su incidencia sobre los hechos y al resultado del proceso. Ello supone que la petición probatoria que no fue acompañada de la consiguiente suspensión de la vista sino de una solicitud de "nulidad de lo actuado" y de una "diligencia de prueba final y antes de dictar sentencia" para que la Dra. se ratificara en su informe, ratificación que ya había hecho en la instrucción, folio 301 y siguientes, fue razonadamente desestimada por el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Tribunal al estar privada de razonamiento sobre cual fuera la necesidad de su práctica; ni tampoco intentó la parte que se realizara a su instancia otra prueba de la misma clase en el acto de la vista (en los términos previstos en los arts. 310 y 395 pfo. tercero de la Ley Procesal Militar), lo que hace que la presente queja no resulte relevante a efectos casacionales.

Se desestima el motivo.

CUARTO.- 1. Articula la parte recurrente el Cuarto de sus motivos al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

2. En el desarrollo del motivo, el recurrente una vez expuesta la doctrina jurisprudencial atinente al caso refiere:

a. <<Consta en la causa informe médico de fecha 18 de octubre de 2010, evacuado por la doctora , donde se desaconseja al recurrente viajar fuera de Melilla, obrante al folio 72 y que no es valorado por el Tribunal de instancia, al valorar en su demérito un informe del Comandante Médico de la unidad, que no reconoce al actor hasta muchos días después de la fecha de emisión de aquel y que reconoce abiertamente en el juicio que no contaba para su análisis del paciente, ni con las bajas médicas del mismo, ni con dicho informe de 18/10/2010. También se emplea en demérito del actor, el testimonio de la doctora Cabello que refirió no haber vuelto a reconocer al actor a partir del 05/10/2010 y que refiere como no recomendable para la recuperación de una patología de esguince cervical y contusión testicular, un viaje de ocho horas por barco como el existente entre Melilla y la península. Entiende esta parte que el Tribunal incurre en error en la apreciación de la prueba, por cuanto antepone los testimonios que no conocían el estado de salud del actor a fecha 18/10/2010 y cuya credibilidad es mas que cuestionable por encima del informe documentado de la doctora que venía atendiendo al recurrente a dicha fecha.

b. Incurre a juicio de esta parte la sentencia impugnada igualmente en error en la apreciación de la prueba el Tribunal de instancia a la hora de valorar el testimonio del perito psiquiatra que actuó en el acto del juicio y que refirió sin género de dudas que el recurrente padece un trastorno adaptativo que surge como respuesta a un estrés ambiental y en el caso del inculpado, por tener que volver a la Unidad en la que había tenido en su día un accidente, lo que le provoca una angustia que da lugar al padecimiento. Entiende esta parte que, con dichos antecedentes debería considerarse acreditada la desaparición del reproche culpabilístico de la conducta declarada probada, extremo que no es así, al valorar con carácter prioritario el Tribunal lo referido por el mismo perito en relación a que la patología descrita no imposibilitaba al actor para su personación en la unidad, en contra del criterio de esta Sala sobre estos particulares>>.

3. La pretensión casacional realizada al amparo de dicho artículo 849.2º de la LECrim., tiene por finalidad, la alteración por sustitución, adición o supresión de parte de la narración histórica que constituye el sustrato fáctico

de la sentencia, cuando existan en la causa documentos dotados de virtualidad demostrativa del error evidente y palmario padecido por el Tribunal sentenciador, al consignar hechos diferentes a los que resultan acreditados por genuina prueba documental constituyendo una realidad tan patente y manifiesta que deje al alcance de la Sala de Casación verificarlo, en las mismas condiciones de la inmediación con que contó el Tribunal de instancia.

El medio habitual estará representado por verdaderos documentos (STS.Sala 5ª de 17 de enero de 2006), -teniendo muy presente la sobradamente conocida la doctrina de la Sala 2ª que advierte de la diferencia entre el "papel" en que se documenta una diligencia de naturaleza personal y el documento a efectos casacionales- y excepcionalmente por los informes periciales, que se admiten únicamente para modificar los hechos, cuando: 1) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga el Tribunal de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; 2) cuando se cuenta sólo con dicho dictamen, o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Con este motivo no se puede pretender un nuevo examen del proceso pues ha de acomodarse y ceñirse a los términos tasados en que se pronuncia de manera constante tanto la jurisprudencia de esta Sala como la de la Sala 2ª, a saber:

a) Ha de basarse, en una verdadera prueba documental, y no en otras personales, como la testifical y la de confesión aun cuando estuvieren documentadas, que están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación las percibe;

b) Que evidencia el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosufiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. Esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

c) El dato que el documento acredite no puede estar en contradicción con otros elementos de prueba. Y ello porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia al presidir la práctica de todas ellas y escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para ponderar unas y otras y apreciar su resultado

con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim. (y 322 LPM);

d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente se ha dicho, "el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo" (STS.S. 2ª, de 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 y 24 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; 21 de enero y 13 de febrero de 2001, entre otras); y de esta Sala 5ª STS de 25 de octubre de 2001; 15 de julio de 2004; 9 de mayo de 2005; 20 de diciembre de 2005; 10 de enero de 2006 entre otras).

4. De conformidad con la doctrina que antecede al presente supuesto es clara la desestimación del motivo. En efecto, la simple lectura de la articulación del motivo lleva forzosamente a dicha conclusión, pues la queja del recurrente no es otra que, de un lado, <<*...Entiende esta parte que el Tribunal incurre en error en la apreciación de la prueba, por cuanto antepone los testimonios que no conocían el estado de salud del actor a fecha 18/10/2010 y cuya credibilidad es mas que cuestionable por encima del informe documentado de la doctora que venía atendiendo al recurrente a dicha fecha*>> y del otro censura al Tribunal que <<*Incurre a juicio de esta parte la sentencia impugnada igualmente en error en la apreciación de la prueba el Tribunal de instancia a la hora de valorar el testimonio del perito psiquiatra que actuó en el acto del juicio...*>>.

Para obtener una convicción sobre la imposibilidad de viajar desde Melilla a Viator con el padecimiento que sufría el recurrente, el Tribunal de instancia valoró un conjunto probatorio más amplio, incluidas las manifestaciones del acusado, de los testigos y peritos, que este Tribunal no puede contemplar directamente por la propia naturaleza del recurso de casación, y en consecuencia ni puede ni debe modificar el criterio valorativo del Tribunal sentenciador.

Se desestima el motivo.

QUINTO.- 1. El Tercero de los motivos se articula al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley al entenderse infringido el artículo 25 de la Constitución, en relación con el artículo 119 del Código Penal Militar.

2. Sin embargo, la lectura del mismo donde se denuncia por la parte recurrente que entiende que el Tribunal vulneró el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad porque: 1) la ausencia estaba justificada y 2) no ha interpretado correctamente el elemento normativo del tipo que describe el adverbio "injustificadamente", lleva a pensar que tal como apunta el Ministerio Fiscal, por error de transcripción se hizo constar el nº 2 del art. 849 en vez del nº 1 de dicho artículo.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

3. El examen de este extremo del recurso debe hacerse a partir de la relación probatoria inamovible y vinculante de los hechos declarados probados y la cuestión técnico jurídica consiste en determinar si la conducta del soldado resulta atípica pues, a tenor del artículo 119 CPM, no se considera delictiva la ausencia de una Unidad Militar cuando existen razones que la justifiquen, por quedar neutralizado el elemento normativo y negativo del tipo objetivo de "abandono de destino", privando de tipicidad penal a la situación de ausencia por tiempo superior a tres días. Ahora bien, la prueba acreditativa de la imposibilidad del cumplimiento de los deberes de presencia y disponibilidad en su Unidad de destino que pesa sobre el militar y la posible justificación de la ausencia o como en el presente caso, la no incorporación de éste a aquélla, incumbe alegarlos y probarlos al acusado que las invoca por tratarse de un dato de carácter negativo cuya demostración excede ordinariamente de las posibilidades probatorias de la parte acusadora, quién tiene la carga de demostrar la realidad de los demás elementos típicos, y de esta manera, poder incardinar los hechos, o no, en dicho artículo 119 CPM (nuestras Sentencias 22.09.2008; 13.11.2008; 02.06.2009; 29.01.2010; 04.02.2010).

4. En su escrito de oposición al recurso sostiene el Ministerio Fiscal que partiendo del respeto absoluto a los hechos probados y de lo fundamentado por el Tribunal sentenciador en el primero de sus razonamientos jurídicos de la sentencia entiende que no se ha producido la indebida aplicación del tipo delictivo previsto en el artículo 119 del Código Penal Militar porque el recurrente, no solo incumplió de forma genérica sus deberes de presencia y disponibilidad, sino que requerido expresamente para ser reconocido por los Servicios Médicos de su Unidad y habiéndosele denegado la solicitud de baja médica por el Jefe de la misma a la vista de la documentación médica remitida por el soldado, desatendió deliberadamente tal requerimiento.

Centrado así el debate conviene aflorar una serie de circunstancias que se recogen en los hechos probados de la Sentencia.

Efectivamente, los **informes médicos** del servicio de urgencias de los días 21 y 22 de septiembre fueron remitidos por el recurrente a su Unidad a través de la Delegación de Defensa de Melilla el día 28 de septiembre de 2010 en unión de un escrito solicitando la baja médica en su domicilio y dichos documentos, es lo cierto, y así se declara probado, que tuvieron entrada en aquélla el 6 de octubre de 2010.

El 7 de octubre la Unidad envía un burofax al recurrente, recibido el día 8 del mismo mes y año por el que se le ponía de manifiesto que debería remitir la documentación relativa al accidente de tráfico sufrido y de presentarse en la Unidad para regularizar su situación administrativa, requerimientos que no atendió el Legionario.

Sin embargo, posteriormente, y a la vista de nuevos informes médicos (se refiere a los remitidos por el recurrente a su Unidad a través de la Delegación de Defensa de Melilla el 7 de octubre, precisamente, un día antes de recibir dicho burofax, donde además reiteraba de nuevo la petición de baja),

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

con fecha 15 de octubre de 2010, a la vista de la documentación aportada, el Jefe de la Unidad resolvió no acordar su baja temporal ordenándole su presentación en el destino a fin de ser reconocido por los servicios médicos de la Base. Este acuerdo fue recurrido en Alzada por el Legionario Yunes Mohamed, y resuelto por resolución de 8 de noviembre de 2010, notificada al interesado el día 15 de noviembre del mismo año.

En efecto, la Resolución del Jefe del GACA II de fecha 15 de octubre, denegatoria de la baja solicitada, decía que, debería presentarse en la Unidad a la mayor brevedad posible, a fin de regularizar su situación, ilustrándole que contra "el presente acuerdo" podrá interponer recurso de Alzada ante el Excmo. Sr. General Jefe de la BRIL "Rey Alfonso XIII", en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 114 y 115 de la Ley 4/99 de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

Con fecha 19 de octubre de 2010 se presenta el recurso de Alzada en la Delegación de Defensa de Melilla, solicitando por medio de otrosí la suspensión del acto. El recurso fue resuelto el 8 de noviembre de 2010 y notificado el día 15 de noviembre del mismo año, y el 24 de noviembre siguiente el C.L. efectuó su incorporación voluntaria, quedando en situación de baja temporal para el servicio autorizada a pasar en su domicilio particular.

5. Es lo cierto que en el presente caso, como dijimos anteriormente, concurren una serie de circunstancias que exigen ser valoradas a fin de no caer en un rigorismo excesivamente formalista que pudiera alejar la naturaleza, esencia, significado y consecuencias de la aplicación de la norma penal. Y es lo cierto que el recurrente hasta el 15 de octubre no recibió una respuesta por parte de su Unidad a la solicitud de baja que había pedido dos veces, como igualmente lo es que la resolución denegatoria de la baja, requiriéndole para que se presentase en la Unidad a la mayor brevedad posible fue recurrida en Alzada, recurso en el que solicitó la suspensión del acto sin que se pronunciara resolución expresa sobre dicho extremo. Sin embargo el expedientado no ofreció a sus mandos razones que permitan justificar su ausencia entre el 16 y el 24 de noviembre de 2010, único periodo de tiempo punible a tenor de los hechos probados.

Concurre y es de apreciar el dolo genérico que exige el artículo 119 del Código Penal Militar, que consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo (elemento intelectual del dolo) y, actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo), sin necesidad de adicionales elementos subjetivos que el tipo penal no exige, (por todas Sentencias de esta Sala de 1 de octubre de 2009 y 4 de febrero de 2010). En definitiva, como significa el Ministerio Fiscal, considerada por el Legislador la injustificación de la ausencia como un elemento del tipo, y no existiendo base para deducir que el recurrente no tuviera conciencia de que su ausencia de la Unidad de su destino pudiera ser apreciada como antijurídica, debe concluirse que en dicha ausencia concurría el conocimiento de los elementos objetivos de la proposición típica -

elemento intelectivo o cognitivo del dolo- además del consentimiento en su realización -elemento volitivo del dolo-.

Se alega también, que el acusado no era consciente de que con su actuación estaba cometiendo un delito. El error de tipo, único que podría darse en el presente caso, se produce por la falta de conocimiento del autor de los elementos objetivos del tipo lo que excluye la presencia del dolo, pero según constante jurisprudencia, debe ser acreditada por quien la alega para que produzca la exculpación por el Tribunal, no pudiéndose conjeturar o presumir el error en ilícitos de índole natural o elemental cuya ilicitud es evidente y notoria por constar a todos (STS.S 5ª de 6 de febrero de 2009 y 18 de febrero de 2010). Es por ello que la creencia errónea no se da en el presente caso. El recurrente con una antigüedad de diez años en las Fuerzas Armadas, era sabedor de los deberes de presencia y de disponibilidad permanente propios del militar profesional, que le obligan a someterse al necesario control de sus mandos mientras mantenga su vinculación con ellas

Se desestima el motivo.

SEXTO.- Por el mismo cauce de la infracción de ley ordinaria (art. 849.1º LECrim), se denuncia la vulneración del art. 35 CPM sobre el deber de motivación de la pena privativa de libertad impuesta. Esta se establece en seis meses de duración, y la parte recurrente se queja de que no se haya impuesto en la mínima duración posible, motivo al que se adhiere el Excmo. Sr. Fiscal Togado.

Lleva razón quien recurre y el Ministerio Fiscal. En la Sentencia se echa en falta el razonamiento que sobre la individualización de la pena exige expresamente el art. 35 CPM, en relación con lo dispuesto con carácter general en el art. 120.3º CE sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales; exigencia que en el caso concreto no se colma con la alusión que en el Fundamento Séptimo se hace del citado art. 35, enumerando simplemente unas estereotipada transcripción de las contenidas en el mismo artículo y sobre las que, precisamente, ha de razonar el Tribunal, en palabras del Fiscal Togado <<*...en el que el Tribunal se ha limitado a consignar como criterios de individualización lo que no son sino conceptos jurídicos indeterminados, huérfanos de concreción alguna*>>.

Efectivamente, se omiten las consideraciones preceptivas respecto de las condiciones y circunstancias, objetivas y subjetivas, a que se refiere el reiterado art. 35 que determinaron la concreción de la pena privativa de libertad. Se afecta con ello una parte no esencial del derecho a la tutela judicial que promete el art. 24.1 CE, de escasa relevancia por lo que resultaría desproporcionada la medida de devolver la causa para el complemento de la motivación omitida. Ahora bien, es lo cierto que el ordinal séptimo de la fundamentación jurídica de la sentencia escuetamente se dice: <<*así como el tiempo total transcurrido indebidamente* (ausente) *de su destino*>>, sin ninguna otra precisión, ausencia injustificada que tal como ha declarado probado el Tribunal de instancia abarca, precisamente, el periodo comprendido desde el 15 de noviembre de 2010 hasta el día 24 del mismo mes y año, razón por la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

cual lo procedente es estimar el motivo, porque a los efectos de la dosimetría de la pena resulta excesiva la impuesta atendiendo al tiempo de ausencia injustificada y que, entiende la Sala, su extensión debe fijarse en la de tres meses y un día de prisión.

Se estima el motivo.

SÉPTIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el presente Recurso de Casación / /2013, interpuesto por la representación procesal del Soldado don frente a la Sentencia de fecha 27 de febrero de 2013 dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo en las Diligencias Preparatorias / /10, en la que se condenó al hoy recurrente como autor responsable de un delito de "Abandono de destino" previsto y penado en el art. 119 del Código Penal Militar, a la pena de seis meses de prisión, con sus accesorias; y en consecuencia casamos y anulamos dicha Sentencia dictando a continuación la que corresponde con arreglo a Derecho. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ángel Calderón Cerezo.- José Luis Calvo Cabello.- Javier Juliani Hernán.- Francisco Menchén Herreros.- Fernando Pignatelli Meca.- Benito Gálvez Acosta.- Clara Martínez de Careaga y García.- Francisco Javier de Mendoza Fernández.- Rubricados.- PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernández, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.- Vicente García Fernández.- Rubricado.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Recurso Num.:

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier de Mendoza Fernández

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

SENTENCIA NUM :

SEGUNDA SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO
SALA QUINTA DE LO MILITAR

Excmos. Sres.:

Presidente:
D. Angel Calderón Cerezo

Magistrados:
D. José Luis Calvo Cabello
D. Javier Juliani Hernán
D. Francisco Menchén Herreros
D. Fernando Pignatelli Meca
D. Benito Gálvez Acosta
Dª. Clara Martínez de Careaga y García
D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por su Presidente y los Magistrados anteriormente citados, dotada de la potestad jurisdiccional que la Constitución le otorga, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil trece.

En las Diligencias Preparatorias 23/26/10 seguidas por posible delito de "Abandono de destino", contra el Soldado profesional don DNI. Nº , nacido en Melilla el día de diciembre de , hijo de y de y de , con instrucción, sin antecedentes penales, constándole anotados en su hoja de sanciones diez correctivos disciplinarios (ocho por faltas leves y dos por faltas graves) y destinado al tiempo de los hechos en el Grupo de Artillería de Campaña II de la Legión BRILEG " I", de ; en la que fue condenado a la pena de seis meses de prisión, con sus accesorias legales, como autor de dicho delito según Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo de fecha de febrero de 2013, que ha sido casada y anulada por la nuestra de esta misma fecha; han dictado Segunda Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados que arriba se relacionan, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. **FRANCISCO JAVIER DE MENDOZA FERNÁNDEZ** Magistrado de la Sala que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia los de la Sentencia rescindida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia los Fundamentos Jurídicos de la recurrida, incluyéndose en la última parte del Fundamento VII de la Sentencia de instancia el ordinal sexto de la nuestra rescindente, relativo a la individualización de la pena privativa de libertad que definitivamente se fija en tres meses y un día de prisión, es decir, en la mínima duración posible al no haberse expresado en la instancia las razones para imponerla en duración superior.

SEGUNDO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado Soldado profesional don , como autor responsable de un delito de "Abandono de destino" previsto en el art. 119 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de tres meses y un día de prisión, con sus accesorias legales; con abono del tiempo de prisión preventiva que hubiera sufrido en razón de estos hechos, y sin que existan responsabilidades civiles que declarar. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ángel Calderón Cerezo.- José Luis Calvo Cabello.- Javier Juliani Hernán.- Francisco Menchén Herreros.- Fernando Pignatelli Meca.- Benito Gálvez Acosta.- Clara Martínez de Careaga y García.- Francisco Javier de Mendoza Fernández.- Rubricados.- PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernández, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.- Vicente García Fernández.- Rubricado.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es