



Roj: **ATS 11975/2022 - ECLI:ES:TS:2022:11975A**

Id Cendoj: **28079150012022200063**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2022**

Nº de Recurso: **19/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Otros**

Ponente: **FERNANDO PIGNATELLI MECA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

AUTO

Fecha del auto: 14/07/2022

Tipo de procedimiento: OTROS PENAL

Número del procedimiento: 19/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca

Procedencia: Tribunal Militar Central

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

Transcrito por: NCM

Nota:

OTROS PENAL núm.: 19/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

AUTO

Excmos. Sres.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D. José Alberto Fernández Rodera

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 4 de mayo de 2022 el Letrado don Mario Manuel Sánchez Trigo, en nombre y representación del Cabo Primero en situación de retiro don Cosme , presentó, en el Registro de Relatorías del Tribunal Militar Central, denuncia -que figura a los folios 2 y 3 de los autos-, en la que daba cuenta de una serie



de hechos ocurridos con ocasión del dictado, en el Expediente Disciplinario núm. NUM000 , de registro del Mando Aéreo General -MAGEN- del Ejército del Aire, de sendas resoluciones de fechas 29 de enero de 2018 y 5 de abril siguiente, por los Excmos. Sres. Teniente General don Epifanio , Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire y General del Aire don Faustino , Jefe de Estado Mayor de dicho Ejército, en la que se da cuenta de una serie de hechos, que califica como constitutivos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en relación con el artículo 45 del Código Penal Militar vigente, delitos cuya comisión atribuye a los Excmos. Sres oficiales generales del Ejército del Aire antedichos.

SEGUNDO.- Mediante Exposición Razonada de fecha 13 de mayo de 2022, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central acordó remitir a esta Sala la denuncia de fecha 4 de mayo anterior, presentada y suscrita por el Letrado D. Mario Manuel Sánchez Trigo en representación y defensa de don Cosme , formulada contra los oficiales generales anteriormente referidos, al considerarla competente para la instrucción y enjuiciamiento del asunto.

A juicio de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, sin entrar a valorar los hechos denunciados, concurren los presupuestos necesarios para elevar las actuaciones a esta Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, por razón de la materia y en atención a la condición de aforados ante este Alto Tribunal de ambos denunciados.

TERCERO.- Los concretos hechos objeto de denuncia consisten, a tenor de esta y en lo que ahora interesa, en que:

"PRIMERO.- Los denunciados dictaron sendas resoluciones de fechas 5/ABRIL/2018 y 29/ENERO/2018, respectivamente siendo la primera confirmatoria de la segunda. A consecuencia de dichas resoluciones se impuso una sanción por FALTA GRAVE (ART.- 7.2 LORDFAS), sanción económica de quince días.

SEGUNDO.- Las resoluciones mencionadas, fueron la conclusión del Expediente Disciplinario núm. NUM000 -MAGEN, iniciado en fecha 14/MARZO/2017, notificado en fecha 23/MARZO/2017.

TERCERO.- Contra las resoluciones antecitadas mi representado interpuso Recurso Contencioso-Disciplinario militar ordinario, seguido ante el Tribunal Militar Central bajo el número 106/18, y que finalizó con la Sentencia núm. 192, de 26/SEPTIEMBRE/2019, con un Fallo estimatorio de las pretensiones del Sr. Cosme y la revocación de dichas resoluciones "POR SER CONTRARIAS AL DERECHO DEL RECURRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA".

CUARTO.- En la Sentencia antes mencionada, -HECHOS PROBADOS, SEGUNDO-, se lee: "(...) la prueba practicada en el seno del proceso no permite alcanzar la conclusión, afirmada por la Administración sancionadora, de que el Capitán D. Nemesio ordenase taxativamente al recurrente que procediera al desmontaje de los blocajes de puerta que impedían el lanzamiento de paracaidistas, circunstancia que se declara no probada".

A lo largo del Expediente Disciplinario se hizo una interpretación de la realidad de lo sucedido en el marco del ejercicio PLIC-02, pues mientras el Capitán Nemesio no reconoció nunca haber dirigido una orden, pero el Instructor no reparó en ello y entendió que había habido una orden y que ésta había sido incumplida por lo que propuso una Sanción que fue efectivamente impuesta.

Los ahora denunciados, lejos de examinar con el debido cuidado el contenido del Expediente Disciplinario que se siguió al Sr. Cosme , dieron por buena la propuesta de Sanción, y en el caso del GENERAL Epifanio además de lo antedicho, tampoco tuvo en consideración las alegaciones que mi representado efectuó en vía de Recurso de Alzada. De haber actuado con la atención que la materia disciplinaria y su alta responsabilidad requiere, los denunciados no habrían cometido las acciones cuyo castigo aquí se pretende.

QUINTO.- Los hechos narrados pueden ser constitutivos de un delito del art. 404 del Código Penal en relación con el art. 45 del Código Penal Militar.

El Art.- 404 del Código Penal dice: "[A] La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público [y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo] por tiempo de nueve a quince años". Las resoluciones de fecha 5/ABRIL/2018 y 29/ENERO/2018 dictadas en los expedientes incoados contra D. Cosme son arbitrarias, se dictan en un asunto administrativo y además los denunciados, las dictaron a sabiendas de su injusticia y conculcando el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia ...".

CUARTO.- Examinado el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro del MAGEN, seguido contra el Cabo Primero del Ejército del Aire don Cosme , hoy en situación de retiro y ahora denunciante, hemos de destacar, secuencialmente, los siguientes hitos cronológicos:



El procedimiento disciplinario se inició por orden del Excmo. Sr. General Jefe del MAGEN don Luis Alberto de fecha 10 de marzo de 2017 -folios 28 a 30 del Expediente Disciplinario-, como consecuencia del parte disciplinario de fecha 3 de febrero anterior -folio 34 del expediente administrativo- emitido por el Teniente Coronel Jefe del Grupo de Fuerzas Aéreas del Ala 31 -Zaragoza- don Carlos Alberto , en el que se atribuye al Cabo Primero don Cosme una presunta falta grave de inobservancia de sus órdenes o instrucciones del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o de incumplimiento de deberes militares propios del destino o puesto del artículo 7.2 de la citada Ley Orgánica.

El referido parte militar venía acompañado de un informe de fecha 2 de febrero de 2017 -folio 35 del procedimiento sancionador-, emitido por el Comandante de la aeronave T.10, don Alexis , en el que comunicaba, en síntesis, que durante una misión de adiestramiento programada para la tarde del día 1 de febrero de 2017 en el marco del ejercicio PLIC-02, el citado Cabo Primero Cosme se negaba a quitar los blocajes de la puerta paracaidista y que por orden del Teniente Coronel Carlos Alberto esta labor fue realizada por otro supervisor de carga, el Subteniente Camilo , lo que supuso un retraso de treinta minutos, de modo que finalmente se pudieron realizar los lanzamientos paracaidistas, pero no dio tiempo a realizar todas las tomas de máximo esfuerzo que estaban programadas.

Asimismo, el parte disciplinario venía acompañado de otro informe, emitido el 2 de febrero de 2017 -folio 36 del Expediente Disciplinario- por el Subteniente don Camilo , en el que este manifiesta que a las 15:16 del citado día 1 de febrero de 2017 es llamado telefónicamente por parte del oficial de servicio, "comunicándole que el cabo primero auxiliar de supervisor de carga Cosme se niega a desmontar una pieza del avión necesaria para el cumplimiento de la misión alegando no estar cualificado para ello", por lo que el aludido Subteniente, en trayecto hacia su domicilio, vuelve a la unidad, desmonta el tramo de blocajes número 5, en un tiempo de diez minutos, "de tal manera que la misión pudo efectuarse a pesar de la negativa del cabo primero"; añade el Subteniente en su informe que, según el plan de instrucción de la Unidad para supervisores de carga y auxiliares de supervisor, el personal es entrenado para efectuar las diferentes configuraciones del avión incluyendo el desmontaje de ese tramo, y que según IG 30/07, dentro de los cometidos de estos tripulantes está "la preparación de la aeronave para operaciones de lanzamientos de carga y personal", destacando que todo el personal de la Sección, tanto auxiliares -tropa- como supervisores de carga realizan estos cambios de configuración sin ningún tipo de dificultad, siendo el cabo Primero Cosme "el único auxiliar que presenta dificultades para realizarlo", e indicando, finalmente, el informante que el citado Cabo Primero esgrime como argumento que "en el manual de carga del avión (TOXX1C-130A-9) especifica que este tramo debe ser efectuado por personal cualificado de mantenimiento, no considerándose él cualificado a pesar de haber superado el plan de instrucción de la unidad".

Consta en el Expediente Disciplinario la práctica de prueba documental, consistente en la aportación parcial del Manual de Carga del "Hércules" TOXX1C-130A-9 -folios 60 a 64 de los autos-, la IG 30-7 -folio 66 del procedimiento sancionador- y Planes de instrucción y adiestramiento básico -folios 74 a 91 de las actuaciones-, así como de prueba testifical en las personas del Brigada don Inocencio -folios 107 y 108 del expediente administrativo-, el Capitán don Alexis -folios 121 a 123 de los autos- y el Capitán don Nemesio -folios 124 a 126 de las actuaciones-.

Una vez practicada la prueba, de oficio y a instancia de parte, que se estimó pertinente, y formulado pliego de cargos, se emitió propuesta de resolución por el Instructor del Expediente Disciplinario en la que se interesó la imposición al Cabo Primero don Cosme de una sanción económica de quince días de haberes, por estimarlo autor de una falta grave de inobservancia de las órdenes de los superiores en la estructura orgánica, prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas -folios 128 a 132 del expediente administrativo-.

Tras la formulación por parte del expedientado de alegaciones a la propuesta de resolución -folios 139 a 145 del Expediente Disciplinario-, en las que se invocaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de los principios de legalidad y proporcionalidad, se elevaron las actuaciones a la autoridad sancionadora para la resolución procedente.

En fecha 29 de enero de 2018 el asesor jurídico de la autoridad sancionadora emitió informe -folios 149 al 157 del procedimiento disciplinario- en el que se consideran suficientemente acreditados los siguientes hechos: "El 1 de febrero de 2017, dentro del ejercicio PLIC-02 (Plan de Lanzamiento de instrucción de Cargas para unidades de transporte del Ejército del Aire), a desarrollar en la Base Aérea de Zaragoza, un avión T.10 tenía programada una misión de adiestramiento, consistente en un lanzamiento paracaidista. Formando parte de la tripulación se encontraban el Capitán Alexis , como comandante de la aeronave, el Capitán D. Nemesio , como segundo, el Brigada D. Inocencio , como mecánico de vuelo y el Cabo 1º D. Cosme , como supervisor de carga. Poco antes de comenzar la misión el Cabo 1º Cosme comunicó al Capitán D. Nemesio que el avión tenía colocados los blocajes de la puerta paracaidista y que estos tenían que ser retirados antes de



comenzar el vuelo para poder instalar la rampilla de salto paracaidista. Al ser advertido de esta circunstancia, el Capitán Nemesio se dirigió al interior de la aeronave en compañía del Cabo 1º Cosme, quien le mostró el problema. Al preguntar el citado Oficial quien debía desmontar los blocajes, el Cabo 1º le dijo que debía hacerlo alguien de mantenimiento, que él no estaba autorizado para realizarlo. El citado Capitán llamó por teléfono a la línea de mantenimiento, donde le indicaron que ese desmontaje lo hacía el supervisor de carga. A la vista de ello, el Capitán le dijo al expedientado que tenía que hacer el desmontaje, negándose éste a hacerlo, alegando que según el Manual de carga del Hércules no estaba autorizado para ello. Una vez comunicada la situación al comandante de la aeronave, éste se pone en contacto telefónico con el Teniente Coronel Jefe del Grupo de Fuerzas Aéreas del Ala 31, para poner en su conocimiento lo que ocurría, optando por localizar a otro supervisor de carga, en concreto se llamó al Subteniente D. Camilo, que se personó en el avión y desmontó los blocajes. Como consecuencia de todo ello se produjo un retraso de 30 minutos en el despegue del avión, lo que supuso que no se pudieran realizar las tomas de máximo esfuerzo que estaban programadas en el marco del ejercicio de adiestramiento".

En dicho informe, tras dar precisa contestación a las alegaciones del expedientado, el asesor jurídico calificó los hechos como legalmente constitutivos de la falta grave de inobservancia de las órdenes de los superiores en la estructura orgánica u operativa, prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y propuso la imposición al expedientado, hoy denunciante, de una sanción económica de quince días.

En igual fecha, 29 de enero de 2018, el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Epifanio, dictó resolución sancionadora, obrante al folio 158 del Expediente Disciplinario -en la que aparece motivado *in aliunde*, de modo más que suficiente, el porqué la Administración se ha decantado por el relato de hechos, su calificación jurídica y la imposición de la corrección prevista en el apartado 2 a) del artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, definida en el artículo 14 de la citada Ley Orgánica-, de plena conformidad con el precedente y preceptivo informe de su asesor jurídico - artículo 58.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas- que figura a los folios 149 a 157 del procedimiento sancionador y con la propuesta del Instructor del procedimiento disciplinario - folios 128 a 132 del expediente administrativo-.

Recurrida en alzada la resolución sancionadora por el Cabo Primero don Cosme, se emitió por el Excmo. Sr. General Auditor Asesor Jurídico del Ejército del Aire preceptivo informe motivado en fecha 5 de abril de 2018 - obrante a los folios 224 al 231 del procedimiento sancionador-, en el que, una vez examinadas las cuestiones de fondo suscitadas por el recurrente, consideró que procedía la desestimación del recurso.

En esa misma fecha, 5 de abril de 2018, por el General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino, se dictó, de total conformidad con el previo y preceptivo informe de su asesor jurídico, resolución desestimatoria -motivada *in aliunde* en base al prerreferido informe del Excmo. Sr. General Auditor Asesor Jurídico del Ejército del Aire- del recurso de alzada disciplinaria interpuesto -folio 232 del Expediente Disciplinario-.

Por sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central puso término al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, promovido contra las resoluciones sancionadoras antecitadas por el entonces sancionado y ahora denunciante, Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme, estimando el recurso interpuesto, al tiempo que revocó las resoluciones recurridas por considerarlas contrarias al derecho del recurrente a la presunción de inocencia.

En efecto, tras la práctica en sede judicial de la prueba declarada pertinente, la sentencia declara no probado que el Capitán Nemesio ordenase taxativamente al recurrente que procediera al desmontaje de los blocajes de puerta que impedían el lanzamiento de paracaidistas. La sentencia lo explica en la motivación de los hechos probados, en donde, en primer lugar, detalla que "el desmontaje de los blocajes de puerta, paso previo a la instalación de la rampa o plataforma de salto paracaidista, era habitualmente realizado por los supervisores de vuelo y por sus auxiliares, pese a que el manual de carga del avión C-130 "HERCULES", elaborado por el fabricante del mismo, indicaba que dicha operación debía ser efectuada por personal cualificado de mantenimiento, véase folio 63 del expediente disciplinario", añadiendo, en segundo término -y esto resulta fundamental-, que "la declaración prestada en sede judicial por el Capitán Don Nemesio desmiente tajantemente que ordenase al recurrente el desmontaje de los blocajes de la puerta paracaidista del avión. En ella manifiesta literalmente, entre otras cosas, *"que el declarante no ordenó nada al cabo 1º, que tuvieron una conversación sobre la necesidad de quitar los blocajes y si el cabo 1º Cosme era el que debía de desmontarlos. Que el declarante le comentó eso mismo al comandante de aeronave, puesto que él era el segundo. Que el comandante de aeronave, que era estadounidense, se limitó ante esa situación a llamar al jefe de escuadrón, que desconoce las conversaciones que hubiera posteriormente que lo único que sabe es que llegó el jefe de supervisores de carga, Subte. Camilo, y retiró el tramo de rodillos que había que retirar. Que la discusión provenía*



de que el hecho de que en el Ala 31 se venía operando en el sentido de que un determinado tramo de rodillo que molestaba para el salto de paracaidista era retirado por los supervisores de carga pero el manual como era editado por el fabricante de la aeronave, decía que la instalación de esas piezas correspondía a mantenimiento", concluyendo finalmente la indicada sentencia -en el Primero de sus Fundamentos de Derecho- que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del sancionado recurrente por cuanto que "no existe prueba alguna de la existencia de la orden cuyo incumplimiento se achaca al recurrente por las resoluciones recurridas, conclusión que se impone palmariamente cuando el Oficial que, según la Administración sancionadora, emitió la orden desobedecida, niega tajantemente su existencia en sede judicial".

QUINTO.- Recibida la Exposición Razonada sobre la eventual competencia de esta Sala, mediante providencia de fecha 31 de mayo de 2022 se acordó, además de formar el correspondiente rollo y registrarlo con el núm. 106/19/2022 y de interesar la remisión a esta Sala de las actuaciones en las que fueron dictadas las resoluciones de fecha 5 de abril de 2018 -por el Excmo. Sr. General del Aire Epifanio -, 29 de enero de 2019 -por el Excmo. Sr. Teniente General Horacio - y la sentencia del Tribunal Militar Central núm. 192, de 26 de septiembre de 2019, de conformidad con lo previsto en el apartado E de las normas de composición y funcionamiento de esta Sala para el año judicial 2022, aprobadas por Acuerdo de la Sala de Gobierno de fecha 18 de octubre de 2021, dar traslado de las actuaciones a la Sala de admisión de causas especiales -aforados- para adoptar lo procedente en orden a la fijación de su propia competencia y admisibilidad de la denuncia con sus derivadas.

Reunida la Sala de admisión de causas especiales -aforados-, se acuerda por unanimidad, mediante providencia de fecha 14 de junio de 2022, dar traslado de lo actuado al Excmo. Sr. Fiscal Togado para emisión de informe sobre competencia y eventual relevancia penal de los hechos a que se refiere la denuncia núm. 1/22, junto con los antecedentes que a la misma se acompañan, por lo que concierne a los citados Excmos. Sres. General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, don Faustino y Teniente General Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, en situación de retiro, don Epifanio .

SEXTO.- En informe de fecha 5 de julio de 2022, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el citado día, el Excmo. Sr. General Auditor, Fiscal de la Sala Quinta, además de informar favorablemente la competencia de esta Sala para el conocimiento de la denuncia interpuesta por el Cabo Primero, en situación de retiro, don Cosme contra los Excmos. Sres. General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, don Faustino y Teniente General Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, en situación de retiro, don Epifanio , se interesa se acuerde la inadmisión a trámite y el archivo de la denuncia interpuesta por el citado Cabo Primero don Cosme contra los citados Excmos. Sres. don Faustino y don Epifanio "por no deducirse de lo actuado la comisión de ningún hecho de carácter delictivo que pudiera serle imputado a las Autoridades denunciadas".

SÉPTIMO.- Con fecha de 12 de julio siguiente tuvo lugar la deliberación, votación y decisión sobre la admisión de las presentes actuaciones, por la Sala prevista para el trámite de admisibilidad de causas especiales durante el presente año, integrada, según acuerdo de la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 2021, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal Supremo y asignación de ponencias que deban turnar a los Magistrados en el año judicial 2022 -publicado en el BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 2021, por acuerdo de 24 de noviembre de 2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial-, por los Excmos. Sres. Presidente de la Sala don Jacobo Barja de Quiroga López y Magistrados don Fernando Pignatelli y Meca y don José Alberto Fernández Rodera, acto que se llevó a cabo en dichas fecha y hora con el resultado que se recoge en la parte dispositiva del presente auto.

Es Magistrado ponente el Excmo. Sr. D. **FERNANDO PIGNATELLI Y MECA**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer lugar, y como paso previo a determinar la eventual relevancia penal de los hechos denunciados, fijar la competencia de esta Sala para conocer de las actuaciones por lo que atañe a los Excmos. Sres. General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, don Faustino y Teniente General Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, en situación de retiro, don Epifanio , y, a tal efecto, no cabe sino poner de relieve que, como atinadamente señala el Excmo. Sr. General Auditor Fiscal de esta Sala en su cuidado informe de fecha 5 de julio de 2022, en el que se dictamina favorablemente la competencia de esta Sala para el conocimiento de la denuncia interpuesta por el Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme , contra los aludidos General del Aire y Teniente General del Ejército del Aire -este último en situación de retiro-, refiere el denunciante en su escrito la concurrencia de dos delitos, a saber, prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, en relación con un delito de abuso de autoridad del artículo 45 del vigente Código Penal Militar.



En efecto, el denunciante atribuye al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, la presunta comisión de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en relación con el artículo 45 del Código Penal Militar -si bien más tarde también cita, por evidente error mecanográfico o *lapsus calami*, el artículo 47 del Código punitivo castrense-, al considerar que las resoluciones de fechas 5 de abril y 29 de enero de 2018, dictadas respectivamente por los denunciados en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000, de registro del MAGEN, incoado contra el denunciante, "son arbitrarias, se dictan en asunto administrativo y además los denunciados, las dictaron a sabiendas de su injusticia y conculcando el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia".

No obstante la invocación por el denunciante de tipos delictivos contenidos en el Código Penal y en el Código Penal Militar, la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los hechos denunciados no suscita ninguna duda a esta Sala. En este sentido, nuestro criterio es plenamente acorde con lo expresado por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central en su Exposición Razonada -que acoge el previo informe de la Fiscalía del Tribunal Militar Central-.

Y esto es así porque, como nos recuerda el auto de esta Sala de 29 de octubre de 2020, siguiendo el de 24 de septiembre de 2015, "la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 17.01.2006 y 16.02.2011, entre otras), "establece un paralelismo conceptual entre el tipo de Abuso de autoridad del art. 103 CPM y la Prevaricación administrativa, sobre la base de la común exigencia de que concurra la arbitrariedad como presupuesto de la acción, esto es, la actuación que excluye conscientemente la aplicación de la norma, que se sustituye por el mero capricho o el voluntarismo de quien actúa", siendo así que la misma conducta contemplada en el artículo 103 del Código Penal Militar de 1985 se encuentra ahora tipificada, describiéndola exactamente en los mismos términos, en el artículo 45 del vigente Código Penal Militar de 2015".

A su vez, como pone de relieve nuestro aludido auto de 29 de octubre de 2020, seguido por el de 18 de enero de 2021, "la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2012, en relación con el delito de abuso de autoridad que se configuraba en el artículo 103 del derogado Código Penal Militar de 1985, sentaba, con razonamiento aplicable, *mutatis mutandis*, al artículo 45 del Código punitivo marcial vigente, "que, respecto al subtipo de abuso de autoridad consistente en impedir arbitrariamente a un inferior el ejercicio de algún derecho cuya comisión se amenaza en el artículo 103 del Código Penal Militar, nuestra Sentencia de 17 de enero de 2006, seguida por la de 16 de febrero de 2011, afirma que 'la modalidad típica que ahora se alega como variante del Abuso de autoridad, sigue nucleándose en torno al doloso uso abusivo de las facultades de mando, con la consecuencia de haber impedido arbitrariamente su autor el ejercicio de algún derecho, exigencia del tipo que refuerza el componente antijurídico de la conducta en que la actuación arbitraria presupone que el sujeto activo obra con conciencia de la antijuridicidad, esto es, queriendo hacer lo que sabe contrario a derecho y por medio de un comportamiento que no tiene su origen en la norma, sino en el mero capricho o en el voluntarismo de quien actúa. La arbitrariedad punible constituye en todo caso presupuesto de la acción, porque lo que se exige para la comisión del delito es la injusticia que se deduce de la ilegalidad evidente, patente, clamorosa, grosera y esperpéntica, según la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo recaída a propósito del delito de prevaricación, en particular de la prevaricación administrativa (Sentencias 15.10.1999; 12.12.2001; 07.11.2003 y 31.03.2004, entre otras y de esta Sala, a propósito del delito de que se trata, recientemente 22.11.2004). No basta a estos efectos la ilegalidad o mera irregularidad de la actuación corregible por otras vías, incluso la disciplinaria, pues lo que se castiga en vía penal es el ejercicio del mando en términos de estruendosa injusticia o de inadmisibles voluntarismo".

Por su parte, respecto al delito de prevaricación administrativa, como dice el tan nombrado auto de esta Sala de 29 de octubre de 2020, "la sentencia de la Sala Segunda de este Alto Tribunal núm. 227/2020, de 26 de mayo de 2020 -R. 3424/2018-, tras señalar que "la resolución exigida por el tipo delictivo reseñado debe ser un acto de contenido decisorio que resuelva definitivamente sobre el fondo de un asunto y con eficacia ejecutiva - sentencias núm. 939/2003, de 27 de junio; 405/2009, de 13 de abril; 48/2011, de 2 de febrero; 429/2012, de 21 de mayo y 624/2013, de 27 de junio, entre otras-. En análogos términos se expresaba la sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero, reservando ese concepto para el 'acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados', considerando al respecto que 'lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración'. Más recientemente hemos señalado (sentencia núm. 200/2018, de 25 de abril con referencia expresa a la sentencia núm. 606/2016, de 7 de julio) que se entiende por resolución: 'el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo" y que "además, el delito exige que la resolución resulte arbitraria en el sentido de que, además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la normal praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente,



esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad", asevera que "es necesario que la autoridad o funcionario público realice un acto que suponga una absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran. En este sentido la sentencia de esta Tribunal núm. 723/2009, de 1 de julio de 2009, establece que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario de la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico", viniendo a concluir que "conforme reiteradamente viene señalando esta Sala, para que pueda apreciarse prevaricación administrativa no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existe el delito cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (sentencia núm. 723/2009, de 1 de julio)"; y en el mismo sentido discurre la sentencia de la nombrada Sala de lo Penal núm. 294/2019, de 3 de junio de 2019 -R. 927/2018-".

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, a la hora de fijar la competencia para conocer de los hechos denunciados por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme respecto al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , resulta determinante el empleo militar de General del Aire y Teniente General que ostentan las personas contra las que se dirige la denuncia, pues, según lo establecido en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en la redacción conferida por la Disposición final primera. cuatro de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conocerá "de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean de la competencia de la Jurisdicción Militar, contra los Capitanes Generales, Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central".

En definitiva, a tenor del precepto legal de mérito esta Sala resulta competente para conocer de la denuncia interpuesta por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme respecto al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , pues, al enmarcarse los hechos denunciados en el ámbito de la relación jerárquica existente entre el General del Aire y el Teniente General denunciados y el Cabo Primero en situación de retiro denunciante, tales hechos, caso de ser delictivos, encontrarían su más adecuado encaje en el Código Penal Militar y, más en concreto, en el delito de abuso de autoridad que se configura en el artículo 45 del vigente Código punitivo marcial, por lo que resultarían, en principio, de la competencia de la jurisdicción militar.

Y sobre la base de la anterior premisa, resulta determinante, a efectos de fijar la competencia para conocer de aquellos hechos, el empleo militar de General del Aire y Teniente General que ostentan los denunciados, pues determina el mismo la competencia de esta Sala Quinta del Tribunal Supremo para el conocimiento de los hechos conforme a lo dispuesto en el aludido artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, a cuyo tenor la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conocerá "de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean competencia de la Jurisdicción Militar, contra los ... Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes, cualquiera que sea su situación militar ...".

En conclusión, y de acuerdo con el aludido informe del Excmo. Sr. General Auditor, Fiscal de la Sala Quinta, de fecha 5 de julio de 2022, esta Sala resulta competente para el conocimiento de la denuncia formulada por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme respecto al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio .

TERCERO.- Una vez que ha sido fijada la competencia de esta Sala para el conocimiento de la denuncia formulada, procede ahora entrar en el análisis de la eventual relevancia penal de los hechos denunciados.

En las presentes actuaciones se trata de determinar si los hechos denunciados pudieran ser calificados como legalmente constitutivos del delito tipificado en el artículo 45 del Código Penal Militar de 2015 y tener encaje o



ser subsumibles en este o en cualquier otro precepto penal, para proceder, en su caso, a la admisión y trámite de la denuncia.

Pues bien, la sumaria verificación de que han sido objeto los hechos a los que la denuncia del Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme se contrae, en lo que concierne al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, al solo objeto de decidir si concurre en los mismos algún indicio delictivo, pone de manifiesto que no concurre indicio alguno de infracción penal.

Como ya se señaló, el denunciante atribuye al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, la presunta comisión de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en relación con el artículo 45 del Código Penal Militar vigente -si bien más tarde también cita, por evidente error mecanográfico o *lapsus calami*, el artículo 47 del Código punitivo castrense-, al considerar que las resoluciones de fechas 5 de abril y 29 de enero de 2018, dictadas respectivamente por los denunciados en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000, de registro del MAGEN, incoado contra el denunciante, "son arbitrarias, se dictan en asunto administrativo y además los denunciados, las dictaron a sabiendas de su injusticia y conculcando el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia".

Ya se ha expuesto con antelación que, no obstante la invocación por el denunciante de tipos delictivos contenidos en el Código Penal y en el Código Penal Militar, la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los hechos denunciados no suscita ninguna duda a esta Sala. En este sentido, nuestro criterio es plenamente acorde con lo expresado por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central en su exposición razonada -que acoge el previo informe de la Fiscalía del Tribunal Militar Central-.

Y esto es así porque, como nos recuerda el auto de esta Sala de 29 de octubre de 2020, siguiendo el de 24 de septiembre de 2015, " la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 17.01.2006 y 16.02.2011, entre otras), "establece un paralelismo conceptual entre el tipo de Abuso de autoridad del art. 103 CPM y la Prevaricación administrativa, sobre la base de la común exigencia de que concorra la arbitrariedad como presupuesto de la acción, esto es, la actuación que excluye conscientemente la aplicación de la norma, que se sustituye por el mero capricho o el voluntarismo de quien actúa", siendo así que la misma conducta contemplada en el artículo 103 del Código Penal Militar de 1985 se encuentra ahora tipificada, describiéndola exactamente en los mismos términos, en el artículo 45 del vigente Código Penal Militar de 2015".

Sentado lo anterior, y una vez enmarcados, a los meros efectos competenciales, los hechos denunciados por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme respecto al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, en el ámbito punitivo marcial, la competencia para su conocimiento viene determinada, como hemos adelantado, por el empleo militar que ostentan las personas contra las que se dirige la denuncia, en este Caso General del Aire y Teniente General, lo que impone la atribución del mismo a esta Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, pues, según se estipula en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en la redacción conferida por la Disposición final primera. cuatro de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, esta Sala conocerá "de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean de la competencia de la Jurisdicción Militar, contra los Capitanes Generales, Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central".

En definitiva, a tenor del precepto legal de mérito esta Sala resulta competente para conocer de la denuncia interpuesta por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme respecto al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, por lo que procede aceptar la competencia deferida por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central para el conocimiento del asunto.

CUARTO.- A la vista del contenido de la denuncia formulada y del examen de las actuaciones que la acompañan -en concreto, el Expediente Disciplinario núm. NUM000, de registro del Mando Aéreo General (MAGEN) del Ejército del Aire, así como de las resoluciones de fechas 29 de enero de 2018 y 5 de abril siguiente, dictadas, previo informe de sus respectivos Asesores Jurídicos y de conformidad con los mismos, por los Excmos. Sres. Teniente General don Epifanio, Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire y General del Aire don Faustino, Jefe de Estado Mayor de dicho Ejército, y de los autos del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, del Tribunal Militar Central, en especial de la sentencia núm. 192, de 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia de dicho Tribunal-, la Sala rechaza, como hemos adelantado, que pueda apreciarse en la



conducta observada por los hoy denunciados, Excmos. Sres. General del Aire don Faustino , Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y Teniente General don Epifanio , actualmente en situación de retiro, Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, cualquier indicio de actuación prevaricadora, y más concretamente de abuso de autoridad cuya comisión se amenaza en el artículo 45 del vigente Código Penal Militar -a cuyo tenor "el superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave a un subordinado, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión"-, cuya esencia, como en el delito de prevaricación, a tenor de los autos de esta Sala de 24 de septiembre de 2015 y 29 de octubre de 2020, "radica en la arbitrariedad con que actúa el sujeto activo, autoridad o funcionario, que dicta la resolución administrativa y que se comporta al margen de cualquier interpretación razonable de la normativa aplicable, a la que se desplaza por el puro voluntarismo del autor, que se erige en caprichosa y antijurídica fuente de lo que se dice ser el derecho. La arbitrariedad constituye un "plus" respecto de la mera ilegalidad corregible por aquella vía jurisdiccional (recientemente Sentencia 259/2015, de 30 de abril, de la Sala 2ª de este Tribunal Supremo)".

El Cabo Primero en situación de retiro don Cosme imputa al General del Aire y Teniente General denunciados la presunta comisión de sendos delitos de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en relación con los correlativos delitos de abuso de autoridad de los artículos 45 y 47 del Código Penal Militar, por su sucesiva intervención en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro del MAGEN, en cuyo mérito se impuso al ahora denunciante una sanción económica de quince días -resolución sancionadora del Excmo. Sr. Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire-, más tarde confirmada enalzada disciplinaria -resolución del General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire-, que finalmente resultó revocada por la sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, recaída en el recurso contencioso- disciplinario militar ordinario núm. 106/18.

Ya se ha puesto de relieve precedentemente el paralelismo conceptual existente entre las conductas descritas en el artículo 45 del Código Penal Militar, tipificadas como delito militar de abuso de autoridad, y la conducta típica del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, a tenor de los autos de esta Sala de 24 de septiembre de 2015 y 29 de octubre de 2020, por lo que las menciones que seguidamente se harán a propósito de la prevaricación administrativa han de entenderse referidas al delito militar de abuso de autoridad, en la modalidad de comportamiento arbitrario del superior.

Por otra parte, y con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, hemos de advertir que los tribunales de justicia suelen mostrarse cautelosos a la hora de admitir a trámite una querrela o denuncia por prevaricación administrativa, en orden a evitar la sistemática criminalización de los actos de la Administración y una ampliación desmesurada del ámbito de actuación del Derecho penal, que le haría perder su carácter de última ratio, reservada, como es sabido, a los casos más graves de conductas ilícitas perpetradas por los servidores de la Administración Pública que resulten merecedoras de ser calificadas de "arbitrarias" o "injustas" y sean realizadas "a sabiendas" de su inadecuación al ordenamiento jurídico.

En este sentido, la sentencia núm. 340/2012, de 30 de abril -R. 1257/2011-, de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, dictada a propósito del delito de prevaricación, tras afirmar que "como declara la STS 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras, la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar *supuestos límite*, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además *injusta y arbitraria*", así como que "la acción consiste en dictar una *resolución arbitraria en un asunto administrativo*. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener notoriamente la competencia legalmente exigida, bien porque el fondo de la resolución administrativa contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS 2340/2001, de 10 de diciembre y STS 76/2002, de 25 de enero). Por ello, no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención del control de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando



desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". Este principio implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea *imprescindible*. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho por suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger", asevera que "es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS 766/1999, de 18 de mayo)" y que "no basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este *plus* viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. La ilegalidad penal es, pues, suplementaria de la administrativa. Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivistas, venían poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS 1095/1993, de 10 de mayo). Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de *su voluntad*, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS 766/1999, de 18 mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre)", por lo que "puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, *no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley* (STS 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable", significando, tras ello, que "además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración", viniendo a concluir que "será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir,



ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, la STS 755/2007 de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. De lo que se acaba de señalar, nos interesa determinar y concretar el concepto de *resolución administrativa*, pues es el elemento objetivo típico del delito, ya que, como también hemos dicho con reiteración, la existencia de una verdadera resolución administrativa constituye un elemento *sine qua non* para afirmar la tipicidad de los hechos. Así lo ha reconocido esta Sala Segunda en distintas sentencias, de las que las señaladas con los números 627/2006, 8 de junio o 2011/1993, 22 de septiembre, son elocuentes ejemplos. Y es que, como hemos declarado (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1993), por *resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos*. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones *concretas o generales*, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, definido como "acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo". Ahora bien, frente a los actos y resoluciones administrativas, los órganos de la Administración también producen actos políticos, excluidos generalmente de control, salvo en sus formalidades intrínsecas, o adoptan decisiones que se rigen por otros mecanismos de control jurídico, entrando en la esfera privada -derecho civil o mercantil- o en la esfera laboral. Quiere con ello decirse que no toda actuación de un órgano de la Administración es controlable por el derecho administrativo. En consecuencia, el derecho penal tiene que ser muy estricto en la medida que el delito por el que se acusa ha de suponer la conculcación de un determinado tipo penal, máxime en el delito de prevaricación administrativa en donde el control natural de la resolución se residencia en los tribunales de otros órdenes administrativos. Recuérdese a estos efectos que el delito definido en el art. 404 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una *resolución arbitraria en un asunto administrativo*. El principio de taxatividad y certeza que se predica del derecho penal (art. 4.1 C.P.), no nos permite llegar a interpretar que tal resolución puede ser cualquiera, sino aquella que se dicta en un asunto administrativo, entendido este asunto, en los términos de la Ley 30/1992, no en un asunto referente a una Administración en general, pues ésta interviene en múltiples relaciones conforme a Derecho. Es decir, se trata estrictamente de una resolución administrativa, aquella que constituye el elemento objetivo típico del delito de prevaricación administrativa. Lo estricto aquí del derecho penal no puede tolerar un concepto expansivo de tal resolución, sino rigurosamente administrativo. La jurisprudencia de esta Sala se ha encargado así de definirlo. Otros tipos penales pueden abarcar tal onmicomprensión de tal actuar, bajo parámetros penales diversos al aquí tomado en consideración. De ahí que difícilmente una escritura pública formalizada ante notario, desarrollo ejecutivo del acto de contratación, ya finalizado en vía administrativa, por la teoría de los actos separables, plenamente consolidada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo (*ad exemplum*, Sección 5ª, de fecha 22 de abril de 1996, entre otras muchas), puede constituir una resolución administrativa, en los términos que exige el art. 404 del Código Penal. Resulta evidente que las discrepancias resultantes de tal acto notarial, que no ya acto administrativo, han de ser resueltas en el ámbito del derecho privado. Y es que, como hemos dicho en STS 857/2003, de 13 de junio, falta en el caso enjuiciado la exigencia típica de haberse dictado una "resolución", esto es, "un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio" (SSTS 877/1995, de 14 de julio y 190/1999, de 12 de febrero), en los términos anteriormente expuestos. En el mismo sentido, la STS 621/2003, de 6 de mayo, nos dice que el tipo objetivo del delito de prevaricación del art. 404 CP requiere la infracción de un deber del funcionario que se debe manifestar en el dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Es decir, el delito de prevaricación no consiste en cualquier conducta antijurídica de un funcionario, sino en una muy específica en la que ejerzan funciones administrativas. O en la STS 939/2003, de 27 de junio, que citando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1), y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la resolución" como una de las modalidades de finalización del procedimiento administrativo. Y el art. 89, relativo al "contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas" y que la



decisión "será motivada", de manera que "a tenor de lo expuesto, es patente que el término legal "resolución" del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de "autoridad[es] o funcionario[s] público[s]", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito -especial propio- de que se trata". En términos similares se pronunció dicha Sala en sus anteriores sentencias núms. 674/98, de 9 de junio de 1998 y 1015/2002, 31 de mayo de 2002, entre otras.

En definitiva, como doctrina general, para afirmar la existencia de una conducta legalmente constitutiva del delito de prevaricación administrativa, según la reciente en el tiempo sentencia de la Sala de lo Penal de este Alto Tribunal núm. 441/2022, de 4 de mayo de 2022 -R. 771/2020-, "una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho", añadiendo que "la contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución, no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente esa flagrante ilegalidad ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. (STS. 284/2009 de 13.3). En definitiva, basta el dolo, siendo el móvil indiferente para el legislador, salvo cuando lo convierte en elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, lo que en la prevaricación no ocurre", tras lo que afirma que "conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTS 18/2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2)" y que "sin embargo, y como dijimos con la nulidad administrativa, tampoco se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992. en el ámbito administrativo, como el artículo 48.2 de la vigente ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento administrativo establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta



su resolución. Es, en este sentido, reveladora de la tipicidad penal la elusión de los trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo)", viniendo a sentar, por último, que "en cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, **teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración**, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio). Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)" y concluyendo que "en definitiva para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. La expresión "a sabiendas", según las SSTS de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual".

QUINTO.- Pues bien, una vez analizados los hechos objeto de la denuncia formulada por el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme a tenor de la precedente doctrina jurisprudencial y en vista de lo actuado en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro del MAGEN, seguido contra el ahora denunciante, y la sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que puso término al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, promovido por el ahora denunciante contra las resoluciones sancionadoras recaídas en el Expediente Disciplinario de mérito, no puede sostenerse ningún título de imputación penal, siquiera sea con carácter provisional, contra los oficiales generales denunciados, por las siguientes que seguidamente se exponen.



En primer lugar, por ausencia de notoria injusticia o arbitrariedad en las resoluciones disciplinarias sancionadora y resolutoria del recurso de alzada.

Como se ha señalado, en tomo al concepto de "injusto" o "arbitrario" se plantea desde antiguo en la doctrina jurisprudencial y científica si basta una mera ilegalidad o si se precisa algo más. Junto a esta cuestión se suscita otra de no menor calado, la de fijar los criterios conforme a los que una resolución es o no injusta, dándose respecto a esta temática dos versiones concretadas en la teoría subjetiva y objetiva. De acuerdo con la teoría objetiva, el criterio para determinar la injusticia de una resolución es su contradicción con el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el problema no se agota con esta afirmación sino que se ha de encontrar un criterio válido para establecer cuándo una resolución judicial es injusta. A estos efectos se distinguen dos criterios: el formal y el material. De acuerdo con el primero, lo decisivo es que la decisión adoptada sea formalmente adecuada a Derecho, mientras que para el segundo criterio lo importante es la justicia material de la decisión. Para la teoría mixta o de los deberes, el carácter injusto o no de una resolución viene determinado por su conformidad con el espíritu de la ley, esto es, será injusta aquella resolución que afecte directamente al bien jurídico protegido, aunque la resolución formalmente se acomode al ordenamiento jurídico. Esta última teoría, también llamada de los deberes, concibe el acto o comportamiento injusto como aquel que es contrario a los deberes exigibles al cargo público.

La jurisprudencia se ha inclinado desde tiempos lejanos por la teoría subjetiva: No obstante, hace algún tiempo que ha adoptado la teoría objetiva y, en este sentido considera que la resolución es injusta "cuando la aplicación del Derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación jurídica", a lo que debe añadirse que "una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica sino además demostrativa de tal apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho, según los arts. 117.1º y 103.1º de la CE" - sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo núm. 2/1999, de 15 de octubre de 1999, que rememora el auto de dicha Sala de 27 de octubre de 2008-.

Por su parte, esta Sala, como ponen de relieve sus aludidos autos de 24 de septiembre de 2015 y 29 de octubre de 2020, seguidos por el de 18 de enero de 2021, es categórica al interpretar que "para la realización del delito de que se trata no basta la simple ilegalidad enmendable por otra vía, sino la injusticia que se deduce de la ilegalidad evidente, patente, clamorosa, grosera ..., como viene afirmando la jurisprudencia de la Sala 2ª de este Tribunal a propósito del delito de prevaricación administrativa. En definitiva, no basta a efectos penales con el desajuste de lo resuelto con el ordenamiento jurídico, sino que se requiere que el ejercicio del mando abusivo y perjudicial en todo caso para el subordinado, se produzca en términos de estruendosa injusticia o de inadmisibles voluntarismo"; en suma, siguiendo el criterio sentado en nuestros precitados autos de 24 de septiembre de 2015 y 29 de octubre de 2020, seguidos por el de 18 de enero de 2021, aplicable, *mutatis mutandis*, al artículo 45 del vigente Código punitivo marcial, no cabe afirmar que en el caso de autos se haya hecho un uso abusivo de las facultades que asisten al mando - artículo 45 del Código Penal Militar-, "con conciencia y voluntad de la antijuridicidad de actuación desviada o torcida de la finalidad para la que se conciben y otorgan las potestades administrativas, sancionadoras en la ocasión. La jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 17.01.2006 y 16.02.2011, entre otras), establece un paralelismo conceptual entre el tipo de Abuso de autoridad del art. 103 CPM y la Prevaricación administrativa, sobre la base de la común exigencia de que concurra la arbitrariedad como presupuesto de la acción, esto es, la actuación que excluye conscientemente la aplicación de la norma, que se sustituye por el mero capricho o el voluntarismo de quien actúa. De manera que para la realización del delito de que se trata no basta la simple ilegalidad enmendable por otra vía, sino la injusticia que se deduce de la ilegalidad evidente, patente, clamorosa, grosera ..., como viene afirmando la jurisprudencia de la Sala 2ª de este Tribunal a propósito del delito de Prevaricación administrativa. En definitiva, no basta a efectos penales con el desajuste de lo resuelto con el ordenamiento jurídico, sino que se requiere que el ejercicio del mando abusivo y perjudicial en todo caso para el subordinado, se produzca en términos de estruendosa injusticia o de inadmisibles voluntarismo".

A la luz de la expresada jurisprudencia, hemos de rechazar y rechazamos cualquier asomo de injusticia o arbitrariedad en la actuación disciplinaria de las autoridades denunciadas, pues el relato fáctico que sustenta la calificación jurídica y del que deriva la decisión sancionadora contenida en las resoluciones disciplinarias adoptadas por las autoridades disciplinarias de mérito podía inferirse sin esfuerzo de la prueba lícitamente obtenida y regularmente practicada en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000, de registro del MAGEN, seguido contra el ahora denunciante, aunque no así de la practicada en sede del ramo de prueba en el ulterior recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18.

El hecho de que la sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que puso término al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, promovido por el ahora denunciante contra las resoluciones sancionadoras recaídas en el Expediente Disciplinario de mérito, estimara vulnerado por estas el derecho fundamental a la presunción de inocencia de aquel no



comporta que la actuación de las autoridades administrativas ahora denunciadas fuera, a la vista del contenido del material probatorio de que dispusieron y conforme al cual adoptaron las aludidas resoluciones, injusta o se apartara de los cauces normales y habituales de interpretación en un Estado de Derecho.

En efecto, la actividad probatoria llevada a cabo en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro del MAGEN, lícitamente obtenida y regularmente practicada, en particular la testifical del Capitán Nemesio -folios 124 a 126 del procedimiento sancionador-, permite deducir sin esfuerzo que el Cabo Primero don Cosme no dio cumplimiento a los reiterados mandatos transmitidos por dicho oficial para que procediera al desbloqueo de la puerta paracaidista izquierda del avión "Hércules" en el que se iba a realizar una misión programada, si bien es cierto que el expedientado ahora denunciante se acogió en todo momento a que el Manual de Carga del "Hércules" no le autorizaba a realizar el aludido desbloqueo; sin embargo, otra prueba documental, representada por la Instrucción General 30-07 -IG 30-07-, relativa a los Criterios y Definiciones para el desarrollo de la actividad aérea en el Ejército del Aire -punto 7.3 de la IG 30-07, obrante al folio 69 del Expediente Disciplinario-, avalada por el informe del Subteniente don Camilo -folio 36 del expediente administrativo-, permite interpretar que los supervisores de carga estaban habilitados para hacer esa tarea y la realizaban con habitualidad, a excepción del expedientado. De ahí que pueda sostenerse que la aplicación del Derecho llevada a cabo por las autoridades sancionadoras denunciadas -que dictaron sus respectivas resoluciones de conformidad con el previo y preceptivo informe de sus respectivos Asesores Jurídicos- respondía a un modo aceptable de interpretación lógico-jurídica y no a un puro voluntarismo.

No obsta a tal consideración el hecho de que la actividad probatoria practicada en sede judicial, en méritos al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, en el que recayó la sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, conduzca a un resultado distinto del obtenido en la vía disciplinaria, como es el caso, lo cual encuentra su razón de ser a partir de la diferente versión de los hechos que el principal testigo de cargo, el Capitán Nemesio , ofreció en el procedimiento judicial -según resulta de su declaración obrante al folio 52 de la pieza separada de prueba, a cuyo tenor, "el declarante no ordenó nada al cabo 1º", precisando, tras ello, que "la orden de que fuese efectuado [el desbloqueo] por el Cabo 1º fue dada por el Teniente Coronel Jefe de Escuadrón". De ahí que la propia sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central afirme, en su Fundamento de Derecho Primero, que "no existe prueba alguna de la existencia de la orden cuyo incumplimiento se achaca al recurrente por las resoluciones recurridas, conclusión que se impone palmariamente cuando el Oficial que, según la Administración sancionadora, emitió la orden desobedecida, niega tajantemente su existencia en sede judicial", lo que, lógicamente, conduce al Tribunal sentenciador a entender que no se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente ahora denunciante.

Debe, en consecuencia, descartarse la concurrencia de injusticia o arbitrariedad en las respectivas decisiones sancionadoras adoptadas por las autoridades disciplinarias denunciadas.

SEXTO.- Y, en segundo término, tampoco puede apreciarse en el caso que nos ocupa la concurrencia del tipo subjetivo, es decir, el hecho de dictar resolución "a sabiendas de su injusticia", exigido en la prevaricación administrativa para colmar la figura delictiva de mérito.

La conclusión a la que se ha llegado en el precedente Fundamento de Derecho no permite sostener que las autoridades con potestad sancionadora denunciadas actuaran al margen del ordenamiento jurídico "a sabiendas", pues su respectiva actuación, como hemos indicado, resultaba congruente, en principio, con el resultado de la prueba practicada en el Expediente Disciplinario. Es más, lo que sí hubiera resultado injusto hubiera sido, dado el contenido del caudal probatorio de que dispusieron y el carácter inculpatario o inculpatario que el mismo presentaba respecto del ahora denunciante, resolver en sentido contrario a como lo hicieron, apartándose, además, del sentido de los respectivos informes preceptivos de sus Asesores Jurídicos.

Aun así, y a fin de despejar cualquier duda sobre la inexistencia de ese elemento típico subjetivo, cuya concurrencia se afirma de forma expresa en la denuncia, resulta pertinente, en aras a extremar el otorgamiento de la tutela judicial efectiva que a todos promete el artículo 24.1 de la Constitución, hacer una serie de consideraciones al respecto.

Al examinar el tipo subjetivo de la prevaricación administrativa, la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo núm. 163/2019, de 26 de marzo de 2019 -R. 2263/2017- afirma que "incidiendo, además, en el elemento subjetivo, señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 que "es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe **a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución.** De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución 'a



sabiendas', se puede decir, en resumen, que se comete el delito de **prevaricación** previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7)'''.

En el mismo sentido se expresa nuestro tan nombrado auto de 29 de octubre de 2020, que significa que "respecto al tipo subjetivo del delito de prevaricación administrativa, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 477/2018, de 17 de octubre de 2018 -R. 2187/2017-, tras aseverar que "en cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTs núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución 'a sabiendas', se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, **teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración**, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio). Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido ... La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración" y que "por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate 'a sabiendas de su injusticia' permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga 'dudas razonables' sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)", sienta que "en definitiva para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. La expresión 'a sabiendas', según las SSTs de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual'''.

Y, como hemos señalado con anterioridad, la reciente sentencia de la Sala de lo Penal de este Alto Tribunal núm. 441/2022, de 4 de mayo de 2022 -R. 771/2020-, viene a sentar, respecto al tipo subjetivo del delito de prevaricación administrativa cuya comisión atribuye el Cabo Primero del Ejército del Aire en situación de retiro don Cosme a los Excmos. Sres. General del Aire don Faustino , Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire



y Teniente General don Epifanio , Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, actualmente en situación de retiro, que "en cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de **prevaricación** previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, **teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración**, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio). Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)".

SÉPTIMO.- Pues bien, de acuerdo con cuanto hasta ahora hemos señalado, y atendidas las consideraciones sobre la inicial congruencia y licitud de las decisiones adoptadas en el seno del Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro del MAGEN, seguido contra el Cabo Primero del Ejército del Aire don Cosme , en situación de retiro, ahora denunciante, es evidente que las resoluciones dictadas por los Excmos. Sres. General del Aire y Teniente General del Ejército del Aire denunciados no se aprecia, ni por asomo, en razón de cuanto se ha expuesto al examinar la actuación de cada uno de dichos oficiales generales en dicho procedimiento sancionador, que ninguna de tales actuaciones sea contraria a Derecho, es decir, ilegal, pues se han ajustado escrupulosamente las mismas a lo previsto en el ordenamiento jurídico, especialmente en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, habiendo actuado, siempre, los indicados General del Aire y Teniente General de conformidad con lo informado y propuesto por los correspondientes Asesores Jurídicos y en ejercicio de las facultades, y deberes, que les imponía la meritada Ley Orgánica, no habiéndose ocasionado a resultas de tales actuaciones resultado materialmente injusto alguno al ahora denunciante sino el que, a tenor de lo dispuesto en la citada Ley Orgánica 8/2014 y según el preceptivo informe del Asesor Jurídico correspondiente, era obligado adoptar por el General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , sobre quienes pesaba el deber legal de incoar aquel procedimiento sancionador y resolverlo previo informe del correspondiente Asesor Jurídico, del que ninguno de ellos se apartó.



Con independencia de la decisión que, en definitiva, pudiera haberse adoptado -y, de hecho se adoptó- en la vía jurisdiccional contencioso-disciplinaria sobre la adecuación a Derecho de las resoluciones dictadas en aquel procedimiento sancionador, la actuación del General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, hoy denunciados, al ejercer, previos los asesoramientos jurídicos preceptivos, la potestad sancionadora respecto del denunciante en los términos dichos de razonable interpretación de la norma habilitante, no reviste carácter punible, pues, según pusimos de relieve en nuestro antealudido auto de 29 de octubre de 2020, "como se desprende de los pronunciamientos jurisprudenciales antecitados, para que se integre el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de abuso de facultades de mando o de la posición en el servicio, cuya comisión se contempla en el artículo 45 del vigente Código Penal Militar, resulta preciso que dicho abuso de facultades de mando o de la posición en el servicio constituya una ilegalidad evidente y flagrante", lo que, como resulta del examen de la intervención de los oficiales generales hoy denunciados en el Expediente Disciplinario incoado al denunciante, no ocurre.

Es evidente que las resoluciones adoptadas por dichos oficiales generales en modo alguno se dictaron con intención deliberada y plena conciencia de actuar al margen o en contra del ordenamiento jurídico, máxime cuando ambos denunciados dictaron sus respectivas resoluciones de conformidad con el respectivo informe motivado fáctica y jurídicamente por sus correspondientes Asesores Jurídicos y sin realizar consideración adicional alguna de la que pueda colegirse aquella intención.

En el caso que se denuncia, y tras el examen de las actuaciones disciplinarias, y muy especialmente a la vista de los informes de los Asesores Jurídicos actuantes, cuya razonada motivación no permite atisbar intención alguna de utilizar la vía disciplinaria con una finalidad torcida o contraria al ordenamiento jurídico, ni la de procurar un trato arbitrario o injusto hacia el sancionado, el interés espurio de los denunciados queda descartado.

Y, por su parte, la sentencia núm. 192, de fecha 26 de septiembre de 2019, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que puso término al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 106/18, promovido contra las resoluciones sancionadoras por el entonces sancionado y ahora denunciante, Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme, estimando el recurso interpuesto, al tiempo que revocó las resoluciones recurridas por considerarlas contrarias al derecho del recurrente a la presunción de inocencia, tampoco autoriza a afirmar esa conciencia deliberada de ilicitud en la actuación de las autoridades disciplinarias denunciadas, pues, si bien es cierto que la resolución judicial revocatoria de la resolución sancionadora reconoce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del sancionado, no lo es menos que dicha infracción no la fundamenta en la inexistencia de prueba de cargo en el Expediente Disciplinario - prueba que la sentencia no entra a examinar-, sino en la ausencia de prueba de cargo en la instancia judicial, en razón del resultado de la testifical practicada en sede del ramo de prueba, lo que impidió al Tribunal declarar como hecho probado que la orden en cuestión fuera dada "por el Oficial que, según la Administración sancionadora, emitió la orden desobedecida", esto es, el Capitán Nemesio.

OCTAVO.- De conformidad con cuanto antecede, puede concluirse que no existe ningún hecho de relevancia penal que pueda ser imputado a los oficiales generales denunciados por su intervención en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000, de registro del MAGEN, en el que resultó sancionado el Cabo Primero don Cosme.

En efecto, todo lo anterior nos permite concluir que no ha existido por parte del General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, hoy denunciados, el más mínimo indicio de actuación prevaricadora y que su actuación ejerciendo la potestad sancionadora respecto del denunciante, siempre previos los asesoramientos jurídicos preceptivos, no reviste, en modo alguno, carácter delictivo.

En este sentido, resulta preciso recordar, siguiendo nuestro tan citado auto de 29 de octubre de 2020, que "como se ha señalado, la finalidad de los artículos 404 del Código Penal y 45 del Código Penal Militar no es la corrección de meras ilegalidades o irregularidades administrativas -que, en el caso, tampoco son de apreciar-, sino que resulta necesario algo más, viniendo concretado legalmente ese plus en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, de una desviación o torcimiento del derecho de tal naturaleza que evidencie, de forma clamorosa, patente e incluso grosera, la sustitución de la interpretación razonable de la normativa aplicable por el mero capricho o voluntarismo de quien así actúa", y es lo cierto que nada de esto, repetimos, se desprende de la numerosa documentación obrante en las actuaciones, pues en ninguna de las resoluciones dictadas por el General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, hoy denunciados, se aprecia un abuso de las facultades de mando o de su posición en el



servicio, sino, por el contrario, no solo la más escrupulosa sujeción a la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas sino un uso cabal, prudente y moderado de las facultades que dicha normativa les concedía.

Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto la falta de relevancia penal de los hechos denunciados, que, por las razones indicadas, no resultan incardinables, al menos indiciariamente, en alguno de los tipos penales que podrían comprender dicha conducta en los textos penales militares.

A tal efecto, cabe significar que, como señala nuestro auto de 11 de diciembre de 2017, seguido por el de 29 de octubre de 2020, "para que se integre el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de abuso de facultades de mando o de la posición en el servicio, cuya comisión se amenaza en el artículo 45 del Código punitivo castrense hoy vigente, "resulta preciso que dicho abuso de facultades de mando o de la posición en el servicio constituya una ilegalidad evidente y flagrante", lo que, en razón de lo expuesto, ni por asomo es el caso.

A tal efecto, y en relación con el tipo penal de abuso de autoridad del artículo 45 del Código Penal Militar de 2015, en su modalidad de irrogación de perjuicio grave a un subordinado, ha puesto de relieve esta Sala, en sus precitados autos de 11 de diciembre de 2017 y 29 de octubre de 2020, siguiendo nuestras sentencias de 16 de febrero de 2011 y 17 de enero de 2006, que el mismo exige, "como elemento objetivo que la conducta del autor, investido de facultades de mando respecto del sujeto pasivo, consista en el ejercicio abusivo de la dicha potestad inherente a la condición de militar superior. Lo abusivo, que es concepto relativamente indeterminado, resulta equivalente a lo excesivo, desmesurado o desmedido y también a lo injusto o arbitrario y más concretamente al mal uso que se hace de las atribuciones o potestades que corresponden al cargo que se desempeña, utilizándolas para finalidades distintas o desviadas de aquéllas para las que están concebidas. El mando tiene carácter instrumental, como se dice en la sentencia de instancia, y su ejercicio se entiende en función del desenvolvimiento racional de las relaciones jerárquicas dentro de las Fuerzas Armadas, de manera que se mantenga la disciplina como factor de cohesión esencial en el ámbito castrense. Dicho de otro modo, el mando tiene carácter servicial y funcional y no se justifica por sí mismo sino por el uso que de éste se hace para la realización de las misiones y cometidos que los Ejércitos o los Institutos Armados tienen asignadas. A través del uso del mando responsable, razonable y adecuado a las circunstancias, se articulan las relaciones entre los militares, equilibradas dentro del mutuo respeto que se deben superiores e inferiores en empleo, sin perjuicio de la posición de jerarquía que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas", añadiendo que "el tipo subjetivo requiere un comportamiento doloso, esto es, que el autor sabe el mal uso que hace del mando (elemento intelectual) y actúa en función de ese conocimiento (elemento volitivo), sin necesidad de que concurra algún componente intencional o de tendencia dirigido a la causación de algún efecto. El resultado típico consiste en "irrogar un perjuicio grave al inferior", que éste debe experimentar como consecuencia de aquella conducta abusiva. La determinación de la gravedad del perjuicio como resultado de la conducta es concepto normativo, sometido a la ponderada y casuística apreciación judicial, sobre todo en consideración a la amplitud del término "perjuicio" que, en principio, puede referirse a cualquier clase de lesión, enfermedad, quebranto, daño o menoscabo, y luego su grave entidad cuyo relativismo requerirá por razones de seguridad jurídica, que se integre mediante remisión a otras normas aplicables por razón de análogo fundamento. El grave perjuicio ha de ser ocasionado por aquella actuación o conducta del sujeto activo, en términos de adecuada relación o nexo causal de manera que el juicio de autoría dependerá en primer lugar de la imputación causal, ya sea aquella conducta única o preponderante en términos de decisiva influencia en su producción. Tal resultado que forma parte del tipo objetivo, ha de ser abarcado por el dolo del autor al menos a título de dolo eventual, en que éste se representa el desenlace y lo acepta como consecuencia de su acción".

En el supuesto que nos ocupa, y tal y como se ha indicado, resulta evidente, además, que no concurre, en absoluto, en las resoluciones en su día adoptadas por el General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, hoy denunciados, ni la ilegalidad ni la flagrante arbitrariedad que, como se ha expuesto, exige el tipo penal del abuso de autoridad en su modalidad de irrogar un perjuicio grave a un subordinado del artículo 45 del Código Penal Militar. Por el contrario, las actuaciones llevadas a cabo por los citados oficiales generales ponen de manifiesto que las resoluciones disciplinarias dictadas por estos se ajustan escrupulosamente a las normas vigentes en la materia.

Por otro lado, tampoco se aprecia la concurrencia en los hechos denunciados del inequívoco elemento subjetivo de carácter doloso preciso para colmar el tipo penal de abuso de autoridad de que se trata, específicamente, a tenor de nuestros autos de 11 de diciembre de 2017 y 29 de octubre de 2020 y la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2016, "de dolo directo como sucede con las figuras del abuso de autoridad ...".

NOVENO.- Esta Sala, por las razones que ha dejado expuestas con anterioridad, y por lo que concierne a los denunciados, General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio, no aprecia indicios de delito alguno en los hechos denunciados por el Cabo Primero del Ejército del Aire, en



situación de retiro, don Cosme , con lo que, lógicamente, se desvanece el correspondiente juicio de posible tipicidad penal de tales hechos respecto de cualquiera de los delitos de que se ha hecho mención en los Fundamentos de Derecho que anteceden por lo que atañe a los citados oficiales generales.

A este respecto, y como se señala en nuestros autos de 11 de diciembre de 2017 y 29 de octubre de 2020, "conviene recordar que la mera presentación de una denuncia no determina, sin más, la incoación de un procedimiento penal, sino que impone la necesidad de realizar una inicial valoración de los hechos relatados en ella y, en el supuesto que de tal valoración, como es el caso, se derive la irrelevancia penal de estos, resulta oportuno proceder a su inadmisión a trámite, inadmisión que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del denunciante en su vertiente de acceso a la jurisdicción".

En este sentido, y como señala la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo, seguida por la de la Sala Segunda del Juez de la Constitución 178/2001, de 17 de septiembre, "es cierto que la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, desde su condición de persona agraviada o perjudicada, no obliga al Estado, único titular del ius puniendi, **a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho** a obtener condenas penales (SSTC 31/1996 , de 27 de febrero, FJ 10 ; 41/1997 , de 10 de marzo, FJ 4 ; 116/1997 , de 23 de junio, FJ 5 ; 67/1998 , de 18 de marzo, FJ 2 , y 215/1999 , de 29 de noviembre , FJ 1). Tampoco el ejercicio de la acción penal conlleva la existencia de un "derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación" (STC 157/1990 , de 18 de octubre , FJ 4)".

Por ello, en razón de lo hasta ahora expuesto, y teniendo en cuenta que, a la vista del conjunto de circunstancias que, según hemos señalado, concurren, en modo alguno puede apreciarse que de los hechos expuestos en la denuncia presentada, con fecha de 4 de mayo de 2022, por el Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme , en el Registro de Relatorías del Tribunal Militar Central se deriven indicios de resultar los mismos constitutivos de delito alguno imputable al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , entiende la Sala que resulta procedente disponer el archivo, sin más trámite, de las actuaciones incoadas como consecuencia de la denuncia interpuesta por el indicado Cabo Primero, en situación de retiro, en lo que atañe a los citados oficiales generales.

DÉCIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar .

En consecuencia; visto lo que se dispone en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Primero.- Declararse competente para el conocimiento de la denuncia presentada, con fecha de 4 de mayo de 2022, en el Registro de Relatorías del Tribunal Militar Central, por el Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme contra el General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y el Teniente General Jefe del Mando de Personal del citado Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio .

Segundo.- No haber lugar a admitir a trámite la denuncia deducida por el Cabo Primero del Ejército del Aire, en situación de retiro, don Cosme por lo que atañe al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino y al Teniente General Jefe del Mando de Personal de dicho Ejército, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , por no deducirse de lo actuado la concurrencia de ningún hecho de carácter delictivo que pudiera ser imputado a dichos oficiales generales.

Tercero.- Proceder al archivo de la referida denuncia.

Cuarto.- Sin costas.

Notifíquese la presente resolución al denunciante y al Excmo. Sr. Fiscal Togado, con instrucción de que pueden interponer ante esta Sala recurso de súplica en el plazo de tres días que fija el artículo 272 de la Ley Procesal Militar, y remítase testimonio de la misma al General del Aire, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, Excmo. Sr. don Faustino , para su conocimiento y para el del Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército del Aire, en situación de retiro, Excmo. Sr. don Epifanio , a quien se deberá dar traslado de copia certificada de dicho testimonio.



Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ