

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil nueve

En el recurso de casación núm. xxxxxxxxx, interpuesto por don xxxxx , representado por el procurador don xxxxxxxx y asistido por el letrado D. Antonio Suárez, contra la sentencia de 111111 del Tribunal Militar Territorial xxxxxxxxx, que lo condenó como autor de un delito de abandono de destino, con la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del *art. 21.6º, en relación con el 21.1º y con el 20.5º*, todos ellos del [Código Penal](#), a la pena de un año de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, habiendo sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, los Excmos. Sres. magistrados mencionados se han reunido para deliberación y votación, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de diciembre de 2001, el Tribunal Militar Territorial Primero, poniendo término a las diligencias preparatorias núm. 11/11/11, dictó sentencia, cuya declaración de hechos probados dice así:

"El día 11, el soldado Xxx no se presentó a la lista de ordenanza de la Unidad de su destino, permaneciendo en ignorado paradero y fuera de todo control militar hasta el siguiente día 24 de julio, fecha en que fue detenido por efectivos de la Guardia Civil en Badajoz, siendo presentado ante el Juzgado de Guardia de dicha plaza, en el que -previa remisión del oportuno exhorto por el Juzgado Togado Militar Territorial nº 11 de Madrid, que instruíra el presente procedimiento- se le preguntó si estaba dispuesto a presentarse al día siguiente en la Unidad de su destino, contestando que sí; razón por la que fue decretada su libertad provisional (folio 72).

Pese a ello, el referido soldado no realizó dicha presentación en su Unidad ni el día 25 de mayo de 2006 ni en ningún momento posterior.

En fecha 17 de noviembre de 2001, el soldado Xxx finalizó la ampliación por dos años del compromiso con las Fuerzas Armadas que había suscrito inicialmente en noviembre de 2003 (SIPERDEF).

El inculpado sufría una delicada situación familiar provocada por el reciente fallecimiento de su padre por un cáncer; la enfermedad psiquiátrica de su madre -un trastorno bipolar que había exigido, ya en noviembre de 2000, más de doce ingresos en el Hospital Psiquiátrico de la Diputación de Badajoz-; la minusvalía psíquica que sufre su hermano menor, quien convive con su madre; y los escasos ingresos que ésta percibe (una pensión de 393 euros mensuales).

Con motivo de esta situación familiar, en los meses anteriores a mayo de 2006 el inculpado solicitó de su Unidad diversos permisos para poder desplazarse hasta Badajoz para atender a su familia y, en determinado momento, ante una agravación del estado de salud psíquica de su madre y el sentimiento de necesidad de estar con ella y con su hermano menor, al considerar que ya no le darían más permisos, le dijo a sus superiores que su madre se había suicidado, con lo que consiguió un último permiso

para poder desplazarse a Badajoz.

Agotado este permiso y reintegrado a la Unidad, en mayo de 2006 se produjo una nueva situación de agravación de su madre, a la que se sumó el haberse quedado embarazada su novia, circunstancias que llevaron al soldado Xxx a abandonar la Unidad no presentándose a la lista de revista del día 5 y desplazándose hasta Badajoz, donde permaneció acompañando a su madre, hermano y novia, trabajando en lo que pudo para sostenerles económicamente, sin regresar ya a la Unidad.

Según sus declaraciones en la vista, en cuanto solucione todos los problemas que tiene, piensa volver a reincorporarse al Ejército, pero esta vez al Regimiento "Saboya" nº 6, "porque está más cerca de casa" (recordemos que dicha Unidad tiene su base en Bótoa, Badajoz, mientras que la de destino del inculcado en mayo de 2006, la tenía en El Goloso, Madrid)".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia es la siguiente:

"DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado, Xxx , como autor criminalmente responsable de un delito de abandono de destino, previsto y penado en el artículo [119 del Código Penal](#) Militar, con la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del art.

[21.6º](#), en relación con el [21.1º](#) y con el [20.5º](#), todos ellos del [Código Penal](#) común, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el efecto de pérdida de dicho tiempo para el servicio, y sin exigencia de responsabilidades civiles."

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2009 en el Tribunal Militar Territorial Primero, la letrada doña María de los Angeles González Gómez, en nombre y representación de don Xxx , anunció el propósito de interponer recurso de casación contra la sentencia.

CUARTO.- Por auto del siguiente día 28, dicho Tribunal acordó tener por preparado el recurso, remitir las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes para que en el término de quince días pudieran comparecer ante ella para hacer valer sus derechos.

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2009 en el Registro General del Tribunal Supremo, el procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de don Xxx , presentó el anunciado recurso de casación, que contiene el siguiente motivo único:

"ÚNICO.- Infracción de las normas reguladoras de la Sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales al haberse producido indefensión, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fueron aplicadas para resolver las cuestiones objeto de debate. Vulneración del principio de presunción de inocencia y vulneración de la prueba en relación al principio de "in dubio pro reo" al amparo de lo establecido en el art. [24 CE](#)."

SEXTO.- Mediante escrito presentado el 17 de junio de 2009 en el Registro General del

Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal, tras recordar que en las conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de deserción, se opuso al recurso en los términos siguientes:

a) En primer lugar solicitó su inadmisión por incumplimiento de los requisitos del artículo [874](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) .

b) En todo caso solicitó su desestimación argumentando que es incongruente alegar simultáneamente la "conculcación del principio de presunción de inocencia, que implica un vacío probatorio y la valoración irracional y arbitraria de la prueba"; que ha existido acervo probatorio suficiente y racionalmente valorado; que, respecto al error *facti* que el recurrente invoca implícitamente, ni siquiera designa el documento que lo demostraría; que el recurrente reconoció en el acto de la vista su ausencia de la Unidad; que la situación invocada como base del estado de necesidad ya existía antes del comienzo de la ausencia; que no concurre el tercero de los requisitos exigidos por el artículo [20.5](#) del [Código penal](#) ("*que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*), pues el recurrente, por su condición de militar profesional, tenía el deber de presencia en su Unidad; y que, cualquiera que sea la amplitud del término "*injustificadamente*" que obra en el artículo [119](#) del [Código penal](#) como integrante de la descripción del delito, el recurrente no acreditó durante todo el tiempo de ausencia ninguna razón que le justificara.

SEPTIMO.- Por providencia de 21 de julio de 2009, la Sala señaló el siguiente 22 de septiembre, a las

11.00 horas, para deliberación, votación y fallo.**OCTAVO.-** Celebrada la deliberación, la Sala decidió por mayoría la estimación del recurso y, en consecuencia, el pronunciamiento de una sentencia absolutoria; decisión que no fue asumida por el ponente, el magistrado don Francisco Menchen Herreros, que, en consecuencia, declinó la ponencia.

NOVENO.- Por providencia del siguiente 5 de octubre, el Presidente de la Sala acordó nombrar como ponente para redactar la sentencia al magistrado don Jose Luis Calvo Cabello, y hacer entrega de una ponencia de éste al magistrado don Francisco Menchen Herreros a fin de restablecer la igualdad en el turno de ponencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque el recurrente no desarrolla su denuncia, procede analizar en primer lugar si el Tribunal de instancia vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como afirma al enunciar el que formalmente es su único motivo de casación, o no, como sostiene el Ministerio Fiscal.

Examinadas la sentencia recurrida y el acta del juicio, el motivo debe ser desestimado porque el Tribunal de instancia fundamentó su relato de hechos probados en medios probatorios cuyo origen lícito no ha sido cuestionado, cuya incorporación al juicio fue realizada respetando los principios y las garantías de éste, y cuyo contenido ha sido trasladado por el Tribunal de instancia con respeto a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia.

Así, en el apartado 2 del título "*Hechos*", enuncia los fundamentos de su convicción: el interrogatorio del acusado quien, en sus declaraciones, reconoció sustancialmente los hechos que hemos dado por probados y la declaración del "oficial que cursó el parte". Y examinados los contenidos de estos medios probatorios ninguna objeción procede hacer a su valoración por el Tribunal de instancia, pues el recurrente admitió en el juicio, si bien intentó justificarla, la ausencia de su Unidad, como ya había hecho el 24 de julio de 2006 cuando declaró en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Badajoz; el parte emitido por el capitán don Miguel Ángel verifica no toda la ausencia, pero sí la suficiente para subsumir los hechos en el [artículo 119 del Código penal](#) militar: faltó a las listas de ordenanza los días 8, 9, 10 y 11 de mayo de 2006; y la declaración de este oficial en cuanto afirmó en el juicio, como había hecho durante la instrucción del sumario, que el recurrente estuvo ausente de la unidad al menos mientras él estuvo en ella (este testigo matizó que desconocía si el recurrente se había presentado mientras él cumplía una misión internacional.)

Por lo demás, que el recurrente estuvo ausente de su Unidad todo el tiempo imputado por el Fiscal -desde el 5 de mayo de 2006 hasta el 17 de noviembre de 2007, fecha en que finalizó su compromiso con las Fuerzas Armadas- es una realidad cuya admisión subyace en todo el recurso, pues la auténtica razón por la que se solicita a esta Sala la casación de la sentencia de instancia es porque el estado de necesidad debió ser valorado como circunstancia eximente completa y no incompleta.

SEGUNDO.- Como se acaba de indicar, la razón auténtica que, en opinión del recurrente, debe conducir a la Sala a casar la sentencia de instancia y absolverle del delito de abandono de destino es la referida a la concurrencia de la circunstancia eximente del estado de necesidad, regulada en el [artículo](#)

[20.5º del Código Penal](#) : mientras que el Tribunal de instancia entendió que no procedía apreciarla como completa -entendió concurrente la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del [artículo 21.6º en relación con el 21.1º y con el 20. 5º del Código penal](#) - el recurrente sostiene, como lo hizo en el juicio oral, lo contrario: que concurría de forma completa porque se cumplían todos los requisitos exigidos por la ley.

Para resolver adecuadamente esta cuestión es preciso tener presente lo que sigue:

a) El Tribunal de instancia declaró probado -lo narra en el cuarto párrafo del relato correspondiente-, que *"el inculpado sufría una delicada situación familiar provocada por el reciente fallecimiento de su padre por un cáncer; la enfermedad psiquiátrica de su madre -un trastorno bipolar que había exigido, ya en noviembre de 2002, más de doce ingresos en el Hospital Psiquiátrico de la Diputación de Badajoz-; la minusvalía psíquica que sufre su hermano menor, quien convive con su madre; y los escasos ingresos que ésta percibe (una pensión de 393 euros mensuales)"* .

b) También el Tribunal de instancia declaró probado, narrándolo en el sexto párrafo del relato, que *"en mayo de 2006 se produjo un nueva situación de agravación de su madre, a la que se sumó el haberse quedado embarazada su novia"* .

c) El conjunto de todas las circunstancias expuestas llevaron al recurrente -el Tribunal lo declaró probado en el mismo párrafo sexto- *"a abandonar la Unidad no*

presentándose a la lista de revista del día 5 y desplazándose hasta Badajoz, donde permaneció acompañando a su madre, hermano y novia, trabajando en lo pudo para sostenerlos económicamente, sin regresar ya a la Unidad" .

TERCERO.- La posición del Tribunal de instancia respecto a la circunstancia eximente del estado de necesidad es clara: no concurrió por faltar el último requisito exigido por el artículo 20.5 : *"que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse" .*

A este respecto el Tribunal razona así: el recurrente tenía obligación de sacrificarse, pues *"por su condición de militar profesional tenía que cumplir los mandatos que le imponía el deber de presencia en su Unidad, sin que su situación familiar pudiera eximirle de dicha obligación si no era con la expresa autorización previa de sus superiores" .*

Aunque podría parecer suficiente que la Sala razonara sobre el mencionado requisito y concluyera que se cumplió, lo que conduciría directamente a la apreciación de la eximente completa (con las consiguientes casación de la sentencia recurrida y absolucón del recurrente), resulta procedente examinar también el presupuesto del estado de necesidad, esto es, si existía realmente una situación de necesidad, así como los requisitos primero y segundo del artículo 20.5 , por cuanto sucede, de un lado, que el Tribunal de instancia no lo hace y, de otro, que el Ministerio Fiscal, si bien se centra en la no concurrencia del tercer requisito, formula algún reparo a la concurrencia del primero (dice que *"dicha situación ya existía con anterioridad al abandono (injustificado) de su destino, al menos en una parte considerable, sin que el empeoramiento de la misma fuera de tal entidad que justificara no ya su ausencia inicial, sino su definitiva no reincorporación")*).

CUARTO.- En primer lugar es preciso analizar la concurrencia del presupuesto esencial de la eximente: el estado de necesidad, de cuya existencia debe partirse para apreciar la eximente, bien completa, bien incompleta.

Dado que el [Código penal](#) no ofrece ninguna definición del " estado de necesidad" , la conclusión sobre su existencia, partiendo de la expresión del artículo 20.5 : *"el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos [...]"* , exige examinar los siguientes cuestiones: si existía el peligro de un mal propio o ajeno (lo que a su vez impone establecer si existía un peligro actual e inminente, si el peligro era de un mal y si este mal era propio o ajeno) y si había necesidad de lesionar un bien jurídico o de infringir un deber.

Pues bien, ninguna duda tiene la mayoría de la Sala, como no la tuvo el Tribunal de instancia, acerca de la concurrencia del peligro de un mal ajeno.

En el anterior fundamento segundo se han recogido las circunstancias que el Tribunal de instancia consideró probadas. En primer lugar la grave enfermedad de la madre y la minusvalía síquica del hermano, circunstancias básicas en la configuración de la necesidad. Y luego el embarazo de la novia y el fallecimiento del padre, circunstancias de máxima relevancia porque causaron la desaparición de toda posible asistencia: el embarazo de la novia porque ésta, en los últimos meses de su estado y especialmente

después de dar a luz, ya no podría ayudar a los familiares del recurrente; y el fallecimiento del padre, hecho de singularísima importancia, por cuanto supuso la desaparición de la persona que cuidaba a la familia y que ésta viera reducido el importe de los ingresos económicos a 393 euros mensuales (importe de la pensión de viudedad).

Dada la entidad del conjunto de estas circunstancias, ninguna objeción puede hacerse frente a la conclusión de que existía un peligro inminente y actual de un mal ajeno. Que un deterioro de todo orden afectaba a los familiares directos del recurrente no solo era una posibilidad: era objetivamente una consecuencia inevitable e inminente causada por el agravamiento de la enfermedad de la madre, la minusvalía del hermano, el fallecimiento del padre, la consiguiente penuria económica y la imposibilidad muy próxima de que la novia del recurrente pudiera prestar alguna ayuda.

Y que se estaba ante un mal es una conclusión que no necesita más razones: la mente de todos acepta que si a las enfermedades como las descritas se suman, de un lado, la disminución de los ingresos mensuales hasta la cuantía ya referida y, del otro, la ausencia por distintas razones de personas que se ocupen de los enfermos, se produce un mal: el agravamiento de las enfermedades hasta consecuencias irremediables.

Por último, como resulta de lo expuesto, que el mal era ajeno tampoco ofrece duda: no se refería a la individualidad del recurrente, sino que afectaba a su madre y su hermano. Y cuando el mal es ajeno aparece la figura del auxilio necesario, planteándose la posibilidad de la colisión de deberes que en el caso era real: el recurrente tenía ante sí dos deberes enfrentados: el de permanecer en su Unidad, con base en el destacamento "El Goloso", de Madrid, y el de cuidar a su madre y a su hermano, que vivían en Badajoz.

QUINTO.- Se ha dicho en el fundamento anterior que, dada la entidad de las circunstancias que concurrían en los familiares directos del recurrente, resulta claro que se estaba en presencia de un mal ajeno.

En este punto considera la Sala conveniente detenerse para responder a la objeción del Ministerio Fiscal. Como se ha transcrito, éste afirma que la situación de necesidad ya existía antes de que el recurrente abandonara su Unidad, y que el agravamiento careció de entidad justificadora.

Rechaza la mayoría de la Sala esta objeción, pues al estado de necesidad puede llegarse por acumulación de diversas circunstancias (así, la sentencia de 8 de octubre de 1996, núm. 667, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, se expresó en estos términos: *"El mal original del estado de necesidad puede irse produciendo poco a poco, es decir, fraguándose con el tiempo, aunque en esa evolución ha de llegar un momento en que se produzca un agobio tal que hace inminente remediarlo"*).

En el caso, algunas circunstancias ya existían mucho antes de que el recurrente abandonara la Unidad: la enfermedad de su madre, que exigía frecuentes internamientos, y la minusvalía de su hermano. Pero a ello se suman las que llevaron al extremo la necesidad e impulsaron al recurrente a intentar remediarla: el fallecimiento de su padre, la agravación de la enfermedad de su madre y el embarazo de su novia, en cuanto, como se ha indicado, haría imposible una vez que diera a luz la ayuda que esta pudiera prestar.

De estas circunstancias es preciso poner el acento en la primera: el fallecimiento del padre (reciente, dice el relato de hechos probados, por lo tanto es razonable entender que ocurrió poco antes de que el recurrente abandonara la Unidad), porque, ya se ha dicho, vino a dejar a la familia del recurrente prácticamente desasistida: a causa de las enfermedades de la madre y del hijo ninguno podía cuidar del otro y ambos necesitaban ser atendidos en lo personal y ayudados en lo económico (atenciones que difícilmente podía prestar ya la novia del recurrente y menos aún cuando diera a luz y que con el fallecimiento del padre se hicieron imposibles, debiendo subrayarse la disminución de los ingresos económicos necesarios para vivir).

SEXTO.- Por lo que respecta a la exigencia de que el sujeto no tenga otro medio para soslayar la situación de peligro que lesionar un bien jurídico ajeno o incumplir un deber, es cierto que en el caso del recurrente podría argumentarse que el abandono de su Unidad no era el único medio apto para afrontar la situación. Ante el estado de salud de su madre y hermano y la falta de recursos económicos, el recurrente pudo acudir a los servicios sociales de la población, Badajoz, en que aquellos residían. Pero la mayoría de la Sala ha considerado que ese remedio era más abstracto que real, que el conseguirlo exigía un tiempo durante el cual los efectos de las carencias de la madre y del hermano del recurrente podrían afectar seriamente a la salud de éstos, y que el afecto y el cuidado personal que el recurrente podía darles no era sustituible por los que podían ser dispensados por los servicios sociales. Es más, aunque por estos se proporcionara la asistencia económica y médica necesarias, la presencia del recurrente habría sido indispensable para el cuidado eficaz al que su familia tenía derecho; presencia que fue necesaria no solo durante unos pocos días sino durante todo el tiempo que sus familiares permanecieron en la extrema situación ya descrita. La larga duración de la ausencia no impide, entiende la mayoría de la Sala, apreciar la eximente completa, ya que, como resulta de lo expuesto, fue necesaria ante la situación de máxima dependencia en que sus familiares se encontraban. (En este punto debe subrayarse además que el recurrente estaba destinado en el destacamento "El Goloso", en Madrid, y su madre, su hermano y su novia vivían en Badajoz).

SEPTIMO.- Establecida así la concurrencia del presupuesto básico de la circunstancia eximente del estado de necesidad, procede examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por el [artículo 20.5 del Código penal](#).

"Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar" es un requisito, el primero de dicho artículo, que expresa la vigencia del principio de proporcionalidad. Antes se ha afirmado que el recurrente se encontraba ante dos deberes: el de estar presente en su Unidad (deber de presencia respecto del que no puede pasarse por alto que la situación era de paz y que su titular era un soldado) y el de estar personalmente en Badajoz para cuidar de su madre y su hermano. Y en esta colisión de deberes, la mayoría de la Sala no tiene ninguna duda de que debería ceder el de presencia en la Unidad, de que el cuidado personal de su familia era preferente. Conclusión esta que quizá tenga fundamento más claro si se comparan entre sí los males: el causado y el evitado. La ausencia del recurrente de su Unidad causó la imposibilidad de que sus mandos le asignaran determinados servicios, para cuya prestación fueron nombrados otros soldados, sin que conste la causación de un mal de mayor entidad. En todo caso, el recurrente habría perturbado la organización de la Unidad o causado ciertas incomodidades. No aprecia la mayoría de la Sala un mal superior, pues el que podría

afirmarse invocando los fines que la [Constitución](#) asigna a los Ejércitos no resulta invocable en tiempos de paz.

Y frente a esta realidad, el mal que el recurrente trataba de eliminar o paliar es claramente de mayor entidad: por las circunstancias ya descritas, su madre y su hermano estaban en riesgo inminente de ver afectada su salud de forma grave y más aun con el transcurso del tiempo.

OCTAVO.- La concurrencia del segundo requisito del *artículo 20.5* : "*Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto*", puede afirmarse con base en lo ya analizado, pues de ello resulta claramente que la situación de necesidad no fue provocada por ninguno de los sujetos a los que el texto literal de la norma puede referirse. Si se trata de los "auxiliados", familiares del recurrente, es claro que ellos sufrían las enfermedades, sus consecuencias sobre la salud y la vida, así como las consecuencias causadas por el fallecimiento del padre; y si se trata del sujeto activo de la acción infractora, sucede que el recurrente ni tuvo intervención en las circunstancias que afectaban a sus familiares, ni compuso la situación de necesidad para justificar su ausencia en la Unidad: cuando el estado de necesidad llegó al agobio, se fue a Badajoz para cumplir con su deber de cuidar en lo personal y en lo económico a su familia.

NOVENO.- Queda por examinar si en el caso del recurrente concurrió o no el último requisito, el único que el Tribunal de instancia entendió que no concurría, exigido por el *artículo 20.5° del Código penal* : "*Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*".

Como se ha indicado arriba, el Tribunal de instancia expuso de forma clara y concisa la razón de su postura: no concurría el requisito porque el recurrente tenía obligación de sacrificarse ya que "*por su condición de militar profesional tenía que cumplir los mandatos que le imponía el deber de presencia en su Unidad, sin que su situación familiar pudiera eximirle de dicha obligación si no era con la expresa autorización previa de sus superiores*".

No comparte la mayoría de la Sala esta postura y, en consecuencia, cualquiera que sea el significado del término "necesitado" utilizado por el legislador, entiende que también concurrió el requisito debatido, lo que conduce a la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y el pronunciamiento de una absolutoria.

"Necesitado" es -interpretación basada en la significación del término- quien carece de algo, quien tiene necesidad de algo. No es, pues, siempre el sujeto activo de la acción infractora. Puede serlo, cuando el mal que se pretende soslayar vaya a recaer sobre él: es el mal propio a que se refiere el legislador. En este supuesto ninguna duda existe de que los términos "sujeto" y "necesitado" se refieren a la misma persona. Pero cuando el mal que se pretende evitar con la acción infractora es "ajeno", el necesitado es la persona que lo sufre o lo va a sufrir. En este supuesto los términos "sujeto de la acción" y "necesitado" ya no se refieren a la misma persona.

Pues bien, en el caso que nos ocupa es claro que el mal es ajeno, por cuanto las personas que están necesitadas de auxilio son la madre y el hermano del recurrente. El conjunto familiar es el "necesitado", y no existe dato ninguno que permita sostener que alguno de

sus miembros tenía obligación de sacrificarse, esto es, de soportar los graves efectos que sobre su salud y su vida podían producir de forma inminente las enfermedades que padecían y la escasez de medios económicos necesarios para vivir.

Y si se entiende, con base en el análisis de los Códigos penales a partir del de 1932, que "necesitado" es el sujeto de la acción infractora, tampoco puede concluirse que el recurrente tuviera obligación de sacrificarse por su función o cargo.

La obligación de tolerar el riesgo, de sacrificarse, está por su propia razón de ser sujeta a limitaciones. El fundamento del deber está en la exigibilidad de soportar el riesgo, implícita en determinados oficios. Y esta exigibilidad, porque ha de concretarse en individuos, ha de ser interpretada restrictivamente. El deber de sacrificarse ha de ser útil. Sacrificarse sin que reporte ninguna utilidad de entidad, soportar el mal ajeno (el de su madre y su hermano, en el caso del recurrente) por un deber que no produce utilidad es difícilmente asumible. Pues bien, la situación en que se encontraba la familia del recurrente -supuesto extremo de personas dependientes- determinó que éste tuviera que trasladarse a Badajoz para asistirle. Estimar ausente el requisito que se analiza supondría afirmar que el recurrente tenía, por ser militar, la obligación de soportar el riesgo inherente a la grave situación en que se encontraban su madre y su hermano.

No basta con afirmar la existencia de ese deber de sacrificarse (en rigor, de que la familia resulte sacrificada), pues exigir el sacrificio al recurrente supondría imponer a éste el contemplar, sin posibilidad lícita de actuar personalmente, el deterioro de toda clase de sus familiares. Es preciso que el deber resulte impuesto por algún precepto. El Tribunal de instancia, sin citar precepto alguno, fundamenta la no concurrencia del requisito en el deber de presencia de los militares en sus Unidades. Sin expresarlo con detalle -quizá hacerlo resultaría excesiva e innecesariamente duro en tiempos de paz- se refiere a él como soporte del deber del recurrente de sacrificarse, esto es, de tolerar las consecuencias nocivas para su familiares que inevitablemente estaban causando y causarían aún en mayor grado las circunstancias en que se encontraban. Pero el deber de presencia, instrumental (en cuanto sirve para que el militar esté disponible para el servicio) y que, como se ha dicho, operaba en una situación de paz y respecto de un soldado, no contiene en sí mismo el de soportar tal sacrificio. De ese deber de presencia queda liberado el militar si obtiene permiso para irse o si resuelve el compromiso con las Fuerzas Armadas. No está insisto, pues, el deber de soportar el mal ajeno en el deber de estar presente en la Unidad. Lo que ocurrió en el estado de cosas descrito es que se produjo una colisión de deberes: el de presencia y el de auxiliar a sus familiares. No se trataba solo, con ser importante, de acudir en auxilio de otro. Se trataba de que auxiliar y cuidar a la madre y al hermano constituye para todos una obligación ética y jurídica.

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

En consecuencia,

FALLAMOS

1.- Se estima el recurso de casación interpuesto por don Xxx , representado por el procurador xxxxxxxx, contra la sentencia de 11 de diciembre de 2008 del Tribunal Militar Territorial Primero, que lo condenó como autor de un delito de abandono de

destino, con la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del *art. 21.6º, en relación con el 21.1º y con el 20.5º*, todos ellos del [Código Penal](#), a la pena de un año de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Se casa dicha sentencia, dictándose a continuación otra con arreglo a derecho.

3.- Se declaran de oficio las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil nueve

En las diligencias preparatorias 11/145/06, seguidas por el supuesto delito de abandono de destino contra el soldado del Ejército de Tierra don Xxx , nacido el 21 de mayo de 1985, natural de Badajoz, hijo de **José y Juliana, sin antecedentes penales, en libertad provisional después de la celebración del juicio oral en el Tribunal Militar Territorial Primero, representado por el procurador don Roberto Granizo Palomeque y defendido por la letrada doña María de los Angeles González Gómez, los Excmos. Sres. magistrados mencionados se han reunido para deliberación y votación, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello .**

ANTECEDENTES DE HECHO Se aceptan los de la sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero.

HECHOS PROBADOS

Se acepta la declaración de hechos probados obrante en la sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones expuestas en nuestra anterior sentencia, la Sala estima que en el caso del recurrente concurrió la circunstancia eximente completa de estado de necesidad (*circunstancia 5ª del artículo 20 del [Código penal](#)*), por lo que aquél debe ser absuelto del delito de abandono de destino imputado por el Ministerio Fiscal.

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

En consecuencia,

FALLAMOS

Se absuelve a don Xxx , dada la concurrencia de la circunstancia eximente completa de estado de necesidad del *núm. 5º del artículo 20 del Código penal* , del delito de abandono de destino del que ha sido acusado.

Se declaran de oficio las costas del juicio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular *VOTO PARTICULAR*

FECHA:20/10/2009

Voto Particular que formula el Magistrado D. Francisco Menchen Herreros respecto de la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2009 dictada en el Recurso de Casación 101/52 /2009.

Formulo el presente voto particular porque, en mi opinión, la Sala debió desestimar el Recurso de Casación interpuesto por el Soldado D. Xxx contra la Sentencia de 11 de diciembre de 2008 del Tribunal Militar Territorial Primero y, en consecuencia, mantener su condena por un delito de "Abandono de destino" del *artículo 119 del Código Penal* Militar a la pena de un año de prisión. Al discrepar de la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados de la Sala, a los que expreso mi mayor consideración y respeto, decliné la redacción de la Sentencia que como ponente me correspondía por las razones que a continuación expreso:

ANTECEDENTES DE HECHO

Conforme con los establecidos por el Tribunal de instancia, que esta Sala reproduce en sus propios términos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme con el correlativo de la Sentencia que desestima la alegación del recurrente sobre la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- La discrepancia se concreta en la apreciación de la Sala sobre la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, regulada en el *artículo 20.5º del Código Penal* , mientras que el Tribunal de instancia entendió que no procedía apreciarla como circunstancia eximente completa, sino que apreció que concurría la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del *artículo 21.6º* , en relación con el *artículo 21.1º* y con el *artículo 20.5º del Código Penal* .

La discrepancia se refiere, en primer lugar, a la valoración que se hace en la Sentencia de esta Sala de los Hechos Probados poniendo especialmente el acento en algunas

circunstancias que concurrían en los familiares directos del recurrente para concluir que existía el peligro de un mal ajeno y concurrían todos los requisitos del estado de necesidad, especialmente el último requisito "que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse" que expresamente la Sentencia de instancia entendió que no concurría.

El Tribunal "a quo" valoró toda la prueba y, a mi entender acertadamente, apreció una circunstancia atenuante en la conducta del encartado. No consideró la "delicada situación familiar que sufría el inculpado" cumplía todos los requisitos como para apreciar una eximente completa de estado de necesidad. Sin duda en su valoración tuvo en cuenta que la enfermedad psiquiátrica de la madre y la minusvalía del hermano ya existían, eran muy anteriores a su incorporación a las Fuerzas Armadas. Se recoge en los Hechos Probados que: "en fecha 17 de noviembre de 2007, el Soldado Xxx finalizó la ampliación por dos años del compromiso con las Fuerzas Armadas que había suscrito inicialmente en noviembre de 2003. Es también otra referencia temporal, sin duda valorada, que la madre había sido ingresada más de doce veces en el Hospital Psiquiátrico de la Diputación de Badajoz, pero con anterioridad a noviembre de 2002. Nada se dice de ningún ingreso posterior. De la misma manera que en el Acta de celebración de vista oral se recoge la declaración de la madre del Soldado Xxx donde manifiesta que "vive con sus hijos en Badajoz y su hijo mayor está enfermo ...", de la que resulta la existencia de otros hermanos.

La eximente de estado de necesidad, como todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben ser probadas como los hechos mismos. En este caso, la Sentencia de instancia sostiene, y en la misma línea argumental se manifiesta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al Recurso de Casación, que en el presente supuesto falta la concurrencia del tercero de los requisitos necesarios: "Que quien actúa no esté obligado a soportar la situación de peligro en razón a su oficio, profesión o cargo". El inculpado, por su condición de militar profesional, estaba obligado a cumplir, entre otros, con el deber de presencia en la Unidad, sin que la situación en que se encontraba su madre y hermano pueda trasladarse al mismo, de forma que sea el propio Soldado el que se encuentre en una situación de necesidad que no puede evitar de otra manera distinta a la comisión de la acción infractora de sus deberes.

La jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (Sentencia de 02.10.2002, nº1629/2002; de 28.11.2002, nº 2003/2002 y 07.05.2009, nº470/2009, entre otras) señala que: "Esta Sala ha tenido ocasión de referirse a planteamientos similares al que es objeto de este recurso, si bien, ordinariamente, se trata de impugnaciones de la defensa del condenado en la instancia ante la denegación de la eximente, completa o incompleta, de estado de necesidad. En nuestra jurisprudencia hemos declarado (Cfr. SSTs de 2-10-2002, nº 1629/2002, y de 28-11-2002, nº 2003/2002) que "la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual".

Y de estos elementos merecen destacarse, también, dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto

de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que "si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Y por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito".

Así mismo la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31.03.2009, Recurso 1755/2008, se expresa en cuanto a la esencia del estado de necesidad del siguiente modo: "la esencia del estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone, dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva, con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar éste último que ha de ser grave y actual (S^a 1629/2002, de 2 de octubre). De los distintos requisitos y exigencias, en que se desenvuelve el estado de necesidad debe recordarse que el mal amenazante ha de ser actual, absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo (SS. 1415/97, de 24 de noviembre; 43/98, de 23 de enero; 585/98 de 27 de abril; 669/98, de 14 de mayo; 1208/98, de 19 de octubre; 75/99, de 26 de enero; 793/99, de 20 de mayo; 922/99, de 7 de junio; 1168/99, de 6 de julio; 1269/99, de 13 de septiembre; 1403/99, de 1 de octubre; 71/2000, de 24 de enero; 1125/2002, de 14 de junio).

Si esta es la doctrina acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es evidente que en el caso que nos ocupa no se cumplen los presupuestos que permiten apreciar la eximente de estado de necesidad.

El Soldado Xxx , conforme a los hechos que se declaran probados, tomó la decisión de abandonar su Unidad el día 5 de mayo sin acudir previamente a ninguna otra posibilidad alternativa, que evitara incurrir en el delito por el que fue acusado. En los meses anteriores a dicha fecha, el inculpado (conforme a los Hechos Probados) "solicitó de su Unidad diversos permisos para poder desplazarse hasta Badajoz para atender a su familia y, en determinado momento, ante una agravación del estado de salud psíquica de su madre y el sentimiento de necesidad de estar con ella y con su hermano menor, al considerar que ya no le darían más permisos, le dijo a sus superiores que su madre se había suicidado, con lo que consiguió un último permiso para poder desplazarse a Badajoz."

Es evidente que había logrado siempre la comprensión de sus mandos para atender a sus problemas familiares coñediéndole diversos permisos cuando los solicitó y debería haber acudido de nuevo a sus mandos buscando una solución, como había sucedido con

anterioridad, para hacer frente a sus problemas y necesidades familiares, incluso pudo haber planteado la resolución de su compromiso que el año anterior había prorrogado o, antes que llegar a esta solución definitiva, podría haber planteado cualquiera otra solución de suspensión temporal de su relación con las Fuerzas Armadas. Nada de eso hizo, adoptó la decisión de abandonar su destino, permaneciendo en ignorado paradero y se mantuvo fuera de todo control militar hasta el día 24 de julio de 2006, fecha en que fue detenido por efectivos de la Guardia Civil en Badajoz.

No se cumple, por tanto, el requisito de inexistencia de otro remedio razonable y asequible para evitar el mal; como exige la jurisprudencia citada, agotar todos los medios alternativos lícitos para soslayar el mal, antes de acudir a la vía delictiva de manera tal que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad.

En consecuencia, sostengo que debió desestimarse el Recurso de Casación interpuesto por D. Xxx contra la Sentencia de 11 de diciembre de 2008 del Tribunal Militar Territorial Primero que lo condenó por un delito de "Abandono de destino" del [artículo 119 del Código Penal](#) Militar con la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal del [artículo 21.6º en relación con el 21.1º y con el 20.5º del Código Penal](#) común a la pena de un año de prisión.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Angel Calderon Cerezo, PRESIDENTE DE LA SALA, A LA SENTENCIA DE FECHA 19.10.2009 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 101/52 /2009.

Con las deferencias de rigor hacia los Magistrados que en esta ocasión conformaron la mayoría del Tribunal, paso a exponer las razones de mi discrepancia con la apreciación en el caso de la eximente completa de estado de necesidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

.

Se comparten los establecidos como probados por la Sentencia de Casación que, a su vez, coinciden con los consignados por el Tribunal de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.1. El punto de partida inexcusable tiene que estar representado por la escrupulosa observancia de los hechos probados, dada la vía casacional elegida de infracción de ordinaria legalidad (*art. 849.1º LE. Crim .*). El relato factual establece, en síntesis, que el acusado Soldado profesional vinculado a las Fuerzas Armadas desde noviembre 2003, se ausentó de la Unidad de su destino en El Goloso (Madrid) desde el día

05.05.2006 permaneciendo en la situación de ausencia no autorizada hasta el día

17.11.2007, en que se produjo la conclusión del compromiso que le vinculaba con el Ejército. Durante todo este tiempo el acusado permaneció en la ciudad de Badajoz, adonde se desplazó por la situación de necesidad familiar motivada por el reciente fallecimiento de su padre, la enfermedad psiquiátrica de su madre y de un hermano dependiente de la madre, y el embarazo de su novia . Durante este tiempo estuvo acompañando a sus familiares y ayudándoles económicamente para lo cual trabajó en lo que pudo.

2.- Sobre estos hechos el Tribunal "a quo" apreció que ciertamente concurría la situación de necesidad que está en la base del estado de necesidad, eximente o atenuante, concluyendo que concurría la eximente incompleta con efectos atenuatorios de la responsabilidad, por faltar el elemento o requisito tercero del *art. 20.5º del Código Penal* , esto es, que "el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse", argumentación rechazada en la Sentencia de esta Sala conforme a consideraciones jurídicas que comparto.

3.- Doctrinal y jurisprudencialmente se define el estado de necesidad como una situación de conflicto actual o inminente entre bienes, intereses o deberes que solo puede solventarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos, con imposibilidad de poner remedio a la situación por vías lícitas, con lo que la actuación del necesitado debe considerarse subsidiaria en defecto de otras posibilidades de actuación inocuas o menos lesivas. De nuestra jurisprudencia invariable (Sentencias 16.07.2001; 01.10.2002;

31.01.2003; 24.02.2004; 30.05.2005; 19.09.2005; 20.10.2005; 26.06.2006; 20.11.2006; 22.12.2006;

26.06.2008, y 22.09.2008), forma parte el que la viabilidad de la dicha causa eximente de responsabilidad por ausencia de antijuridicidad en la conducta del autor del hecho típico, descansa sobre la prueba de la situación de necesidad que comporta en todo caso la situación de peligro para un bien jurídico, en el seno de la cual se produce una colisión de intereses contrapuestos en la que solo puede salvarse uno de ellos a costa del sacrificio de otro, debiendo realizarse en este caso una ponderación global de los intereses contrapuestos, y de dicha ponderación debe surgir que el interés protegido supera esencialmente al menoscabado. En segundo lugar el peligro ha de ser actual, inminente y concreto en una valoración "ex ante". Y en tercer lugar el estado de necesidad requiere que el conflicto no se pueda evitar de otra manera, rigiendo en todo caso el principio de proporcionalidad de forma que el autor que obra al amparo de esta eximente debe utilizar el medio adecuado para conjurar el peligro de la forma más moderada posible.

Por consiguiente, la inminencia e inevitabilidad del conflicto son requisitos primarios e inexcusables para que pueda estimarse la causa de justificación de que se trata con el carácter de completa. De la ponderación comparativa de los bienes o intereses en conflicto forma parte el verificar que el sujeto activo haya agotado todas los medios alternativos lícitos para soslayar el mal real, grave, actual o inminente, antes de acudir a la vía delictiva, de manera que fracasados los medios alternativos no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se puede pedir heroicidad (como se dice en STS.

23.06.2003, de la Sala 2ª de este Tribunal Supremo).

4.- La Sentencia de que discrepo dedica al anterior extremo el Fundamento de Derecho Sexto, resolviendo en sentido afirmativo esta exigencia con razones que, en mi modesta opinión, no resultan convincentes pues no se trata solo de que el acusado pudiera acudir a los servicios sociales y la eficacia, real o abstracta que deparara este recurso, sino que el acusado no expuso a sus superiores la gravedad de la situación familiar que le afectaba en el mes de mayo 2006, para obtener permiso ordinario o licencia extraordinaria con tal motivo, o bien interesar la resolución del compromiso contraído con las Fuerzas Armadas desvinculándose así del cumplimiento de los deberes que no estaba en condiciones de asumir. Por el contrario, el ahora recurrente decidió unilateralmente que a la vista de aquel cuadro familiar - cuyo dramatismo no puede minimizarse -, la solución pasaba por abandonar su destino sin contar con autorización de los mandos, con clara intención de no reincorporarse en ningún momento posterior, como así sucedió en efecto y era previsible tras el requerimiento formal desatendido a raíz de su detención y puesta a disposición judicial, y a partir del hecho acreditado de haberse venido dedicando a actividad laboral incompatible con la pertenencia a las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, sostengo que en el caso sometido a nuestra consideración no cabe mantener en Derecho la concurrencia del estado de necesidad justificante de la conducta típica del autor como eximente completa de la responsabilidad penal, sino únicamente como atenuante de dicha responsabilidad por falta del requisito de la inevitabilidad del conflicto que está en la base de expresada causa de justificación, según venimos exigiendo en nuestra jurisprudencia constante que asimismo se integra con la declaración de que los datos que conforman las causas de exención de la responsabilidad, han de hallarse tan probados como dos hechos mismos (Sentencias 03.11.2008; 12.11.2008; 21.11.2008; 03.02.2009; y 06.02.2009 , entre otras), lo que claramente se echa en falta en esta ocasión.

Por lo cual el FALLO debió ser desestimatorio del Recurso de Casación, confirmando la Sentencia de instancia por ser ajustada a Derecho.

Madrid, 20 de octubre de 2009.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello , estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.