



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

**Cuaderno
práctico**

12

Enero-junio 2022

SUMARIO

La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal. Fijación del quantum, con especial referencia a los daños morales

Comandante auditor Jesús Núñez Celma

La prescripción del delito

Comandante auditor M.^a Ángeles Rivera Hernández

Situación administrativa de suspensión de empleo

Comandante auditor Isabel M.^a Puigdemolas Rosas

Consideraciones sobre la aplicación del delito de encubrimiento en el ámbito de la jurisdicción militar

Capitán auditor Jesús Ayala González

El testigo-perito en el proceso penal militar

Capitán auditor María Meirama Rodríguez



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

12

Enero-junio 2022

SUMARIO

La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal. Fijación del quantum, con especial referencia a los daños morales

Comandante auditor Jesús Núñez Celma

La prescripción del delito

Comandante auditor M.^a Ángeles Rivera Hernández

Situación administrativa de suspenso de empleo

Comandante auditor Isabel M.^a Puigdemgolas Rosas

Consideraciones sobre la aplicación del delito de encubrimiento en el ámbito de la jurisdicción militar

Capitán auditor Jesús Ayala González

El testigo-perito en el proceso penal militar

Capitán auditor María Meirama Rodríguez



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Carlos de Osuna Hervás, coronel auditor

REDACCIÓN

Alejandro Javier Fernández Ferrer, comandante auditor

Verónica José Sánchez Sánchez, capitán auditor

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es



Catálogo de Publicaciones de Defensa

<https://publicaciones.defensa.gob.es>



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2022

NIPO 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

Fecha de edición: noviembre de 2022

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN 2444-6807 (edición en línea)

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

publicaciones.defensa.gob.es
cpage.mpr.gob.es

Sumario

1. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal. Fijación del <i>quantum</i> , con especial referencia a los daños morales	5
<i>Comandante auditor Jesús Núñez Celma</i>	
2. La prescripción del delito	19
<i>Comandante auditor M.^a Ángeles Rivera Hernández</i>	
3. Situación administrativa de suspensión de empleo	31
<i>Comandante auditor Isabel M.^a Puigdemolas Rosas</i>	
4. Consideraciones sobre la aplicación del delito de encubrimiento en el ámbito de la jurisdicción militar	45
<i>Capitán auditor Jesús Ayala González</i>	
5. El testigo-perito en el proceso penal militar.....	63
<i>Capitán auditor María Meirama Rodríguez</i>	

1. LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROCESO PENAL. FIJACIÓN DEL *QUANTUM*, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS MORALES

Jesús Núñez Celma
Comandante auditor

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema de valoración de la Ley 35/2015 y los delitos dolosos. 3. La lesión de los derechos de la personalidad y la indemnización por daño moral. 4. Daño moral y hechos probados. 5. Determinación del daño moral en relación con determinados ilícitos penales. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

RESUMEN. La determinación de la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo de delito es una de las cuestiones a las que frecuentemente se enfrentan los órganos de la jurisdicción penal y a la que, sin embargo, se presta en general poca atención por parte de la doctrina penal. La finalidad del presente trabajo es llamar la atención sobre los problemas que esta complicada labor genera no pocas veces a los tribunales penales, y en especial la complejidad de la misma cuando se trata de concretar dicha responsabilidad en relación con los daños morales causados a la víctima del delito.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema penal, y a tenor de lo previsto en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, la sentencia penal deberá incluir, cuando así se solicite, un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito, salvo que la víctima se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un procedimiento civil posterior o haya renunciado a la misma.

Efectivamente, señala el artículo 109 del vigente Código Penal, aprobado por L. O. 10/1995, de 23 de noviembre, que: «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados», y añade en su apartado 2 que: «El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil».

Por su parte, el artículo 110 C. P. especifica que: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

- 1.º La restitución.
- 2.º La reparación del daño.
- 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales».

En el caso de nuestro Código Penal Militar, aprobado por L. O. 14/2015, de 14 de octubre, nada se dice al respecto, por lo que, de conformidad con lo previsto en su artículo 1.2, que establece la aplicación supletoria del C. P. a los delitos militares en todo lo no previsto expresamente por aquel, y la aplicación en todo caso de su Título Preliminar, lo indicado en este trabajo en relación con la responsabilidad civil en el proceso penal será trasladable a la determinación dicha responsabilidad por los órganos de la jurisdicción militar.

Dentro del problema de la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, centraremos nuestra atención en la cuestión de los daños morales, donde existe una mayor discrepancia a la hora de proceder por parte de los órganos judiciales, especialmente en el caso de las audiencias provinciales, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, y también por la complejidad en la concreción de este tipo de daños, puesto que, como ha señalado la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, «los daños morales siempre han estado presididos por la indefinición y la eterna pregunta de ¿cuánto vale cada daño moral ajustado a cada caso? Porque es una materia complicada en cuanto a cómo se cuantifica ese daño, si existen métodos para convencer al juez de una cantidad, como ocurre con el daño patrimonial con los dictámenes periciales, o si se fija por un juez o tribunal una cantidad si esta es revisable en apelación o en casación» (Sentencia 458/2019, de 9 de octubre. Caso *Alsasua*. Recurso de casación 10194/2019. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet).

Antes de entrar en el análisis del actual sistema de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito, en especial de la problemática en torno a la reparación del daño moral, conviene hacer una delimitación del concepto de dicho daño, y a tal efecto resulta interesante la Sentencia 17/2009, de 5 de febrero, de la Audiencia Provincial de Salamanca (Recurso de apelación 8/2009, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo), que señala lo siguiente: «La doctrina jurisprudencial ha venido a establecer que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (SSTS. de 22 de mayo de 1995), y como tal se ha referido al impacto psíquico o espiritual (STS de 23 de julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de

incertidumbre (STS de 22 de mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico. Conforme señaló ya la STS de 25 de junio 1984, en el momento actual predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extra patrimonial o de la personalidad y por ello la reparación del daño moral, si bien no atiende a la reintegración del patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Y asimismo ha establecido la doctrina jurisprudencial que en la indemnización por daños morales su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, sino que a tal efecto han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 19 de octubre 2000).

Basta una lectura de lo expuesto por la Audiencia Provincial de Salamanca en su sentencia de febrero de 2009, y de los conceptos y términos empleados en la misma (impacto espiritual, impacto emocional, zozobra, angustia, pesadumbre...), para comprender la dificultad que plantea la determinación del resarcimiento del daño moral y la necesidad de establecer, en la medida de lo posible, unos criterios o pautas que doten a esa labor de una mínima seguridad jurídica.

2. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA LEY 35/2015 Y LOS DELITOS DOLOSOS

A mediados de los noventa del pasado siglo, y a través de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que modificó la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, se estableció un sistema obligatorio para la valoración del daño corporal derivado de los accidentes producidos con vehículos a motor, mediante la aplicación de un baremo, que permitía la cuantificación de aspectos como los días de baja, impeditivos o no, las secuelas físicas y psíquicas ocasionadas a la víctima, o la indemnización por fallecimiento.

Poco tiempo después de su entrada en vigor, ya la Sala Segunda del TS (entre otras, STS 11/03/2003) admitía el carácter obligatorio de dicho baremo en el caso de los delitos imprudentes cometidos con ocasión de la circulación con vehículos a motor y ciclomotores.

La disposición adicional octava de la citada Ley 30/1995, introdujo, por tanto, un sistema obligatorio de baremos para cuantificar los daños causados en los accidentes de circulación, que posteriormente se trasladó al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor¹.

¹ Por R. D. Legislativo 6/2004, de 29 de octubre 19, se deroga casi completamente la Ley 30/1995, y todo su contenido pasa, con la misma estructura, actualizada y con la inclusión de normativa dispersa en otras disposiciones, a integrarse en el R. D. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Finalmente, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regula dicho sistema y sustituye el denominado «baremo de tráfico» que se contenía como anexo en el citado Real Decreto Legislativo 8/2004.

El preámbulo de la Ley 35/2015 señala en su párrafo tercero que: «... no cabe duda de que es necesario reformar el vigente baremo para que cumpla su función de una forma efectiva, buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico. El principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados no es efectivo en toda su dimensión, provocando situaciones injustas y en ocasiones dramáticas, con una pérdida añadida de calidad de vida, cuando además, ya se ha sufrido un daño físico, psíquico y moral, y que impone el deber al legislador de encontrar las formas idóneas que garanticen el cumplimiento de tan importante principio».

El apartado I de dicho preámbulo concluye afirmando que: «La reforma supone, finalmente, una mejora manifiesta del sistema vigente, tanto desde la perspectiva de su consistencia jurídica y de su estructura como, en general, de las cuantías indemnizatorias que incorpora; supone también un apreciable progreso en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados por los accidentes de tráfico y, en los términos en que se formula, mejora sustancialmente el sistema legal vigente, por lo que puede sustituirlo de un modo más justo y cabal», si bien es cierto que no han faltado autores que, sin negar la sencillez y claridad del nuevo sistema, han destacado los posibles problemas de aplicación e interpretación del baremo derivados de cuestiones como la introducción de nuevos conceptos indemnizatorios (lucro cesante, gastos médicos futuros, rehabilitación domiciliaria, etc.) o la inclusión de nuevos perjudicados, como los allegados².

De conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Al respecto, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Empresa, publica las sucesivas resoluciones mediante las cuales se hacen públicas las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas perjudicadas en accidentes de circulación.

2.1. Delitos dolosos

Tratándose de la determinación de la responsabilidad civil por daños derivados de la comisión de delitos dolosos el enfoque cambia. Así, la Sala Segunda

² Badillo Arias, J. A. Problemas prácticos que se plantean en la aplicación del nuevo sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación. Disponible en: https://fundacioninade.org/sites/inade.org/files/2016-06_problemas_aplicacion_nuevo_baremo

del Tribunal Supremo, ha insistido en numerosas ocasiones (entre otras, SSTS 03/07./2009, 17/03/2004) en la utilidad y conveniencia de atender, como marco genérico de referencia, a las previsiones del baremo recogido en la Ley 30/2015, pero «ello no nos debe hacer olvidar que se trata de aplicar una mera referencia, en modo alguno de obligado cumplimiento en los supuestos de delitos dolosos o ajenos al ámbito de los siniestros propios de la circulación rodada, para los que el referido baremo resulta de obligado cumplimiento», añadiendo que: «en las lesiones sufridas como consecuencias de ilícitos dolosos es razonable y lógico que la indemnización supere en algo la correspondiente a los accidentes automovilísticos»³.

Consecuencia de este carácter orientativo atribuido al Baremo, se produce una gran disparidad en la determinación del *quantum* en el caso de los delitos dolosos, como puede apreciarse si se acude a las resoluciones dictadas por las distintas audiencias provinciales⁴.

Si bien es cierto que no existe una doctrina unificada en lo relativo a la determinación del *quantum* en los supuestos mencionados, la Sala de lo Penal del TS sí se ha pronunciado acerca de los principios, criterios e interrelaciones entre la responsabilidad civil *ex delicto* y los baremos de seguro obligatorio.

Así, en Sentencia 480/2013, de 21 de mayo (Recurso de casación núm. 1883/2012; ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano), siguiendo el dictamen del Ministerio Fiscal, sintetiza dichos principios e interrelaciones en las cuatro reglas siguientes:

- «1) La aplicación del baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa. Es criterio de esta sala (SSTS núm. 104/2004, núm. 1.207/2004 y núm. 856/2003, entre otras) que el baremo introducido por la disposición adicional 8.^a de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados es solamente obligatorio en el caso de accidentes de tráfico. Sobre el carácter vinculante del baremo véase disposición adicional octava de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de seguros privados; exposición de motivos de la Ley y art. 1.2 de las disposiciones generales. Igualmente STC 181/2000 de 29 de junio y las de esta sala 2001/2000 de 20 de diciembre y 786/2001 de 8 de febrero.
- 2) Cuando se aplica el baremo a los delitos dolosos, dicho baremo constituirá un cuadro de mínimos. En efecto, prevista dicha regulación para los supuestos de accidentes acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no es exigible la aplicación del baremo cuando estemos ante delitos dolosos, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de sus tablas pueden considerarse un cuadro de mínimos, pues habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas.

³ Ruiz de Erenchun Arteché, E. (2011). La determinación del quantum en la responsabilidad civil por delitos dolosos. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 6/2011. Editorial Aranzadi, S.A.U. P. 4.

⁴ *Ibidem*. Pp. 5-6.

- 3) La responsabilidad civil por delito doloso es superior a la del delito imprudente. En este sentido, acaba de señalar la STS núm. 47/2007, de 8 de enero, que no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles.
- 4) No es posible en la materia estudiada apartarse de los principios dispositivos de rogación y congruencia en ningún caso. Por otro lado, no se encuentra habilitada esta instancia casacional para controlar el *quantum* indemnizatorio acordado por el Tribunal de instancia salvo en lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asiente la cantidad fijada, debiendo recordarse también que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, por lo que tampoco puede superarse la concreta petición de las partes acusadoras, debiendo existir el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia (por todas, STS núm. 217/2006, con cita de las SSTS núm. 1217/2003 y núm. 1222/2003).

3. LA LESIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

A pesar de la disparidad de criterios judiciales a la hora de abordar el problema, lo cierto es que se va abriendo paso en nuestra jurisprudencia la postura de que este tipo de daños recae no en la esfera patrimonial del individuo, sino en el aspecto espiritual de la persona, y que aun careciendo de esa nota de patrimonialidad deben ser también adecuadamente indemnizados.

En este sentido nos parece acertada la reflexión de Bonilla Correa cuando señala que: «... el derecho de daños dejaría de tener un enfoque de carácter patrimonialista, para pasar a un derecho más humanista, en el que la dignidad de la persona y todos sus aspectos y derechos sean tenidos en cuenta para proteger las distintas facetas de la personalidad del ser humano, y en este espíritu innovador y creativo de nuevas concepciones, al derecho de daños le ha correspondido ampliar su visión patrimonialista por una más humanizada de reparar lo que se considera el daño moral, sería un derecho con una función social más relacionada con los valores de justicia, solidaridad e igualdad»⁵.

⁵ Bonilla Correa, J. Á. (Marzo 2012). La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género. *Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. BIB 2012/182. Editorial Aranzadi, S.A.U. P. 12.

Como señala la Sala Segunda del TS —Caso «la manada», Sentencia 344/2019, de 4 julio; Recurso de casación 396/2019; ponente: Excma. Sra. Susana Polo García—, «... conforme reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia núm. 636/2018, de 12 de diciembre, en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido —libertad e indemnidad sexual— y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005, de 29 de enero, 40/2007, de 26 de enero)».

Es decir, lo que se tiene en cuenta para proceder a fijar el *quantum* de la indemnización por daños morales son aspectos como el sentimiento de indignidad, vejación, humillación, intranquilidad, ansia, desasosiego..., pero la reparación de esos daños se fundamenta en la efectiva lesión de los derechos de la personalidad, de la dignidad de la persona en sus diversas manifestaciones, como puede ser la libertad e indemnidad sexuales en el ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda más arriba citada.

Es precisamente en los delitos que atentan contra bienes jurídicos estrechamente ligados a esos derechos de la personalidad donde más relevancia alcanza la concreción y reparación del daño moral causado a la víctima, dada la importancia que se concede a la dignidad, la intimidad, la salud o el bienestar del individuo en su vertiente espiritual, actualmente amparados en nuestra Constitución y en leyes como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

4. DAÑO MORAL Y HECHOS PROBADOS

Precisamente por lo anteriormente expuesto, y frente a la fijación de los perjuicios materiales, cuya indemnización resulta relativamente sencilla, habida cuenta que se regirá por criterios objetivos, la fijación del *quantum* en la indemnización de los daños morales habrá de atender a parámetros subjetivos, donde la valoración del órgano jurisdiccional será determinante, y para la que tendrá que acudir a conceptos como la repulsa social de los hechos, su gravedad, las circunstancias personales de los sujetos, e incluso las cantidades solicitadas por las acusaciones.

Debe recordarse a tal efecto la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posición soberana del órgano jurisdiccional en la valoración de la prueba —STC 140/1985, de 21 de octubre; Recurso de amparo 254/1984; ponente: don Rafael Gómez-Ferrer Morant—, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez *a quo* en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que sienta como regla general la autoridad de

la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías, pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (acusados y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de estos, ventajas de las que, en cambio, carece el tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.

Precisamente porque el daño moral que se trata de cuantificar no deriva de una lesión material valorable conforme a criterios objetivos, no cabe, por tanto, exigir la prueba de la causación de dicho daño, puesto que derivará de la «significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima» (STS 445/2018, de 9 de octubre).

En el mismo sentido, no debe tampoco confundirse, como a menudo ha sucedido, el daño moral sufrido por la víctima del delito con las alteraciones patológicas o psicológicas que la misma haya podido padecer.

Por eso aclara la Sala Segunda del TS, en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, que los daños morales no es preciso que se concreten en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla, más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia y repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos (SSTS 957/1998, 16 de mayo, y 1159/1999, 29 de mayo).

5. DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN CON DETERMINADOS ILÍCITOS PENALES

Aun cuando, como hemos visto, la determinación del *quantum* de la indemnización de los daños morales dependerá de la libre valoración efectuada por el órgano jurisdiccional en función del delito cometido y de los bienes jurídicos afectados, podemos exponer, con carácter no exhaustivo, y a modo de conclusión, algunos de los criterios que resultan de los pronunciamientos de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales, y que pueden servir de orientación a los efectos de concretar qué aspectos deben tenerse en cuenta en esta materia:

1. Realidad del daño moral y deber de indemnización: «El daño moral constituye un concepto indeterminado, pero real y existente, ante la evidencia de que todo delito afecta a los aspectos más sensibles y espirituales del ofendido, que soporta indebidamente el daño del ilícito penal

aunque no se traduzca directamente en un perjuicio patrimonial» (SAP A Coruña núm. 416/2017, de 13 octubre; Recurso de apelación 567/2017; ponente: IIma. Sra. Lucía Lamazares López).

2. Libre arbitrio judicial en la determinación del *quantum* de la indemnización por daños morales: «La facultad o arbitrio al que queda sometida la determinación de la cuantía por daño moral corresponde al tribunal de instancia, quedando limitada la intervención del de casación a aquellos excepcionales supuestos en que el juzgador de instancia desatienda los parámetros normativos, cuando la ley ofrece o impone criterios que no se cumplen o cuando el arbitrio ejercido es absolutamente irracional, desproporcionado o incongruente la cuantía otorgada» (SSTS 66/2016, de 8 de febrero, y 620/2015, de 22 de octubre).
3. Fundamento y prueba del daño moral: «La Audiencia, en contra de lo manifestado por el recurrente, ha basado su decisión en criterios adecuadamente expuestos en la sentencia, considerando como idóneos para fijar la responsabilidad civil del acusado la gravedad del delito y el “menoscabo moral” que el mismo produce a las víctimas. Ambos criterios son jurídicamente correctos para fundamentar la determinación del daño moral, dado que este resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, no se deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. Es claro, pues, que el daño moral no necesita prueba, sino que deriva de determinadas infracciones y actuaciones que su mera ejecución ofenden la dignidad personal y atentan al honor y respetabilidad de las personas» (STS 22/07/2002).

«La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que estos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el *quantum* indemnizatorio señalado por el tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad únicamente revisable en casación cuando la valoración rebasa los límites mínimos y máximos dentro de los cuales resulta razonable esa prudente discrecionalidad» SSTS 27/03/2002, 62/2015 de 17 febrero).

4. Daños morales vs. alteraciones patológicas o psicológicas: «Los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos» (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo).

5. Daños morales y protección del honor: «El llamado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato de hechos probados; el insulto, la afrenta, la ofensa producen, sin duda, un sufrimiento que es, pese a sus indudables dificultades, susceptible de valoración pecuniaria.

En el presente caso debe considerarse acreditada la existencia de un daño moral susceptible de indemnización, máxime si se tiene en cuenta que las injurias proferidas lo fueron en forma reiterada, en voz alta y en lugares públicos (desde el balcón de la acusada hacia la calle cuando pasó la denunciante; en la cola de cajas del establecimiento Mercadona; mientras el marido de la denunciante abría su establecimiento), incluso a clientes del Bar Blanjamart que explotaba la denunciada y que, anteriormente, había sido explotado por la denunciante. Estas injurias afectan a la fama social de Esmeralda, teniendo el carácter vejatorio y humillante conocido por terceras personas, por lo que este daño moral que dichas injurias producen deben ser indemnizadas sin mayor necesidad de prueba» (SAP Burgos 53/2017, de 13 febrero; Recurso de apelación 186/2016; ponente: Ilmo. Sr. Francisco Manuel Marín Ibáñez).

6. Daños morales y protección de la intimidad: «... La agresión a la intimidad, se produce por la interceptación y captación de las conversaciones telefónicas, pues este es el momento en que verdaderamente se lesiona el bien jurídico protegido y se afecta a la indemnidad moral de los sujetos sometidos a vigilancia y escucha. No es necesario que el contenido de las conversaciones se difunda, divulgue o revele, ya que en este caso, nos encontraríamos ante un supuesto agravado, como decía el párrafo segundo del artículo 192 bis del Código Penal derogado.

El hecho de que un ciudadano se vea sometido al seguimiento y escucha de sus conversaciones telefónicas, supone ya una agresión a su intimidad por lo que su dignidad se resiente de modo directo y necesario por la realización del hecho delictivo y se le ocasiona un daño moral, que es absolutamente independiente de los diferentes daños que pudieran originarse por la divulgación posterior del contenido de las conversaciones.

.../...

Como señala el Ministerio Fiscal, el daño moral abarca un amplio espectro de posibilidades y engloba, sin ninguna duda, la ofensa al sentimiento de dignidad, que se ha visto vejado por la interceptación de las conversaciones telefónicas de carácter personal» (STS 367/2001, de 22 de marzo; caso CESID; Recurso de casación 3583/1999; ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín).

7. Daños morales y delito de homicidio: «El artículo 113 del C. P. habla —como receptores de la indemnización— de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventuali-

dad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con esta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas que son integradas en el ámbito familiar» (STS 1625/2003, de 27 de noviembre).

«... ha de atenderse en la *pecunia doloris*, sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no solo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo» (STS 05/11/1990).

8. Daños morales y delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: «En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido —libertad e indemnidad sexual— y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado (SSTS 105/2005, de 29 de enero; 40/2007, de 26 de enero). Por otra parte, carece de relevancia que los menores estuvieran dormidos y no se dieran cuenta de los hechos, ni de la utilización posterior de su imagen, toda vez que “la indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que puedan generar huellas indelebles en su psiquismo” (STS 988/2016, de 11 de enero), aún en el supuesto de falta de consciencia cuando sucedieron los hechos; no puede obviarse en este caso que, además, se ha utilizado a los menores para elaborar material pornográfico en un soporte adecuado para su posterior visionado de actos notoriamente sexuales realizados sobre ellos dormidos o casi dormidos, utilizando el acusado sus propias maniobras abusivas sobre los menores para obtener un material apto para ser reproducido indefinidamente, en el que los menores son víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad y sumisión sexual pudiesen ser reproducidas infinitamente por y ante cualquiera (STS 988/2016, de 11 de enero)».

«En casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas, y además, en este supuesto se declara acreditado, no solo por las manifestaciones de “la denunciante”, sino por el propio relato de hechos probados, que existían vídeos en los que se habían grabado los ataques sexuales a la víctima, y que incluso uno de los acusados llegó a mandar mensajes a dos grupos de WhatsApp [...], en los que no solo contaba al grupo “follándonos a una los cinco”... “puta pasada de viaje”..., sino que anunciaba que había vídeos, lo que le

produjo a la víctima, una vez que se enteró, un gran desasosiego, ya que pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar. Pero es más, el propio proceso ha influido en el estado de ánimo de la víctima ya que fue objeto de seguimientos por detectives privados, lo que implica una intromisión en su intimidad que le tenía preocupada, incluso temía por su propia seguridad» (STS 344/2019, de 4 de julio; caso «la manada»; Recurso de casación 396/2019; ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García).

6. CONCLUSIONES

- I. Comenzábamos el presente trabajo llamando la atención sobre la especial complejidad que la determinación de los daños morales causados a la víctima del delito supone para los tribunales penales, de ahí que nuestra primera conclusión sea la de reiterar la necesidad de prestar una mayor atención a esta materia, con la finalidad de concretar, en la medida de lo posible, ciertos criterios que permitan dotar de mayor seguridad jurídica a dicha labor y que redunden en la más adecuada satisfacción del perjuicio moral que debe ser objeto de reparación.
- II. Indudablemente, en dicha labor deberemos partir siempre de la posición soberana del órgano jurisdiccional en la valoración de la prueba, pero sin olvidar que, cuando de la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito se trata, no cabe obviar la concreta petición de las partes acusadoras, de conformidad en esta materia con los principios de rogación y de congruencia, por lo que, como segunda conclusión, debemos también llamar la atención sobre el papel que al respecto puede desempeñar en el proceso penal el Ministerio Fiscal.

El art. 773 LECrim dispone que el fiscal velará por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. En este mismo sentido, el art. 3.10 EOMF encomienda al fiscal velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

Así, la Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa al deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, establece en su introducción que:

«El proceso penal no puede ser contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la necesaria tutela de los intereses de la sociedad y de las garantías del acusado, sino también y de modo relevante, como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha recibido por el hecho delictivo. Reparación que no puede ser fuente de más daños para la víctima, tratando de evitar una victimización secundaria.

La víctima, en el no siempre fácil camino para lograr la reparación del daño inferido por el hecho delictivo, tiene que sentirse ampara-

- da. Protección y atención con respeto a su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones».
- III. Aun partiendo, como también señalábamos, de la dificultad de determinar el *quantum* en la reparación del daño moral causado por el delito, si podemos concluir que, tratándose de delitos dolosos, el baremo establecido para el resarcimiento de los daños ocasionados en accidentes de circulación será puramente orientativo, por lo que en los daños sufridos como consecuencias de ilícitos dolosos será razonable y lógico que la indemnización supere a la prevista para dichos accidentes automovilísticos.
- IV. Desde el punto de vista de la prueba de la realidad de tales daños morales, la conclusión es clara en el sentido de que, por una parte, los daños morales no es preciso que se traduzcan en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, y, por otra parte, son expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, de modo que se derivan de manera directa y natural del relato de hechos probados.
- V. Finalmente, concluiremos recordando que el daño moral deriva de la «significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima», por lo que la dignidad de la persona y todos sus aspectos y derechos deben ser tenidos en cuenta para proteger las distintas facetas de la personalidad del ser humano, debiendo otorgar al estudio de esta materia una visión más humanizada, más allá de una visión patrimonialista que debemos considerar ya superada.

Esta visión es la que debe guiarnos en la aplicación de los criterios necesarios para la determinación del *quantum* de la reparación del daño moral causado por el delito, para lo que habrá que tener en cuenta cuestiones como el bien jurídico protegido, la gravedad de los hechos, las circunstancias personales de la víctima, la afectación a su dignidad y derechos de la personalidad, la repulsa social causada por el ilícito penal, la difusión y alcance de los efectos del mismo, la repercusión en el entorno personal y familiar de la víctima..., circunstancias todas ellas que exigen la debida atención en cada caso en concreto para alcanzar el fin de la debida reparación integral del daño sufrido por la víctima.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Saggese, S. *et al.* (2019). *Manual de introducción al derecho penal*. Lascuráin Sánchez, J. A. (coord.). Madrid, Editorial Agencia Estatal del BOE.
- Badillo Arias, J. A. (2016). Problemas prácticos que se plantean en la aplicación del nuevo sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación. <https://fundacioninade.org/sites/inade.org/files/2016-06>

- Bonilla Correa, J. Á. (2012). La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género. *Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Calderón Cerezo, A. y Choclán Montalvo, J. A. (2005). *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Dykinson.
- Moreno Catena, V.; Cortés Domínguez, V. y Gimeno Sendra, V. (2003). *Introducción al derecho procesal*. UNED.
- Ruiz de Erenchun Arteche, E. (2011). La determinación del quantum en la responsabilidad civil por delitos dolosos. *Revista Aranzadi Doctrinal num.6/2011*. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Suárez-Mira Rodríguez, C.; Judel Prieto, Á. y Piñol Rodríguez, J. R. (2011). Responsabilidad civil derivada de infracción penal. *Tratados y manuales (Civitas). Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones.

2. LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

*M.^a Ángeles Rivera Hernández
Comandante auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. Concepto de la prescripción. Naturaleza y fundamento. 2. Los plazos. Cómputo de la prescripción. 3. Interrupción. El efecto retroactivo de la prescripción. Apunte sobre la prescripción durante el decreto de estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en relación a la suspensión de los plazos procesales por el transcurso del tiempo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN. El objeto del presente trabajo lo constituye la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal ocasionada por el transcurso del tiempo desde la comisión de un hecho delictivo.

El trabajo es consecuencia del interés despertado por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo núm. 92/2021 de fecha 26 de octubre por la que se estima el Recurso de casación número 101-14/2021, interpuesto por el fiscal togado militar contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo con sede en Sevilla, de fecha 15 de diciembre de 2021, en el Sumario n.º 22/02/15, en base al instituto de la prescripción y el cómputo del plazo¹, conforme dispone el Código Penal (Ley Orgánica 10/95 de 26 de noviembre).

¹ Sentencia Sala Quinta del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2021 «[...] Como señala el Ministerio Fiscal, la apreciación del instituto de la prescripción requiere un análisis ordenado de una serie de elementos que son los que permiten al Tribunal Casacional valorar si esta causa de extinción de la responsabilidad criminal ha sido aplicada razonablemente. En primer lugar, la expresión de unos hechos que revistan los caracteres de delito, con la debida determinación de la fecha de comisión o del periodo temporal en el que se sitúan los hechos punibles. En segundo lugar, la *calificación jurídico penal de los hechos* y la *determinación del plazo legal de prescripción del delito o delitos objeto de acusación* o que se considere que constituyen los hechos declarados probados, teniendo en cuenta, en su caso, la *doctrina jurisprudencial sobre los plazos de prescripción en los delitos conexos*. En tercer lugar, las personas que resultan responsables como autores o partícipes de cada uno de los delitos apreciados. En cuarto lugar, los *actos susceptibles de interrumpir o suspender el cómputo de la prescripción*, lo que

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho penal la prescripción cuenta con dos manifestaciones: la prescripción del delito (artículos 131 y 132 del Código Penal) y la prescripción de la pena (artículos 133 y 134 del Código Penal). La diferencia entre ambas radica en que la prescripción del delito opera con anterioridad a una posible sentencia condenatoria y la prescripción de la pena produce sus efectos a partir de ese momento. Los delitos prescriben por el transcurso del tiempo sin ser juzgados, mientras que las penas y las medidas de seguridad (artículo 135 del Código Penal) prescriben porque, una vez impuestas mediante sentencia condenatoria, el tiempo transcurre sin haber sido ejecutadas².

El Código Penal Militar, Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, no contiene ninguna referencia a la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal, no obstante, conforme a su preámbulo y al principio de complementariedad que refiere su artículo 1³, es de aplicación el Código Penal cuya regulación será referida en adelante.

Puede decirse que la PRESCRIPCIÓN es una de las instituciones más importantes del derecho penal y que ha sido objeto de distintas interpretaciones en muchos de sus aspectos (naturaleza, fundamento, cómputo de la prescripción, *dies ad quo* y *dies ad quem*, paralización e interrupción).

1.1. Concepto de la prescripción. Naturaleza y fundamento

En términos generales, la prescripción se define como la institución jurídico penal que, en mérito del transcurso del tiempo, produce la extinción de la función punitiva del Estado a consecuencia de la ausencia de necesidad de pena, por razones de seguridad jurídica y también economía judicial.

La prescripción se concibe, de un lado como un *derecho*, en cuanto a limitación del poder de sancionar o *ius puniendi* del Estado, y de otro, como una *garantía* que debe respetarse, de manera que si no se ejerce la acción penal en un tiempo determinado por la ley, la inacción o demora trae como consecuencia su extinción.

incluye la denuncia, querrela o, en el caso de procedimientos militares, el parte militar o atestado que da origen al procedimiento penal, con expresión de su fecha de presentación ante el órgano judicial, o bien la resolución de interposición judicial, o resolución judicial de contenido decisorio sobre la atribución de hechos de apariencia delictiva a personas concretas, cuando no aparezcan debidamente identificadas en la denuncia [...].»

² «La firmeza es el punto final para apreciar la prescripción del delito. A partir de la firmeza, la prescripción del delito cede el paso a la prescripción de la pena» (STS, Sala 2.ª, de 30 de marzo de 2004 y STS del 16 de febrero de 2008).

³ Artículo 1.2 Código Penal Militar dispone que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente código. En todo caso será de aplicación el título preliminar del Código Penal».

Para Rodríguez Devesa consiste en la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o hacer ejecutar la pena impuesta.

Cuello Calón la define como la extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos.

El concepto de la prescripción está íntimamente relacionado con una cuestión que no ha sido pacífica entre los autores, que es *su naturaleza y la fundamentación*.

En cuanto a la *NATURALEZA* de la prescripción, con carácter general se reconocen tres teorías: material, procesal y mixta.

Teoría MATERIAL.- Para algunos autores, la prescripción forma parte del *derecho sustantivo o material*, con independencia de su relación con el proceso penal, por ejemplo Quintano Ripollés y Puig Peña. Desde esta consideración, es una consecuencia lógica a la renuncia del *ius puniendi* del Estado que hace imposible la imposición de una pena a quien ya no es responsable penal por el transcurso del tiempo. Esta naturaleza sustantiva no hace que desaparezca el delito, ni afecta a la culpabilidad del autor de la infracción penal.

Teoría PROCESAL.- Otros autores defienden que la prescripción es una institución de naturaleza estrictamente *procesal*, de manera que lo que prescribe no es el delito, sino la acción para perseguirlo. Según esta teoría es una excepción procesal, que imposibilita exigir la responsabilidad penal a causa de un impedimento para proceder contra una persona.

Teoría MIXTA.- Ante estas dos posturas, se encuentra una tercera que aglutina ambas interpretaciones y considera que produce efectos dentro y fuera de un proceso penal, es decir, es causa de extinción de responsabilidad penal (naturaleza material o sustantiva) y por otro lado impide la celebración del juicio oral (naturaleza procesal).

Relacionado con la naturaleza de la prescripción se encuentra el *problema de delimitar su fundamentación*, existiendo diferentes propuestas doctrinales o jurisprudenciales (el paso del tiempo, teoría de la extinción de los efectos antijurídicos, teoría psicológica, teoría de la expiación moral, teoría de la enmienda, la no necesidad de pena, la limitación del poder punitivo, la dignidad humana).

Para Rodríguez Devesa, el fundamento de la prescripción se encuentra en «la imposibilidad de realizar el fin de la prevención general o especial de la pena transcurrido un periodo de tiempo o el principio de intervención mínima penal».

Para Cuello Calón su fundamentación «radica en razones de seguridad jurídica, en lugar de cuestiones de justicia material, se trata de impedir el poder punitivo una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción».

De forma resumida y genérica, el fundamento de la prescripción se concibe como *una opción del legislador* para evitar la inseguridad que implica el ejercicio de la acción penal de manera indefinida ante los órganos jurisdiccionales; no solo se protege la seguridad jurídica del acusado y de la víctima, sino también la del titular de la acción penal, que en definitiva es el Estado (en donde descansa el

derecho/deber de ejercer el *ius puniendi*) y principal interesado en tener la absoluta garantía sobre si la pretensión punitiva tendrá un resultado eficaz.

La jurisprudencia también se ha manifestado sobre esta fundamentación, reconociendo en el instituto de la prescripción *principios de orden público, de interés general y seguridad jurídica que justifican su apreciación de oficio y en cualquier momento procesal*⁴, «[...] la prescripción presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general *puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan...* y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir dentro del trámite del recurso casación» (STS, Sala 2.ª, núm. 414/2015, de seis de julio)⁵.

2. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN. CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

2.1. Los plazos de la prescripción

La prescripción del delito se produce cuando transcurren los plazos indicados en el artículo 131.1 del Código Penal, que está en función de la pena que el delito tenga asignada en abstracto.

El plazo mínimo de prescripción es de 5 años, excepto en las injurias y calumnias, que prescriben al año.

Los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescriben (salvo los sancionados en el artículo 614), así como los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de una persona.

El repetido artículo 131.1 dispone que los delitos prescriben:

«A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

⁴ La prescripción puede plantearse como artículo de previo y especial pronunciamiento conforme al artículo 286.3.º de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de abril. «El artículo de previo y especial pronunciamiento deberá proponerse en los tres primeros días del plazo que fuera concedido a las partes para presentar sus conclusiones provisionales, absteniéndose en tal caso de formular el escrito de conclusiones hasta tanto se resuelva el incidente».

En el proceso ordinario -artículo 666.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ STS Sala 2.ª de 16 de julio de 2019, «... Como se reconoce, la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta, aunque sea al margen de “las exigencias procesales formales concebidas al efecto o no se hubiera observado el cauce procesal. [...] en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión de la Ley, tiene extinguida su posible responsabilidad penal”».

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año».

Añade el citado artículo que cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en el citado artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción (artículo 131.2).

2.2. Cómputo del plazo de prescripción

El Código Penal en su regulación —artículo 132— parece acoger la teoría de la consumación cuando establece que los términos de la prescripción se computarán «desde el día en que se haya cometido la infracción punible»⁶. Conforme al citado precepto, la prescripción comenzará a correr desde la consumación del hecho con caracteres de delito y se extenderá hasta el día en el que comiencen las actuaciones para la averiguación o esclarecimiento del mismo.

No siempre es fácil determinar la fecha en la que comienza el cómputo de la prescripción (o el día en el que el delito se consumó); el criterio seguido por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, es considerar como fecha inicial aquella en la que la infracción penal se hubiera descubierto, «siempre que de forma cierta no se pueda retrotraer a otra fecha más próxima a la verdadera comisión» (Sentencia del Juzgado de lo Penal Huelva núm. 1 de 23 de diciembre de 2021 procedimiento primera instancia).

Asimismo, el Código Penal establece fórmulas específicas para los supuestos de delito CONTINUADO, delito PERMANENTE y las infracciones que exigen HABITUALIDAD:

- En el delito continuado los plazos de prescripción se computarán desde el día en que se realizó la última infracción.
- En el delito permanente desde el día que se eliminó la situación ilícita
- En las infracciones que exigen habitualidad desde que cesó la conducta.

A estas fórmulas específicas, hay que añadir la recogida en el número 4 del artículo 131 para los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, donde el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

⁶ Artículo 132.1. «En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que esta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento».

Otra de las cuestiones que se han resuelto jurisprudencialmente, es la relacionada con la calificación del delito a efectos de la prescripción, cuando las primeras diligencias de averiguación obedecen a una imputación distinta de la que formalmente resulte de la instrucción o condena. A este respecto se ha reconocido que en el cómputo de la prescripción habrá que tener en cuenta *el plazo correspondiente al delito que resulte efectivamente cometido*, es decir, *aquel por el que se condena*.

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El efecto retroactivo de la prescripción. Apunte sobre la prescripción durante el decreto de estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en relación a la suspensión de los plazos procesales por el transcurso del tiempo.

3.1. Interrupción de la prescripción

El artículo 132 apartado 2.º del Código Penal dispone que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena».

El citado artículo añade que «se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte *resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación* en un hecho que pueda ser constitutivo de delito».

A estos efectos, «... la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho», apartado 3.º del artículo 132.

La jurisprudencia viene considerando que, de acuerdo con el citado artículo, es necesaria *una actividad jurisdiccional de naturaleza sustantiva*, es decir, *una resolución con contenido material propio*, reveladora de la puesta en marcha de un procedimiento «lo que la Ley exige es un acto procesal dirigido contra la persona investigada de manera concreta e individualizada» (ST Audiencia Provincial de Barcelona 64/2020 de 29 enero).

Se estima, por lo tanto, que interrumpen el plazo de prescripción aquellas decisiones judiciales que constituyen una efectiva prosecución del procedimiento contra un culpable concreto. «Las diligencias puramente formales inocuas o intrascendentes no pueden ser consideradas a efectos interruptivos» (STS Sala 2.ª, de 12 de febrero de 2012).

Existe una amplia casuística judicial; a título de ejemplo, de acuerdo con los principios enunciados:

- Actos procesales carentes de efectos interruptivos: la expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, órdenes de busca y captura o requisitorias (Sentencia TS Sala de lo Penal de 14 de marzo de 2003). La declaración en calidad de testigo. El auto de rebeldía y los acuses de recibo del Registro de Penados y Rebeldes. por no suponer «impulso procesal». La citación del denunciante para el ofrecimiento de acciones, la tasación de objetos robados y la reclamación de antecedentes penales. (STS Sala de lo Penal de 19 de noviembre de 2003).
- Actos procesales que interrumpen la prescripción: los escritos de calificación de las partes, incluyendo la calificación de la defensa (STS Sala 2.^a, de 26 de julio de 2003). La citación para declarar como imputado. Las actuaciones por las que se fija juicio oral y se señala fecha para el mismo (SAP Pontevedra Sección 2.^a, de 23 de octubre de 2019). Cuando el procedimiento se incoa nominalmente contra un imputado por deducción de testimonio de particulares acordado por el órgano enjuiciador de otro procedimiento penal —la fecha de deducción de dicho testimonio ha de considerarse como de interrupción de la prescripción, pues desde ese momento ya se está dirigiendo un procedimiento penal contra el denunciado— (STS Sala 2.^a, de 6 de febrero de 2001). Tanto la citación para declarar como la propia declaración como imputado.

Por ultimo, es importante destacar que en el caso de que un acto procesal sea declarado nulo, *la eficacia interruptiva que tuviera en su momento no desaparece* «[...] las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento», (Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2011).

3.2. El efecto retroactivo de la prescripción

Se reconoce en el artículo 132.2 regla 2.^a del Código Penal. El contenido del citado precepto está relacionado con la fundamentación de la prescripción y fue una de las novedades introducidas con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. De esta manera, se estableció una regulación integradora respecto a una materia que había sido objeto de debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (el momento en que debía entenderse interrumpido el plazo de la prescripción). Hasta entonces el Tribunal Supremo entendía que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional era necesario algún «acto de interposición judicial»; esta interpretación implicaba como regla general que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querrela —«para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción [...] que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito» (STC 59/2010, de 4 de octubre de 2010)—. De acuerdo con lo dispuesto en el repetido artículo 132.2 regla 2.^a del

Código Penal, los criterios de ambos órganos judiciales se han concretado en una norma que admite que la interposición de una querrela o denuncia interrumpa el plazo de prescripción —como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo—, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito, es decir, se admita judicialmente la denuncia o querrela —como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional—.

La regla 2.^a del artículo 132.2 dispone lo siguiente: «...la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.^a, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo».

El plazo de la prescripción, por tanto, se suspende con la interposición de denuncia o querrela ante órgano judicial⁷ y se produce la interrupción con efectos retroactivos desde la fecha de la presentación de querrela o formulación de denuncia, siempre y cuando dentro del plazo de seis meses se dicte contra el querrellado o el denunciado o persona implicada en los hechos una resolución judicial motivada, en la que «se le atribuya su presunta participación en el hecho que puede ser constitutivo de delito». Esta resolución judicial, por su naturaleza, tendrá que ser un auto que motive la incoación de procedimiento judicial, estimándose suficiente aquel por el que se admita judicialmente la querrela o denuncia, sin necesidad de un auto adicional de imputación formal. Si la resolución no fuera dictada en el término de los seis meses continuará el plazo de prescripción, al igual que si se dictase resolución judicial inadmitiendo a trámite la denuncia o querrela.

⁷ El artículo 130 2.º de La Ley Orgánica Procesal Militar se refiere a la denuncia o parte militar remitido directamente al juez togado más cercano por el jefe de la unidad a que pertenezca el presunto culpable o por la autoridad militar del territorio donde se hubieran cometido los hechos. Como modo de inicio de un procedimiento penal militar ordinario.

3.3. Apunte sobre la prescripción durante el decreto de estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en relación a la suspensión de los plazos procesales por el transcurso del tiempo

El Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declaró el estado de alarma estableció la suspensión de los plazos procesales desde el día 14 de marzo de 2020 hasta su derogación por Resolución del Congreso de los Diputados de fecha 20 de mayo de 2020 (*BOE* núm. 145), con efectos de 4 de junio de 2020.

Del contenido literal no se extrae referencia alguna a si la suspensión de plazos comprendía la prescripción del delito.

No obstante, desde la práctica judicial se ha interpretado que la suspensión de los plazos procesales, a la que hace referencia la disposición adicional segunda del citado real decreto, podría aplicarse al supuesto del artículo 132.2 2.º, en lo que respecta al plazo de seis meses establecido para la eficacia retroactiva de la prescripción.

A este respecto se considera que los plazos materiales de la prescripción, que con carácter general establece el art. 131 del Código Penal, no se ven afectados, pero sí el plazo de seis meses desde la presentación de la querrela o formulación de la denuncia, al estimar que se trata de un plazo de naturaleza procesal a todos los efectos.

Los defensores de esta tesis⁸ lo que hacen es aunar bajo una misma interpretación las exigencias derivadas de la indiscutible naturaleza material de la prescripción, junto con el «carácter mixto» de la fórmula por la que optó el legislador con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010.

4. CONCLUSIONES

La prescripción del delito en el Código Penal, parece obedecer a una «opción del legislador», basada en interpretaciones jurisprudenciales sobre aspectos controvertidos, en las que influye la naturaleza y fundamentación de la misma, tales como: el cómputo de tiempo o la interrupción de la prescripción.

De acuerdo con el objeto del presente trabajo, considerando la fundamentación de la Sentencia de la Sala Quinta, cuyo interés lo motiva, (... «hechos que revistan los caracteres de delito, con la debida determinación de la fecha de comisión o del periodo temporal en el que se sitúan los hechos punibles. En segundo lugar, la calificación jurídico penal de los hechos y la determinación del plazo

⁸ Moreno Verdejo y Torrejón Díaz consideran que habría quedado efectivamente suspendido en virtud de la disposición adicional segunda del R. D. 463/2020, señalando estos autores: «... habrá que entender que durante la vigencia del estado de alarma ese plazo de 6 meses sí está suspendido, en virtud de la naturaleza procesal del mismo, que escapa de la naturaleza material de la prescripción en sentido estricto y de sus plazos, y que, por tanto, no requiere de ley orgánica para su regulación. La consideración del plazo de 6 meses como procesal deviene de la propia naturaleza del régimen actual de prescripción».

legal de prescripción del delito o delitos objeto de acusación o que se considere que constituyen los hechos declarados probados, teniendo en cuenta, en su caso, *la doctrina jurisprudencial sobre los plazos de prescripción en los delitos conexos*. En tercer lugar, las personas que resultan responsables como autores o partícipes de cada uno de los delitos apreciados. En cuarto lugar, los *actos susceptibles de interrumpir o suspender el cómputo de la prescripción*...) sin entrar a analizar su contenido, en términos generales, se destacan las siguientes conclusiones:

- La prescripción del delito es causa de extinción de toda responsabilidad penal. En el Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, no hay referencia alguna a este instituto, salvo su remisión al Código Penal (artículos 131 y 132) por virtud del principio de complementariedad.
- La prescripción del delito está en función de la pena que tenga señalada por ley en abstracto.
- Cuando la pena señalada fuera compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas sobre el cómputo del plazo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.
- En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.
- El instituto de la prescripción penal podrá ser apreciado en cualquier estado del procedimiento, incluso de oficio. La prescripción del delito debe estimarse siempre que concurran los presupuestos sobre los que asienta, es decir, el periodo de tiempo correspondiente a cada delito, aunque la petición de la misma no se produzca en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales establecidas para ello (en el proceso penal militar ordinario, una vez concluida la fase de instrucción, la prescripción puede plantearse como artículo de previo y especial pronunciamiento conforme al artículo 286.3.º de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de abril).
- Opera no solo cuando transcurre el plazo antes de haberse iniciado el procedimiento, sino también, cuando se paraliza, después de su comienzo.
- El inicio de la prescripción se produce en el momento de la consumación del delito (realización de todos los elementos del tipo), mientras que en el delito continuado, el delito permanente y las infracciones que exigen habitualidad, se precisa de un agregado normativo al establecer que «tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta» (artículo 132.1 del Código Penal).
- Cuando no sea posible determinar la fecha de inicio, se considera aquella en la que la infracción penal se hubiera descubierto.

- El cómputo de la prescripción no se interrumpirá por la realización de «diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento». No pueden, por tanto, ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción, las resoluciones sin contenido sustancial. Se interrumpe por actos con verdadero contenido material. La jurisprudencia viene entendiendo que ha de tratarse de un acto procesal o resolución judicial por el que se atribuye inequívocamente la condición de investigado o encausado.
- En el cómputo de la prescripción habrá que tener en cuenta el plazo correspondiente al delito que resulte efectivamente cometido, es decir, aquel por el que se condena.
- Solo interrumpen el plazo de prescripción las decisiones judiciales que constituyen una efectiva prosecución del procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito.
- Las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptora que tuvieron en su momento.
- La denuncia y la querrela tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción siempre que en el plazo de seis meses se dicte contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, resolución judicial motivada, bastando el auto de admisión de la denuncia o auto de incoación, sin necesidad de auto de imputación formal. En el ámbito del procesal penal militar, el parte militar, al que se refiere el artículo 130 de la Ley Orgánica Procesal Militar 2/86 de 13 de abril tiene la naturaleza de denuncia a todos los efectos.
- Si la resolución no fuera dictada en el término de los seis meses continuará el plazo de prescripción, al igual que si se dictase resolución judicial inadmitiendo a trámite la denuncia o querrela.

5. BIBLIOGRAFÍA

Fondo jurisprudencial, CENDOJ. (2011). Publicaciones digitales. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Núm. 27, año 2011.

Rodríguez Devesa, J. M.^a. (1995). Derecho penal español: parte general. Madrid, Editorial Dykinson.

3. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO

*Isabel M.^a Puigdemoglas Rosas
Comandante auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Situación administrativa de suspensión de empleo. 3. Situación administrativa de suspensión de empleo y suspensión de funciones. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN. En el presente trabajo sucinto de investigación se trata la situación administrativa de «suspensión de empleo» prevista en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, como situación administrativa a la que el militar puede pasar bien como consecuencia de una condena penal o de una sanción disciplinaria, así como una breve referencia a la situación administrativa de suspensión de funciones.

1. INTRODUCCIÓN

Es la situación de suspensión de empleo una situación administrativa prevista en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (en adelante LCM), concretamente en su artículo 107.1.e), situación en la que se encuentra el militar profesional en los supuestos que veremos a continuación y que tiene como presupuesto indispensable el ostentar tal condición, cual es la de militar profesional.

Las situaciones administrativas han venido siendo definidas como aquellas distintas formas en que puede mantenerse la relación estatutaria en el transcurso de la vida profesional de un funcionario. La necesidad de estas situaciones administrativas radica en que no siempre la vida funcionarial de una persona es la de servicio activo, sino que se dan otras situaciones de obligado reconocimiento, sin perder por ello la condición de funcionario, modificándose tan solo y en su caso

el contenido de los derechos y deberes, desarrollándose por tanto a través de ellas una política de personal¹.

A este respecto dispone el preámbulo de la LCM que «... quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico», disponiendo por su parte el artículo 3.1 que la vinculación profesional de los españoles con las Fuerzas Armadas puede ser como militar de carrera, como militar de tropa y marinería y también como militar de complemento. Así, el militar no deja de ser un empleado público, sometido por tanto a una relación de sujeción especial con la Administración pública y sujeto a un régimen específico y con unas características propias, tal y como establece el artículo 7 disponiendo que «Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia de su acción»², habida cuenta que las Fuerzas Armadas, aun cuando forman parte de la Administración General del Estado, tienen sin embargo un carácter institucional derivado de sus medios y formas de acción, de los métodos empleados para la consecución de sus fines, del estatuto propio de sus empleados los militares, los cuales están sometidos a una forma de actuación y a un código de conducta distinto y más exigente, acorde con la Institución Militar, establecido tanto en la Ley de la Carrera Militar como en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, como en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

El militar es, como indica E. García de Enterría, un «administrativo cualificado, de suerte que su posición disfruta de “un status especial” que se singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la Administración de manera específica»³. Así el militar, tal y como señalaba la exposición de motivos de la Ley 17/1999, de 19 de mayo, en su párrafo cuarto del apartado V «no cabe duda de que... debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión, como se deduce de nuestra propia Carta Magna, que refrenda las singularidades de las Fuerzas Armadas»⁴.

Dentro del régimen específico de los militares se encuentran las situaciones administrativas previstas en el artículo 107 LCM, ya que aunque similares a las de los funcionarios públicos o las establecidas en el régimen de personal de la Guardia Civil, cuentan con las peculiaridades propias del régimen del personal

¹ Aldeguer Martínez, I. R. (2001). Análisis de las situaciones administrativas en la Ley 17/1999. En: *Normativa reguladora del militar profesional en el Inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico militares*/III Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de la Defensa. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. Pp. 201 y ss.

² El artículo 3.6 de la Ley de la Carrera Militar establece que «La relación jurídico-pública de los militares profesionales se rige por esta ley y se establece con carácter permanente con la adquisición de la condición de militar de carrera y con carácter temporal mediante la firma de compromisos».

³ García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Segunda edición. Madrid, Ed. Civitas. P. 19.

⁴ Ley 17/1999, de 19 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, derogada por la actual Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

militar tal y como establece el artículo 5 LCM⁵, que establece la aplicación al personal militar de las normas establecidas para los funcionarios públicos con las adaptaciones que sean oportunas. Por ello, la situación administrativa de suspensión de empleo, aunque con efectos similares a la situación de suspensión de funciones del empleado público⁶, tiene las particularidades propias del referido régimen específico, contando además con una situación concreta de «suspensión de funciones» a la que puede pasar el militar profesional en los casos y por las circunstancias previstas en el artículo 111 de la LCM, situación que es de carácter preventivo y similar a la suspensión de funciones del empleado público en los casos en los que se siga igualmente un procedimiento judicial. Así, aunque con similitudes como se señala, también tienen diferencias derivadas fundamentalmente de la pertenencia a una institución fuertemente jerarquizada.

2. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO

Los aspectos de la situación administrativa de suspensión de empleo son los que analizamos a continuación.

2.1. Regulación legal

El artículo 107 de la LCM enuncia las situaciones administrativas en las que se puede encontrar el militar profesional al disponer, en su apartado 1 que «Los militares profesionales se hallarán en alguna de las siguientes situaciones administrativas:

1. Servicio activo.
2. Servicios especiales.
3. Excedencia.
4. Suspensión de funciones.
5. Suspensión de empleo.
6. Reserva».

Más adelante, en su artículo 112.1, la LCM detalla los motivos por los que los militares profesionales pasarán a la situación de suspensión de empleo, que podrá ser «por alguna de las siguientes causas:

⁵ Artículo 5. Adaptación de las normas del empleado público: «Los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar».

⁶ Situación prevista en el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o a las penas, principal o accesoria, de suspensión militar de empleo o suspensión de empleo o cargo público.
- b) Imposición de sanción disciplinaria de suspensión de empleo por falta muy grave.

Añade el punto 2 del artículo 112 de la LCM que «El ministro de Defensa también podrá acordar el pase de los militares profesionales a la situación de suspensión de empleo a la vista de la sentencia en que se impusiera la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho, cuando dicha inhabilitación impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones».

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los motivos que pueden determinar el pase del militar a la situación administrativa de suspenso de empleo, resulta necesario definir qué se entiende por empleo y, a este respecto, establece el artículo 23 de la LCM que «El empleo militar otorga los derechos y atribuye los deberes establecidos en esta ley y en el resto del ordenamiento y faculta para desempeñar los cometidos en los diferentes niveles de la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas y, en su caso, en los demás ámbitos del Ministerio de Defensa, ejerciendo la correspondiente autoridad». Es de este modo el empleo consustancial a la condición militar, habilitante para el ejercicio profesional en las condiciones y forma legalmente establecida.

2.2. Supuestos de pase a la situación de suspensión de empleo

Tal y como se ha señalado anteriormente, las causas concretas por las que el militar puede pasar a esta situación administrativa se encuentran establecidas en el artículo 112 LCM, debiendo encontrarse el militar en la situación de servicio activo, suspensión de funciones o reserva, ya que en el resto de situaciones administrativas se deja de estar sujeto al régimen legal de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como a la legislación penal o disciplinaria aplicable. Así y concretamente en cuanto a la situación de reserva dispone el artículo 113.9 LCM: «Desde la situación de reserva se podrá pasar a las demás situaciones, excepto a la de servicio activo. Al cesar en ellas, el interesado se reintegrará a la de reserva», posibilidad jurídica plenamente admitida por los tribunales⁷.

⁷ A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 18 de marzo de 1999; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), Sentencia núm. 600/2015, de 15 de octubre.

2.2.1. Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Ha tenido la situación administrativa de «suspense de empleo» por esta causa distinto tratamiento legislativo en las distintas leyes reguladoras del régimen del personal militar, tanto en la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional; como en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; y finalmente en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Así, solo desde la segunda de las leyes la condena en sentencia firme a pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, lleva aparejada como consecuencia la suspensión de empleo durante el tiempo en que se ejecute la pena privativa de libertad, mientras en aplicación de la primera de las leyes citadas no se regulaba la suspensión de empleo como consecuencia jurídica necesariamente anudada a la imposición de pena de prisión en sentencia y cualquiera que fuese la duración de la misma.

En este caso, el pase del militar a la situación de suspenso de empleo proviene de una condena, firme, a la pena de prisión tanto del Código Penal Militar como del Código Penal, constituyendo presupuesto indispensable la privación de libertad con el correspondiente mandamiento judicial de ingreso en prisión del militar, situación que no se producirá aun cuando exista una condena por sentencia firme a pena de prisión y el militar no ingrese para su cumplimiento porque, en base a los requisitos establecidos en ambos códigos, la ejecución de la pena de prisión se encuentre suspendida, teniendo en cuenta a este respecto que el artículo 22 del Código Penal Militar permite a los tribunales militares aplicar las formas de sustitución de ejecución de las penas, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, debiendo estar para la adopción de tales medidas a lo dispuesto en el Código Penal⁸, ocurriendo lo mismo en el momento en que el condenado sea puesto en libertad por aplicación de los beneficios penitenciarios correspondientes, como puede ser la libertad condicional en la cual al encontrarse la pena suspendida, deberá dejarse sin efecto igualmente la suspensión de empleo acordada, procediendo el pase a la situación administrativa que corresponda (servicio activo, reserva,...).

Así, según mantiene concretamente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid «no nos cabe duda que el recurrente será, en el momento en que ingrese en establecimiento penitenciario, si es que llega a serlo, suspenso al amparo del art.112.1.a de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, puesto que la suspensión de empleo solo opera, como establece dicho precepto, mientras se encuentre privado de libertad el militar condenado en sentencia firme, ...»

⁸ La sección 1.^a «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» del capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», establece en los artículos 80 y siguientes las condiciones necesarias para dejar en suspenso el cumplimiento de la pena.

siendo improcedente la situación de suspensión de empleo hasta que no se produzca esa situación»⁹.

El segundo inciso de este supuesto, es decir, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas será analizado más adelante.

2.2.2. Pena principal o accesoria, de suspensión militar de empleo o suspensión de empleo o cargo público.

El Código Penal Militar¹⁰ regula las penas en el capítulo I, del título III, del libro primero, «De las penas y sus clases» y el Código Penal¹¹ en la sección 3.ª, del capítulo I, del título III, del libro I, «De las penas privativas de derechos» contiene la regulación de la suspensión de empleo y cargo público.

Al respecto, el artículo 11 del Código Penal Militar prevé como pena principal menos grave la «suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años» y como pena accesoria «la suspensión militar de empleo», consecuente esta última a una pena de prisión de duración inferior a tres años, según determina el artículo 15 del mismo código, pena que en todo caso se ejecuta independientemente de la situación de la condena principal, esto es, de que se acuerde o no la suspensión de la pena de prisión. Consecuente a una pena de prisión de duración inferior a tres años porque la prisión de mayor duración supone la pérdida de empleo y por tanto la de la condición militar, no limitándose a una suspensión.

2.2.3. Imposición de sanción disciplinaria de suspensión de empleo por falta muy grave.

Esta causa es la prevista en el artículo 112.1.b) de la LCM y supone el pase a la situación de suspenso de empleo como consecuencia de la imposición de la sanción disciplinaria por falta muy grave prevista en el artículo 11.3.b) de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), sanción que puede imponerse tras la instrucción del correspondiente procedimiento disciplinario por falta muy grave¹² y que según el artículo 19 de la misma Ley Orgánica tiene una duración de mínimo un mes y máximo un año, «salvo en el caso previsto en el artículo 8.14¹³, que lo será

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), Sentencia núm. 421/2018, de 12 de julio.

¹⁰ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹² El procedimiento sancionador por falta muy grave se encuentra regulado en el título III, capítulos I y III de la LORDFAS.

¹³ Establece el artículo 8.14 de la LORDFAS que es falta muy grave «Haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso o a pena de prisión superior a un año por delito cometido por imprudencia, en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración».

como máximo por el tiempo de duración de la condena». Añade además este artículo 19 que «Supondrá el pase del sancionado a la situación administrativa de suspensión de empleo».

La suspensión de empleo como sanción disciplinaria solo puede imponerse, según establece el precitado artículo 19 a los militares profesionales, entendiendo por tales según establece el artículo 3 de la LCM¹⁴ en relación con el artículo 2 de la LORDFAS¹⁵ los militares de carrera, militares de tropa y marinería y militares de complemento. Y además las únicas autoridades con competencia para imponerla son las previstas en los puntos 1 y 2 del artículo 32 en relación con el artículo 26, esto es, el ministro de Defensa, el jefe de Estado Mayor de la Defensa, el subsecretario de Defensa y los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire¹⁶.

Teniendo en cuenta la privación de funciones que produce, como señala García Labajo¹⁷, la suspensión de empleo consiste en que al sancionado se le impone, por motivos disciplinarios, la prohibición legal de ejercer autoridad jerárquica, desempeñar cometido, realizar misión ni prestar servicio alguno durante un determinado lapso de tiempo, pero sin que por ello pierda su carácter ni condición militar, que sigue manteniendo en el ínterin; continúa, señaladamente, su sujeción personal a las leyes penales y disciplinarias militares, de manera que durante ese tiempo no se extingue el fuero. Terminado el cumplimiento de la sanción se incorporará el sancionado al servicio activo en los términos previstos en la LCM.

2.2.4. Suspensión de empleo por sentencia con pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho.

Esta última causa es la prevista en el punto 2 del artículo 112 LCM y ha de tratarse de una inhabilitación que impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones, inhabilitación que se produce en aquellas sentencias condenatorias dictadas con arreglo a lo dispuesto tanto en el Código Penal Militar como en el Código Penal, contra militares profesionales en las que, por ejemplo, se acuerda la inhabilitación especial del derecho a la tenencia de armas o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas¹⁸. Estas penas privativas de derechos, concretamente

¹⁴ El artículo 3.1 LCM establece que «Los españoles podrán vincularse profesionalmente a las Fuerzas Armadas como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento».

¹⁵ El artículo 2.1 de la LORDFAS establece que «Están sujetos a lo dispuesto en esta ley los militares que mantienen una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan su condición militar en suspenso».

¹⁶ Artículo 26 «Autoridades y mandos con potestad disciplinaria» y artículo 32 «Competencia de autoridades y mandos».

¹⁷ García Labajo, J. M. (2000). *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*. Ministerio de Defensa. Pp. 721 y ss.

¹⁸ Las penas privativas de derechos están previstas en el artículo 39 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con los efectos determinados en los artículos siguientes.

Estas penas privativas de derechos pueden ser impuestas igualmente en la jurisdicción militar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

el de tenencia de armas, puede tener trascendencia en las Fuerzas Armadas, en la medida que las armas son consustanciales a la profesión militar y esta privación o inhabilitación puede implicar que el militar no pueda desempeñar sus funciones adecuadamente, teniendo en cuenta su destino, cuerpo y especialidad fundamental o complementaria¹⁹.

En estos supuestos será procedente determinar si la inhabilitación especial impide o menoscaba totalmente el ejercicio de sus funciones por el militar o le incapacita totalmente para las mismas, en cuyo caso sí procedería el pase a la situación administrativa de suspensión de empleo por esta causa; o si simplemente le imposibilita para el desempeño de sus funciones en un determinado destino, siendo en estos casos quizás suficiente acordar el cese en el destino sin cambio de situación administrativa que afecte al condenado; cuestiones estas que deberán sopesarse en el expediente que en su caso se instruya al respecto.

No obstante, en ocasiones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal²⁰, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, en sentencias condenatorias contra militares, siendo conocedores de la profesión del condenado permiten el uso de armas limitado exclusivamente a actos de servicio y dentro de acuartelamientos, bases, buques, ejercicios y maniobras, puesto que la inhabilitación del derecho a la tenencia de armas puede tener repercusión en la actividad profesional de los militares, supuestos estos en los que ya no será necesario ni procedente el pase a la situación de suspenso de empleo o el cese en el destino, habida cuenta pueden desempeñar plenamente los cometidos y funciones propias de su destino.

2.3. Duración de la situación de suspensión de empleo

Dependiendo de la causa por la que el militar profesional pase a la situación de suspenso de empleo, la misma tiene distinta duración, puesto que en unos casos va ligada a la condena penal y en otros depende de la decisión de la autoridad administrativa correspondiente. Así:

2.3.1. Condena por sentencia firme a la pena de prisión.

En este caso y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 112.1.a) LCM el militar se encontrará en la situación de suspenso de empleo mientras se encuentre privado de libertad, esto es, cumpliendo la condena impuesta. No obstante, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Régimen Disciplinario Militar en cuanto

¹⁹ Los militares son depositarios de la fuerza y, como tales, deben usarla en la forma y con las condiciones que el Estado, de acuerdo con las Cortes Generales, les autorice a hacerlo.

²⁰ El artículo 45 del Código Penal dispone que «La inhabilitación especial para...cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva a la persona penada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido».

a la posibilidad de incoación de expediente disciplinario por la falta muy grave tipificada en el artículo 8.14 y en virtud del cual podría imponerse una sanción de incluso separación del servicio si concurren los presupuestos previstos en el mismo precepto.

2.3.2. Pena principal o accesoria, de suspensión militar de empleo o suspensión de empleo o cargo público.

La suspensión militar de empleo se encuentra prevista en el artículo 11 del Código Penal Militar y tiene una doble vertiente en el mismo: en primer lugar como pena principal menos grave prevista en el artículo 11.2.º, la cual tendrá una duración de entre tres meses y un día a tres años; y, en segundo lugar como pena accesoria, en cuyo caso, será la de duración de la condena de prisión de menos de tres años, tal y como determina el artículo 15.

Por lo que respecta a la suspensión de empleo o cargo público, se encuentra prevista entre las «penas privativas de derechos», artículo 39.b) y c) del Código Penal, distinguiendo entre inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, y suspensión de empleo o cargo público, teniendo una duración, según el artículo 40 del mismo Código Penal de tres meses a veinte años, las de inhabilitación especial, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.

2.3.3. Imposición de sanción disciplinaria de suspensión de empleo por falta muy grave.

En este supuesto y, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la LORDFAS, tiene una duración mínima de un mes y máxima de un año, salvo en el caso del artículo 8.14 que lo será como máximo por el tiempo de duración de la condena.

2.3.4. Suspensión de empleo por sentencia con pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho.

En este caso, dependerá de la pena de inhabilitación especial acordada, la cual, como se ha señalado, según el Código Penal puede tener una duración de tres meses a veinte años.

2.4. Efectos administrativos de la situación de suspensión de empleo

Los efectos administrativos de la situación de suspenso de empleo son diferentes según la causa, penal o disciplinaria, que determina el pase a esta situación. Así hay que señalar, como establece el artículo 112.3 LCM, que el pase a esta situación como consecuencia de condena penal, es decir, por las causas

previstas en el apartado 1.a) y 2, producirá «además del cese en el destino del militar, los mismos efectos que los establecidos para la situación de suspensión de funciones», siendo estos los previstos en el artículo 111 de la LCM. Así, el militar, desde que se acuerda la medida, cesa en su destino y no ejerce sus funciones, quedará inmovilizado en el escalafón en el puesto que ocupe en el momento de adoptarse tal medida, no computándose como tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos. A estos efectos deben añadirse además los efectos económicos que tiene esta medida, previstos en el Reglamento de Retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas²¹, pues su artículo 8 establece que únicamente se percibirá el 75 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias, según el artículo 2 del mismo reglamento), así como toda la prestación familiar y de las pensiones de mutilación y recompensas a que se pudiera tener derecho.

En el caso del pase a la situación como consecuencia de sanción disciplinaria, según el artículo 19 de la LORDFAS supone la privación de todas las funciones propias del empleo, causando el cese en el destino únicamente cuando la sanción impuesta fuese por un periodo superior a seis meses. Así, tal y como tiene establecido la jurisprudencia²², se trata de un efecto legalmente determinado de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo cuya duración exceda de seis meses.

Son diferentes también los efectos desde el punto de vista de ejecutividad y efectividad del pase a la situación militar de suspenso de empleo, ya que en el caso de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo por falta muy grave, como todas las sanciones disciplinarias, será inmediatamente ejecutiva, según dispone el artículo 60 de la LORDFAS²³ y por lo tanto la publicación correspondiente en el *Boletín Oficial de Defensa* por la que se disponga el pase a esta situación administrativa, determinará como fecha de efectividad la de la notificación de la resolución sancionadora, la cual igualmente será independiente de si por el sancionado se interpone o no recurso contra la misma, ya que según el artículo 68 de la misma LORDFAS la interposición del recurso no impide el cumplimiento de la sanción, pudiendo no obstante el sancionado solicitar la suspensión de la sanción durante el tiempo de tramitación del recurso, según establece el artículo 72, cuando la ejecución pudiera causarle perjuicios de imposible o difícil reparación.

En el caso de que el pase a la situación administrativa de suspenso de empleo sea como consecuencia de condena penal, ya como pena principal, ya como pena accesoria, habrá que estar a la ejecución del fallo, sin necesidad de previo pronunciamiento por la Administración, ya que como señala Suárez Leoz²⁴, la decisión administrativa trae causa de una actuación judicial precedente, cuyo

²¹ Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.

²² STS (Sala de lo Militar, Sección 1.ª) Sentencia núm. 13/2020 de 11 de febrero, ponente Excmo. Sr. Fernando Pignatelli Meca.

²³ El artículo 60.1 de la LORDFAS dispone que «Las sanciones disciplinarias serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen...».

²⁴ Suárez Leoz, D. *Las situaciones administrativas de suspensión de empleo y suspensión de funciones. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico*

conocimiento es patente por el interesado en la que ha tenido oportunidad de oponerse y manifestar lo que estimara oportuno en su defensa, y el cambio de tal situación administrativa no exige ni la notificación del inicio de las actuaciones ni la previa audiencia del interesado, al ser una consecuencia *ipso iure* establecida.

Cuestión distinta es la decisión administrativa de pase a la situación administrativa de suspensión de empleo en el supuesto previsto en apartado 2 del artículo 112 de la LCM, ya que en este caso sí se trata de una potestad discrecional del ministro de Defensa como autoridad competente y, como tal potestad sujeta a discrecionalidad, requerirá la tramitación de un expediente administrativo al respecto en el que, previo trámite de audiencia al interesado en los términos establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, se dicte la resolución que proceda, la cual en cualquier caso no tiene por qué tratarse de pase a la situación de suspensión de empleo, puesto que, como se señaló anteriormente, es posible que proceda únicamente el cese en el destino del condenado, sin merma de su empleo y funciones, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Destinos del Personal Militar.

3. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUSPENSIÓN DE FUNCIONES

Aun cuando el artículo 111.3 LCM dispone que «El pase a la situación de suspensión de empleo por alguna de las causas definidas en el apartado 1.a) y en el apartado 2, producirá, además del cese en el destino del militar, los mismos efectos que los establecidos para la situación de suspensión de funciones», no se trata, aun cuando sus efectos sean los mismos, de la misma situación administrativa, pues no tienen la misma naturaleza.

Así, en voto particular del magistrado D. Ángel Calderón Cerezo, al que se adhirió el magistrado D. Fernando Marín Castán, en el Recurso contencioso-disciplinario militar núm. 201/55/2019²⁵ señala que la medida de suspensión de funciones es de carácter no sancionador y obedece a razones de ejemplaridad y eficacia, y a la necesidad de restablecer enseguida la disciplina, fundamental. Se trata por tanto, según señalan los tribunales²⁶, de un precepto legal regulador de un aspecto de la relación funcional que está sometida al *ius variandi* del legislador. Se trata por tanto del pase de una situación administrativa a otra que puede acordar la Administración cuando concurren los presupuestos legales para ello y que es independiente de la voluntad del interesado, porque no es un efecto directo de los hechos imputados, sino un efecto legal del procedimiento penal seguido, concretamente del auto de procesamiento, en el que se basó la Administración

militares/III Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de la Defensa. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. Pp. 223 y ss.

²⁵ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Sección 1.^a, núm.13/2020 de 11 de febrero.

²⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 2000.

para acordar el cambio de situación administrativa y cuyo contenido se fija en el proceso penal y no puede ser modificado en el procedimiento administrativo, o lo que es lo mismo, los presupuestos de hecho del cambio de situación administrativa se han fijado en el proceso penal, en el que se han observado todas las garantías, y no pueden ser rebatidos en el procedimiento administrativo alegando que los únicos hechos probados en un proceso penal son los consignados en la sentencia que se dicte en su día, pues el cambio de situación no es un efecto de la sentencia sino del procedimiento judicial.

De este modo, la situación de suspensión de empleo es consecuencia de una sentencia condenatoria penal o resolución sancionadora, en ambos casos firmes; mientras que la suspensión de funciones es una medida cautelar de naturaleza administrativa que se puede acordar en el seno de un procedimiento penal o disciplinario en aquellos casos en que concurran los presupuestos previstos en el artículo 111, esto es, que exista procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un procedimiento disciplinario por falta muy grave. Concurriendo estos presupuestos corresponderá al ministro de Defensa, valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera a las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, determinar si procede acordar la suspensión del militar implicado en el ejercicio de sus funciones, determinando expresamente si dicha suspensión conlleva el cese en el destino.

Queda claro y patente por tanto que se trata de una medida cautelar de naturaleza administrativa cuya finalidad es el mantenimiento y salvaguarda de la disciplina o del daño a la imagen y prestigio de las Fuerzas Armadas como institución, que se adoptará, si procede y concurren los presupuestos, en un procedimiento administrativo separado en el que resultará preceptivo el trámite de audiencia al interesado a fin de que pueda conocer y, en su caso, impugnar las razones que aduce la Administración militar para acordar su cambio de situación administrativa²⁷.

En cualquier caso y, tal como señala el apartado 5 del artículo 111 LCM, en caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del procedimiento disciplinario sin declaración de responsabilidad, será repuesto en su destino si a su derecho conviniera, recuperará su situación en el escalafón correspondiente y el ascenso que hubiera podido corresponderle. Y, aunque no expresamente previsto, deberá ser reintegrado en los haberes dejados de percibir y el tiempo transcurrido en dicha situación le será computable a todos los efectos.

4. CONCLUSIONES

Constituyen las situaciones administrativas del personal militar y, entre ellas, la situación de suspensión de empleo, a pesar de sus similitudes con las

²⁷ El artículo 111.7 establece que «En todos los supuestos anteriores, antes de adoptar la correspondiente resolución, se dará trámite de alegaciones al interesado».

situaciones administrativas de los funcionarios públicos, uno de los rasgos que caracterizan el carácter estatutario e institucional de las Fuerzas Armadas y que tiene como presupuesto el ostentar la condición de militar profesional en la situación de servicio activo, suspensión de funciones o reserva.

La situación de suspensión de empleo que se acuerda respecto del militar tiene como objetivo preservar la ejemplaridad en el ejercicio de sus funciones, ejemplaridad que tiene como presupuesto su ejercicio y reflejo en la sociedad en la que vive. El militar, sujeto a un código deontológico más exigente que el de otros servidores públicos, debe ser consciente y actuar en sociedad siendo consciente del *plus* de moralidad que debe mostrar como consecuencia de su pertenencia a las Fuerzas Armadas.

La suspensión de empleo no es simplemente una situación administrativa a la que corresponde el pase en los supuestos previstos en el artículo 112 LCM, sino que además con ella se trata de proteger o restablecer incluso el daño que a la imagen de las Fuerzas Armadas se haya podido hacer, sobre todo en aquellos casos en los que la situación administrativa es consecuencia de un procedimiento disciplinario tramitado con arreglo a lo dispuesto en la LORDFAS, la cual, como señala su artículo 1, constituye código de conducta de los militares, sobre todo en lo que a disciplina, jerarquía y unidad se refiere, principios básicos en las Fuerzas Armadas. Por ello, son duros los efectos administrativos y retributivos de esta medida con respecto a la carrera profesional del militar.

La protección a la disciplina, a la imagen de las Fuerzas Armadas y a su buen nombre se realiza, incluso con carácter preventivo, a través de la medida a la que se ha hecho referencia de suspensión de funciones, puesto que en los supuestos en los que se acuerda es con carácter discrecional y cuando están en juego los valores superiores de la institución que se trata de proteger.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aldeguer Martínez, I. R. (2001). Análisis de las situaciones administrativas en la Ley 17/1999. En: *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico militares/III Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa*. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.
- Álvarez Roldán, L. y Fortún Esquifino, R. (1986). *La Ley Disciplinaria Militar*. Pamplona, Aranzadi.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (2022). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Segunda edición, Madrid, Ed. Civitas.
- Parada, R. (1986). *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. Quinta edición. Madrid, Marcial Pons.

- Sedano Lorenzo, A. y Casasola Gómez-Aguado, A. (2012). Las consecuencias jurídico-administrativas del militar delincuente (y presunto). *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 27.
- Villasante y Prieto, J. L. (2000). *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*. Madrid, Ministerio de Defensa.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Jesús Ayala González
Capitán auditor

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Configuración legal y jurisprudencial del delito de encubrimiento. 3. Su aplicación al ámbito de la jurisdicción militar. 4. Conclusiones.

RESUMEN. El presente trabajo de investigación jurídica tiene por objeto analizar los problemas que la aplicación del delito *común* de encubrimiento puede conllevar en el ámbito de una jurisdicción especializada como es la jurisdicción militar, ante la posible concurrencia de comportamientos que, en mayor o en menor medida, pueden impedir la investigación, enjuiciamiento y punición de los delitos atribuidos al conocimiento de aquella.

1. INTRODUCCIÓN

El delito de encubrimiento se encuentra tipificado en el Código Penal de 1995¹ dentro del capítulo III, «Del encubrimiento», del título XX, «Delitos contra la Administración de Justicia», de su libro II, «Delitos y sus penas», en los términos que se reproducen a continuación:

Artículo 451

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* número 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante, CP.

1. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.
2. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.
3. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del rey o reina, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la reina consorte o del consorte de la reina, del regente o de algún miembro de la regencia, o del príncipe o princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.
 - b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquel fuera grave».

Artículo 452

«En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si este estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a esta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Artículo 453

«Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena».

Artículo 454²

«Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451».

² El precepto recoge una excusa absoluta.

Como consecuencia de su ubicación sistemática, puede señalarse que, con carácter general, el bien jurídico tutelado a través de dicha figura delictiva es la Administración de Justicia, en su función de averiguación y persecución de delitos mediante la tipificación de una serie de conductas claramente dirigidas a burlar la acción de la justicia³.

En cuanto a su naturaleza jurídica, ha de destacarse que no constituye una forma degradada de participación delictiva, porque no puede hablarse de participación en lo ya acabado; se trata de un delito de referencia, en cuanto su punición viene condicionada por la existencia de, al menos, un hecho típico y antijurídico e igualmente limitada por la gravedad de la punición del delito encubierto, consumándose mediante la ejecución de la acción encubridora, aunque no produzca el resultado apetecido en todo o en parte⁴; es decir, se configura como un delito de simple actividad en el que, por ende, no caben formas imperfectas de ejecución como la tentativa⁵.

2. CONFIGURACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

2.1. Consideraciones generales

De la lectura del artículo 451 CP se colige que se recogen tres clases de encubrimiento en sus respectivos apartados: en el primero, auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del delito cometido, lo que se conoce como auxilio complementario; en el segundo, donde se castiga el tratar de que el delito no sea descubierto o favorecimiento real; y en el tercero, donde se sanciona el pretender que los autores eludan las consecuencias penales de su conducta, denominado por la doctrina como favorecimiento personal.

Las tres modalidades de encubrimiento comparten los mismos elementos del tipo, que son: la comisión previa de un delito, el no haber intervenido en el mismo como autor o cómplice y el conocimiento de su comisión. Además, al estar recogidas de forma alternativa, basta con que concurra una de ellas para que el delito quede perfeccionado; de igual forma, aunque se realice más de una, existirá un único delito de encubrimiento.

En relación al primero de dichos elementos, debe precisarse que el delito encubierto y el de encubrimiento pueden ser juzgados en causas distintas, no siendo imprescindible tampoco que el primero haya sido sometido a enjuiciamiento con anterioridad. Además, no se excluye que pueda enjuiciarse un delito de encubrimiento sin juzgar a los autores principales, en cuyo caso es factible que

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 21/2000, de 26 de marzo de 2000.

⁴ Así lo recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.ª) número 166/2017, de 13 de marzo de 2017.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1655/2001, de 22 de febrero de 2001.

el tribunal exprese una calificación del hecho principal, pero solo con limitados efectos en el delito que se juzga⁶.

En cuanto al requisito relativo a no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, conlleva que tanto el auto encubrimiento como el encubrimiento del cómplice son conductas postdelictuales impunes. Así, el Tribunal Supremo⁷ define el autoencubrimiento como la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma y, conforme a reiterada jurisprudencia⁸, es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices de cada caso en particular⁹.

Por último, el elemento subjetivo del tipo consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, —esto es, el conocimiento de la noticia o percepción que se tiene de ese acto ilícito previo constituye un estado anímico de certeza que permite al encubridor conocer la transgresión punible cometida, pero no de forma absolutamente precisa en sus circunstancias—, se traduce en la exigencia de un actuar doloso, en cuanto que requiere, no una simple sospecha o presunción, sino un conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos¹⁰. Además, la adecuación de la acción al tipo del encubrimiento no depende de que el delito encubierto se haya consumado¹¹.

En lo que atañe al momento del conocimiento, «ha de ser previo a la realización de su conducta, si bien se plantean problemas cuando el encubridor al realizar su actividad no conocía la comisión anterior de un delito, averiguándolo después. Si en el primer momento, la acción sería impune, una vez que continúe su actividad, ya enterado del delito, desarrollaría un encubrimiento»¹².

Ahora bien, en el caso del favorecimiento real y, a diferencia de los tipos de favorecimiento personal, no es necesario que el autor del encubrimiento conozca quién es el autor del delito encubierto, siendo suficiente la percepción por el encubridor de la existencia de hechos delictivos y que la finalidad de la conducta

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 214/2005, de 22 de febrero de 2005.

⁷ Sentencia número 62/2013, de 29 de enero de 2013.

⁸ Expuesta entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 497/2012, de 4 de junio de 2012.

⁹ A título ilustrativo, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 62/2013, de 29 de enero de 2013, correspondiente al «caso de Marta del Castillo», que confirma la condena por el delito de asesinato y añade la de un delito contra la integridad moral de los previstos en el artículo 173.1 CP, por las sucesivas versiones prestadas por el condenado sobre el paradero del cadáver.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 178/2006, de 16 de febrero de 2006.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1290/2005, de 17 de noviembre de 2005.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1216/2002, de 28 de junio de 2002.

de ocultación, alteración o destrucción del objeto material del delito sea precisamente el impedir el descubrimiento del delito encubierto¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior y dadas las limitaciones de extensión del presente trabajo, se analizan a continuación, brevemente, la figura del auxilio complementario y, con cierto mayor detalle, las de favorecimiento real y personal.

2.2. El auxilio complementario

También conocido como auxilio en beneficio ajeno, implica toda actividad de favorecimiento de los autores o cómplices de un delito para que se beneficien del provecho, producto o precio del mismo, precisándose que el encubridor no lleve a cabo su comportamiento con ánimo de lucro, ya que, si así fuera, incurriría en un delito de receptación¹⁴.

2.3. El favorecimiento real

«La expresión del código de ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, se refiere a este y sus elementos estructurales: delito, autor, identidad, circunstancias y demás extremos que concretan un hecho punible»; en particular, el término *ocultar* ha de interpretarse en su acepción gramatical de «esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa», y que la acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos del delito»¹⁵; *alterar* equivale a «cambiar la esencia o forma de una cosa»; e *inutilizar* consiste en «hacer inútil, vana o nula una cosa», de forma que lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión¹⁶.

En lo referente a lo que ha de entenderse por cuerpo, efectos e instrumentos del delito, la doctrina jurisprudencial, partiendo de las previsiones contenidas en el capítulo II «Del cuerpo del delito», título V, rubricado «De la comprobación

¹³ Tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, número 6/2011, de 12 de abril de 2011.

¹⁴ Se tipifica en el artículo 298 CP, cuyo apartado primero determina que «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años». Junto a ello, el artículo 85 CPM lo tipifica como delito específicamente militar en los siguientes términos: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con las penas y medidas previstas en cada caso por los artículos 298, 303 y 304 del Código Penal».

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fechas 6 de febrero de 1982 y 15 de febrero de 1993.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 178/2006, de 16 de febrero de 2006.

del delito y averiguación del delincuente», del libro II «Del sumario» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el cuerpo del delito es el género y los efectos e instrumentos son especies de aquel, determina que «como cuerpo del delito han de reputarse todos los medios materiales que prueben su existencia o sirvan a los pretendidos fines»¹⁷; «los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción», mientras que «los instrumentos son, en cambio, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal»¹⁸.

Por tanto, lo que reclama el precepto es una actuación material sobre los objetos que enumera, sin que la simple utilización de recursos verbales para tratar de persuadir a otros de algo que no es real constituya una clase de actuación que pueda ser asimilada a alguna de las modalidades descritas, que consisten en diversas formas de intervención sobre las cosas o en algún supuesto de interposición espacial entre ellas y el tercero observador, con objeto de impedir que puedan ser vistas o reconocidas¹⁹.

2.4. El favorecimiento personal

Por lo que respecta a la modalidad de encubrimiento prevista en el apartado tercero del artículo 451 CP —el favorecimiento personal—, se precisa que el auxilio tenga como finalidad la de eludir la investigación oficial o sustraerse a la acción de la justicia y que, además, concurra o bien alguno de los delitos que enumera su apartado a) o bien que, conforme dispone su apartado b), «el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas». En esta modalidad, el encubridor, conociendo la comisión de un hecho delictivo, ayuda a los presuntos responsables a eludir la investigación por parte de las autoridades, esto es, a evitar que sean descubiertos y acusados del delito, o a sustraerse a la busca o captura, es decir, que sean atrapados una vez conocida la comisión del delito y su presunta relación con él²⁰.

A diferencia del favorecimiento real, el tipo del artículo 451.3 CP no queda restringido a determinadas conductas, sino que abarca todas aquellas que persigan el objetivo de eludir la investigación o la búsqueda y captura de los presuntos responsables del hecho delictivo: la utilización del verbo *ayudar* permite así incluir un amplio abanico de comportamientos²¹, tales como la elaboración de pruebas falsas cuyo objeto sea la exoneración del responsable del delito, entre

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 651/1993, de 15 de febrero de 1993.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de marzo de 1999.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 847/2004, de 5 de julio de 2004.

²⁰ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, números 709/1999, de 7 de junio de 1999 y 1151/2005, de 11 de octubre de 2005.

²¹ A título meramente ilustrativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6.ª, de 30 de diciembre de 2003, recoge la comunicación al presunto delincuente por el encubridor de la marcha de las investigaciones policiales y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de octubre de 2022, la mera localización de un médico para aliviar el dolor y procurar la sanidad del presunto delincuente fuera de los cauces sanitarios ordinarios.

ellas, la falsificación de documentos o la prestación de testimonios mendaces e, incluso, tienen cabida también aquellas actuaciones sobre medios materiales de prueba en la medida que no estén abarcados por el artículo 451.2 CP, siempre que posean entidad probatoria similar a los contemplados en el mismo; esto es, que es necesario que dichas conductas revistan la idoneidad para la consecución de aquella finalidad. Por ello, para satisfacer el tipo no basta con la ejecución de cualquier comportamiento con tal de que esté presidido por el mencionado objetivo.

Por lo que se refiere a la enumeración de los delitos enunciados en su apartado a), la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el término homicidio, habiendo determinado que incluye los tipos delictivos previstos en el título I del libro II del CP, relativo a «del homicidio y sus formas», a excepción del homicidio imprudente²².

En cuanto a la exigencia contenida en el apartado b) consistente en que «el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas», se precisa que el encubridor sea autoridad o funcionario público, tal y como aparecen definidos en el artículo 24 CP²³, y que realice la conducta de favorecimiento personal dentro del ejercicio de las competencias que le son propias, de las que hace mal uso, es decir, que la acción favorecedora se realice mediante el prevalimiento abusivo de dicha condición funcional²⁴.

3. SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Una vez analizada la configuración legal y jurisprudencial de dichas modalidades delictivas, resulta imprescindible tomar en consideración el contenido del artículo 12.1 bis²⁵ de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar²⁶, en tanto que atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos «previstos en los capítulos I al VIII del título XX del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos

²² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de febrero de 2006.

²³ «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los fiscales de la Fiscalía Europea.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 67/2006, de 7 de febrero de 2006.

²⁵ Añadido en virtud de lo previsto en el apartado segundo de la disposición final primera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, *BOE* número 247, de 15 de octubre de 2015; en adelante CPM.

²⁶ Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, *BOE* número 171, de 18 de julio de 1987; en adelante LOCOJM.

militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares»²⁷.

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar cuáles son los delitos militares, cuestión que resuelve el artículo 9.1 CPM: «Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el libro segundo de este código».

Además, tal y como determina su apartado segundo, los delitos de traición, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes y de rebelión se configuran como delitos militares cuando concurren determinadas circunstancias: los delitos de traición y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado deben cometerse con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; y, el delito de rebelión, cuando se haya cometido en caso de conflicto armado internacional²⁸.

²⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, número 85/2019, de 15 de julio de 2019 resulta especialmente ilustrativa a este respecto, cuando expone en su fundamento jurídico primero que «En cualquier caso, la competencia de la jurisdicción especializada que es la castrense para conocer de los hechos enjuiciados se desprende precisamente de la literalidad de los propios preceptos legales citados por la parte en su escrito de recurso, comenzando, esencialmente, por el apartado 1.bis del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, apartado añadido, con efectos de 15 de enero de 2016, por la disposición final primera. Dos de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, y que, “en tiempo de paz”, atribuye a la jurisdicción militar la competencia en materia penal para conocer de los delitos “previstos en los capítulos I al VIII del título XX del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares”. De acuerdo con este precepto resulta que a partir del 15 de enero de 2016 los órganos de la jurisdicción militar resultan competentes para conocer de los delitos contra la administración de justicia que se castigan en los capítulos I a VIII —prevaricación judicial, omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, encubrimiento, realización arbitraria del propio derecho, acusación y denuncias falsas y simulación de delitos, falso testimonio, obstrucción a la justicia y deslealtad profesional y quebrantamiento de condena— del título XX del libro segundo del Código Penal, a los que se efectúa un reenvío formal o no recepticio.

En definitiva, el nuevo apartado 1.bis del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, constituye una norma estrictamente competencial que extiende a los delitos contra la administración de justicia —a excepción, lógicamente, de los delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional que se residen en el capítulo IX del aludido título XX del libro segundo— el conocimiento por la jurisdicción militar, cuando, como ha sido el caso, hayan sido “cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares”, modificando así el criterio seguido en el derogado código punitivo marcial de 1985 que tipificaba como delitos militares, en general impropios, los “delitos contra la administración de la justicia militar”, ubicados en el título VIII de su libro II; se superan así en 2015 las insuficiencias de que, en esta materia, adolecía el Código Penal Militar de 1985, evitando además, por el sistema o la técnica del reenvío formal o no recepticio, la posible e indeseable alternatividad normativa entre el nuevo texto punitivo marcial y el Código Penal, ello en orden a reforzar la independencia de los órganos judiciales militares como autodefensa frente a los delitos que se cometan contra el ejercicio de su potestad jurisdiccional».

²⁸ Es preciso destacar que la jurisdicción militar puede conocer también de delitos no militares, tal y como se recoge en las disposiciones del capítulo I, «De la competencia de la jurisdicción» del título I, «De los límites de la jurisdicción militar, de los conflictos de jurisdicción y de las cuestiones

Pues bien, una vez atribuido al conocimiento de la jurisdicción militar el delito de encubrimiento, cuando este se haya cometido «en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares», se analizan a continuación una serie de aspectos sobre los que testar los posibles problemas que puede conllevar su aplicación.

3.1. El favorecimiento real como modalidad de concurrencia *típica*

Las propias características de la organización castrense y la naturaleza de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas pueden coadyuvar a que en determinados casos se gesten conductas que tienen como finalidad evitar el encubrimiento y, en su caso, la punición de conductas de apariencia delictiva.

En particular, las misiones que pueden desplegarse fuera del territorio nacional en estados fallidos o dentro del mismo no admiten parangón con las realizadas por otros cuerpos de la Administración²⁹. Y es que, en algunos de estos supuestos, resulta frecuente que se encuentren al margen de la inmediata intervención de cualquier autoridad policial o judicial, por lo que gravita sobre el mando responsable de la unidad desplazada un especial deber de diligencia a la hora de adoptar las medidas a su alcance para asegurar el extravío o la adulteración de las fuentes de prueba.

Sobre la base de la idea expuesta, la intervención sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del hecho de apariencia delictiva puede tornarse realidad, salvo que el mando militar disponga lo necesario para evitar su modificación: toma de fotografías o vídeos del lugar, confección de planos o dibujos, acotamiento de la zona de interés hasta la llegada de la policía o autoridad judicial, toma de declaración a los testigos del incidente, entre otros³⁰.

3.2. La enumeración de delitos del artículo 451.3 a) CP

Resulta obvio que ninguno de los delitos que enumera el artículo 451.3 a) CP se encuentra tipificado, como tal, dentro del CPM³¹. No obstante, de la misma forma que el legislador del CP optó por restringir la modalidad de favorecimiento

de competencia», de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

²⁹ Previstas en el título III, «Misiones de las Fuerzas Armadas y su control parlamentario», de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (*BOE* número 276, de 18 de noviembre de 2005).

³⁰ El artículo 145 LPM es especialmente ilustrativo al señalar que «Si los hechos que hubieren motivado el atestado acaecieren encontrándose la unidad en lugar aislado o lejano de la sede del juez togado, el buque o aeronave en navegación, y el instructor estimare que no podrá hacer entrega de lo instruido al juez togado en el plazo de tres días, deberá, dentro de ese plazo, dejar sin efecto la detención, salvo que el juez togado acordase la prisión preventiva, continuando la tramitación del atestado, que entregará a este tan pronto como le fuese posible».

³¹ Sin perjuicio de lo que se expuso más arriba al hilo de lo previsto en el artículo 9.2 CPM.

personal a determinados delitos tipificados en dicho cuerpo normativo, el legislador del CPM hizo lo propio, si bien disponiendo la inclusión en bloque de cualesquier delito militar.

Por ello, la técnica empleada es la de remisión normativa, si bien de manera no incondicional, al no limitarse a la enumeración de dichos delitos comunes que recoge la norma a la que reenvía, optando por incluir la totalidad de los delitos militares.

Sin perjuicio del análisis específico de la figura del homicidio que se expone más adelante, esta circunstancia lleva a considerar que, con la finalidad de evitar una interpretación *ad absurdum*, dicha enumeración se encuentra integrada por cualesquier delito militar y ello por cuanto que la remisión que efectúa el artículo 12.1 bis LOCOJM aparece configurada en términos generales, al proclamar que genéricamente se refiere a delitos militares.

3.3. El abuso de funciones públicas del favorecedor cuando este es militar

Como se exponía *ut supra*, la referencia contenida en el apartado b) del artículo 451.3 CP consistente en que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas, ha de entenderse en relación con la definición legal de autoridad y funcionario público que se contiene en el artículo 24 CP.

En dicha noción resulta perfectamente subsumible la condición de militar. Y es que, el militar se configura como un servidor público *sui generis*, existiendo una relación jurídico-pública de carácter permanente cuando se ha adquirido la condición de militar de carrera y, de carácter temporal, mediante la firma de los correspondientes compromisos por determinados periodos de tiempo³².

De la misma forma, dado que, con carácter general, el sujeto activo de los delitos militares ha de ser un militar, no parece que este elemento pueda plantear mayores problemas interpretativos mediante la simple traslación del concepto de militar que, a los efectos de su aplicación, recoge el CPM en su artículo 2³³.

³² Así lo establece el artículo 3.6 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, extendiendo tal condición a los alumnos en centros docentes militares, conforme a lo dispuesto en su título IV, y a los reservistas cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas, según lo previsto en su título VI. Además de ello, su artículo 5 es claro al señalar que «Los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar», y el artículo 5 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas contiene la enumeración de los principios a que ha de someterse la «Actuación del militar como servidor público».

³³ «Son militares, a efectos de este código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica:

1.º. Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar.

2.º. Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, para que pueda apreciarse la concurrencia de este elemento es necesario que el militar obre con un exceso de su estatus. En este caso, esta modalidad parece estar destinada a ser aplicada a aquellos militares que puedan ostentar una específica responsabilidad en el ámbito en el que se produce el delito que se pretende encubrir³⁴ o bien sobre la persona sobre la que pesan los indicios racionales de haber cometido el hecho de apariencia delictiva en cuestión³⁵. Por ello, para su adecuada valoración en cada caso concreto, se precisa examinar las normas específicas que regulan la actuación del militar³⁶.

3.4. La prestación de falso testimonio sobre hechos de apariencia delictiva

En el ámbito castrense suelen realizarse bajo una pluralidad de denominaciones³⁷ investigaciones de carácter interno ajenas a un proceso penal sobre hechos de cierta entidad que sirven al mando militar para adquirir un conocimiento de aquellos y decidir las acciones que, dentro del ámbito de las competencias que tienen atribuidas, corresponde adoptar³⁸.

3.º. Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar.

4.º. Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil.

5.º. Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción o sitio y normas de desarrollo.

6.º. En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil.

7.º. Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora».

³⁴ Piénsese, por ejemplo, en el militar que ostenta el mando de una pequeña unidad que realiza una actividad de instrucción y adiestramiento determinada, como puede ser, una marcha continuada o un ejercicio de tiro, y que ordena a los militares bajo su mando que mientan a la hora de prestar declaración sobre el incidente de apariencia delictiva sucedido durante el curso de aquella.

³⁵ Verbigracia, el jefe de una unidad que, requerido formalmente por las autoridades policiales o judiciales competentes para informar sobre el paradero de un militar destinado en la unidad bajo su mando a los efectos de practicar su detención como presunto autor de una infracción penal militar, no lo hace y, en su lugar, le autoriza su salida del acuartelamiento y el uso de los medios de transporte oficiales al efecto.

³⁶ Además de las ROFAS, me refiero a las normas específicas de cada puesto que se ocupe o del cometido o función que se desempeñe por parte del militar encubridor.

³⁷ Algunas de ellas son información previa, información reservada, atestado o información de carácter no judicial, al margen de las declaraciones en sentido estricto que se pueden practicar como diligencias propias de la instrucción de expedientes administrativos, sean de carácter disciplinario o de otro tipo (de baja temporal para el servicio, de pérdida de aptitud psicofísica, de lesión o muerte producidas en acto de servicio...).

³⁸ En el abanico de posibilidades se incluye la incoación de los procedimientos disciplinarios oportunos para el ejercicio de la potestad sancionadora, el traslado de las investigaciones realizadas a la fiscalía jurídico militar o al juzgado togado militar que resulte competente para conocer de los hechos de apariencia delictiva en cuestión, o medidas de carácter exclusivamente administrativo, como pueden ser la reubicación del interesado en puesto de trabajo distinto al inicialmente asignado en la unidad de destino, el cese en la percepción de determinados complementos retributivos o el cese en el destino en caso de que se trate de libre designación.

Para la instrucción de las mismas, resulta esencial la toma de declaraciones a los sujetos que han intervenido en los hechos investigados, bien por haberlos presenciado, bien por haber tenido noticia de ellos.

Ahora bien, para valorar la entidad de dichas manifestaciones, resulta necesario atender a dos elementos: de un lado, el ámbito en que se llevan a cabo; y, de otro, los elementos que se silencian o distorsionan en la declaración, ya que no todo elemento transmitido de forma mendaz merecerá una respuesta de carácter penal.

Respecto al primero, me refiero a la necesaria distinción entre aquellas y las declaraciones prestadas en el seno de un procedimiento judicial.

3.4.1. *El delito de deslealtad militar*

Las declaraciones que se prestan *extra muros* de un procedimiento judicial puedan dar lugar en determinados casos a un delito de deslealtad militar, que se encuentra tipificado en el artículo 55 CPM.

Dicho precepto se ubica sistemáticamente en el capítulo II, «Deslealtad», del título IV «Delitos contra los deberes del servicio», del libro II «Delitos y sus penas» del CPM, y dispone que «El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efectos».

Con arreglo a pacífica doctrina jurisprudencial, el bien jurídico objeto de protección a través de dicha figura delictiva «es plural o múltiple, a saber, tanto el valor de la lealtad que ha de presidir las relaciones funcionales o de servicio entre los militares como el interés de este último», de manera que «la inveracidad o mendacidad, total o parcial, que se sanciona ha de guardar relación y ha de tener potencialidad para perjudicar o lesionar gravemente el servicio»³⁹.

Además de ello, ha especificado que los elementos de tipicidad exigidos por la modalidad delictiva consistente en dar a sabiendas información falsa sobre asuntos del servicio, que es la que en principio podría integrar el supuesto que se plantea, son los siguientes: de carácter objetivo, la condición de militar del sujeto activo; que la información sea mendaz en el sentido de que no se ajuste a la realidad y que, además, guarde relación con el servicio, que es el contexto en que la infidelidad se produce y que por sus características ha de tener aptitud para perjudicarlo, resultando atípicas, las mendacidades que no guarden aquella vinculación o que por sus características no incorporen el dato de la lesividad, de manera que no toda manifestación contraria a la verdad constituye en sí misma delito de deslealtad, sino solo la transmisión de información que objetivamente,

³⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, número 110/2019, de 24 de septiembre de 2019.

por su contenido, tenga entidad bastante para afectar al servicio y merecer una respuesta punitiva⁴⁰.

Asimismo, como elemento subjetivo, se exige el dolo en el autor, que ha de abarcar el conocimiento de que la información que se suministra es falsa y la intención de afectar al servicio, en el sentido de que el autor debe obrar, por ende, con conocimiento de los elementos objetivos del tipo y con voluntad de hacer lo que previamente conoce, siendo un dolo de intención o de primer grado, en la medida en que se obra con propósito de engañar o confundir al destinatario de la información, aunque no tiene por qué abarcar resultado alguno porque el delito es de mera actividad, en que el resultado coincide con la realización de la conducta que la norma prohíbe.

3.4.2. *El delito de falso testimonio*

A diferencia de lo anteriormente expuesto, las declaraciones prestadas en el seno de un procedimiento judicial puedan ser constitutivas de un delito de falso testimonio⁴¹.

El referido delito se encuentra tipificado en el capítulo VI, del título XX, del libro II CP, que aparece integrado por los artículos 458 a 462⁴², por lo que el bien jurídico protegido es también la Administración de Justicia⁴³.

Además, se configura sobre la base de un tipo nuclear básico, el del artículo 458.1 CP⁴⁴, que se disgrega en su apartado segundo en dos tipos agravados en atención a que el procedimiento en que se haya prestado el falso testimonio sea criminal por delito o que como consecuencia del mismo haya recaído sentencia condenatoria; y otro, cuando se ha prestado ante tribunales internacionales

⁴⁰ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de 1 de diciembre de 2005, 2 de julio de 2012 y 5 de junio de 2015.

⁴¹ En algunos casos en los que no se cumplan los requisitos de tipicidad, puede plantearse la posibilidad de que den lugar a un delito de deslealtad.

⁴² Su ubicación sistemática permite que sea conocido por la jurisdicción militar, al igual que el delito de encubrimiento.

⁴³ Tal y como expone la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de marzo de 2006, «Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace hartamente difícil. No siempre, sin embargo, la mentira —acto inmoral— recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre solo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo este seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira solo es admisible —y obligada— cuando esta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la ley penal».

⁴⁴ «El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses».

(artículo 458.3 CP). También se recoge el tipo agravado cuando sea cometido por sujetos, peritos e intérpretes⁴⁵ y cuando no se faltara sustancialmente a la verdad⁴⁶, la presentación de los sujetos anteriores en causa judicial⁴⁷ y, por último, la exención o atenuación de la pena consiguiente a la retractación, si esta se lleva a efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 462 CP⁴⁸.

De todos ellos, interesa analizar el tipo básico. Así, se trata de un delito especial de simple actividad y, además, de un delito especial de propia mano, en tanto que solo puede cometerlo aquel que es testigo en causa judicial.

En cuanto a lo que haya de entenderse por testigo, el artículo 360 LEC es claro al definirlo como cualquier persona, distinta de las partes, que tiene «noticia de los hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio»⁴⁹.

El núcleo de la conducta típica consiste en faltar a la verdad en su testimonio, que constituye el elemento objetivo de tipicidad, debiendo recaer sobre extremos sustanciales o esenciales⁵⁰ y realizarse en un proceso judicial⁵¹; esto es, no

⁴⁵ Artículo 459: «Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años».

⁴⁶ Artículo 460: «Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años».

⁴⁷ Artículo 461: «1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años».

⁴⁸ «Quedaría exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado».

⁴⁹ Clásica es la distinción entre testigo presencial, el que ha visto u oído los hechos sobre los que ha de deponer, y de referencia, esto es, el que sabe de los mismos en función de lo que otro le ha referido.

⁵⁰ A diferencia del tipo previsto en el artículo 460 CP.

⁵¹ De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, el delito de falso testimonio puede perfeccionarse aunque este haya sido vertido solo en las declaraciones prestadas en fase sumarial. Así, «es cierto que se ha mantenido minoritariamente que solo podría cometerse en la fase de juicio oral que es donde se practican las verdaderas pruebas del proceso, mientras que en la de instrucción lo es la investigación, excepto en aquellos casos en los que se lleve a cabo prueba anticipada o preconstituida, pero es más conforme con el bien jurídico protegido por este delito, —que mayoritariamente se considera el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como valor abstracto y supra-individual, preservando los riesgos que comporta el falso testimonio y las posibles desviaciones de las decisiones judiciales— (ver STS 327/2014, fundamento séptimo), que es un tipo de peligro abstracto bastando para su consumación que la falsedad potencialmente pueda incidir en aquellas y por ello el legislador fija el ámbito procesal de su posible comisión en la causa judicial o criminal comprensiva de ambas fases procesales. También en la de investigación o instrucción es necesario preservar el bien jurídico mencionado, y no solo en los casos de prueba preconstituida o anticipada, porque en dicha fase de la causa judicial no solo se constatan hechos o manifestaciones que pueden determinar el curso de la misma globalmente considerada sino que se adoptan por el juez resoluciones que afectan direc-

se trata de si el testigo resulta o no creíble, sino de que falte sustancialmente a la verdad de lo que le es preguntado. Por ello, debe referirse a hechos y no a opiniones o juicios de valor, concurriendo siempre que lo manifestado no se ajuste a la verdad, lo que exige la constancia acerca de cuál sea la verdad, para determinar si estamos ante este tipo penal⁵².

Como elemento subjetivo, se requiere el dolo, que abarca la consciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de emitir el falso testimonio, sin que sea necesario que abarque el conocimiento de la trascendencia que pueda generar ulteriormente.

Ahora bien, la prestación de falso testimonio sobre hechos de apariencia delictiva en cualquiera de las modalidades apuntadas puede dar lugar a un delito de encubrimiento en determinados casos.

Así, teniendo en cuenta que el ámbito en el que puede desplegar virtualidad es el del favorecimiento personal, habrá de analizarse la idoneidad del falso testimonio para poder afectar al bien jurídico que se protege por el delito de encubrimiento⁵³.

En definitiva, que no puede descartarse en términos absolutos que estos comportamientos puedan dar lugar a un delito de encubrimiento, aunque es cierto que existen otras figuras delictivas en las que, en principio, puedan encontrar mejor encaje.

3.5. El delito de encubrimiento de un delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte

El artículo 77 CPM tipifica el delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte distinguiendo, a efectos penológicos, según que el hecho se haya producido por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, en el que se aplicarán las penas previstas en el CP para el homicidio imprudente, incrementadas en un quinto; por imprudencia profesional, en cuyo caso se impondrán dicha penas sin incremento alguno; y de imprudencia leve, en la que se impondrá una pena menor⁵⁴.

tamente a los derechos de las personas como puede ser el de la libertad o los patrimoniales». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 30 de noviembre de 2016.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 327/2014, de 24 de abril.

⁵³ Por ejemplo, en aquellos casos en los que el testimonio del militar que falta a la verdad constituye el único medio de prueba —o uno cualificado— para la averiguación de la infracción penal militar que se investiga. Piénsese en un militar que, teniendo percepción directa de que otro ha disparado a un compañero durante una actividad de tiro, hiriéndolo mortalmente, declara que el tirador no hizo fuego durante tal actividad.

⁵⁴ «1. El militar que, por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, causare la muerte o lesiones constitutivas de delito, será castigado con las penas privativas de libertad respectivamente señaladas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto, en sus límites mínimo y máximo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de este código.

Fuera del acto de servicio de armas, la imprudencia profesional con los resultados antes previstos, se castigará con las mismas penas.

2. Si la imprudencia no fuera grave se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses».

Si se tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referente a la exclusión del homicidio imprudente en el listado de los delitos enumerados en el artículo 451.3 a) CP, pueden surgir dudas en torno a la posibilidad de que el delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte pueda integrarse en dicha modalidad delictiva.

Pues bien, la respuesta a dicha cuestión ha de ser respondida en sentido favorable a su inclusión sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer lugar, sirve a esta finalidad lo expuesto con respecto a la técnica de remisión empleada a la hora de atribuir al conocimiento de la jurisdicción militar el delito de encubrimiento, cuando este tenga lugar en relación con delitos militares.

Además, no puede concluirse que exista una total correspondencia entre el delito militar contra la eficacia del servicio con resultado de muerte y el delito común de homicidio imprudente y, ello, pese a que el primero establezca la pena que le resulta de aplicación por remisión a la prevista en el segundo. En este sentido, los bienes jurídicos que se tutelan a través de ambas figuras delictivas no son coincidentes⁵⁵.

4. CONCLUSIONES

La reforma operada en la LOCOJM por parte del CPM ha despejado las posibles dudas interpretativas en torno a la posibilidad de que los juzgados y tribunales de la jurisdicción militar pudieran conocer del delito de encubrimiento, proclamando expresamente su plena incardinación en el ámbito que le es propio, siempre que se haya cometido «en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares».

La técnica empleada por el legislador para ampliar el ámbito de la jurisdicción militar al conocimiento del delito de encubrimiento permite afirmar que la enumeración de delitos que se contiene en el apartado a) del artículo 451.3 CP se encuentra integrada por cualesquier delito militar, y ello por mor de la remisión que efectúa el artículo 12.1 bis LOCOJM, que genéricamente se refiere a delitos militares.

El abuso de funciones públicas a que se refiere el apartado b) del artículo 451.3 CP ha de entenderse en relación con la definición legal de autoridad y funcionario público que se contiene en el artículo 24 CP, donde tiene plena cabida la condición militar, en tanto que servidor público *sui generis*.

No puede descartarse en términos absolutos que la prestación de falso testimonio sobre hechos de apariencia delictiva pueda dar lugar a un delito de en-

⁵⁵ La vida en ambas figuras delictivas, y, además, la eficacia del servicio en el tipo del artículo 77 CPM.

cubrimiento, aunque es cierto que existen otras figuras delictivas en las que, en principio, puede encontrar mejor encaje.

El delito contra la eficacia del servicio con resultado de muerte tipificado en el artículo 77 CPM es perfectamente incardinable en la enumeración de los delitos prevista en el apartado a) del artículo 451.3 CP, por cuanto que se trata de un delito militar y, además, no tiene una total correspondencia con el delito de homicidio imprudente a que se refiere el artículo 142 CP.

Las propias características de la organización castrense y la naturaleza de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas pueden coadyuvar a que en determinados casos se gesten conductas que tienen como finalidad evitar el descubrimiento y, en su caso, la punición de conductas de apariencia delictiva.

Por ello, gravita un especial deber de cuidado en los operadores —jurídicos y no jurídicos— que intervienen en la fiscalización del funcionamiento de aquellas a la hora de detectar dichos comportamientos y encauzarlos procedimentalmente, todo ello con la finalidad de que los delitos principales no queden impunes.

5. EL TESTIGO-PERITO EN EL PROCESO PENAL MILITAR

*María Meirama Rodríguez
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La prueba de testigos y peritos. 3. El testigo-perito. 4. El testigo-perito y el falso testimonio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

RESUMEN. El presente trabajo analiza la figura del testigo-perito, la cual, sin contar con regulación expresa en la legislación procesal penal, ha sido admitida en dicho ámbito por la jurisprudencia, y cuya intervención en el juicio oral puede plantear diversos problemas prácticos en relación al tipo de preguntas que se le pueden formular y a las consecuencias de una eventual falsedad en las respuestas.

1. INTRODUCCIÓN

La fase del juicio oral del proceso penal es aquella en la que tiene lugar la verdadera actividad probatoria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, desarrollándose bajo los principios de oralidad, concentración, inmediación, contradicción e igualdad de partes. La prueba testifical tiene un gran peso dentro del proceso penal, siendo así que también la pericial cobra gran importancia en relación con determinados delitos militares.

El testigo-perito es una figura jurídica que no se encuentra regulada de manera expresa en la normativa procesal penal, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del proceso civil. Sin embargo, efectuar el llamamiento de una persona en tal condición resulta de gran utilidad a las partes debido a que puede aportar luz a los miembros del tribunal en determinadas cuestiones técnicas ajenas o desconocidas por estos, en aquellos supuestos en los que, a su vez, ha tenido conocimiento del hecho en cuestión como testigo.

Así, el modo en que una persona es llamada a declarar en el juicio oral determina, por un lado, el orden en el que va a prestar su declaración en relación

al resto de personas llamadas y, por otro, el tipo de preguntas que se le podrán formular, condicionando, por tanto, el tipo de respuestas que puede otorgar.

La figura del testigo-perito, al reunir en una misma persona esas dos cualidades, permite al testigo de un hecho manifestar cuestiones de carácter técnico cuando las posee por razón de su profesión. Puede resultar frecuente esta situación en el proceso penal militar, habida cuenta de la multitud de especialidades profesionales existentes entre los miembros de las Fuerzas Armadas.

No obstante, también pueden plantearse problemas prácticos de carácter procesal en cuanto a la profundidad de las explicaciones técnicas ofrecidas por el testigo-perito y dificultades de calificación penal en un eventual supuesto de falsedad en sus manifestaciones.

En el presente trabajo, tras exponer separada y brevemente el concepto y regulación de las figuras del testigo y del perito, se tratará de manera concreta la figura que engloba ambas cualidades, el testigo-perito, abordando los problemas prácticos que puede suscitar su intervención en el proceso penal militar.

2. LA PRUEBA DE TESTIGOS Y PERITOS

La prueba testifical es una de las diligencias de carácter probatorio que, junto con la prueba documental y la pericial, se practican en el proceso penal, configurándose además como una manifestación del deber de prestar auxilio a la Administración de Justicia. Por la propia naturaleza de los delitos militares, la prueba testifical cobra gran importancia en el ámbito del proceso penal castrense.

Habida cuenta de que el testigo-perito, entendido como una modalidad especial de testigo, reúne en la misma persona esta condición y la de perito, se hace necesario delimitar, en primer lugar, el concepto y regulación en el proceso penal militar de ambas figuras.

2.1. La figura del testigo

La Real Academia Española define al testigo en su primera acepción como «persona que da testimonio de algo, o lo atestigua» y en su segunda acepción como «persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo»¹.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) no contiene un concepto de testigo, sino que se refiere a él como aquella persona que tendrá obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supiere sobre lo que le fuere preguntado (artículo 410 de la LECrim). Tampoco en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril Procesal Militar encontramos definición alguna de esta figura tan importante en el proceso penal.

¹ Consulta realizada a fecha 10 de octubre a las 11:25 horas.

Sin embargo, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) sí que ofrece un concepto de testigo más cercano al que ha sido elaborado por la doctrina, al señalar que testigos son aquellas «personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio» (artículo 360 de la LEC).

En definitiva, el testigo es aquella tercera persona ajena al proceso penal, que puede aportar conocimiento sobre circunstancias relevantes para la comprobación del hecho presuntamente delictivo objeto de investigación en el procedimiento.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha definido al testigo como «la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, por haberlos presenciado (testigo presencial) o por haber tenido noticia de ellos por otros medios (testigo de referencia)»².

La regulación de la figura del testigo en el proceso penal militar se encuentra tanto en la Ley Procesal Militar como en la LECrim, cuya aplicación es supletoria en todo lo que no se oponga a lo previsto en la normativa específica procesal militar³. Pues bien, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la norma que contiene el grueso de la normativa existente en materia de prueba testifical, en concreto en los siguientes preceptos:

- En fase de sumario, regulado en el libro II: artículos 410 a 450, incluidos en el capítulo V (De las declaraciones de los testigos) del título V (De la comprobación del delito y averiguación del delincuente).
- En fase de juicio oral, regulado en el libro III: artículos 701 a 722, ubicados en la sección segunda (Del examen de los testigos) del capítulo III (Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral), del título III (De la celebración del juicio oral).

Por su parte, la figura del testigo en la Ley Procesal Militar se encuentra recogida en los siguientes preceptos, ubicados sistemáticamente en el libro II, que contiene la regulación de los procedimientos ordinarios militares:

- Artículos 167 a 180, ubicados sistemáticamente en el capítulo IV (De las declaraciones del procesado y de los testigos) del título II (Del sumario).
- Artículos 310 a 312, en la subsección II (De la práctica de las pruebas en el acto de la vista del juicio oral) de la sección II (Del desarrollo de la vista del juicio oral), del capítulo III (De la celebración de la vista del juicio oral) del título III (Del juicio oral).

² Sentencias del Tribunal Supremo 249/2008, de 20 de mayo y 332/2006, de 14 de marzo.

³ La Ley Procesal Militar en su disposición adicional primera señala que «la LECrim y sus disposiciones complementarias serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente Ley».

La declaración testifical es una manifestación del deber de prestar colaboración con la Administración de Justicia, por tanto, los testigos están obligados a comparecer ante el órgano judicial por el cual fueron llamados, así como a prestar declaración y a decir verdad.

Una vez examinado el concepto de testigo, cabe hacer referencia a las distintas clases de testigos que pueden existir en el proceso penal. Partiendo de la definición dada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se observa ya la primera distinción entre testigo directo y testigo de referencia. Pero existen también otras clases de testigos en el proceso penal: testigos incapacitados física o psíquicamente, testigos menores de edad⁴, testigos víctimas y testigos privilegiados. La figura del testigo-perito es una más de las distintas clases de testigos, siendo así que, como ya se ha dicho, se hace necesario diferenciarla de la figura del perito.

2.2. La figura del perito

El perito es aquella persona que posee conocimientos especializados en alguna materia de carácter técnico, científico, artístico o práctico, los cuales son aportados al proceso penal para el esclarecimiento y valoración de los hechos, ya sea por haberlo acordado de oficio el órgano judicial o por encargo de alguna de las partes.

Así, el artículo 456 de la LECrim señala que «el juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos».

Continúa el artículo 457 diferenciando entre peritos titulares o no titulares, siendo los primeros «los que tienen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración» y los no titulares aquellos que «careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte». En este sentido, el artículo 458 señala claramente que «el juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen título».

La Ley Procesal Militar también se refiere a la figura del perito en los artículos 181 a 184, ubicados sistemáticamente en el capítulo V (De la prueba pericial) del título II (Del sumario). Así, el artículo 181, de manera similar a como la hace la LECrim, dispone lo siguiente: «Siempre que para conocer, hacer constar o apreciar algún hecho o circunstancia de interés en la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales o técnicos se acordará el informe pericial, sin

⁴ En el proceso penal militar, dada la propia naturaleza de los delitos militares, en los que en la mayor parte de los casos se exige que tanto sujeto activo como pasivo sean militares, y que suelen cometerse en ámbitos esencialmente castrenses, es difícil, o al menos no es lo habitual, encontrarse en situación tal que sea necesario llamar a declarar como testigo a una persona con incapacidad física o psíquica o a un menor de edad. En la mayor parte de los procedimientos militares los testigos son también personal militar.

perjuicio de lo establecido en el artículo 158⁵ de esta ley. Este servicio se prestará preferentemente por peritos militares. En defecto de ellos se acudirán a los titulados que hubiere donde se siga la causa y, en último extremo, a persona que reúna conocimientos prácticos».

Los peritos tienen las siguientes obligaciones: comparecer, ya sea en la fase de instrucción o en la vista oral, practicar el reconocimiento que se les haya encomendado y elaborar un informe o dictamen sobre el objeto de la pericia con objetividad e imparcialidad⁶. En el acto del juicio, las partes preguntarán al perito si se ratifica en dicho informe y le formularán las preguntas, observaciones y cuestiones que consideren necesarias. Así, normalmente las preguntas versarán sobre el reconocimiento efectuado a la persona u objeto, las operaciones o procedimiento utilizado para realizarlo y las conclusiones obtenidas según las máximas de la técnica y la experiencia.

En el proceso penal militar es habitual la práctica de la prueba pericial, preferentemente por parte de personal militar, siendo muy frecuente la prestada por los miembros del Cuerpo Militar de Sanidad, en sus diferentes especialidades,⁷ pues son muchos los delitos tipificados en el Código Penal Militar que requieren, de alguna manera, la intervención de estos profesionales en orden a su calificación o esclarecimiento.

Así, por ejemplo, encontramos un supuesto de este tipo de pericial sanitaria en los informes elaborados por los oficiales farmacéuticos destinados en los laboratorios de cribado y en el Instituto Toxicológico de la Defensa, en aquellos casos en los que se hace necesario determinar si un individuo ha manipulado su propia muestra de orina con el objetivo de ocultar un consumo de drogas, lo cual pudiera dar lugar a la existencia de alguna infracción en el ámbito disciplinario o a un delito de *deslealtad* del artículo 55 del Código Penal Militar.

Otro ejemplo paradigmático de prueba pericial en el proceso penal militar es la relativa a los dictámenes de los oficiales sanitarios que conforman las juntas médico periciales, al objeto de valorar si un investigado que presenta patologías de carácter psiquiátrico pudiera tener, en el momento de los hechos, sus capacidades volitivas y cognitivas anuladas o mermadas, para analizar a la presunta víctima de un acoso sexual en orden a determinar su afectación psicológica como consecuencia de los hechos o, respecto de lesiones físicas, para su calificación

⁵ Dispone el artículo 158 lo siguiente: «En la diligencia de reconocimiento en delitos contra las personas con resultado de muerte o lesiones, el servicio médico forense será prestado por el Cuerpo de Médicos Forenses, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, pudiendo hacerse el seguimiento de los heridos que tengan la condición de militar por el médico de su unidad».

⁶ Faraldo Cabana, P., Catalina Benavente, M. A. y Clemente Díaz, M. (2017). *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*. Valencia, Edit. Tirant lo Blanch. Pp. 63 y ss.

⁷ La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar se refiere al Cuerpo Militar de Sanidad en el artículo 39, señalando que sus miembros se encuentran agrupados en una escala de oficiales y en una escala de oficiales enfermeros, teniendo como cometidos la atención a la salud en los campos logístico-operativo, asistencial y pericial y los relacionados con la psicología, farmacia y veterinaria. Por tanto, los miembros de este cuerpo serán médicos, farmacéuticos, veterinarios, odontólogos, psicólogos o enfermeros.

jurídica como delito de lesiones y para determinar el alcance de las secuelas al objeto de valorar las cuantías de responsabilidad civil.

Los miembros de los equipos de Policía Judicial de la Guardia Civil con frecuencia elaboran informes de carácter pericial, siendo llamados a prestar declaración sobre los mismos en el juicio oral. Sucede en supuestos tales como periciales caligráficas al objeto de comprobar si un documento ha sido manipulado o falsificado, análisis del contenido de terminales telefónicos o dispositivos de almacenamiento de información, o los informes elaborados por el Departamento de Balística y Trazas Instrumentales del Servicio de Criminalística.

3. EL TESTIGO-PERITO

3.1. Concepto de testigo-perito

La figura del testigo-perito no se encuentra contemplada en la LECrim ni tampoco en la Ley Procesal Militar, no obstante ha sido admitida en el proceso penal, siendo así que la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señaló⁸ que no se trata de una figura ajena a nuestro sistema jurídico. Así, se ha admitido de forma expresa en materia de homicidio (STS de 23/05/07), pertenencia a banda armada (STS de 16/02/07), malversación (STS de 06/10/99) y violación (STS de 29/09/94).

Esta figura en la que concurre la doble condición de testigo y perito es habitual en el ámbito del proceso civil, en el que sí encuentra una regulación expresa. El artículo 370.4 de la LEC, en la sección dedicada al «interrogatorio de testigos», prevé que «cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la material a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos». Además, este precepto contiene la posibilidad de que las partes puedan «hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343⁹ de esta ley».

En este punto se debe señalar que las tachas previstas en la legislación procesal civil, tanto a los peritos como a los testigos (artículos 343 y 377 de la LEC, respectivamente), sin ser directamente aplicables al proceso penal, sí que se con-

⁸ Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 900/2014, de 5 de junio.

⁹ El citado precepto prevé las siguientes circunstancias de tacha:

Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.

Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.

Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.

Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

figuran como pautas o criterios que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar adecuadamente las declaraciones prestadas por un testigo o un perito y, por tanto, por un testigo-perito.

En el ámbito militar, para valorar la prueba testifical habrá de tenerse en cuenta también si los testigos tienen relación profesional con el acusado o denunciante, si comparten destino o si dependen directamente de alguno de ellos. En efecto, la idiosincrasia de la vida militar resulta muy distinta de lo que pueden ser las relaciones laborales en el ámbito civil. Así, existen muchos supuestos en los que pueden existir relaciones de gran cercanía entre el personal, desconocidas fuera del mundo militar, por ejemplo en las unidades desplazadas de su circunscripción territorial o fuera del territorio nacional, o el personal embarcado. En estos casos suele desarrollarse un alto nivel de camaradería, del que será necesario tener conocimiento en el enjuiciamiento de conductas delictivas precisamente para valorar la objetividad o no de un testigo. El razonamiento que el órgano judicial efectúe deberá plasmarlo en la motivación de la sentencia.

El testigo-perito es una persona en la que concurre esa doble condición. Tiene conocimiento de los hechos, por haberlos presenciado directamente o porque alguien se los ha referido, y posee, además, conocimientos técnicos o especiales acerca de los mismos que ayudarán al órgano de enjuiciamiento a valorar la totalidad del conjunto probatorio. Sobre tales cuestiones será preguntado en el juicio oral. Por tanto, a diferencia de la figura del perito, no emite ningún tipo de informe o dictamen por escrito con carácter previo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de diciembre de 2006 afirmó que «efectivamente la LEC acoge la posibilidad de que el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio en su artículo 370.4, admitiendo que dicho testigo realice manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a sus respuestas sobre los hechos. Pero, como bien dice la parte recurrente, ante todo se trata de un testigo, y por tanto de una persona que tenga noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio [...]».

La Sala de lo Penal, Sección 1.^a, del Tribunal Supremo, en su auto núm. 900/2014, de 5 de junio, refirió que «[...] la jurisprudencia de esta sala ha admitido la figura del testigo-perito basándose en el carácter supletorio que la LEC tiene para la LECrim y el reconocimiento por aquel texto jurídico en su artículo 370 de la posibilidad de que, en una misma persona, coincidan las características propias de un experto en la materia de que se trate y las de perceptor directo de la realidad concreta sobre la que se ha de declarar.

Así lo ha expresado en esta sala en sentencia de 18 de septiembre de 2008, en la que expresamente se dice << [...] sea como fuere, la figura del testigo-perito no es ajena a nuestro sistema jurídico. Esta sala la ha admitido de forma expresa (SSTS 423/2007, de 23 de mayo, 119/2007, de 18 de febrero, 1393/1999, de 6 de octubre y 1742/1994, de 29 de septiembre), siendo figura usual en el ámbito del procedimiento civil, en el que se permite que cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren

los hechos, pueda el tribunal admitir las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos (art. 370.4 LEC)>>.

Así ocurre en el presente caso, en el que el testigo citado, y sobre cuya condición como perito la parte recurrente no formuló tacha alguna en su momento, era jefe del Servicio de Extinción de Incendios y como tal persona capacitada para ilustrar a la sala sobre las características del incendio provocado por el acusado y su capacidad objetiva de propagarse y poner en peligro la vida e integridad de los vecinos del inmueble y, al tiempo, en esa misma condición, haber participado, en concreto, en la extinción de ese fuego y declarar al respecto.

En todo caso, el testigo-perito pudo ser sometido a interrogatorio por la defensa del acusado y esta pudo hacer las observaciones que estimase oportunas a su posición procesal. La doble condición del testigo-perito en nada le mermó sus posibilidades defensivas ni nada hacía suponer que su participación en la extinción del fuego provocado por el acusado afectase a su imparcialidad como perito».

3.2. Problemática que puede plantear la figura del testigo-perito

Determinado ya el concepto de testigo-perito, hay que recordar que la condición o manera en la que la persona es llamada a declarar en el procedimiento penal resulta determinante de cara al orden en el que va a deponer en el juicio oral y al tipo de preguntas que se le formulen.

Así, el artículo 311 de la Ley Procesal Militar señala el orden en el que se practicarán las pruebas, salvo que por motivos justificados sea alterado por el auditor presidente, oídas las partes y los demás miembros del tribunal, siendo así que las declaraciones de los testigos se efectuarán inmediatamente después de los informes periciales. La figura del testigo-perito, por tanto, se encuentra a caballo entre ambas modalidades, por lo que su interrogatorio se realizará después de la pericial y antes de la testifical.

Como se acaba de señalar, el tipo de llamamiento tiene evidentes consecuencias prácticas en los actos procesales. Por ello, las partes han de tener especial cuidado en la manera en la que efectúan dicho llamamiento en sus escritos de conclusiones provisionales, puesto que si la citación se ha hecho en calidad de testigo, no tendrán oportunidad de formularles preguntas que pudieran ser relevantes en orden al esclarecimiento de los hechos, o de la estrategia de acusación o defensa, y que aquellos pudieran contestar en base a sus conocimientos profesionales o técnicos.

Así, en concreto, si la parte que en fase de instrucción aporta al proceso un dictamen pericial pretende que la persona que lo ha elaborado se ratifique en el mismo en presencia judicial en el juicio oral, tiene que solicitar que se le cite como perito. No podrá hacerse el llamamiento como testigo-perito, puesto que este es, esencialmente un testigo, eso sí, en el que concurre la circunstancia de

poseer conocimientos especiales y concretos sobre la materia a que se refiere el interrogatorio.

En el proceso penal militar es habitual que concurran a prestar declaración personas que han tenido conocimiento directo o referencial de los hechos que se enjuician y que, a su vez, poseen conocimientos específicos por el tipo de función que desarrollan en la unidad en la que se encuentran destinados. Siguiendo el ejemplo de los miembros del Cuerpo Militar de Sanidad, puede suceder que un oficial psicólogo destinado en una base o acuartelamiento haya reconocido a una presunta víctima de acoso y pueda dar su opinión profesional acerca de la afectación anímica causada, y a la vez tenga conocimiento de los hechos como testigo por haber observado las conductas del presunto acosador.

Fuera del ejemplo sanitario, también podrá darse la situación de un accidente causado con armamento, o con un vehículo militar, y que la persona que ha sido testigo de los hechos sea también especialista en el funcionamiento del arma en cuestión o en mecánica o automoción. Podrá, por tanto, declarar acerca de lo que sepa del hecho objeto de investigación (forma de sucederse los acontecimientos, duración, comportamiento de las personas implicadas, etc.) y, a su vez, dar una opinión profesional de lo sucedido (si el arma fue manipulada de manera incorrecta, si el vehículo tenía una pieza defectuosa, etc.).

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 22 de octubre de 2014, señaló lo siguiente:

«El testigo-perito es un testigo porque ha de tener una relación directa, histórica y extraprocesal con los hechos. La relación del perito con los hechos, a diferencia de lo que sucede con el testigo, deriva de un encargo de la parte o del tribunal en relación al proceso que quiere iniciarse o que ya está iniciado.

El testigo-perito, al igual que el testigo ordinario, no es sustituible, pues es la persona que ha percibido el hecho, solo que además, en el caso del testigo-perito, puede valorarlo desde un punto de vista científico, técnico, artístico o práctico porque posee conocimientos de esta naturaleza, mientras que el perito puede ser sustituido por otro, pues carece de esa relación previa con los hechos objeto del litigio.

En consecuencia, no puede admitirse la declaración en el juicio, en calidad de testigo-perito, de un experto que no tiene relación previa con los hechos, pues no se trata de «personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio», como exige el artículo 360 de la LEC, sino de una persona que posee «conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos» (artículo 335 de la LEC) a la que se ha encargado una valoración técnica, científica, artística o práctica de los hechos aplicando tales conocimientos.

Lo anteriormente expuesto no es una cuestión meramente terminológica. La importancia de la prueba pericial hace que la ley exija la aportación anticipada del informe pericial para que la parte a quien perjudica pueda proponer

prueba que lo desvirtúe y pueda también preparar el interrogatorio al que, en su caso, someterá al perito en el acto del juicio.

Si la pericia se trae directamente al juicio, mediante el interrogatorio del experto, sin previa aportación del informe escrito, se puede privar a la parte contraria de esa garantía que supone el conocimiento anticipado del informe».

En efecto, es esta una situación que puede darse en el ámbito del proceso penal militar. Supongamos que, en el desarrollo de una vista oral, comparece a prestar declaración en calidad de testigo-perito una persona que ha sido llamada en tal condición por alguna de las partes, y que en el curso de sus manifestaciones comienza a profundizar en exceso en las respuestas técnicas, o que incluso pretende aportar algún tipo de informe, dictamen o documentación.

En este supuesto, lo correcto sería que por parte del auditor presidente no se admitiese la incorporación de dicha documentación, así como que tampoco se le permitiese al testigo-perito profundizar en las cuestiones técnicas. Ello porque, tal y como se ha señalado, principalmente es un testigo, directo o referencial, de los hechos objeto de enjuiciamiento, que puede aportar cierta luz sobre elementos desconocidos para el tribunal.

En caso contrario, esto es, si por parte del auditor presidente se le permite al testigo-perito dar respuestas profunda y extensamente elaboradas desde el punto de vista técnico, y/o aportar informes o documentación técnica, se estará vulnerando el principio de igualdad de partes y, por tanto, se le estará causando indefensión a la parte contraria, quien podrá formular protesta o incluso solicitar la suspensión de la vista oral. En efecto, de admitir dichas contestaciones o la aportación documental, se estaría privando a la parte contraria de la posibilidad de presentar un contrainforme o de preparar adecuadamente un interrogatorio al testigo-perito en línea con su posición procesal, quebrándose así el principio de igualdad de armas.

4. EL TESTIGO-PERITO Y EL FALSO TESTIMONIO

El testigo está obligado a prestar declaración cuando sea llamado para ello, siendo el principal de sus deberes decir verdad sobre aquello de lo que fuere preguntado. Por su parte, el perito también ha de ser veraz en su informe, conduciéndose con objetividad, siendo así que, al contrario de lo que sucede con el testigo, no se prevé ni en la LECrim ni en la Ley Procesal Militar fórmula alguna de juramento o promesa.

Por tanto, parece que el delito paradigmático en el que puede incurrir la persona que es llamada a testificar es el falso testimonio, sin embargo existen otros tipos penales relacionados con el deber de decir verdad y el de acudir a prestar declaración que pueden ser cometidos por esta figura tan importante en el pro-

ceso penal¹⁰. En el caso del perito, también constituirá delito faltar a la verdad maliciosamente en su dictamen.

Surge así la cuestión de determinar qué tipo penal, de entre los que se encuentran bajo la rúbrica «del falso testimonio», habrá de aplicarse en el supuesto de que el testigo-perito falte a la verdad.

La Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, en su disposición final 1.^a introdujo una serie de modificaciones de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Entre ellas, se añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 12¹¹, precepto que define el ámbito de competencia de la jurisdicción militar en materia penal durante tiempo de paz, de tal modo que se añadió a dicha competencia los delitos previstos en los capítulos I al VIII del título XX «Delitos contra la Administración de Justicia», del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares, o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.

Cabe señalar que el anterior Código Penal Militar, aprobado por L. O. 13/1985, de 9 de diciembre, contenía una regulación específica del falso testimonio, cuyo artículo 183 disponía lo siguiente: «El que en procedimiento judicial militar diere falso testimonio, incurrirá en la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Si con motivo del testimonio falso recayere sentencia condenatoria, las penas serán de un año a seis años de prisión. Incurrirán también en el grado máximo de estas penas, en sus respectivos casos, los peritos que declaren o informaren falsamente en un procedimiento judicial militar».

4.1. Tipificación del falso testimonio

Los artículos 458 y 459 del Código Penal tipifican el denominado «falso testimonio propio» del siguiente modo.

El primero de estos preceptos señala que «el testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses». Recoge además modalidades agravadas para el caso de que el falso testimonio se de en contra del reo en causa criminal por delito y también si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria.

¹⁰ Así, se tipifican también delitos tales como el de intentar influir con violencia o intimidación en el testigo, el delito de encubrimiento y, como tipos penales propios del ámbito castrense, el delito de deslealtad del artículo 55 del Código Penal Militar y el delito contra los deberes del servicio del artículo 80 del mismo texto penal.

¹¹ El artículo 12.1 bis queda redactado de la siguiente manera: «En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: los previstos en los capítulos I al VIII del título XX del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares».

Al falso testimonio de los peritos o intérpretes se refiere el artículo 459, que dispone que «las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales, serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años».

El artículo 460 del Código Penal, por su parte, tipifica el «falso testimonio impropio», que existirá «cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterase con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos». En este caso se castigará con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

Otro tipo penal recogido bajo la rúbrica del falso testimonio es el previsto en el artículo 461, que prevé que «el que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores». Además, este precepto señala que «si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años».

4.2. El testigo-perito que falta a la verdad

La falsedad en la declaración del testigo-perito habrá de ser objeto de examen minucioso, valorando las circunstancias del caso concreto para determinar si nos encontramos ante manifestaciones falsas relacionadas con el conocimiento del hecho como testigo, o bien respuestas falsas en relación a las preguntas técnicas que se le efectúen.

En este punto, la pregunta que inexcusablemente debemos hacernos es qué ha de entenderse por «faltar a la verdad» o, dicho de otro modo, cuándo ha de considerarse que un testimonio es falso, existiendo diversas posiciones doctrinales. Sin entrar en dicho debate, lo que en todo caso debe existir es una verdad procesal para poder determinar la falsedad o no de una declaración testifical, siendo, por tanto, una sentencia o un auto en causa judicial la que determine esa verdad de la que hay que partir.

Por tanto, no cabrá entender que existe falso testimonio por simples contradicciones entre declaraciones de diferentes testigos, así como tampoco por la emisión de opiniones o juicios de valor por parte de estos. Además, las manifestaciones falsas deberán referirse a cuestiones trascendentales, es decir, a hechos o circunstancias convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente.

Por otro lado, cabe señalar que el delito de falso testimonio solo admite la modalidad dolosa, es decir, el conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo de emitir una declaración falsa, a sabiendas de que dicha declaración puede influir en la decisión judicial o resultado del proceso.

Hay que tener en cuenta también lo que en psicología del testimonio se denomina «efecto de la familiaridad y frecuencia» en la fase de codificación de la memoria¹². Esto significa que la experiencia o el grado de conocimiento que una persona tenga respecto de un tema determinado puede facilitar el recuerdo del hecho en cuestión y el reconocimiento de determinados detalles. Es decir, que a un profesional en una materia le será más sencillo recordar un hecho relacionado con dicha materia (por ejemplo, un miembro del Cuerpo de Músicas Militares respecto de una corneta) que a una persona totalmente ajena a la misma (un miembro del Cuerpo Jurídico Militar). Estas cuestiones han de tenerse en cuenta a la hora de valorar la credibilidad del testigo-perito.

Por tanto, toda vez que el testigo-perito es una figura que adquiere protagonismo en el juicio oral, las manifestaciones falsas vertidas en este acto habrán de ser investigadas en el seno de un nuevo procedimiento penal, partiendo de los hechos probados de la sentencia para determinar si esas falsedades se refieren a las cuestiones manifestadas como testigo o a las aportaciones realizadas como perito. Por tanto, en estos casos la excusa absolutoria prevista en el artículo 462 del Código Penal¹³ no podrá tener aplicación.

5. CONCLUSIONES

1. El testigo es aquella persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar acerca de la existencia y naturaleza de hechos que ha conocido con anterioridad al mismo, bien por haberlos presenciado directamente (testigo directo), bien por haber tenido noticia de los mismos por otros medios (testigo de referencia). La figura jurídica del testigo en el ámbito procesal castrense se encuentra regulada en la Ley Procesal Militar y en la LECrim. Existen diferentes tipos de testigo, entre los cuales se encuentra el testigo-perito, por ello se hace necesario delimitar ambas figuras.
2. El perito es aquella persona física que posee conocimientos especializados en alguna materia de carácter técnico, científico, artístico o práctico, los cuales son aportados al proceso penal para el esclarecimiento y valoración de los hechos, ya sea por haberlo acordado de oficio el órgano

¹² En psicología de la memoria se denomina *codificación* al proceso a través del cual el cerebro humano recoge y almacena en su memoria la información percibida, existiendo multitud de factores que afectan a dicha tarea.

¹³ «Quedarán exentos de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado».

judicial o por encargo de alguna de las partes. La Ley Procesal Militar, al igual que la LECrim, contiene una regulación de la figura jurídica del perito, señalando que la prueba pericial será realizada preferentemente por peritos militares.

3. El testigo-perito es aquella persona física en la que concurren de manera simultánea ambas condiciones, esto es, tiene conocimiento de los hechos con carácter previo al proceso penal, por haberlos presenciado directamente o porque alguien se los ha referido, y posee, además, conocimientos técnicos o especiales acerca de los mismos que ayudarán al órgano de enjuiciamiento a valorar la totalidad del conjunto probatorio. Sobre tales cuestiones será preguntado en el juicio oral, por tanto, a diferencia de la figura del perito, no emite ningún tipo de informe o dictamen por escrito con carácter previo.
4. La figura del testigo-perito no se encuentra contemplada en la LECrim ni tampoco en la Ley Procesal Militar, no obstante ha sido admitida en el proceso penal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata de una figura habitual en el ámbito del proceso civil, en el que sí encuentra una regulación expresa, en concreto en el artículo 370.4 de la LEC.
5. La condición o manera en la que la persona sea llamada a declarar en el procedimiento penal es determinante de cara al orden en el que va a deponer en el juicio oral y al tipo de preguntas que se le formulen. La figura del testigo-perito, por tanto, se encuentra a caballo entre ambas modalidades, por lo que su interrogatorio se realizará después de la pericial y antes de la testifical.
6. El principio de igualdad de partes que rige en el proceso penal lleva a concluir que no ha de permitirse en el juicio oral que el testigo-perito se exceda en cuanto a la profundidad técnica de sus respuestas y/o se admita la incorporación de informe o dictamen emitido por el mismo. Ello causaría indefensión a la parte contraria, quien no habría tenido la oportunidad de presentar un contrainforme o de preparar adecuadamente un interrogatorio en línea con su postura procesal.
7. La falsedad en la declaración del testigo-perito habrá de ser objeto de examen minucioso, valorando las circunstancias del caso concreto para determinar si nos encontramos ante manifestaciones falsas relacionadas con el conocimiento del hecho como testigo, o bien respuestas falsas en relación a las preguntas técnicas que se le efectúen. Ello resultará necesario al objeto de determinar en qué concreto tipo penal, de entre los previstos bajo la rúbrica «del falso testimonio» en el Código Penal (artículos 458 a 462), encajará la conducta del testigo-perito que falta a la verdad.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Base de datos Westlaw-Aranzadi.
- Faraldo Cabana, P., Catalina Benavente, M. A. y Clemente Díaz, M. (2017). *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*. Valencia, Edit. Tirant lo Blanch.
- Manzanero Puebla, A. L. (2019). *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid, Edit. Pirámide.
- *Memento Práctico Procesal Penal*. (2020). Colección Memento práctico Francis Lefebvre. Madrid, Lefebvre-El Derecho, S.A.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL