



Roj: **STS 2241/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2241**

Id Cendoj: **28079150012023100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2023**

Nº de Recurso: **38/2022**

Nº de Resolución: **39/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JACOBO BARJA DE QUIROGA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 39/2023

Fecha de sentencia: 17/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION PENAL

Número del procedimiento: 38/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL PRIMERO

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

Transcrito por: AAR

Nota:

RECURSO CASACION PENAL núm.: 38/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 39/2023

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 17 de mayo de 2023.



Esta sala ha visto el presente recurso de casación número 101-38/2022, interpuesto por el procurador de los Tribunales D. Javier Freixa Iruela en la representación procesal que ostenta de la recurrente, la cabo del Ejército de Tierra D.^a Begoña , frente a la sentencia 75/2021, de fecha 21 septiembre de 2021, dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero de Madrid en el sumario 11/17/17, por la que se condenó a dicha recurrente, como autora de un delito consumado de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, previsto y penado en el art. 42.1 del Código Penal Militar a la pena de seis meses de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento será de abono el tiempo que haya estado privada de libertad sufrido por razón de estos hechos, en cualquier concepto y, a las responsabilidades civiles que se determinen en ejecución de sentencia. Han sido partes recurridas la Excm. Fiscalía Togada en la representación que le es propia y, el procurador de los Tribunales D. Gonzalo Santos de Dios, en nombre y representación de la cabo del Ejército de Tierra D.^a Celestina .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.- HECHOS PROBADOS Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARAN**, como tales expresamente declaramos que

1º Las Artilleros Begoña y Elena estaban destinadas en la GACA ATP XII Base Militar de El Goloso (Madrid), y mantenían una relación sentimental en el momento de los hechos. Entre las Artilleros Begoña y Elena y la Cabo Celestina , la relación era mala e incluso la Soldado Elena y la Cabo Celestina habían puesto en conocimiento de sus superiores algunos incidentes que habían tenido entre ellas, uno de ellos fue debido a ciertos comentarios relativos a su condición sexual por parte de la Cabo Celestina .

2º El día 10 de agosto de 2017, la Soldado Artillero D.^a Begoña pisó un bordillo recién pintado de una acera en el edificio de la 3ª Compañía de la Base "El Goloso". La Cabo D.^a Celestina recriminó a la citada Soldado su actuar ya que había estado esa mañana pintando esa acera, y consideró que la Soldado Begoña había pisado la acera recién pintada a propósito. La Artillero Begoña contestó a la Cabo Celestina que no se había dado cuenta que estaba recién pintado, pero la Cabo continuó recriminándole la conducta. Cuando ambas se dirigían a la formación se golpearon, chocando mutuamente a la altura de los hombros.

Terminada la formación se dirigió la Artillero Begoña al vestuario femenino y la Cabo Celestina se quedó hablando con el sargento Jose Ignacio , sin poder determinar el tiempo, y luego se dirigió al vestuario.

3º La Cabo Celestina , en los vestuarios llamó al Sargento Jose Ignacio , quien escuchó a la Cabo diciéndole que la iban a pegar, cortándose la llamada sin poder el citado Sargento volver a contactar con ella nuevamente.

En los vestuarios femeninos, queda acreditado que estando la soldado Begoña en su camareta, identificada con el número 3, apareció la Cabo Celestina , y desconociéndose quien inició la pelea, ambas, procedieron a acometerse violentamente, de forma que la soldado Artillero D.^a Elena oyó voces, se dirigió hacia la camareta número 3, que era la asignada a la Soldado Begoña y la encontró tirada en el suelo semitumbada boca abajo y a la Cabo Celestina situada encima de ella, agarrándola con un brazo alrededor del cuello.

La Artillero Elena se quedó apoyada en el marco de la puerta de entrada de la camareta, sin entrar en y abandonó el lugar, El Cabo Mayor D. Enrique desde su oficina la vio salir muy agitada, y cuando terminó su trabajo, se encontró nuevamente con la Artillero, preguntándole que pasaba ya que había escuchado voces procedentes del vestuario femenino.

El Cabo Mayor Enrique , acompañado de la Artillero Elena , entró en el edificio permanecido en el hall de acceso al vestuario donde se encontraban la Cabo Olga y el Artillero Leoncio . En ese lugar escucha golpes y voces, llama desde allí a la soldado Begoña y la cabo Celestina . En ese momento, cesan las voces y los ruidos y no sale nadie. El Cabo Mayor repite la orden se hizo un silencio y nadie contestó y acto seguido volvió a gritar "Artillera Begoña y Cabo Celestina , salgan inmediatamente" tardando ambas unos segundos en salir y lo hacen despeinadas y alteradas.

Queda acreditado que la Cabo Celestina consiguió llamar a su marido cuando estaba teniendo lugar la pelea, quedando grabado en el buzón de voz de su teléfono móvil parte de lo que aconteció en la camareta.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS, Y ASÍ IGUALMENTE SE DECLARAN que tras salir ambas implicadas en la pelea de la camareta, la artillero Begoña se dirige hacia el baño y la Cabo Celestina se dirige al hall de entrada de los vestuarios, diciendo "bolleras de mierda".



Asimismo, la Cabo Celestina se dirigió a la Soldado Elena diciéndole "a ti ya te veré fuera", al tiempo que le hacía un gesto peyorativo (todos los dedos de la mano retraídos excepto el dedo de en medio).

Mientras la Cabo Celestina hablaba por teléfono en presencia de la Cabo Olga dijo "la que va a ascender a Cabo 1º, le voy a arruinar la vida".

La Cabo Celestina -al salir- se encuentra con el Cabo Anton, a quien dice que le han pegado. El Cabo llamó a la Sargento 1º Mariola, que estaba de Sargento de Cuartel, y puso al teléfono a la Cabo Celestina y luego la acompañaron a recoger su vehículo.

La Cabo Celestina presentó una denuncia contra la Artillero Begoña, la Artillero Elena y la entonces Cabo Olga ante el puesto de la Guardia Civil de Colmenar Viejo, el 11 de agosto de 2017. A su vez, la Artillero Begoña presentó una denuncia por los hechos ante el puesto de la Guardia Civil de Guadalajara el 11 de agosto de 2017, contra la Cabo Celestina.

SEGUNDO.- Que la referida sentencia contiene el fallo del siguiente tenor literal:

" **QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a la CABO ARTILLERO DOÑA Begoña como autora responsable de un delito consumado de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, previsto y penado en el artículo 42.1 del Código Penal Militar, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento", establecida en el art. 21. 6º del Código Penal, por lo que viene siendo acusada en el presente Sumario, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN, pena que llevará consigo la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuya duración no será de abono para el servicio y para cuyo cumplimiento le será de abono todo el que haya estado privada de libertad -como arrestada, detenida o presa preventiva-, por estos mismos hechos y a las responsabilidades civiles que se determinen en ejecución de sentencia.

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a la CABO Dª Celestina como autora responsable de un delito consumado de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a inferior previsto y penado en el artículo 46 del Código Penal Militar, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento", establecida en el artículo 21.6ª del Código Penal, por la que viene siendo acusada en el presente Sumario, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN, pena que llevará consigo la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuya duración no será de abono para el servicio y para cuyo cumplimiento le será de abono todo el que haya estado privada de libertad -como arrestada, detenida o presa preventiva-, por estos mismos hechos.

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a la CABO Dª Celestina como autora responsable de un delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante previsto y penado en el art. 47 del Código Penal Militar, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento", establecida en el artículo 21.6ª del Código Penal, por la que viene siendo acusada en el presente Sumario, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN, pena que llevará consigo la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuya duración no será de abono para el servicio y para cuyo cumplimiento se será de abono todo el que haya estado privada de libertad -como arrestada, detenida o presa preventiva-, por estos mismos hechos y a las responsabilidades civiles que se determinen en ejecución de sentencia.

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE**, y sin restricción alguna, a la CABO Dª Celestina del delito de abuso de autoridad en su modalidad de amenazas a inferior de los previstos en el art. 48 del Código Penal Militar; y del delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares en su modalidad de amenazas a otro militar penado en el artículo 50 del mismo texto legal por los que se le acusaba por parte de la Fiscalía Jurídico-Militar".

TERCERO.- Mediante auto dictado por el Tribunal Militar Territorial Primero se rectifica el error advertido en el fallo de la sentencia de instancia en el sentido de donde se dice: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la CABO Dª Celestina como autora responsable de un delito consumado de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a inferior [...], por estos mismos hechos; debe decir: "por estos mismos hechos y a las responsabilidades civiles que se determinen en ejecución de sentencia".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior sentencia, el procurador D. Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de la cabo del Ejército de Tierra D.ª Begoña, presentó escrito de fecha 2 de septiembre de 2022 interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia. Dicho recurso se tuvo por preparado mediante auto de fecha 14 de junio 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.



QUINTO.- El procurador D. Javier Freixa Iruela, en la representación indicada presenta escrito de fecha 2 de septiembre de 2022 por el que formaliza el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

1.º) Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, así como al derecho a la tutela judicial efectiva;
2.º) Por inaplicación del art. 20 núm. 4 del Código Penal y por aplicación indebida del art. 42 del Código Penal Militar.

SEXTO.- Dado traslado a las partes recurridas del recurso interpuesto, la Fiscalía Togada, dentro del plazo concedido, presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2023, solicitando la desestimación del recurso interpuesto por la recurrente; el procurador D. Gonzalo de Santos de Dios, en nombre y representación de la cabo del Ejército de Tierra D.^a Celestina, también dentro del plazo concedido, presentó escrito fechado el 27 de febrero de 2023 impugnando el referido recurso de casación.

SÉPTIMO.- No considerando las partes, así como la sala necesaria la celebración de vista, mediante providencia de fecha 12 de abril de 2023, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 16 de mayo de 2023 a las 11:00 horas, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

La presente sentencia ha sido dictada por el ponente con fecha 17 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procurador de los Tribunales D. Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de la cabo del Ejército de Tierra D.^a Begoña, interpone recurso de casación frente a la sentencia núm. 75/2021 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero con fecha 21 de septiembre de 2021, en razón a los siguientes motivos:

1.º) Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, así como al derecho a la tutela judicial efectiva;
2.º) Por inaplicación del art. 20 núm. 4 del Código Penal y por aplicación indebida del art. 42 del Código Penal Militar.

SEGUNDO.- En su primer motivo la recurrente junta dos motivos que son la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Comenzaremos por examinar la queja relativa a la presunción de inocencia.

En relación con el derecho a la presunción de inocencia es preciso tener en cuenta los límites del recurso de casación al respecto. En efecto, pues en términos generales las cuestiones de hecho no tienen entrada en el recurso de casación, por lo que no es posible tener en cuenta alegaciones relativas a si la declaración de un testigo es más creíble que la de otro, o sobre si deben ser creídos los dichos de un testigo, por cuanto tal decisión corresponde por fuerza al Tribunal ante quien se ha desarrollado la prueba testifical; en otras palabras, y sucintamente, se trata de una consecuencia obligada del principio de inmediación. La valoración de la prueba testifical depende en gran medida de su percepción directa, por lo que determinar si era o no creíble es una tarea que corresponde -como hemos indicado- al Tribunal de instancia, en razón a la inmediación que existe entre la prueba y dicho Tribunal. Por ello, el criterio del Tribunal de instancia no puede ser sustituido por el del Tribunal de casación, salvo en lo que afecta a su estructura racional, es decir, en lo que supone que el Tribunal de instancia haya observado en su razonamiento al valorar las declaraciones testificales, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

En el presente caso, el Tribunal de instancia ha tenido que valorar diversas pruebas, todas ellas obtenidas lícitamente y nada puede reprocharse a la estructura racional de la valoración realizada por dicho Tribunal. La sentencia expone la prueba de cargo que tiene en consideración, como es la declaración tanto de las acusadas, como las demás declaraciones testificales, la prueba documental y la pericial (basta ver el pormenorizado Fundamento de la convicción de la sentencia de instancia, págs. 7 y sig.). Al respecto, el razonamiento del Tribunal de instancia, para llegar a la declaración que consta en los Hechos Probados, es conforme a la lógica. Por tanto, no puede prosperar el presente motivo que lo que pretende es que realicemos una nueva valoración de la prueba que no ha sido practicada ante este Tribunal, esto es, que este Tribunal no ha visto ni oído, y como ya señalamos el control casacional se centra en examinar que ha existido prueba, que debe considerarse de cargo, que ha sido obtenida de forma lícita y que ha sido valorada conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, lo que así ha ocurrido en el presente caso.

También la recurrente se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, donde vuelve a insistir en la determinación de los hechos sucedidos, con cuyo relato no está de acuerdo. Ahora bien, el derecho a la tutela judicial efectiva supone el derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener una respuesta motivada racionalmente en derecho y, eso es lo que ocurre en el presente caso, pues la sentencia de instancia se encuentra sin duda ampliamente motivada y, como dijimos, no se aparta de la lógica ni de las máximas de la experiencia ni de los conocimientos científicos. Cuando la recurrente hace alusión a ello lo hace para volver a valorar los testimonios, lo que como dijimos está vedado a este Tribunal.



La recurrente considera aplicable el principio *in dubio pro reo* (pág. 20 del recurso), sin embargo, no es nada claro en su desarrollo, esto es, en indicar cual fue la duda del Tribunal y cómo solucionó tal duda contra el reo. Parece que, a juicio del recurrente, la duda la explicita la sentencia "en cuanto a la manera de iniciarse los hechos" a lo que añade que "también debieron acaso asaltarle las dudas en cuanto al modo en que continuaron sucediéndose los mismos posteriormente. Implícitamente, la existencia de tales dudas en el ánimo del Tribunal resulta susceptible de derivarse del hecho, al que podrían suponer una explicación, del tiempo de más de medio año en que ha tardado en firmarse y notificarse la Sentencia recaída en el presente caso, cuando es así que conforme al artículo 102 de la vigente Ley Orgánica Procesal Militar, las sentencias se deliberarán, votarán y firmarán en un plazo máximo de diez días desde las (*sic*) celebración de la vista oral".

Lo cierto es que en la sentencia recurrida no se manifiesta duda alguna. La única cuestión podría deberse a quién inició la pelea, pues la sentencia afirma desconocer quién la inició, pero eso no significa que tuviera dudas y menos aún que las resolviera contra reo, sino que no sabe quién fue la que inició la pelea, y, lo que sí afirma seguidamente es que "procedieron a acometerse violentamente", luego al respecto no se trasluce duda alguna. Por lo que no cabe aplicar el indicado principio cuando no se ha manifestado una duda que sea resuelta contra reo.

TERCERO.- En su segundo motivo la recurrente alega la inaplicación de la eximente de legítima defensa y, la indebida aplicación del delito del art. 42 del Código Penal Militar.

En el desarrollo del motivo la recurrente no se ajusta plenamente a los hechos probados, al afirmar la existencia de una agresión ilegítima.

Este motivo implica y exige el respeto absoluto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y, en ella no se relata ninguna agresión ilegítima, sino que lo que se hace es considerar probado que ambas (la soldado y la cabo) se acometieron violentamente (literalmente que "ambas, procedieron a acometerse violentamente"). En otras palabras, la sentencia expone un caso de riña mutuamente aceptada, y la jurisprudencia uniformemente considera que en tales casos no es posible aceptar la existencia de una agresión ilegítima, pues "los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena" (así, entre muchas, STS, 2.ª, 834/13, de 31 de octubre).

La consideración de la recurrente relativa a que los hechos no son constitutivos del delito por el que ha sido condenada, no lo defiende por la ausencia de algún elemento típico, sino por cuanto en la sentencia de instancia se dice que "los hechos declarados probados en esta sentencia con el número 2" y considera que en tal número 2 no "se contiene una narración histórica que pueda ni por asomo resultar susceptible de subsunción en el tipo penal aplicado de maltrato de obra a superior del artículo 42 del Código Penal Militar".

Lo cierto es que la sentencia bajo el epígrafe "Antecedentes de Hecho" en las págs. 4 y siguientes contiene una amplia relación de hechos que declara probados, por lo que no son precisas grandes indicaciones para encontrarlos, cuando además en el desarrollo de su recurso hace reiteradas referencias a ellos.

Por ello, no es precisa una abundante explicación sobre la subsunción de los citados hechos en el tipo penal aplicado, pues la queja no va por tal camino. No obstante, diremos que en efecto concurren todos los elementos típicos del delito previsto en el art. 42.1 del Código Penal Militar.

CUARTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la LO 4/1987 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

1.º Desestimar el recurso de casación número 101-38/2022, interpuesto por el procurador D. Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de la cabo del Ejército de Tierra D.ª Begoña, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero núm. 75/2021, de 21 de septiembre, sentencia que confirmamos íntegramente.

2.º Declarar las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.