



Roj: **STS 380/2023 - ECLI:ES:TS:2023:380**

Id Cendoj: **28079150012023100002**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2023**

Nº de Recurso: **43/2022**

Nº de Resolución: **2/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 2/2023

Fecha de sentencia: 18/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION PENAL

Número del procedimiento: 43/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2023

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

Procedencia: TRIB.MILITAR TERRIT.TERCERO

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

Transcrito por: CVS

Nota:

RECURSO CASACION PENAL núm.: 43/2022

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 2/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D.^a Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 18 de enero de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 101/43/22, interpuesto por el soldado del Ejército de Tierra don Porfirio , representado por la procuradora doña María Paz Galindo Perrino y defendido por el letrado don José Jorge Orts Garreta, contra la Sentencia de fecha 27 de junio de 2022, dictada por Tribunal Militar Territorial Tercero en el procedimiento número 32/13/21, que le condenó como autor responsable de un delito consumado relativo "al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los militares", previsto y penado en el art. 49 del Código Penal, y por un delito de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Militar Territorial Tercero, dictó Sentencia con fecha 27 de junio de 2022, en la que, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Probado, y así expresamente se declara, que el soldado Porfirio destinado en el momento de producirse los hechos en el Regimiento Acorazado "Pavía 4" de Zaragoza y cuyos demás datos militares y circunstancias personales obran en el encabezamiento de la presente sentencia y que en lo que sea menester se dan por reproducidos, el día 7 de junio de 2021 prestaba un servicio de continuada en la Base y durante el breve período de descanso, una vez finalizada la comida, alrededor de las 14.45 horas, se dirigió al pabellón NUM000 del Regimiento Acorazado "Pavía 4" donde residía el Soldado Romulo , quien también prestaba el servicio de continuada, al objeto de mantener una conversación con él. En la planta baja de ese edificio el Soldado Porfirio manifestó al Soldado Romulo que quería hablar con él y éste le invitó a subir a su alojamiento para tomar un café. El Soldado Porfirio le respondió diciéndole "no quiero café, que sepas que eres un cabrón, me has traicionado". Acto seguido el Soldado Porfirio propinó un puñetazo al Soldado Romulo que le impactó en el párpado derecho y lo dejó aturdido pues se encontraba mirando hacia el suelo y no lo vio venir. Al sentir el golpe el Soldado Romulo se llevó la mano al ojo afectado, se retiró hacia atrás y bajó la cabeza a consecuencia del dolor. El Soldado Porfirio aprovechó entonces para propinarle al Soldado Romulo otros dos puñetazos, uno con cada mano, uno de los golpes impactó en la parte izquierda de la cara y el otro en la parte trasera de la cabeza. En ese momento algunos soldados que estaban en la puerta del edificio, en concreto, el soldado Luis Antonio y el soldado Pedro Enrique entraron al escuchar gritos y voces y el soldado Pedro Enrique presenció justo en el instante en el que el soldado Romulo se tapaba la cara y el soldado Porfirio le propinaba dos puñetazos. Tras los golpes el soldado Romulo que se encontraba sangrando por el párpado derecho y además había perdido una lentilla como consecuencia del primer puñetazo salió del edificio y el soldado Porfirio salió tras él y mientras manifestaba a los presentes "iros de aquí, no habéis visto nada".

Una vez fuera del edificio se personó en el lugar la Cabo Primero Erica cuya oficina se encontraba en la segunda planta del edificio donde sucedieron los hechos y que a consecuencia de los gritos bajó y ordenó a la Cabo Fermina y al soldado Bruno que bajaran también. Al llegar al lugar se situó en medio de los dos soldados y observó al soldado Porfirio nervioso y tenso y al Soldado Romulo llorando y con una herida en la cara de la que manaba sangre por lo que ordenó a la Cabo Fermina y al Soldado Bruno que le atendieran y acompañaran al botiquín de la Unidad mientras que el soldado Porfirio fue llevado dentro del edificio con sus mandos.

También se personó en el lugar de los hechos el Sargento Primero Epifanio que ese día ejercía la función de Suboficial de Cuartel quien al llegar al lugar se encontró al soldado Romulo llorando con una herida mientras que el soldado Porfirio se encontraba dentro del edificio "cabreado y furioso" y al preguntar por lo sucedido el soldado Romulo le manifestó que el soldado Porfirio le había agredido por sorpresa mientras que el soldado Porfirio le manifestó que el soldado Romulo le había intentado agredir primero y él había esquivado el golpe, sin que la explicación de esquivar el golpe le pareciera creíble.

Como consecuencia de los golpes el soldado Romulo fue atendido por los servicios médicos de la unidad por herida inciso contusa orbicular derecha con discreta tumefacción palpebral, recomendando la realización de una radiografía.

El soldado Romulo recibió ese mismo día atención en la clínica Montpellier de Zaragoza donde le diagnosticaron contusión periorbitaria derecha y el tratamiento indicado fue Enantyum 25 mg. curas diarias con betadine y frío local y control médico de cabecera.

También consta en las actuaciones informe pericial forense en el que se indica que las lesiones producidas a consecuencia de la agresión son constitutivas de una contusión periorbitaria derecha que requirieron como tratamiento una primera asistencia y como tiempo estimativo de curación dos días no impeditivos, sin secuelas previsibles".

Como elementos de la convicción declara los siguientes:



"El Tribunal ha llegado al convencimiento de los hechos precedentemente relatados valorando, según su conciencia y conforme dispone al artículo 322 de la Ley Procesal Militar las pruebas aportadas, sustancialmente, la documental obrante en autos, así como las declaraciones vertidas por el acusado y víctima y las declaraciones testificales que a continuación detallaremos.

Así, de lo declarado por el acusado y víctima, este Tribunal ha podido concluir, pues ambas declaraciones han sido coincidentes; que el día 7 de junio de 2021 ambos prestaban servicio de continuada en el acuartelamiento cuando sobre las 14.45 una vez finalizada la comida el Soldado Porfirio se dirigió al pabellón NUM000 para solicitar al soldado Romulo que residía allí que quería hablar con él. Y éste le ofreció subir a su alojamiento a tomar un café cosa que rechazó el soldado Porfirio .

Que el soldado Porfirio le dijo "no quiero café, que sepas que eres un cabrón, me has traicionado" y que le propinó un puñetazo al Soldado Romulo que le impactó en el párpado derecho, ha sido reconocido por el soldado Romulo quien en el acto de la vista manifestó que el puñetazo lo dejó aturcido pues se encontraba mirando al suelo y no lo vio venir. Solo contamos con el testimonio de la víctima para acreditar esa primera agresión, dado que ninguno de los testigos que han depuesto en este acto observó ese primer puñetazo y aunque, como advierte la doctrina, pueda tenerse sospecha "de que el testimonio de la víctima no es tan imparcial como el de cualquier testigo que no ha sufrido perjuicio alguno..." no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que excluya el valor probatorio de las manifestaciones de la víctima, aunque eso no signifique que no se haga preciso apurar el análisis valorativo de su testimonio, como se hará más adelante. En definitiva, las víctimas tienen aptitud para declarar como testigos en el proceso penal, incluso aunque actúen ejerciendo la acusación y su declaración, que "no es una prueba indiciaria, sino prueba directa", cabe admitirla "como prueba de cargo", siempre que se preste "en el juicio oral con determinadas garantías", y, como tal, sujeta a la "valoración del Tribunal sentenciador".

Que el soldado Romulo se llevó la mano al ojo afectado, se retiró hacia atrás y el soldado Porfirio le propinó otros dos golpes con la mano, una en la parte izquierda de la cara y el otro en la parte trasera de la cabeza ha sido reconocido, además de por la propia víctima, por el soldado Pedro Enrique quien, en el acto de la vista, manifestó que se encontraba en la puerta del edificio junto con otros soldados de nueva incorporación como el soldado Luis Antonio cuando al escuchar voces miró y vio a Rivera tapándose la cara y que el soldado Porfirio le pegaba dos puñetazos, aunque no vio el inicio de la agresión. También el soldado Luis Antonio manifestó que, aunque él no vio ningún puñetazo, sí vio al soldado Romulo protegiéndose, alejándose para atrás, mientras que el soldado Porfirio en actitud chulesca les manifestaba "iros de aquí, no habéis visto nada", expresión también corroborada por el soldado Pedro Enrique .

Que el soldado Romulo salió del edificio y el soldado Porfirio salió tras él también ha sido reconocido por los soldados Pedro Enrique y Luis Antonio .

Que posteriormente, y ya una vez fuera del edificio, se personó en el lugar la Cabo Primero Erica , ha sido reconocido por todos los testigos que han depuesto en el acto de la vista. La Cabo Primero Erica manifestó que ordenó a la Cabo Fermina y el soldado Bruno , que trabajaban en la misma oficina y eran sus subordinados, que bajaran también al lugar y que ella se situó en medio de los dos soldados.

Tanto la Cabo Primero Erica como el Sargento Primero Epifanio coinciden en la observación de que el soldado Porfirio estaba nervioso, excitado, y tenso mientras que el soldado Romulo estaba llorando tapándose el ojo, afectado y en una actitud como temerosa.

Que el soldado Romulo tenía una herida en la cara de la que manaba sangre ha sido reconocido también por todos los testigos, igualmente que el hecho de que la Cabo Fermina , ordenase al soldado Bruno que le atendieran y acompañaran al botiquín de la Unidad mientras que el soldado Porfirio fue llevado dentro del edificio con sus mandos.

En relación a las lesiones sufridas por el soldado Romulo obra en actuaciones diversa documental que la acredita, como el parte de lesiones emitido por el Teniente Coronel Médico Eduardo de fecha 8 de junio de 2021 (folio 9 de las actuaciones), el informe médico de la Clínica Montpellier de Zaragoza (folio 10 y 11 de las actuaciones) y el informe pericial de alta médico forense (folio 82 de las actuaciones). También en el acto de la vista prestó declaración el Teniente Coronel Médico Eduardo quien reconoció su firma en el informe médico del folio 9 de las actuaciones y manifestó que se trataba de una levísima herida compatible con lo manifestado por el soldado de haber recibido un golpe de un compañero".

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

"1º) Que debemos condenar y condenamos al Soldado Porfirio , actualmente en situación militar de suspenso en funciones, como responsable en concepto de autor de un delito consumado relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los militares previsto y penado en el artículo 49 del Código



Penal Militar, en la modalidad de maltrato de obra, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de ocho meses de prisión, con las penas accesorias de suspensión militar de empleo durante el tiempo de la condena y por el delito de lesiones del artículo 147.2 con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de ocho meses de prisión, con las penas accesorias de suspensión militar e empleo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por el delito de lesiones del artículo 147.2 con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de un mes con la cuota de ocho euros (8€) por día.

Asimismo en concepto de responsabilidad civil se condena al mencionado soldado al pago de doscientos euros (200 €) que, habiendo ya sido ingresados por éste con antelación al acto de la vista, deberán ser abonados al perjudicado".

TERCERO.- Por la representación procesal del soldado del Ejército de Tierra don Porfirio, se presentó escrito en el que anunciaba su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia. Dicho recurso se tuvo por preparado mediante auto de fecha 12 de septiembre de 2022 del Tribunal sentenciador, que ordenó al propio tiempo la entrega de testimonios y certificaciones que la ley prevé, así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala en el plazo de quince días para hacer uso de su derecho.

CUARTO.- Con fecha 10 de noviembre de 2022 tuvo entrada, telemáticamente, en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito de la procuradora doña María Paz Perrino Galindo, en la representación indicada, interponiendo el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la LECrim., por infracción de Ley (indebida aplicación del artículo 49 del Código Penal Militar).

Segundo: Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la LECrim. por infracción de Ley (inaplicación de la circunstancia eximente completa prevista en el artículo 20.4 del Código Penal o subsidiariamente como eximente incompleta o atenuante muy cualificada).

Tercero: Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la LECrim. por infracción de Ley (inaplicación de la circunstancia atenuante muy cualificada prevista en el artículo 21.5 del Código Penal).

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal y en el correspondiente trámite se ha formulado expresa oposición a los motivos de recurso, interesando su desestimación por las razones que expresa.

SEXTO.- Mediante providencia de fecha 19 de diciembre de 2022, se acordó señalar el día 17 de enero de 2023 a las 12:00 horas, para la deliberación, votación y fallo del presente recurso; acto que se llevó a cabo con el resultado que se recoge en la parte dispositiva de esta sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación Sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero de 27 de junio de 2022, en la que se condenó al soldado Porfirio como autor responsable de un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, previsto y penado en el artículo 49 del Código Penal Militar, en su modalidad de maltrato de obra, y con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión militar de empleo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como también autor responsable de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.2 del Código Penal común, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del mismo cuerpo legal, a la pena de MULTA DE UN MES, con una cuota de OCHO EUROS (8 €) POR DÍA. En concepto de responsabilidad civil se le condena al pago de doscientos euros (200 €).

Los motivos del recurso de casación se centran, en síntesis, en infracción de ley por indebida aplicación del artículo 49 del Código Penal Militar, ex artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en infracción de Ley por inaplicación de la circunstancia eximente completa prevista en el artículo 20.4 del Código Penal común (legítima defensa) o, subsidiariamente, como eximente incompleta o atenuante muy calificada, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en tercer y último lugar, por infracción de ley por inaplicación de la atenuante muy cualificada prevista en el artículo 21.5 del Código Penal común (reparación del daño), al amparo del repetido artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



SEGUNDO.- El primer motivo, consistente en una indebida aplicación del artículo 49 del Código Penal Militar, no puede prosperar, una vez atendido el tenor del *factum* de la sentencia combatida en casación.

Y es que, como hemos expresado hasta la saciedad, el *error iuris* está ligado a un escrupuloso respeto a los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida, criterio que incluso resulta reforzado en el supuesto que nos ocupa, en el que las partes no disienten al respecto. De tal consideración de hechos vinculantes e inamovibles se hacen eco, por todas, nuestras sentencias 33/2020, de 21 de mayo, y 87/2021, de 7 de octubre: "la vía casacional elegida de infracción de legalidad ordinaria, comporta como presupuesto metodológico la aceptación en sus propios términos de los hechos probados, que resultan vinculantes de manera que el único objeto del motivo radica en verificar la corrección con que se llevó a cabo la subsunción jurídica de los mismos".

Pues bien, partiendo de esa premisa, ha de significarse que al tipo delictivo contemplado en el artículo 49 del Código Penal Militar, de maltrato de obra entre militares de igual empleo, en lugar afecto a las Fuerzas Armadas o en acto de servicio, es predicable la consolidada doctrina legal de esta Sala sobre los paralelos delitos de abuso de autoridad e insulto a superior, a cuyo tenor el maltrato de obra en todos los casos se consuma por el mero acto agresivo, sin que resulte preciso un dolo específico, siendo suficiente el dolo genérico en el que el sujeto activo conozca la condición del ofendido, en este caso la condición de militar, y que la acción ejecutada integre objetivamente un maltrato (sentencias de 20 de febrero de 2007, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014, 28/2017, de 28 de febrero, 37/2017, de 28 de marzo, 44/2018, de 3 de mayo, 99/2019, de 29 de julio y 24/2020, de 5 de marzo, por todas). Y también hemos señalado que en los ilícitos en que concurra maltrato de obra "se requiere solo el dolo genérico consistente en conocer el sujeto activo los elementos objetivos de la formulación típica (elemento intelectual o cognitivo) y actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo del dolo), sin necesidad de que concurra cualquier intención o finalidad en su conducta" (Sentencias 138/2019, de 10 de diciembre, 43/2017, de 5 de abril, 44/2018, de 3 de mayo, y 24/2020, de 5 de marzo, entre otras muchas).

A esa pauta se acomoda, en modo riguroso y exhaustivo, la resolución impugnada, con concreta alusión a nuestra sentencia 47/2020, de 29 de junio, de cuyo tenor cabe resaltar la doctrina que sigue:

"El núcleo de la acción típica se colma con el despliegue de cualquier clase de fuerza o violencia física por un militar respecto de otro militar, siempre que entre ellos no exista relación jerárquica de subordinación o superioridad jerárquica alguna, y ello aunque el resultado de la agresión sea de mínima entidad lesiva o no se llegue a producir lesión alguna, es decir, con cualquier utilización de vías de hecho contra o sobre la víctima, con el grave quebranto de la disciplina que ello supone, sea cual fuere la intensidad de la *vis física* que se ejerza sobre esta, y con independencia de su resultado, pues la agresión física de un militar a otro no puede integrar nunca, por nimia que sea, una mera infracción disciplinaria.

En consecuencia, en este subtipo o modalidad comisiva de maltrato de obra a otro militar no constitutivo de delito de insulto a superior o abuso de autoridad cuya perpetración se conmina en el artículo 49 del Código Penal Militar de 2015 estamos, pues, ante un delito de simple actividad, que no requiere de resultado alguno para su consumación y de peligro abstracto.

Respecto al tipo subjetivo, la acción requiere, para integrar el ilícito criminal de que se trata, que concurra en ella el dolo natural, genérico o dolo neutro, es decir, el dolo exigido por el tipo, consistente en que el sujeto activo realice dicha acción, en cualquiera de sus modalidades, con conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo que fundamentan la prohibición, a saber, la condición de militar del sujeto pasivo -elemento intelectual o cognitivo, que comporta que el actor sabía lo que hacía- y con voluntad de efectuarla -elemento volitivo, que implica que, además, el sujeto activo quiso o quería hacer lo que hizo-; en definitiva, el dolo exigible incluye solo el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, bastando para ello el conocimiento de la condición de militar del destinatario de su acción -sospechando, al menos, conforme a las máximas de la experiencia, que su acción creará un peligro concreto para el bien jurídico-".

Al socaire de ese criterio jurisprudencial, la sentencia cuestionada en casación concluye y razona con acierto sobre la inclusión en el tipo de la conducta desplegada por el ahora recurrente:

"Así, centrándonos en los hechos objeto de debate en el presente procedimiento, en la conducta desplegada por el Soldado Porfirio concurren todos los requisitos legalmente precisos para conformar el delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares que se subsume en el artículo 49 del Código Penal Militar, en la modalidad comisiva de maltrato de obra a otro militar del mismo empleo o graduación.

En cuanto al análisis de los elementos del tipo por el que se considera culpable al soldado Porfirio, está fuera de toda duda la condición de militares del acusado y de la víctima, ambos soldados en situación de actividad y sin existir entre ellos una relación jerárquica de disciplina y subordinación mutuas.



La conducta agresiva del soldado Porfirio , consistente en un puñetazo que impactó en el párpado derecho, otro en la parte izquierda de la cara y otro en la parte trasera de la cabeza del soldado Romulo , trasciende de lo que es un mero trato físico inadecuado y se configura como una agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de ésta, en este caso, sin menoscabo de la integridad física o salud de la víctima o destinatario de la vis física".

A la vista de lo expuesto, las consideraciones del recurrente en casación no pueden ser atendidas y no empañan, en consecuencia, los razonamientos de la resolución impugnada, toda vez que el acometimiento físico y sus efectos en la indemnidad de la víctima claramente tienen relevancia penal, con adecuada incardinación en la previsión típica cuestionada.

El primer motivo de casación ha de fracasar.

TERCERO.- Igual suerte merece el segundo motivo casacional, ex artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en la indebida inaplicación de la eximente completa contemplada en el artículo 20.4 del Código Penal o, subsidiariamente, de la eximente incompleta o atenuante muy cualificada de legítima defensa.

Como bien advierte la acusación pública, la invocación de este motivo partiría de la previa existencia de una agresión ilegítima por parte del ofendido, circunstancia que no consta, teniendo en cuenta el obligado pleno respeto a los hechos probados de la sentencia dictada por el "a quo", resultancia fáctica en la que nada existe sobre la invocada previa agresión ilegítima por parte de la víctima, presupuesto de una hipotética apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad esgrimidas. Como hemos dicho con reiteración, los presupuestos fácticos de esas circunstancias, y con mayor motivo de las eximentes, han de hallarse tan acreditados como los hechos mismos, dadas las consecuencias que de su apreciación se derivan (Sentencias de 22 de junio de 2011, 24 de enero y 10 y 21 de mayo de 2012, 4 de diciembre de 2013, 22 de marzo de 2022 y 59/2022, de 4 de julio).

Concretamente, en las de 22 de marzo y 4 de julio de 2022, decíamos: "es doctrina reiterada de esta Sala y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que la toma en consideración de las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal requiere la prueba de los datos que las sirvan de antecedente, y ello con el mismo rigor que se exige para los hechos probados mismos".

En definitiva, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- Resta por abordar el tercer motivo, también canalizado a través del artículo 849.1º de la norma ritual penal ordinaria, que sostiene la indebida inaplicación de la circunstancia atenuante muy cualificada prevista en el artículo 21.5 del Código Penal (reparación del daño).

Cierto es que el recurrente procedió voluntariamente al abono de la cantidad exigida en concepto de responsabilidad civil, fijada en doscientos euros (200 €), antes del juicio oral y sin previo requerimiento judicial, lo que dio pie a la apreciación de la atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 del Código Penal), con cumplida explicación por parte del tribunal sentenciador:

"Pues bien, con respecto a la pena por el delito del artículo 49 del Código Penal Militar en su modalidad de maltrato de obra a otro militar en acto de servicio concurre la atenuante simple de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, por lo que debe imponerse en su mitad inferior. No puede apreciarse la muy cualificada como pretende la defensa dada la escasa cuantía del montante a satisfacer, tenidas además otras circunstancias como la escasa antigüedad en las Fuerzas Armadas, su intervención como iniciador de la controversia, la relativa afección al servicio...".

La apreciación es coherente con la línea jurisprudencial de esta Sala sobre la atenuante de reparación del daño, a su vez coincidente con la doctrina legal emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se resalta la naturaleza objetiva de la atenuante en aras a conseguir dentro de lo posible la reparación del daño causado a la víctima por el hecho ilícito delictivo, exigiendo tres condiciones para su reconocimiento, una en sentido cronológico legalmente establecido, para que la acción reparadora tenga lugar en cualquier momento del procedimiento anterior a la celebración del juicio oral; otra que atiende a la espontaneidad o voluntariedad de la actuación, de manera que la reparación resulte incondicionada y no venga precedida de requerimiento para su prestación, y la tercera referida a la suficiencia o significancia de la reparación (Sentencias 54/2018, de 20 de junio, y 34/2019, de 14 de marzo, entre otras).

Pero otra cosa sería la apreciación como atenuante muy cualificada, pues, como bien expresa la sentencia de la Sala Segunda 916/2021, de 24 de noviembre, recaída en el recurso 5415/2019, una reparación completa no supone necesariamente tal apreciación:

"Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos



que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delictum para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTs 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.

(...)

Y en lo que se refiere a su aplicación como atenuante muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7)".

A la luz de lo expuesto, forzoso es concluir que este postrer motivo también es inviable.

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

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación 101/43/22, interpuesto por la representación procesal del soldado del Ejército de Tierra don Porfirio , frente a la sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero de fecha 27 de junio de 2022, en la causa número 32/13/21.

2º.- Confirmar íntegramente dicha Sentencia.

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

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

Así se acuerda y firma.