



Roj: **STS 4680/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4680**

Id Cendoj: **28079150012023100083**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2023**

Nº de Recurso: **33/2023**

Nº de Resolución: **80/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 80/2023

Fecha de sentencia: 08/11/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION PENAL

Número del procedimiento: 33/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

Procedencia: TRIB. MILITAR CENTRAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Transcrito por: CVS

Nota:

RECURSO CASACION PENAL núm.: 33/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 80/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D.^a Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Fernando Marín Castán

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 8 de noviembre de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 101/33/23, interpuesto por el teniente coronel del Ejército del Aire y del Espacio don Cristobal , representado por la procuradora doña Marta Ureba Álvarez- Ossorio y defendido por el letrado don Antonio Suárez-Valdés González, contra la Sentencia de fecha 11 de mayo de 2023, dictada por Tribunal Militar Central en el procedimiento número 2/02/22, que le condenó como autor responsable de un delito de "abandono de destino y residencia", previsto y penado en el art. 56.1 del Código Penal Militar. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Militar Central, dictó Sentencia con fecha 11 de mayo de 2023, en la que, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Que el teniente coronel del Ejército del Aire y del Espacio D. Cristobal , fue destinado por resolución publicada en el BOD núm. 139 de 13 de julio de 2020 al Grupo Aéreo Europeo (GAE), con guarnición en el Acuartelamiento de la Fuerza aérea británica (RAF) de la localidad de DIRECCION000 , condado de Buckingham, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Tomó posesión de su destino el siguiente 1 de agosto. Por ser el militar español más caracterizado del contingente, por mayor empleo y antigüedad, desempeñó funciones como sénior de acuerdo con lo previsto en la instrucción 24/2016 de 19 de mayo del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, hasta que fue relevado en tales funciones por el coronel Luciano . Asimismo, y conforme con lo prevenido en las Especificaciones de su puesto (Post specification en lengua inglesa), entre sus deberes adicionales se incluía el ejercer de jefe de estado mayor (COS en el inglés original), durante las ausencias de éste o de su segundo (executive officer, ExO, en el inglés original).

Señaló como su lugar de residencia el pabellón de oficiales de dicho acuartelamiento y fue registrado como residente por el Consulado general de Londres mediante certificado expedido el 6 de agosto de 2020.

El 5 de noviembre de 2020 regresó a España sin autorización al efecto, ni para fijar su residencia, ni para teletrabajar en la Patria, en la que permaneció hasta el 9 de julio de 2021, fecha en la que volvió al Reino Unido al objeto de recibir al coronel Luciano , que se incorporaba a la Base de DIRECCION000 .

Trabajó en la distancia, desde su vivienda en España, el periodo de tiempo comprendido entre el 14 de noviembre de 2020 y el 8 de julio de 2021.

Al no constar anotado que hubiera disfrutado de ningún día de permiso ni asuntos propios durante 2020, partió de nuevo hacia España ese último día.

Percibió en concepto de indemnización de complemento en el extranjero (ICE) las cantidades de 55.885,49 euros en 2020 y de 136.779,15 euros en el año 2021".

Como elementos de convicción se declaran los siguientes:

"La convicción de la sala se ha fundamentado en la copiosa prueba documental aportada a la causa y en las declaraciones, tanto del inculpado, cuanto de testigos obrantes en instrucción y fundamentalmente las prestadas en el acto de la vista oral, que a fortiori no han mostrado fisuras, salvo las excepciones que consignaremos, con las primeras. En cuanto hace a la documental, gran parte de ella es proveniente del propio inculpado. Parcialmente presentada ante el Fiscal y parcialmente ante el Juzgado togado, que la admitió. Y aunque en buena medida son meras fotocopias, no han sido redargüidas por la parte acusadora, y no se ve motivo o razón para desconfiar de su fidelidad a lo real. Tampoco para poner en cuestión la traducción efectuada por la parte.

Destacamos la documentación que desgranamos en conjunción con lo declarado.

En lo que hace al teniente coronel Cristobal , la sala concluye en la poca solidez y contundencia de sus manifestaciones. La única apoyatura para legitimar su conducta -que reconoce en cuanto a los periodos de ausencia de Inglaterra y teletrabajo desde España, a lo que la sala dota de credibilidad- se redujo en último término, a la alegación de que la Directiva del Jefe de Estado Mayor de su unidad -COS-, que posteriormente citaremos y desmenuzaremos, le autoriza a teletrabajar desde España y que incluso el propio COS se lo autorizó en persona, en conversación vis a vis, que nadie presenció. En fase ninguna del procedimiento se ha traído manifestación, de tipo que sea, en que conste alguna traza de tal permiso concedido de palabra. Y como iremos constatando en lo sucesivo, la sala no es capaz de otorgar credibilidad a las manifestaciones del inculpado, al menos a la hora de justificar sus acciones antijurídicas.

Su defensor, en su alegato, hizo hincapié en el hecho de que bastaba una sola autorización para autorizar ese teletrabajo desde España, y que la misma era la de COS. Ya con esto se intuye que no confía mucho la parte



en la fuerza de convicción, según su óptica, de la aseveración de que concurría una autorización del EMAD, más o menos tácita. Para ello trae a colación un único mensaje de correo, habido entre inculpado y el teniente coronel Ruperto de recursos humanos. Pero lo cierto y verdad es que, a mayores, se trata de una sola ocasión, y su contenido queda muy lejos de ser tumbativo, porque en el mismo sólo consta la explicación, marginal al tema del mensaje, de que el teniente coronel Cristobal y el comandante Jose Miguel se encontraban en ese momento teletrabajando en España. Ni se solicita permiso, ni se concede, no siendo por lo demás el teniente coronel Ruperto quien para concederlo: En definitiva, no tenía éste porqué suponer que eso equivalía a llevar teletrabajando casi 6 meses -dado que el correo es de 6 de abril de 2021-. No efectuándose alusión alguna a un hipotético enterado en EMAD, en sentido favorable a la tesis de la defensa.

Antes bien al contrario, la forma de expresarse del inculpado -estamos actualmente en España en teletrabajo-. Es indicativa por otra parte, del estilo del inculpado, en que sin faltar a la verdad directamente, se induce a confusión. La información es objetivamente correcta, pero la redacción tiende a hacer creer que se trata de un momento puntual, sin dilatación temporal de calado. Por eso hemos recalcado el elemento de temporalidad instantánea ínsito en el adverbio actualmente.

El coronel Luciano afirmó que el inculpado le había manifestado que tenía autorización del JEMAD para teletrabajar desde España y que como era un oficial brillante, número uno de su promoción, no vio motivos para desconfiar, creyéndole por tanto. No ve la sala motivos para desconfiar de la declaración del coronel. Aunque no obstante, no se nos antoja correcta su manera de proceder. Asumir sin mayores indagaciones que un oficial estaba autorizado por JEMAD a incumplir de manera radical la ley española, no nos parece la forma más responsable de ejercer el mando.

No siendo hasta que no recibió objeciones desde el EMAD, respecto a la situación irregular del teniente coronel Cristobal, cuando cayó en la cuenta de lo que podía ser la realidad. Emitiendo después el parte. Lo que resulta creíble, a pesar de que el inculpado lo contradiga e intente hacer ver que dar parte fue decisión espontánea del coronel.

El teniente coronel Juan Enrique, que se incorporó a la unidad junto con el inculpado, y cuya declaración ofrece garantías de veracidad al tribunal, declaró que su compañero no estuvo en Inglaterra en el periodo en cuestión y que le confirmó personalmente que estaba autorizado para residir en España, lo que él tuvo por cierto. En sus mismas palabras lo que le dijo fue: "Hasta nueva orden estoy autorizado". Y que cuando peor fuesen las cosas en el Reino Unido a causa del virus corona, mejor para él. Dando a entender, así lo concibió el teniente coronel Juan Enrique y lo hace la sala, que tendría mayores facilidades para seguir permaneciendo en España.

En relación con el teniente coronel Juan Enrique, forzoso es hacer mención a las copia de conversaciones del sistema de comunicación conocido como DIRECCION001, presentado por la defensa en el acto de la vista. Con independencia de las escasas garantías de fiabilidad que el mismo y la empresa extranjera que lo gestiona ofrecen, la Fiscalía tampoco se ha opuesto a su admisibilidad, aunque mostrara ciertas reticencias. Se trata de una conversación en que participan los dos oficiales, más el sargento 1º Argimiro.

Resulta llamativo, aunque menos, vista la forma al parecer frecuente de actuar del inculpado (un tanto mefistofélica en lo atinente a este procedimiento), que la defensa preguntase al sargento 1º sobre la conversación -que la confirmó-, y no al teniente coronel Juan Enrique. A quien pretendió achacar la culpa de que el comandante Jose Miguel recibiera la autorización del inculpado para teletrabajar desde España. Pues al margen de lo que Juan Enrique sugiriera, la responsabilidad del mando recaía en el inculpado. Y realmente la frase de Juan Enrique que se resalta es la de que: "Y luego la tercera opción que propondría sería... pues macho, que... que se espera. Que se espere a la incorporación hasta que..." A lo que el inculpado contesta: "La 3 no la contemplo. Si una vez aquí decide irse, autorizado por el EAG, genial, Pero nosotros, yo, no puedo autorizar a uno de nosotros a simplemente no venir".

Se está así tratando el tema de su incorporación y presentación en la unidad, después de haber sido destinado a ella. No de teletrabajar y permanecer en España durante todo el periodo de su destino, que es algo radicalmente distinto. Y nótese que en aquellos momentos regía la imposición de cuarentena, que era el motivo y causa de la conversación. Que el comandante pudiese o no esperar a la desaparición de la obligación de pasar cuarentena. Algo accidental y distinto a lo que nos ocupa. El teniente coronel Cristobal es consciente de que no puede autorizar a uno de sus subordinados a no presentarse en la unidad, cuánto más a permanecer en España de forma permanente. Lo que no obstante hizo, a pesar de su errónea afirmación de que el GAE le puede permitir irse a teletrabajar a España. Pero la peculiar estructura mental, en lo que hace a la existencia y aplicación del derecho, del inculpado resalta en sus manifestaciones de: "Si una vez aquí decide irse... Insisto en que es él, el que debe decidir".

Sin submergirse en el arcano del entendimiento y voluntad del teniente coronel Cristobal, no se atreve la sala a descifrar el sentido de sus ideas. Reconoce como jefe no tener competencia para autorizar la no presentación



física, pero al mismo tiempo insiste en que el comandante decida por sí mismo, si se siente vinculado como militar por las leyes vigentes en el Reino de España. Trastocar de tal manera el orden de las cosas, sólo es dable desde una perspectiva propia de quien no se siente compelido por el ordenamiento jurídico. Quizá, y por ello lo mefistofélico, de nuevo habla el inculpado para la galería. De hecho, al comandante no le planteó la disyuntiva de decidir. Le autorizó directamente a teletrabajar desde España. Otra cosa es cómo actúe después el comandante con ese permiso en la cartera.

Y en efecto, lo que demuestra esa conversación es que el inculpado sabía perfectamente que ad extra, tenía que dar muestras de que él no podía autorizar tales situaciones. Y añadimos nosotros, cuánto más para consigo mismo, en el mundo jerarquizado de la milicia todos saben que pueden autorizar a sus subordinados lo que entra en el campo de sus competencias. Pero que no puede darse mucho juego al instituto de la autorización tan cacofónica ella. Autorizamos, pero necesitamos ser autorizados. Y consta que el inculpado sabía a la perfección, que no estaba autorizado para teletrabajar en España y que carecía de competencia para solventar la cuestión con sus propias y solas fuerzas.

El comandante Jose Miguel declaró que el teniente coronel no le recibió cuando se incorporó en enero del 21, pero que desde España le autorizó a teletrabajar como él mismo, haciéndole ver que estaba autorizado también por el COS francés. Tampoco presenta visos de falta de credibilidad. El inculpado le comunicó su intención de aguantar todo lo posible en su situación.

En tal línea debe entenderse su mensaje al nuevo senior, coronel Luciano , en el folio 340, con correos electrónicos de 7 de junio de 2021 entre el inculpado y el coronel, en el que éste se muestra satisfecho porque "siempre haya algún español activo" en la unidad, "a pesar de que seguramente no sea imprescindible".

El acusado comunica de su lado, que "en la tabla... están previstos tanto los permisos del año anterior (que sólo se pueden coger hasta el 30 de junio, motivo por el cual todos están en 0. Aunque la realidad es que hemos perdido casi la totalidad de los previstos, por motivo del covid). Como ves, siempre hay personal español en el EAG a lo largo de todo el verano, por si fuera necesario para resolver algo... siempre tenemos gente en activo (luego este activo será allí de presente en UK, o bien en teletrabajo como hasta ahora, en función de cómo vayan desarrollándose los acontecimientos en UK)... En concreto, y en lo que a ti se refiere, tanto Evaristo como yo estaremos activos a tu llegada a finales de julio para echarle una mano con el relevo".

De nuevo no se falta a la verdad, pero se redecora en beneficio del inculpado. Pues cualquier militar entiende que las fases presenciales se están repartiendo de forma equitativa entre los miembros de la unidad, que por otra parte sería lo lógico y más conforme a ordenanza. Tanto Evaristo como yo estaremos activos. Pero nosotros sabemos, cosa que desconocía el coronel, que ésta era la única ocasión en que el inculpado iba a estar activo durante un periodo de prácticamente un año. A parte de que nada se dice sobre el teletrabajo en España.

De lo que se deduce también su sibilina y poco edificante forma de proceder. Recibe en persona al coronel, pero no, como senior, al comandante Jose Miguel , cuando se presentó meses antes en Inglaterra.

Se percibe, asimismo ese tono, al hablar de esos permisos no disfrutados. Ni siquiera un solo día de los múltiples disponibles. Es dable creer que el coronel se formara así una idea de su gran capacidad de sacrificio en aras del servicio. No deja de irónico que alguien que no compareció en la unidad ni un solo día, hable con ese matiz de vacaciones no disfrutadas.

Podemos continuar con su afirmación de que en la residencia del acuartelamiento se permitían periodos de larga estancia. En contra de lo que afirma el coronel, al decir que las estancias debían ser de corta duración y que desde la residencia le insistieron en que el teniente coronel debía abandonarla. No es que la cuestión revista excesiva trascendencia, pero da muestra de ese proceder ya señalado del inculpado.

Quien además de poner en movimiento a cantidad de gente en su búsqueda de vivienda oficial semi-gratuita, desde el teniente coronel Jacobo de la agregaduría a los oficiales británicos que señalamos en documentación, lo hizo al margen del cauce que hubiera sido mas acorde a ordenanza, a saber, a través del senior español.

La afirmación del coronel relativa a residencias se confirma por uno de los mensajes entre el inculpado y el alférez -al folio 336 correo de 3 de julio de 2020- de la RAF Joaquín , en el que destaca que (a la par que le recalca la dificultad enorme de obtener la vivienda pretendida), "intentaré conseguirle algún alojamiento temporal en la residencia de oficiales (o en algún otro acuartelamiento cercano de la RAF), mientras que usted busca algún otro alojamiento a largo plazo para su periodo en el GAE". Cierto es que puede haber distintas concepciones de lo que sea temporal y largo plazo.



Al folio 331 obra correo electrónico en inglés del teniente coronel de la RAF Pedro , segundo (ExO) del acuartelamiento, dirigido al inculpado, en el que le hace partícipe de la práctica imposibilidad de que se le adjudique una casa a disposición del Ministerio de Defensa británico en la zona, máxime teniendo en cuenta que no tenía derecho a ella -non-entitled application-. Diciéndole en concreto: "me gustaría tener la confianza de que tienes un plan de reserva para encontrarte una casa en el sector civil... y empezar ya".

Al folio 332 obra mensaje por correo electrónico del teniente coronel Millán , que ejerció de senior con anterioridad al inculpado, dirigido al teniente coronel Pedro , en el que manifestaba desconocer las solicitudes de alojamiento efectuadas por el inculpado, quien "por el contrario debería haber contactado conmigo (como senior español), para evitar este malentendido.

Al folio 324 obran correos electrónicos entre el inculpado y el teniente coronel de Infantería de Marina Jacobo , de la Agregaduría española en Londres, en el que le pide que le gestione la búsqueda de una casa a disposición del Ministerio de Defensa británico.

Al folio 321 obra copia de correo electrónico del inculpado dirigido el 15 de junio de 2020 al servicio de gestión de viviendas militares británico.

Apoya sus acciones el teniente coronel Cristobal , amparándose en precedente, muy de conformidad con el common law inglés, en que sus antecesores en la unidad también teletrabajaron. Y así resulta acreditado. El teniente coronel Jesús María , predecesor del inculpado en su faceta técnico-funcional del GAE, declaró con contundencia y claridad, que el teniente coronel Millán -senior previo al inculpado-, le dijo que estaban autorizados a teletrabajar en España desde el periodo del primer encierro. Pero que no se le dio a conocer ningún escrito en el que constase tal extremo.

El teniente coronel Millán de su lado, declaró que el COS alemán permitió el teletrabajo desde España -o el respectivo país-, por el cierre cuasi total y por la carencia de medios adecuados en el GAE para teletrabajar en Inglaterra; este último matiz consta en su declaración en sumario. Declaró que la conexión desde sus alojamientos era muy mala. Adujo dos correos electrónicos con el EMAD, presumiblemente los que obran a los folios 107 y 108 dirigidos a la sección de recursos humanos en el EMAD, indicando "que la infraestructura de servidores del EAG, permite teletrabajar sin ningún problema, por lo que los tres oficiales... están trabajando bajo dicha modalidad". Lo que contradice su anterior afirmación en cuanto al aspecto técnico. No supo o quiso contestar con claridad y contundencia a las preguntas de las partes relativas a la autorización para teletrabajar en España. Y si bien es cierto que las partes no llegaron a preguntarle con total precisión, extrae la sala de su indefinida y peripatética forma de contestar, análoga a la el inculpado en sus rodeos y aversión a los síes y noes, en la que evitó indicar quién y cómo les había autorizado a residir en España, que una tal autorización no fue recibida en el contingente español del GAE, ni siquiera en los tiempos más desconcertantes de la pandemia en marzo de 2020. Dijo que en los dos mensajes se había puesto en conocimiento la situación, aunque sin afirmar que se refería a teletrabajar en España -evitando como decimos corroborarlo de forma directa-, que es lo que finalmente hicieron. En lo que hace a esa situación del personal español, se recoge que no presenta novedades reseñables -salvo la de residir en España, añadimos nosotros-, con el añadido de que el COS ha autorizado a trabajar desde el domicilio, a criterio de los SNROS nacionales, aunque esta modalidad excluye la cobertura por riesgos laborales, lo que parece afectar más a los súbditos británicos que a los españoles. No hay por tanto mención a la tierra patria.

No consta ningún escrito en que el senior español autorizase tal medida.

Sostuvo que en varios mensajes o conversaciones con secciones del EMAD, se daba por supuesto o conocían que teletrabajaban, presumiblemente desde España. Un velo de incertidumbre se yergue sobre el particular.

En todo caso la sala alcanza el convencimiento de que no existió autorización expresa de JEMAD o del EMAD para residir teletrabajando en España, ni siquiera en aquellos momentos de mayor gravedad y restricciones.

Afirmó que le dijo personalmente al inculpado, cuando hicieron el relevo, que veía inviable la posibilidad de teletrabajar de forma permanente desde España, cuando el teniente coronel Cristobal le comentó su intención inicial de proceder de tal guisa. El teniente coronel Jesús María lo confirma, aunque sin emplear el término inviable, que reconduce a que no era posible. Que cuando egresaron a España, lo hicieron con el convencimiento de que a mediados de junio podrían volver de nuevo a Inglaterra y que el traslado y situación incierta de las familias les causaban numerosos problemas. Habló de ahogo laboral y de atasco de trabajo, que se pudo solucionar finalmente por la reincorporación de forma presencial.

Incluso en cuanto a las restricciones de la propia unidad relativas al virus corona, mencionó que durante el solape del relevo se puso un funcionamiento un waiver o excepción, que permitía que en las oficinas pudiesen coincidir dos personas, en lugar de sólo una, como preveía la norma entonces en vigor. Que en todo caso la situación mejoró radicalmente desde julio de 2020.



Finalmente, el teniente coronel Eleuterio declaró que entendía el teletrabajo como desde su domicilio del Reino Unido y que nadie se planteaba residir en España. En lo que coincidió con todos los declarantes, salvo el inculpado. Que la situación fue muy restrictiva hasta julio de 2020 periodo (sic).

Los testigos explicaron que para el relevo con el comandante Jose Miguel , se eximió al teniente coronel Eleuterio de volver a Inglaterra, ya que en aquellos momentos estaba vigente una cuarentena que hacía inviable su comparecencia en tiempo útil.

Al folio 53 et al. obra Plan de contingencia del acuartelamiento de DIRECCION000 de 16 de marzo de 2020, indicando un estatus actual en VERDE. Dicho documento, como la mayoría de los aportados a la causa, constan tanto en el expediente remitido por la Fiscalía, como en el sector del mismo a cargo del Juzgado togado.

Al 58 Plan de contingencia del virus corona 19 reflejando un estatus actual en ROJO. Al 64 y ss. Plan de recuperación del coronavirus 19 y restablecimiento de acuartelamiento de 9 de julio de 2020, indicando un nivel de respuesta actual en VERDE, "cuyo objeto es garantizar un regreso gradual a procedimientos operativos neo-normales". En él se estudia qué servicios pueden reiniciarse en las instalaciones. Y recoge una tabla de colores, por la que se guiaba el gobierno británico para calificar la intensidad de las medidas tomadas en la pandemia. En concreto se preveía para VERDE: "El gobierno ordena reiniciar más actividades económicas beneficiosas" -AMARILLO "el gobierno ordena el reinicio de actividades limitadas"-, "apertura de gimnasios, escuelas y atención infantil completamente abiertos para trabajadores no esenciales" -AMARILLO "Estatus parcial del 9 de julio, escuelas y atención infantil abiertos para trabajadores esenciales y niños de determinadas edades, quienes no puedan trabajar desde casa han de volver a su puesto de trabajo, restaurantes y tiendas no esenciales abiertas, quienes usen transporte público deben cubrirse el rostro, mantener separación de dos metros".

A los folios 86 et al. documento de política del COS - CIS Policy - Procedimientos aplicables durante el periodo de pandemia del virus corona de 24 de marzo de 2020, en el que se señala que como resultado de las disposiciones adoptadas por el gobierno británico y el Acuartelamiento de DIRECCION000 "se ha impuesto a todo el personal del GAE el trabajo desde casa", que se convirtió así en "la rutina para todo el personal": "No habrá personal del GAE trabajando desde el edificio del GAE... Se cancelan las reuniones presenciales hasta nuevo aviso... -se utiliza- teleconferencia... no habrá encuentros cara a cara, ni en el edificio del GAE ni en otra parte... Las visitas al edificio del GAE deben reducirse al mínimo de aquellas actividades que son esenciales... En todo caso, el personal debe minimizar su actividad y tiempo en el edificio... En principio el personal debe encontrarse en una situación que le permita estar presente en el edificio del GAE, cuando se le requiera, si lo requiriese su director de línea -line manager-; sin embargo, si lo permite su propia normativa patria, y lo exige su situación personal, se les permite trabajar desde su país de origen... Sólo se podrán celebrar encuentros cara a cara, si son estrictamente esenciales. En tales condiciones la sala de conferencias se limita a un máximo de 15 personas... Las visitas al Acuartelamiento y al edificio de GAE han de ser absolutamente reducidas a aquellas actividades que sean esenciales de manera inequívoca".

En Documento de similar título y originador de 6 de julio de 2020 se especifica: "La situación ha mejorado, y el mensaje relevante ahora es: <Estate alerta>. Aunque la población del RU, incluidos los militares, reciben todavía la indicación de trabajar desde casa cuando sea posible, se permite al personal necesario, trabajar desde su lugar de trabajo, sólo donde se haya convertido en corona-seguro... Sin embargo, donde sea necesario para que los asuntos del GAE progresen de modo eficiente, se permite al personal del GAE trabajar desde el edificio del GAE".

Al folio 90 obra extraño mensaje de correo electrónico enviado por el sargento 1º Argimiro al inculpado en su calidad de senior el 15 de diciembre de 2021, reenviando otro del alférez de la RAF Joaquín de 5 de noviembre de 2020. Da la impresión de que se ha producido un lapsus ordenatoris y la fecha sería la de 15 de diciembre de 2020, ya que en la de 2021 ya no era senior. Aun así, da muestra, entiende la sala, de que no tenía excesivo interés por actualizar sus conocimientos de la situación en la unidad, ya que la importancia adjudicada por el alférez a su mensaje era la de alta. Aunque cabe también que el sargento 1º se despistase. Las partes no hicieron hincapié en el tema.

En él se detallan algunos de los aspectos más destacados de las restricciones aplicables desde la medianoche del 4 de noviembre de 2020: "mayor énfasis en trabajo desde casa y la minimización de actividades no esenciales: Sin embargo, la seguridad y bienestar del personal de la unidad es fundamental y a pesar de que continuamos operando, debemos hacerlo de forma segura... Mensaje clave; si el personal puede trabajar desde casa... deben cumplir sus obligaciones desde casa. Si el personal no es productivo desde casa, o incapaz de alcanzar resultados completos debe mirar por trabajar desde su puesto de trabajo, pero ateniéndose a la política de dos metros de distancia social". Se anuncia el cierre de gimnasios, bares e iglesia.



La COS Policy de 5 de enero de 2021, reiterando aspectos de la WFH Policy, política de trabajo desde casa, incluye que "se permite al personal trabajar desde el edificio del GAE, únicamente si concurre una exigencia inequívoca de acudir al lugar de trabajo... siendo ahora el consejo del gobierno <Usted sólo puede abandonar su casa para ir a trabajar, si no puede trabajar razonablemente desde casa>... Por ello, aunque se permite al personal del GAE desplazarse al lugar de trabajo, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de llevar a cabo nuestras tareas desde un acceso a distancia a la red del GAE y la capacidad de videoconferencia existente, y el personal del GAE debe preguntarse a sí mismo si el desplazamiento al edificio del GAE es totalmente necesario; si hay duda, entonces el personal GAE debe QUEDARSE Y TRABAJAR EN CASA... En cualquier caso, el personal tiene que minimizar su actividad y tiempo en el edificio... Si se lo permite legalmente su propia normativa nacional, se les autoriza a trabajar desde su propio país de origen... Las visitas al Acuartelamiento de la RAF y al edificio del GAE tienen que ser totalmente minimizadas a aquellas actividades que son inequívocamente esenciales... Sólo se pueden efectuar reuniones cara a cara si son estrictamente esenciales".

Al folio 93 obra mensaje de correo del COS en el que reitera alguna de esas indicaciones.

Al folio 101 obra mensaje de correo anunciando las medidas a 19 de julio de 2021, en que se mantiene la política de retorno al trabajo y en el que se señala que el trabajo desde casa podrá continuar aplicándose como mecanismo para contener la cadena de transmisión, cuando sea posible.

Al folio 105 obra Directiva actualizada del COS de 4 de octubre de 2021 en la que se dice que durante las semanas normales se espera de todo el personal permanente, que "regrese al trabajo en el edificio del GAE por 3 días a la semana".

En las cubiertas de los diversos documentos del COS Policy y del Acuartelamiento obrantes en autos, aparece siempre el estatus actual en VERDE.

En relación con lo cabe decir que el teniente coronel Cristobal manifestó que en sus condiciones en Madrid era incómodo trabajar, por los medios técnicos (sic) y que hubiera preferido trabajar en Inglaterra. Que incluso le resultaba desagradable por el tema de la diferencia de horarios en las comidas. Según su entender, concluyó importantes proyectos con su buen hacer en Madrid. En una labor muy exigente, de nuevo según sus afirmaciones, con tele-reuniones que duraban varios días. Empleando sus propios medios, aunque la justificación para trabajar en España sería la disponibilidad de medios adecuados del GAE, llegando al extremo de tener que emplear su propio ordenador. En una ocasión acompañó a alguno de sus superiores europeos en sus visitas a España, lo que demostraría su inmediata disponibilidad para el servicio. De lo que se concluye que sus superiores no tenían problemas para viajar desde Inglaterra a España. Al parecer a diferencia de las insuperables dificultades que experimentaba el inculcado para el viaje en sentido contrario.

Llegó el inculcado a afirmar que en época de Navidades el cuartel se cerraba, lo que aparte de resultar difícilmente comprensible para cualquiera que sea capaz de concebir el objeto y realidad para el que están concebidas las unidades militares, es refutado por el coronel, que lo niega, y la documentación aportada, que en modo alguno hacen mención sobre el particular".

SEGUNDO.- La expresada Sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos, al teniente coronel del Ejército del Aire y el Espacio D. Cristobal, por el delito de abandono de destino y residencia del artículo 56.1 del Código Penal Militar del que venía siendo acusado en las diligencias preparatorias 3/02/22, a la pena de ocho meses de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena".

TERCERO.- Por la defensa del teniente coronel del Ejército del Aire y del Espacio D. Cristobal, se presentó escrito en el que anunciaba su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada Sentencia. Dicho recurso se tuvo por preparado mediante auto de fecha 4 de julio de 2023, del Tribunal sentenciador, que ordenó al propio tiempo la entrega de testimonios y certificaciones que la ley prevé, así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala en el plazo de quince días para hacer uso de su derecho.

CUARTO.- Con fecha 27 de julio de 2023 tuvo entrada, telemáticamente, en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito de la procuradora doña Marta Ureba Álvarez-Ossorio, en la representación indicada, interponiendo el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero: "Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849, número 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 56.1 del Código Penal Militar".

Segundo: "Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849, número 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 14.1 del Código Penal".



QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal y en el correspondiente trámite se ha formulado expresa oposición a los motivos de recurso, interesando la inadmisión, y en su defecto, la desestimación del primero de los motivos, así como la desestimación del segundo de los motivos, al resultar ajustada a Derecho la Sentencia recurrida.

SEXTO.- Mediante providencia de fecha 5 de octubre de 2023, se acordó señalar el día 7 de noviembre de 2023, para la deliberación, votación y fallo del presente recurso; acto que se llevó a cabo con el resultado que se recoge en la parte dispositiva de esta Sentencia.

Habiendo redactado el Excmo. Sr. Magistrado ponente la presente Sentencia con fecha del siguiente día de su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación la Sentencia de 11 de mayo de 2023 dictada por el Tribunal Militar Central, en la que se condenó al teniente coronel del Ejército del Aire y del Espacio D. Cristobal, como autor responsable de un delito de abandono de destino y residencia, a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión de empleo e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los motivos del recurso se centran, en síntesis, en infracción de ley (artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 56.1 del Código Penal Militar) y, también en infracción de ley (mismo precepto de la norma rituaria en relación con el artículo 14.1 del Código Penal común).

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación es canalizado a través del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando indebida aplicación del artículo 56.1 del Código Penal Militar, por haberse vulnerado el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.

La resolución cuestionada, en su Fundamento de Derecho Segundo, incardina, en extenso, con acierto y precisión técnica, los hechos en la previsión típica. Su parte inicial reza así:

"Los hechos relatados son constitutivos de un delito consumado de abandono de destino y residencia de los previstos en el artículo 56.1 del Código Penal Militar, en la modalidad de abandono de residencia por la que viene perseguido el inculpado.

Pues en efecto, el inculpado se ha ausentado por más de 3 días -lindando con los 8 meses- de su lugar de residencia, incumpliendo la normativa vigente. Inculpado que es militar de profesión, teniente coronel por demás.

Lugar de residencia que había fijado y así comunicado en su unidad, en el pabellón o residencia de oficiales del Acuartelamiento de la Real Fuerza Aérea británica de DIRECCION000, en el Condado de Buchingham.

La normativa incumplida viene representada en primer lugar por el artículo 23 de la Ley Orgánica 9/9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: "Residencia y domicilio. 1. El lugar de residencia del militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure al adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa. 2. El militar tiene la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen".

Que debe ponerse en conexión con el 22: "Artículo 22. Disponibilidad, horarios, permisos y licencias. 1. Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación".

Junto a las precisiones relativas a aspectos materiales para residencia y localización, el calado de estas normas se centra en transcribir el bien jurídico que protegen esos deberes del militar y que no es otro que la disponibilidad permanente para el servicio, que fluye consecuentemente y anida en los deberes, exigencias y actividad toda del militar, como reflejo de su compromiso de dedicación y completa entrega a la Patria".

El análisis del *a quo*, a renglón seguido, continúa con enjuiciadas consideraciones que por razones de economía procesal damos por reproducidas, en particular en lo relativo a la doctrina legal sobre la cuestión debatida. En todo caso, conviene recordar, como bien apunta el Ministerio Fiscal, que el recurrente pretende hacer valer su propia versión fáctica en contra del *factum* de la Sentencia combatida. Y al respecto, la jurisprudencia, tanto de la Sala Segunda (628/2017, de 21 de septiembre) como de la Quinta (107/2019, de 24 de septiembre, 111/2021, de 15 de diciembre, 5/2022, de 19 de enero, 29/2022, de 31 de marzo y 66/2023, de 12 de julio), tiene expresado que tal circunstancia convertiría en inadmisibles el recurso, de conformidad con lo



establecido en el artículo 884.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien, en aras al cabal otorgamiento de la tutela judicial efectiva, abordaremos el fondo del motivo esgrimido.

Pues bien, tal como enfatizábamos en nuestra Sentencia 129//2017, de 19 de diciembre, la residencia, a que el artículo 56.1 del Código Penal Militar se refiere, integra un elemento normativo del tipo, habiendo elevado el legislador el rango del bien jurídico protegido al máximo nivel punitivo, por cuanto resulta necesario en la organización castrense para el logro de la esencial disponibilidad permanente de los militares, imprescindible en la realización de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas (artículo 4.1, Primera, de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar y artículo 20 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), criterio al que, en lo sustancial, se refieren las Sentencias 51/2023, de 14 de junio, y 55/2023, de 12 de julio.

Así, en la Sentencia 51/2023, de 14 de junio, en su Fundamento de Derecho Segundo se expresa:

"...ha de tenerse en cuenta que el artículo 56.1º del Código Penal Militar, por el que ha sido condenado el ahora recurrente, en el que se tipifica como delictiva la conducta del "militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo", está encuadrado en el capítulo III "delitos contra los deber de presencia y de prestación del servicio" del título IV, "delitos contra los deberes del servicio", del libro segundo, "delitos y sus penas" del Código Penal Militar, y, al respecto, tal y como se señala en la Sentencia recurrida, por reiterada y constante jurisprudencia de esta sala, se viene estableciendo que el bien jurídico que se protege por el citado tipo penal, se identifica con el cumplimiento de las elementales obligaciones militares que forman parte del núcleo esencial de la relación jurídica que vincula a los miembros de la Fuerzas Armadas con dicha Institución, como son los deberes de presencia, disponibilidad, localización y sometimiento al control de sus mandos, sin cuya observancia no cabe que los Ejércitos cumplan las misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas; deberes recogidos en los artículos 11 y 22, de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas; artículos 3 y 20 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, relativo a la permanente disponibilidad para el servicio del militar, y de la Orden Ministerial DEF/2096/2015, de 29 de septiembre, que fija los términos y condiciones para que el militar pueda residir en municipio distinto al de su destino (entre otras muchas, Sentencias de 11 de noviembre de 2010, 17 de mayo de 2011, 21 de noviembre de 2016 y 20 de julio de 2018) y en la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del Personal Militar, modificada por la Instrucción 77/2018, de 29 de noviembre, del Subsecretario de Defensa.

Por tanto el deber de disponibilidad permanente para el servicio es exigible y debe ser observado por todo militar mientras se encuentre encuadrado en las Fuerzas Armadas y esté en situación de actividad".

Y la 66/2023, de 12 de julio, en su Fundamento de Derecho Séptimo, indica:

"En definitiva, como expresa nuestra Sentencia núm. 5/2022, de 19 de enero, seguida por la núm. 29/2022, de 31 de marzo, "la obligación de permanente disponibilidad y sometimiento a control de sus superiores del militar de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil se mantiene en todo momento, incluso en situación de baja médica, tal y como hemos puesto de manifiesto en nuestra Sentencia núm. 57/2017, de 11 de mayo de 2017, a cuyo tenor "entre los elementos objetivos del injusto, cuya concurrencia no discute la parte, aparecen, en primer lugar, el incumplimiento de la normativa vigente -que viene a sustituir al adverbio modal "injustificadamente" que utilizaba la oración típica del artículo 119 del derogado Código Penal Militar de 1985-, que comporta no tanto la remisión de la norma penal a la normativa reglamentaria -extrapenal, pues- que regule el deber de presencia y disponibilidad permanente del militar, pues la contravención de la normativa administrativa no constituye de por sí un hecho penalmente típico, sino el no sometimiento al control y disponibilidad de los mandos militares, ya que lo que colma la conducta de desvalor jurídico-penal es la sustracción a dicho control y permanente disponibilidad, el desentenderse de la obligación de permanecer, en todo momento, incluso en situación de baja por enfermedad, bajo dicho control y, por ende, disponible, y, en segundo término, el plazo, superior a tres días, de la ausencia"".

Dicho esto, ninguna tacha cabe formular a la interpretación que expone la atinada resolución de instancia sobre el alcance y aplicabilidad del artículo 56.1 del Código Penal Militar (el militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión) en relación con los hechos enjuiciados. Como advertíamos en nuestras Sentencias 113/2019, de 2 de octubre, y 111/2021, de 15 de diciembre, entre otras, estamos ante un tipo abierto al aludir a la "normativa vigente" con una añadida referencia a la capacidad de acción, quizá irrelevante o innecesaria ("pudiendo hacerlo"), colmándose el tipo con ese incumplimiento de normativa que implica obviar la obligación de no ausentarse o de presentarse en



su unidad, destino o lugar de residencia. Como bien sostiene la Sentencia ahora recurrida, en el antes aludido Fundamento de Derecho Segundo, "todo lo relativo al teletrabajo, caía de pleno en el ámbito de competencias de la jefatura del GAE y simplemente regulaba la posibilidad o en algunos momentos obligación, de trabajar a distancia desde el hogar, que legalmente para los españoles era su lugar de residencia. Con las restricciones y límites que hemos recogido, extraídos de la normativa. Y que aunque presentan cierta relevancia para la cuestión del cambio de residencia, no la afectan de forma directa. De por sí el teletrabajo no implica cambio de lugar de residencia. Lo que implica es modificación en la manera e trabajar y del lugar de trabajo, que pasa a ser la propia casa, en vez del cuartel. Por el contrario, para cambiar el lugar de residencia, aunque en algunos momentos coincidiera con el del trabajo por operarse esa unificación corona-vírica fusionadora, habría de obtenerse una autorización especial y distinta".

El obligado corolario es que el motivo no puede ser atendido, en línea con la argumentación cuestionada, que compartimos, incluida la sostenida por la Fiscalía Togada en este trance casacional, en cuanto acomodadas a la doctrina legal de esta Sala en lo relativo a los elementos objetivos, normativos y subjetivos del ilícito concernido, así como en lo que se refiere al bien jurídico protegido, los deberes del servicio, en concreto los ligados a los de presencia y prestación del servicio, sin que conste autorización alguna que respaldase la conducta del recurrente, como bien se desprende de informe del Jefe de la Sección de Gestión y Apoyo de Recursos Humanos del EMAD, de 19 de abril de 2022, obrante en autos, en el que se concreta que el ahora recurrente estuvo, en el periodo de destino en el Grupo Aéreo Europeo (de 13 de julio de 2020 a 18 de enero de 2022), teletrabajando en España 32 días en 2020 y 130 días en 2021, "sin haber sido autorizado por ninguna autoridad nacional a teletrabajar desde su domicilio en España en ningún momento de todo el periodo de su destino". Y no está de más recordar al respecto que en el punto Sexto.1.b) de la Instrucción 34/2016, de 19 de mayo del JEMAD, por la que se regula la estructura en el exterior dependiente del EMAD en el ámbito de las organizaciones internacionales y su funcionamiento, se establece que los senior (lo que era el recurrente) de los contingentes nacionales en las unidades de ámbito internacional dependerán del JEMAD, lo que resulta coherente con el punto 9 del "Plan de actuación frente a la infección por el nuevo coronavirus (covid 19) en organismos dependientes del JEMAD", de 21 de abril de 2020, en el que se dispone que el personal dependiente del JEMAD destinado en el extranjero, seguirá las indicaciones de las autoridades sanitarias del país de destino y de la propia unidad, pero poniendo en conocimiento cualquier vicisitud a la Jefatura de Recursos Humanos en el EMAD, lo que a todas luces no ocurrió.

Y aun cuando el Ministerio Fiscal ha obviado su pretensión en orden a la exigencia de responsabilidad civil *ex delicto*, la Sala, sin compartir en su plenitud el razonamiento que al respecto contiene la resolución combatida, considera que existe un claro deber de restitución de las cantidades indebidamente percibidas por residencia en el extranjero, a cuyo efecto procederá la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo de reintegro.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo y último motivo hecho valer se centra en una pretendida infracción de ley, ex artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 14.1 del Código Penal común, error de tipo.

Como proemio jurisprudencial al tratamiento del *error iuris* planteado, no está de más recordar las líneas maestras que dibujan el instituto jurídico del error. En la Sentencia 914/2022, de 23 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho Tercero) se desgrana una completa y exhaustiva doctrina legal al efecto:

"Pues bien, suele alegarse con alguna frecuencia en la práctica de los tribunales la existencia del error de tipo o de prohibición, vencible o invencible, en el sujeto autor de un hecho que está configurado como delito en el texto penal. Sin embargo, fácil sería plantearse de forma abierta y generalizada esa hipótesis de que el autor "*ignoraba*" que su conducta estaba tipificada en el Código Penal, y era por ello ilícita, para conseguir una absolución, o, en el mejor de los casos, una atenuación de su responsabilidad o su consideración imprudente. Nos movemos en estos casos en un elemento de carácter interno relativo a "la creencia" de que obraba correctamente, el "desconocimiento" de que su conducta era ilícita, la consideración de que existía una causa de justificación que le legitimaba a actuar como lo hizo, etc. En consecuencia, estas alegaciones giran sobre aspectos subjetivos del autor del hecho que le llevan a actuar como lo hizo, bajo la absoluta creencia de que su proceder era correcto, o no era inadecuado, o ignorando que era incorrecto desde el punto de vista de lo que pertenece al ordenamiento jurídico. Y ello, con la opción de atenuar la pena si concurriera la "vencibilidad" del error (en el error de prohibición. Art. 14.3 CP), o convertir la acción en imprudente si se trata de error de tipo (Art. 14.1 CP).



Pero al movernos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito. Pero sin olvidar que resulta relevante el caso concreto donde se dé ese error que se alega, porque existirán supuestos, como el homicidio, el asesinato, delitos contra la propiedad, etc, donde resulta inadecuado alegar este error por su absoluta inoperatividad ante la "evidencia" de un ilícito proceder en estos casos.

En los supuestos donde se puede aplicar, siempre en teoría, se exigirá una adecuada probanza por el autor de que era cierta, consistente y creíble esta alegación, sin tener por qué exigirse que esta posibilidad se predique de personas de bajo nivel cultural sin más, ya que su apreciación se hará siempre teniendo en cuenta sus circunstancias y las del caso concreto, ya que en caso contrario solo los conocedores de la norma jurídica podría entenderse que podría ser sujetos activos del delito, además de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "*suficiencia cognoscitiva*", podríamos denominarlo.

Pues bien, la teoría del error en el sujeto autor del delito está admitida en el texto penal, en cuyo art. 14 recoge tres opciones en su planteamiento, a saber:

- 1.- Error invencible sobre un hecho que es constitutivo de infracción penal: Excluye su responsabilidad penal.
- 2.- Error que se califica como "vencible" atendidas las circunstancias del hecho y las propias y personales del autor. Se castiga como imprudente.
- 3.- Error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante: No se aplica la misma.
- 4.- Error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: Excluye la responsabilidad criminal.
- 5.- Error vencible sobre esa ilicitud: Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Expuesta la referencia legal del art. 14 CP interesa clarificar los diferentes tipos de error para conocer dónde nos movemos en un tema muy técnico, a saber:

El error puede ser de dos tipos:

1.- Error de tipo (art. 14.1 y 2 CP)

- a.- Tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo penal. (sobre un hecho constitutivo del delito).
- b.- Actúa sobre la tipicidad y la antijuridicidad. Actúa sobre el dolo del autor. Elimina la tipicidad dolosa.
- c.- Invencible: Excluye la responsabilidad penal. Vencible: será castigado como imprudencia.
- d.- Vencible: Se pudo evitarse aplicando las más elementales normas de cuidado. Elimina el dolo dejando la responsabilidad culposa (imprudencia).

Invencible: Ni aun aplicando las más elementales normas de la diligencia exigible se hubiera podido evitar el resultado.

e.- Formas: 1.- Error en el objeto. El sujeto quería realizar la acción hacia un objeto pero no se pudo efectuar tal hecho, pues se afectó debido a una confusión. 2.- Aberratio ictus. Es el error en el golpe o error en la ejecución, y se produce cuando el autor tiene la voluntad de realizar la acción, tiene el objeto de la acción y la dirige sobre él, pero se desvía. 3.- Error en el proceso causal. Es el *dolus generalis* donde el resultado sucede de una forma distinta a la inicialmente prevista por el sujeto (se dispara a alguien a quien se cree muerto y lo entierra, pero muere por ahogamiento, no por el disparo)

2.- Error de prohibición (art. 14.3 CP)

- a.- Existe un absoluto desconocimiento de que la acción está prohibida por el ordenamiento jurídico.
- b.- Actúa sobre la culpabilidad que la elimina o la atenúa. Actúa en el conocimiento del injusto. Es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad Actúa sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta.
- c.- Invencible: Excluye la responsabilidad penal. Vencible: será castigado con pena inferior en uno o dos grados.
- d.- Vencible: No afecta la tipicidad dolosa o culposa. Produce el efecto de disminuir la culpabilidad. (Culpabilidad disminuida).



Disminuye la reprochabilidad del autor, y tiene consecuencia en la cuantía de la pena (uno o dos grados de pena inferior).

Invencible: Con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto. No se puede evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal.

e.- Formas: 1.- Error sobre el hecho de que la conducta sea ilícita. 2.- Error sobre la concurrencia de causas de justificación (por ejemplo en el delito de quebrantamiento de condena creer que el consentimiento de la víctima excluye el delito).

Con ello, se pueden describir las diferencias existentes entre uno y otro tipo de error, ya que vemos que tienen un origen distinto, se manifiestan sobre elementos distintos, bien la tipicidad (error de tipo) o sobre la culpabilidad (error de prohibición), y en ellos la consecuencia de apreciarlo como vencible o invencible son distintas, en tanto se aprecia la conversión en conducta imprudente (error de tipo vencible), o bien una mera rebaja de la pena (error de prohibición vencible).

El problema surgirá en que en el error de tipo vencible en donde la conducta se castiga como impudente existen tipos penales que no admiten la comisión por imprudencia y que son estrictamente dolosos. (como ocurre con los delitos de tráfico de drogas o los estrictamente dolosos que no admiten forma imprudente).

Por otro lado, cabe plantearnos si es posible alegar el error si es sabida y conocida la máxima de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la Sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10413/2016 en las que se exponen las razones por las que el error forma parte de las opciones posibles que pueden concurrir en una persona que no es consciente que su actuar es constitutivo de delito. Y no se trata de exacerbar al máximo las posibilidades fáciles y sencillas de eludir la culpa, sino de no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentra afectada, sus circunstancias personales, y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por ello, se recoge en esta Sentencia con gran claridad que "reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal -más allá del debate histórico sobre el principio de la *ignorantia iuris non excusat*- no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente."

El planteamiento del error está, pues, configurado en la propia culpabilidad del sujeto, ya que su ignorancia y/o la invencibilidad del error pueden convencer al Tribunal de que lo que alega respecto a la creencia de su correcto proceder era cierto. En cualquier caso, ello no puede ser predicado respecto de cualquier hecho, sino solo de aquellos supuestos en cuyo caso pueda llegar a dudarse de la veracidad de la posibilidad de aplicación del error en el sujeto autor del acto, ejemplo de lo cual lo encontramos, como más tarde veremos, en quien ignora la existencia del tipo penal del art. 183 CP acerca de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años, supuesto en el que habrá que valorar su edad, la relación con el menor, su rasgo cultural, etc, a fin de valorar la existencia y viabilidad de admitir esa conciencia de un correcto proceder que incide en su culpabilidad por afectar a la ignorancia de la antijuridicidad del acto.

Lo relevante en estos casos es efectuar una tarea de medición acerca de la *evitabilidad* del conocimiento de la infracción, y en la medida de su graduación poder llegar a apreciar que no es inevitable que el sujeto conociera la antijuridicidad del acto infractor, y que por ello no influyeran las circunstancias de la acción en la culpabilidad del sujeto.

Por ello, en la citada Sentencia se recoge que "Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable".

Y como nos movemos en el terreno de la "culpabilidad" por "desconocimiento de lo antijurídico" se añaden dos parámetros:

1.- El error de prohibición excluye tal culpabilidad, cuando es invencible.



2.- El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico.

Pero, como es obvio, en el análisis de esta circunstancia del error de un ilícito proceder debe actuarse en el plano de *si es evitable el desconocimiento*, si nos moviéramos en un sentido inverso, porque no se trata de "no saber", o "no conocer" sino de "si es posible evitar que un hecho ilícito se desconozca". Y en este caso, y por ello, la forma de actuar del Tribunal pasa, como cita la jurisprudencia, "por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto."

¿Existen parámetros generales acerca de lo que es vencible, o invencible, o de tipos penales donde se puede aplicar el error en cualquiera de sus dimensiones?

No, ya que habrá que apelar a las circunstancias de cada caso y de cada sujeto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata, como es aceptado, es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Por ello, no es posible objetivar las conductas en cuanto a la exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho, y en sentido contrario tampoco es aceptable realizar una máxima subjetivización que haga depender de la "percepción del autor" la injusticia de la conducta.

En cuanto a la conciencia de la antijuridicidad como factor relevante y elemento en la culpabilidad para la apreciación del error y el análisis del factor de la duda decir que estamos moviéndonos en el terreno de la culpabilidad y el conocimiento de la ilicitud del acto, pero no desde un plano técnico. El Tribunal Supremo, en Sentencia 1070/2007 de 14 Dic. 2007, Rec. 879/2007 recuerda que cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico.

Pero no basta la "creencia", insistimos, puesto que de ser así dejaríamos a cada sujeto que sea el que fije cuando delinque y cuando no. Se trata, como se indica, que concurra un "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal", bien entendido que, como recuerda la Sentencia del TS 865/2005 de 24 de junio tal error difiere del: "... caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal, o, añade, nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal, ni es relevante la mera equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Y lo que interesa aquí destacar es el error de prohibición, que no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la Sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997.

Si nos movemos en el terreno de la duda, esta es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

Por eso, en la Sentencia antes citada se hace constar que hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Por ello, la duda no permite aplicar la teoría del error, porque el autor del hecho llega a plantearse que lo que hace es ilícito, y pese a ello llega a hacerlo, lo que debe excluir la ignorancia de la antijuridicidad y, por ello, atrae la culpabilidad en el sujeto autor del hecho y convierte en ilícito su actuar, porque esencialmente lo es, aunque este dude de si lo es o no, pero se lo llega a representar como posible. La normalidad de su reacción ante la duda debería ser no actuar, en lugar de llegar a actuar, ya que si se plantea la opción alternativa de que su acción puede ser antijurídica se debe plantear que sea típica, y, por ello, que sea punible, por lo que se excluye aplicar en estos casos el error.

La sospecha de que el actuar es, o puede ser, antijurídico, o la duda excluyen el error".

Más sintéticamente, la Sentencia 99/2023, de 15 de febrero, de la misma Sala (Fundamento de Derecho Segundo) expresa, en modo harto didáctico:

"Tiene declarado nuestra jurisprudencia que el concepto de error o el de creencia errónea, por su significación gramatical, excluye la idea de duda. Error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. Si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo sino de dolo eventual. Por ello hemos mantenido que, salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado, no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatorio.



El error en el tipo, como problema de tipicidad porque afecta a algún elemento esencial de la infracción (o el error de prohibición, como problema de culpabilidad por la creencia errónea de obrar lícitamente), es un estado de la mente que directamente afecta a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible. Pero el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, sin que confluya cuando el agente tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales".

Finalmente, esta Sala Quinta, en su Sentencia de 5 de marzo de 2010 (Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero), con cita de la de 5 de noviembre de 2004, advirtió que en el error de tipo, precisamente en un abandono de destino, basado en la alegación de que la ausencia o retraso estaban justificados, es precisa la prueba del hecho relativo a que pudo llevar a creer que se actuaba debidamente autorizado, siendo así que en el supuesto que se enjuiciaba el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida -relato inmodificable dado el contenido del recurso- no incorporaba un solo dato que permitiese sostener que el recurrente creyó que había sido autorizado.

Sentado lo anterior, lo cierto es que, partiendo de la intangibilidad del decurso fáctico Sentencial, reproducido en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, en relación con el apartado Fundamentos de la Convicción y con el propio Fundamento de Derecho Segundo, ya aludido, no existe resquicio alguno para la apreciación impetrada, a todas luces inviable respecto de quien por formación, cualificación y condición profesional conocía más que sobradamente cuales eran sus obligaciones, cargas y restricciones, sin que sea posible sostener que el ahora recurrente actuara preso de una visión o creencia errónea sobre la realidad. Esto es, no existe prueba incontrovertible de error alguno, a la luz tanto de las características personales del agente como en atención a la inexistencia de cualquier elemento de juicio sólido que avale su tesis, en particular sobre una indemostrada autorización.

Este segundo motivo, también ha de naufragar.

CUARTO.- 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación 101/33/2023, interpuesto por la representación procesal del teniente coronel del Ejército del Aire y del Espacio don Cristobal , frente a la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central de fecha 11 de mayo de 2023, en la causa número 02/02/2022.

2º.- Confirmar íntegramente dicha Sentencia.

3º.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes con remisión de testimonio al Tribunal sentenciador en unión de las actuaciones que en su día elevó a esta Sala e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.