

III. OTRAS DISPOSICIONES

TRIBUNAL SUPREMO

4114 *Conflicto de Jurisdicción nº 5/2008, suscitado entre el Juzgado de Instrucción nº 15 de Valencia y el Juzgado Togado Militar Central nº 1.*

SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN
ARTÍCULO 39 LOPJ

Presidente: Excmo. Sr. don José Carlos Dívar Blanco

Sentencia número: 2/2009.
Fecha sentencia: 23/06/2009.
Conflicto de jurisdicción: 5/2008.
Fallo/acuerdo: Sentencia resolviendo Conf. Jurisdicción
Ponente: Excmo Sr. don Javier Juliani Hernán.
Secretaría de Gobierno.
Tribunal Supremo.
Conflicto de jurisdicción: 5/2008.
Secretaría de Gobierno.
Ponente: Excmo. Sr. don Javier Juliani Hernán.

Sentencia num.: 2/2009

Excmos. Sres.:

Presidente: Don José Carlos Dívar Blanco.
Magistrados:

Don Joaquín Giménez García.
Don Javier Juliani Hernán.
Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
Don Fernando Pignatelli Meca.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo constituida por su Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a veintitrés de junio de dos mil nueve.

Esta Sala ha visto el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia en las diligencias previas 1297/08 y el Juzgado Militar Central número 1, siendo Ponente el Excmo. Sr. Javier Juliani Hernán, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de hecho

Primero.—El Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, en virtud de querrela presentada por Don Joaquín Serranos Serranos contra don Vicente Manuel García Romero por la comisión de los presuntos delitos de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y de falsedad de los artículos 390 y siguientes del Código Penal., incoó las diligencias previas número 1297/08.

Ratificado el querellante, se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y éste, evacuando el traslado conferido, al considerar que las

conductas narradas en la querrela admitían su tipificación al amparo de los artículos 103 y/o 138 del Código Penal militar, interesó la inhibición a favor del Juzgado Togado Militar Central, que fue acordada por Auto de 30 de abril de 2008 por el Juzgado de Instrucción número 15. Contra dicha resolución la representación procesal de Don Joaquín Serranos Serranos interpuso recurso de reforma, que fue desestimado mediante auto de fecha 5 de junio de 2008, a su vez recurrido por el Ministerio Fiscal respecto de los recursos procedentes contra el mismo, y también desestimado por el Juzgado por Auto de 4 de septiembre de 2008 del referido Juzgado de Instrucción número 15.

Segundo.—Recibidas las diligencias previas 1297/2008 en el Juzgado Togado Militar Central número 1, y solicitado informe sobre competencia al Fiscal Jurídico Militar, éste lo emite con fecha 20 de agosto de 2008 en el sentido de entender que, aunque los hechos objeto de la querrela se podrían subsumir dentro del Código Penal Militar, al amparo del artículo 138 éstos se encuentran dentro del ámbito de las funciones policiales y de orden público que desarrolla la Guardia Civil, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 bis del Código Penal militar, introducido por Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no es aplicable el Código Penal militar a tales hechos, informando desfavorablemente la competencia de la Jurisdicción Militar, dictándose por el Juzgado Togado Militar Central número 1, con fecha 16 de septiembre de 2008, Auto por el que se acuerda no aceptar la inhibición acordada por el Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia de las Diligencias Previas número 1297/08.

Tercero.—Recibido en el Juzgado de Instrucción número 15 copia del referido auto dictado por el Juzgado Togado Militar Central, se dio traslado a las partes para alegaciones, y con fecha 31 de octubre de 2008 se dictó nuevo auto por dicho Juzgado de Instrucción en el que, partiendo de que la cuestión de la incardinación de las conductas denunciadas en determinados tipos penales militares ha sido aceptada por ambos órganos jurisdiccionales, trata de precisar el alcance del citado artículo 7 bis del Código Penal militar, que describe aquellos casos en que la actuación de la Guardia Civil quedará excepcionalmente exenta de la aplicación del Código Penal militar, interpretando de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, que «el Código Penal Militar es siempre aplicable a los actos de servicio de la Guardia Civil con la única excepción de aquellos de los que pueda proclamarse sin duda ni ambigüedad de ningún tipo su carácter de actos de seguridad —mejor que de policía— y aun a estos si se dan los casos del artículo 7 bis-2º CPM». Entiende el Juzgado de Instrucción que en este caso concreto, en el que las acciones atribuidas al querrellado son sustancialmente la elaboración y emisión de un informe de idoneidad, dado el carácter puramente interno y orgánico del acto achacado, no parece que se pueda considerar que corresponde a funciones atribuidas por la normativa de la Guardia Civil para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, por lo que acuerda plantear conflicto negativo respecto de la Jurisdicción Militar, disponiendo la remisión de las actuaciones a la Sala de Conflictos de este Tribunal Supremo.

Cuarto.—Formalizado así el conflicto negativo de jurisdicción y recibidas las actuaciones en esta Sala Especial, se abrió el rollo de conflicto núm. A 39/05/2008 entre el Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia y el Juzgado Togado Militar Central, en el que obran informes del Fiscal Togado de 25 de marzo de 2009 y del Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009.

La Fiscalía Togada solicita en su informe que sea atribuida la competencia para el conocimiento de los hechos al Juzgado Togado Militar Central, por entender que la exclusión o inaplicabilidad del Código castrense a los miembros de la Guardia Civil debe entenderse referida no a todas sus acciones u omisiones sino, tan sólo a aquéllas que lleven a cabo al realizar actos propios del servicio desempeñando funciones policiales.

Por su parte el Fiscal de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo significa el hecho de que la actuación del querrellado se desarrolla en el ejercicio de la Jefatura de Información y Policía Judicial, por lo que tales actividades se enmarcan en el ámbito de funciones policiales y de orden público que desempeña la Guardia Civil, y que encajan en el ámbito

de exclusión del Código Penal militar del párrafo primero del artículo 7 bis, estimando por tanto competente al Juzgado de Instrucción de Valencia.

Quinto.—Instruida la Sala, se señaló para la deliberación y fallo del conflicto el día 15 de junio de 2009, a las 11.00 horas, lo que ha tenido lugar con el resultado decisorio que a continuación se expresa, redactando la sentencia el Magistrado Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán, en sustitución del Magistrado Excmo. Sr. D. Joaquín Gimenez García, quien en disconformidad con el criterio de la Sala declinó la ponencia.

Fundamentos de Derecho

Primero.—En el presente caso, los hechos objeto de la querrela interpuesta por delitos de falsedad y prevaricación, que dieron lugar a la incoación de Diligencias Previas por el Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, se circunscribían esencialmente a la propuesta formulada por el querrellado, en su condición de Teniente Coronel Jefe de la Sección de Información de la Zona de Valencia, de cese en el destino por falta de idoneidad del querellante, Cabo Primero de la Guardia Civil, perteneciente a dicho servicio, por entender el querellante que los argumentos que se contenían en dicha propuesta eran falsos y que pese a su falsedad determinaron que por el Director General de la Guardia Civil se dictara resolución acordando su cese.

Sin embargo, ambos órganos jurisdiccionales coinciden en señalar al sostener su inhibición, que aunque los hechos objeto de la querrela, y especialmente la confección del informe al que se hace reiterada referencia en ésta, pudieran ser incardinados en los tipos delictivos invocados en el Código Penal, resulta evidente -como también ha reconocido el querellante al oponerse a la inhibición promovida por el Juzgado de Instrucción- que podrían ser subsumidos, sin que ello suponga prejuzgarlos, en el tipo de abuso de autoridad del artículo 103 del Código Penal Militar, que castiga al superior que «abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio, o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho» o alternatively en el tipo definido en el artículo 138 de dicho Código castrense, referido al «militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave», con lo que, en definitiva y por aplicación del artículo 12.1 de la citada Ley Orgánica 4/1987, correspondería en principio la atribución de la competencia al Juzgado Togado Militar Central.

Cabe recordar que, en el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 103 del Código Penal militar y enmarcado en éste entre los delitos contra la disciplina (que como valor militar tutela la cohesión interna de la Institución) el bien jurídico protegido prioritariamente es precisamente la disciplina en sentido estricto, esto es, la que obliga al superior a respetar al inferior desde su posición jerárquica, protegiéndose esencialmente con ello la integridad y honor del subordinado; lo que también resulta básicamente predicable respecto de la extralimitación en el ejercicio del mando prevista en el artículo 138 del Código Penal militar, englobado entre los delitos contra los deberes inherentes al mando.

Segundo.—Existiendo por tanto tal coincidencia en cuanto a la posible incardinación de los hechos descritos en la querrela en los tipos delictivos militares indicados, resulta evidente que la cuestión negativa únicamente se suscita -como se reconoce en los distintos informes emitidos por los Fiscales de ambas Jurisdicciones y en los distintos autos dictados por los órganos jurisdiccionales que pretenden su inhibición- como consecuencia de la interpretación y aplicación del nuevo artículo 7 bis del Código Penal Militar, introducido en éste por la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y que dice:

«Las disposiciones de este Código (Penal militar) no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la

seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.»

Pues bien, en orden a la exégesis del indicado precepto, cuyo alcance es interpretado de forma distinta por ambos Juzgados, la primera precisión que debe efectuarse respecto de la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil después de la introducción del mencionado artículo 7 bis, viene referida al hecho evidente de que el legislador no ha tratado con ello de alterar el carácter militar del Benemérito Instituto. La Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que desarrolló el artículo 104 de la Constitución, confirmó decisivamente en ese momento la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición de militares de sus miembros, reiterándose expresamente en posteriores normas tal criterio. Así, en el ámbito de la Defensa y de las Fuerzas Armadas, el artículo 23 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, el artículo 1º.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y, muy recientemente, el artículo 2º.2 de las Reales Ordenanzas, aprobadas como Norma Reglamentaria por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, siendo estas últimas normas posteriores a la citada Ley Orgánica 12/2007. También las normas específicas referidas a la Guardia Civil han venido recogiendo la naturaleza militar de dicha Institución y la condición militar de sus miembros y, en este sentido, la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, en sus artículos 1º, 1 y 2º, 1, y la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en su artículo 1º, 1, así como la propia exposición de motivos de la nueva Ley Disciplinaria 12/2007 aplicable al Benemérito Instituto y simultánea a la anterior, en la que, después de referirse a la «concepción moderna y actual de la Guardia Civil en la que se aúnan las funciones policiales que desarrolla, con la naturaleza militar de su estructura», la define como «organización armada y jerarquizada», «caracterizada por su naturaleza militar y que dedica la mayor parte de su actividad al mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana».

Cabe recordar que, desde este punto de partida básico de la condición de militares de los miembros de la Guardia Civil, se ha seguido hasta ahora la aplicación a éstos del Código Penal militar, dado que a tal efecto «se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma» (art. 8 CPM) y que, según la Ley 42/1999 de Régimen de Personal de la Guardia Civil, a la que antes nos referimos, «son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil» (art. 2.2).

Así las cosas, efectivamente el nuevo artículo 7 bis del Código Penal militar ha venido a suponer una limitación en su aplicación a los miembros de la Guardia Civil, pero según se infiere sin esfuerzo del nuevo precepto, ésta viene configurada en el primer párrafo del referido artículo y tan sólo comporta una excepción a la regla general de su aplicación a la Guardia Civil, como sin duda se desprende de su propia literalidad, al referir que sus disposiciones no serán de aplicación a los específicos supuestos que establece, no operando además tal excepción –a tenor de lo establecido en el párrafo segundo de dicho precepto– en los casos que en éste se señalan (tiempo de guerra, estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares), en los que se aplica el Código Penal militar en su integridad, cualesquiera que fueran las funciones, policiales o no, que estuviera desempeñando la Guardia Civil.

Como decimos, tal interpretación del artículo 7 bis del Código Penal Militar fluye naturalmente de su literalidad, y en definitiva, fuera de estas situaciones específicamente previstas en el párrafo segundo del indicado precepto, en las que se aplica el Código

Penal militar en su integridad, habrá de entenderse que éste no es aplicable a los miembros de la Guardia Civil únicamente cuando la posible conducta delictiva prevista en dicho Código se lleve a cabo «en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto», como ha señalado reciente y repetidamente la Sala de lo Militar de este Tribunal Supremo (Sentencias de 16 y 20 de abril y 6,8,12 y 27 de mayo de 2009). Ahora bien, para concretar el ámbito de la exclusión de su aplicación, habrá de tenerse en cuenta que los miembros de la Guardia civil, dada su permanente condición de militares, pueden incurrir en comportamientos que lesionen bienes jurídicos propios del orden castrense, como son la disciplina, la relación jerárquica o el cumplimiento de deberes esenciales exigibles como tales militares, y que, aunque no estén al margen del desempeño de una determinada función de seguridad ciudadana o policial, se encuentran desvinculados de la realización de los actos propios del servicio que exige el desempeño de dicha función, por no formar parte de la actuación concreta que la realización del servicio exige.

En definitiva hemos de concluir, de conformidad con lo informado por la Fiscalía Togada, que los hechos que son objeto de la querrela no encajan en la excepción a la aplicación del Código Penal militar contenida en el párrafo primero del nuevo artículo 7 bis de dicha norma penal castrense. Hemos dicho que fuera de los supuestos previstos en el párrafo segundo de dicho precepto, en los que dicho Código se aplica íntegramente, la exclusión del Código Penal militar no opera respecto de toda actuación profesional de un miembro de la Guardia Civil, sino sólo respecto de los actos propios del servicio que éste realice para el desempeño de funciones de seguridad o policiales, y consecuentemente tal particular exclusión no puede alcanzar a la elaboración y emisión de una propuesta de cese en el destino por falta de idoneidad. Como bien señala el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 15 de Valencia, el Teniente Coronel Jefe de la Sección de Información, al redactar tal propuesta, realizaba una actuación de carácter puramente interno de valoración profesional de un subordinado, en la que prima el carácter militar de la relación jerárquica existente entre ambos, dentro de la estructura de naturaleza militar de la Guardia Civil, sin desempeñar en esa actuación concreta función específica de seguridad o policial alguna de las que, para «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» atribuye a la Guardia Civil el artículo 11 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, antes citada, como Cuerpo de Seguridad del Estado, por lo que no rige la excepción a la aplicación del Código Penal militar prevista en el párrafo primero del tan mencionado artículo 7 bis del mismo.

Procede, por lo expuesto, resolver el presente conflicto de jurisdicción atribuyendo la competencia a la Jurisdicción Militar, por lo que, vistos los artículos citados, el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 2/87, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás concordantes y de general aplicación, y en consecuencia

FALLAMOS

Resolver el presente conflicto de jurisdicción declarando la competencia del Juzgado Togado Militar Central número 1 para seguir conociendo de los hechos objeto de las Diligencias Previas número 1297/08, seguidas hasta ahora por el Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia.

Remítanse las actuaciones al referido Juzgado Togado Militar Central número 1, poniendo lo resuelto en conocimiento del Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, declarando de oficio las costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Don José Carlos Dívar Blanco, don Joaquín Giménez García, don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, don Javier Juliani Hernán y don Fernando Pignatelli Meca.

VOTO PARTICULAR CONJUNTO QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA Y DON FERNANDO PIGNATELLI MECA RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 23 DE JUNIO DE 2009 DICTADA EN EL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN 5/2008

Antecedentes de hecho

Se admiten los de la Sentencia de la que se disiente.

Fundamentos de Derecho

Único.–Formulamos el presente voto particular, que tiene el carácter de discrepante, porque, en nuestra opinión, la Sala debió declarar la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Valencia para seguir conociendo de los hechos objeto de las diligencias previas núm. 1297/08, incoadas por el indicado Juzgado por la presunta comisión por el Teniente Coronel de la Guardia Civil don Vicente Manuel García Romero de los delitos de prevaricación y falsedad de los artículos 404 y 390 y siguientes del Código Penal.

A tal efecto, y desde el reconocimiento del indiscutible carácter de Instituto Armado de naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil y de la condición de militares de sus miembros, lo que en modo alguno está en cuestionamiento, no compartimos la interpretación que se lleva a cabo, en el Segundo de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de que discrepamos, del párrafo primero del artículo 7 bis añadido al Código Penal Militar por la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre. Y ello por cuanto que no participamos de la afirmación que se contiene en el cuarto párrafo del aludido Fundamento de Derecho Segundo de dicha Sentencia, según la cual la limitación en la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil que el artículo 7 bis, párrafo primero, ha venido a suponer «tan solo comporta una excepción a la regla general de su aplicación a la Guardia Civil».

A nuestro juicio, tal interpretación del párrafo primero del artículo 7 bis no fluye naturalmente de su literalidad, sobre todo cuando se viene a añadir, en orden a «concretar el ámbito de la exclusión de su aplicación», que el Código punitivo castrense resultaría aplicable respecto a comportamientos de miembros de la Guardia Civil «que aunque no estén al margen del desempeño de una determinada función de seguridad ciudadana o policial, se encuentran desvinculados de la realización de los actos propios del servicio que exige el desempeño de dicha función, por no formar parte de la actuación concreta que la realización del servicio exige»; y, por tal razón, no podemos compartir la conclusión de que la elaboración y emisión por el Teniente Coronel de la Guardia Civil Don Vicente Manuel García Romero de una propuesta de cese en el destino por falta de idoneidad del Cabo 1.º de dicho Cuerpo Don Joaquín Serranos Serranos, actuando el primero en su condición de titular de la Jefatura de Información y Policía Judicial de la 6.ª Zona de la Guardia Civil, era «una actuación de carácter puramente interno de valoración profesional de un subordinado, en la que prima el carácter militar de la relación jerárquica existente entre ambos, dentro de la estructura de naturaleza militar de la Guardia Civil, sin desempeñar en esa actuación concreta función específica de seguridad o policial alguna de las que, para “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” atribuye a la Guardia Civil el artículo 11 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo».

Consideramos, en contra de lo que se afirma por la mayoría de la Sala, que la regla general que introduce el párrafo primero del artículo 7 bis del Código Penal Militar (en adelante CPM) en dicho Cuerpo legal es –en coherencia con la «nula o escasa aplicabilidad» del dicho Código a los integrantes de un Cuerpo como el de la Guardia Civil cuyas «funciones ordinarias» están, como dice el Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007, «mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense», la de la inaplicabilidad de éste a las acciones u omisiones punibles de los sujetos activos Guardias Civiles susceptibles de ser tipificadas –esencialmente por su condición de militares– con arreglo a las prescripciones de dicho Código y que la circunstancia excluyente de dicha inaplicabilidad general del CPM a los miembros de la Guardia Civil que contiene el párrafo

primero del actual artículo 7 bis del citado texto legal no puede restringirse, como se hace en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia de la que discrepamos, en función de que la actuación del sujeto activo pueda calificarse como «de carácter puramente interno», pues ello comporta, de facto, convertir la regla general de la inaplicabilidad del CPM a los miembros de la Guardia Civil en el desempeño de funciones policiales o de seguridad que se consagra por el párrafo primero del artículo 7 bis tan citado, en una mera excepción a una regla de aplicabilidad general de dicho CPM a los miembros del Instituto.

A tal efecto, y sin apartarnos de una mera interpretación literal del precepto, ha de entenderse el verbo transitivo «desempeñar» como «cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio», lo que va más allá, sin duda, del significado del vocablo «realización», que se constriñe a la acción de efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción concreta, y ello por cuanto que con aquella interpretación que se lleva a cabo en la Sentencia de la que disentimos se amplía la aplicación del Código punitivo castrense en relación a cuantas acciones u omisiones delictivas puedan llevarse a cabo por miembros del Instituto Armado que no se encuentren en la realización estricta de las específicas funciones policiales o de seguridad que la normativa del Instituto les atribuya. Se viene ahora a distinguir, merced a dicha interpretación, si dentro de ese «desempeño» de funciones policiales o de seguridad, la concreta actuación que se lleve a cabo puede entenderse que está «al margen» o «desvinculada» de los actos propios del servicio que aquél desempeño exija, escindiendo así tal singular o definida actuación del contexto en el que la misma viene integrada o de que forma parte.

La redacción que el legislador de 2007 ha dado al precepto penal de mérito, aun no siendo, ciertamente, inequívoca, pues puede entenderse o interpretarse en varios sentidos y dar ocasión a conclusiones diferentes, no puede dejar de interpretarse, en primer lugar, desde un punto de vista gramatical y contextual, y tal exégesis no puede limitarse o reducirse exclusivamente a un criterio hermenéutico «funcional», sino que dicho aspecto o consideración ha de combinarse con el criterio «temporal» que la preposición «en», unida a la frase «el desempeño de las funciones...», introduce, a nuestro juicio, en el texto del párrafo primero del precepto.

La frase «en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones...» anuda indisolublemente una circunstancia o elemento «temporal» o de contexto al criterio meramente «funcional», resultando, en nuestra opinión, tales dos circunstancias, requisitos o criterios inescindibles o inseparables a la hora de proceder, aplicando un criterio lógico, a la recta hermeneúsis del artículo 7 bis, de manera que solo quedan fuera de la cláusula general de exclusión de la aplicabilidad del CPM, además de los cuatro supuestos previstos en el párrafo segundo de aquél precepto, las acciones u omisiones cometidas fuera del tiempo que dure la realización, por el sujeto activo o el pasivo, de cuantos servicios resulten ser precisos para el desempeño, por uno u otro, de las funciones legalmente encomendadas que venimos denominando policiales o de seguridad, sea cual fuere la naturaleza de tales acciones u omisiones, quedando, pues, extramuros de esta cláusula general de exclusión tan sólo las acciones u omisiones cometidas fuera del ámbito temporal de prestación o ejecución -por cualquiera o por ambos sujetos- de los servicios de que se trata por no encontrarse desempeñando -ni uno ni otro- funciones policiales o de seguridad, supuesto éste en el que, por haberlo así decidido el legislador de 2007, tales acciones u omisiones punibles sí quedarían sujetas, eventualmente, al régimen penal militar, cual fue el caso de los hechos declarados probados en la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de fecha 28 de marzo de 2007 que fueron aceptados en la Segunda Sentencia de la Sala Quinta de este Tribunal Supremo de 28 de diciembre siguiente, recaída en méritos al recurso de casación núm. 101/62/2007 y a la que se contrajo la sentencia de dicha Sala de lo Militar de 16 de abril de 2009, recaída en el recurso de casación núm. 101/124/2008, e igualmente el de los hechos a que se refiere la sentencia de la aludida Sala Quinta de 6 de mayo de 2009, recaída en méritos al recurso de casación núm. 101/120/2008.

La regla general que introduce el artículo 7 bis del CPM respecto al ámbito material de aplicación de éste es, reiteramos, la inaplicabilidad de dicho Cuerpo legal a los miembros de la Guardia Civil, con dos excepciones: la primera cuando concurriera alguno de los cuatro supuestos comprendidos en su párrafo segundo –en el que el CPM se aplicaría en su integridad a los Guardias Civiles, lo que, «a contrario sensu», viene a querer significar que en las circunstancias a que se refiere el párrafo primero del precepto el CPM será aplicable a los miembros del Instituto en la medida o forma parcial o limitada que en éste párrafo se determina– y la segunda cuando las acciones u omisiones punibles de los miembros del Benemérito Cuerpo, incluyendo las que estos realicen sobre o en relación con otros miembros del Cuerpo, sea cual fuere su naturaleza, no tengan relación temporal alguna con los actos propios del servicio que, unos u otros, o ambos, presten en el desempeño de las funciones policiales o de seguridad que, en cada momento, les atribuya la normativa reguladora del Instituto –es decir, no se lleven a cabo durante todo el tiempo que dure o se prolongue el desempeño de dichas funciones–, o sea, con lo que el Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007 denomina «circunstancias cotidianas», concretadas en las «funciones ordinarias» de los integrantes del Cuerpo, «que están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense».

Esas circunstancias o funciones «ordinarias», mayoritariamente «asociadas al ámbito policial, y no al castrense», en cuyo desempeño se excluye radicalmente la aplicación del CPM, no pueden ser otras, a nuestro entender, en una interpretación sistemática y coherente del artículo 7 bis, que las que no aparecen enunciadas en el párrafo segundo de dicho precepto, en las que, por extraordinarias o no «cotidianas», las acciones u omisiones que los militares miembros de la Guardia Civil lleven a cabo en la realización de las mismas, incluyendo los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones policiales o de seguridad que, por venirles encomendadas por la normativa reguladora del Instituto, puedan llevar a cabo en tales circunstancias o actuaciones extraordinarias, sí estarán, en todo caso, sujetas, en su integridad, al CPM.

Dicho párrafo segundo del artículo 7 bis establece, a su vez, una segunda excepción a la regla general de la inaplicabilidad del CPM a los miembros de la Guardia Civil que se contiene en el párrafo primero de aquél precepto, si bien de carácter mucho más amplio que la que se prevé en dicho párrafo primero –como se infiere de la utilización de la locución adversativa «no obstante»–, en la que se enuncian las circunstancias o situaciones «extraordinarias» –de índole temporal, funcional u orgánica– a las que queda limitada o circunscrita la aplicación «en su integridad» del Código castrense a los miembros de Cuerpo de la Guardia Civil, es decir, aun cuando se encuentren en el desempeño de funciones policiales o de seguridad. Esas circunstancias o funciones «ordinarias» en cuyo desempeño se excluye la aplicación del CPM, no son otras, pues, que las que no aparecen enunciadas en el párrafo segundo del artículo 7 bis, en las que, por «extraordinarias» o «no cotidianas», las acciones u omisiones que los militares miembros de la Guardia Civil lleven a cabo en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones policiales o de seguridad que, por venirles encomendadas por la normativa reguladora del Instituto, ejerzan, sí estarán, en todo caso, sujetas al Código castrense.

Una interpretación del párrafo primero del artículo 7 bis que viene a invertir la excepción general a la aplicabilidad del CPM que en él se contiene, convirtiéndola así en una regla general de aplicación del citado Código a los miembros de la Guardia Civil, conculca no sólo el texto del precepto sino el tenor de lo que, en nuestra opinión, ha sido el espíritu o voluntad legislatoris al redactar el párrafo primero del artículo 7 bis, cuyo texto permaneció inalterable a lo largo de todo el debate parlamentario en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

En definitiva, a juicio de los Magistrados que suscriben tanto del texto de la norma como de la «mens legislatoris» se infiere, sin género de dudas, la imposibilidad de extender, en los términos que se contienen en la Sentencia de 23 de junio de 2009, la aplicabilidad residual y excepcional –en el sentido de carente de cualquier connotación funcional de índole policial o de seguridad a la que mayoritariamente, es decir, en los supuestos a que no se refiere el párrafo segundo del artículo 7 bis, se encuentra asociado el cotidiano

actuar de los miembros del Benemérito Instituto- del CPM a las acciones u omisiones punibles de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, cometidas durante o en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto, pues tal interpretación olvida que el elemento funcional que, indisolublemente unido al temporal, se contiene en el párrafo primero del artículo 7 bis debe ser concebido en su justa medida, de manera que las funciones policiales o de seguridad, en cuanto «ordinarias» o «cotidianas» de los integrantes del Cuerpo habrán de ser las «mayoritariamente asociadas al ámbito policial y no al castrense» y sólo al ámbito policial pertenece la determinación –acertada o no– de la inidoneidad de un miembro del Instituto Armado para formar parte de la Sección de Información que, por el Jefe de dicha Sección, se lleva a cabo, actividad en la que no hay que realizar un gran esfuerzo para entender que prima, absolutamente, el carácter policial, o asociado a la seguridad, y, en todo caso, completamente ajeno a lo castrense.

Como consecuencia de todo lo razonado, y en referencia al caso enjuiciado, el Teniente Coronel García Romero se encontraba, al redactar y suscribir, en su condición de Jefe de la Sección de Información de la Zona de Valencia, una propuesta de cese en el destino por falta de idoneidad del querellante –a la sazón, subordinado suyo con destino en dicha Sección, y, por ende, a sus ordenes– en el pleno ejercicio, entendido en sentido estricto, de una función policial o de seguridad –en cuanto que tal actividad administrativa corresponde al ejercicio de las funciones «ordinarias» o «cotidianas» de un Oficial Superior del Instituto Armado que ostenta la Jefatura de una Sección de Información con numerosos subordinados bajo su mando–, por lo que, en razón de lo expuesto, el Código Penal Militar resultaría, en tal caso, inaplicable a los eventuales hechos punibles que hubieren sido perpetrados por aquél Teniente Coronel de la Guardia Civil en el desempeño de las funciones propias de su cargo o destino.

En conclusión, y por todo lo expuesto, desde el respeto a la opinión mayoritaria, consideramos que la Sala debió resolver el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Valencia en las Diligencias Previas núm. 1297/08 y el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 declarando la competencia del órgano jurisdiccional primeramente citado, es decir el Juzgado de Instrucción n.º 15 de los de Valencia para seguir conociendo de los hechos objeto del meritado procedimiento.

Don Joaquín Giménez García y don Javier Juliani Hernán.