



Roj: **STS 4546/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4546**

Id Cendoj: **28079150012015100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2015**

Nº de Recurso: **33/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN PENAL**

Ponente: **BENITO GALVEZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de casación núm. 101-33 /2015, interpuesto por don Rubén , representado por el procurador de los Tribunales Don Carlos José Navarro Gutiérrez y defendido por el letrado don Roberto Manuel Alonso Carracedo, frente al auto de sobreseimiento definitivo de fecha 21 de Mayo de 2015 , dictado por el Tribunal Militar Territorial Quinto, en el procedimiento sumario 51/08/14, habiendo sido parte recurrida el Ministerio Fiscal; se han reunido los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados de Sala mencionados para deliberación y votación, expresando el parecer del Tribunal,, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Benito Galvez Acosta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Tribunal Militar Territorial Quinto, con fecha 21 de mayo de 2015 dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«La Sala acuerda: Que debe sobreseer y sobresee definitivamente el sumario núm. 51/08/14, que se instruye por la presunta comisión de delito de insulto a superior de los previstos y penados en el artículo 101 del Código Penal Militar , contra el cabo 1º D. Abel , por no ser los hechos imputados constitutivos de delito, de conformidad con lo prevenido en el artículo 246-2º de la Ley Orgánica Procesal Militar ».

SEGUNDO .- Notificado que fue dicho auto a las partes, por el Letrado D. Roberto M. Alonso Carracedo, en defensa de Don Rubén , se presentó escrito anunciando recurso de casación; teniéndose por preparado por auto de fecha 28 de mayo de 2015, del Tribunal Sentenciador.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones en esta Sala, el Procurador Don José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de Don Rubén , formalizó su recurso que fundamentó en los motivos que se relacionan y estudian en los fundamentos jurídicos de la presente resolución.

CUARTO .- Dado traslado del recurso al Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación, interesando se acuerde la inadmisión o, en su defecto la desestimación del único motivo del recurso así como la confirmación del auto de sobreseimiento definitivo recaído en la instancia.

SEXTO.- Admitido y declarado concluso el presente rollo, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del mismo el día veintiocho de octubre del año en curso, acto que se llevó a cabo en los términos que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con fecha 21 de mayo de 2015, el Tribunal Militar Territorial Quinto, y en el sumario nº 51/08/14, dictó auto acordando sobreseer definitivamente dicho sumario, instruido por la presunta comisión de delito de insulto a superior, previsto en el art. 101 del CPM , contra el cabo Don Abel , por no ser los hechos imputados constitutivos de delito.



SEGUNDO .- Por la representación procesal de Don Rubén , se ha formulado recurso de casación ante esta Sala, contra citado auto de sobreseimiento definitivo, interesando su anulación en los términos que constan en el correspondiente escrito de recurso. Recurso que sustenta en un único motivo formalizado, en definitiva, "por infracción de Ley de acuerdo con lo expuesto en el art. 849-2 de la LECr ., por error en la apreciación de la prueba.

Por el Ministerio Fiscal se ha formulado expresa oposición a dicho recurso interesando su inadmisión o, en su defecto, desestimación según expone en el correspondiente escrito.

TERCERO .- Con carácter previo, y a los efectos resolutorios que se estima proceden, hemos de anotar:

a) Con el propio recurrente, que entre él mismo y el cabo primero Don Abel , se han suscitado hechos que han dado lugar a la instrucción de tres sumarios diferentes:

Sumario 51/05/14- Parte Militar por "abandono de Servicio"

- Dador del Parte: Subteniente D. Rubén .

- Denunciado: Cabo 1º Abel

- Estado actual: Sentencia firme, de absolución por delito de desobediencia de fecha 2-12-14

Sumario 51/08/14- Querella por "Insulto a Superior"

- Querellante: Subteniente D. Rubén .

- Querellado: Cabo 1º Abel .

- Estado actual: Auto de sobreseimiento Definitivo de fecha 21-5-15

Sumario 51/11/14- Querella por "Abuso de autoridad"

-Querellante: Cabo 1º Abel .

-Querellado: Subteniente D. Rubén

-Estado Actual: auto de sobreseimiento Provisional de fecha 3-11-14

b) Las actuaciones, propias del sumario 51/08/14, cuyo auto de sobreseimiento definitivo es objeto del presente recurso, traen causa, según refiere el citado auto, en denuncia presentada por el subteniente Rubén . Denuncia que imputaba al cabo primero Abel un delito de insulto a superior del art. 101 del CPM , por hechos que consideraba constitutivos de injurias y calumnias contra el denunciante, vertidas en un escrito de 2 de enero de 2014 dirigido al comandante Jefe del Establecimiento.

c) En los fundamentos de derecho del recurrido auto, el Tribunal argumenta que a la vista de la solicitud de sobreseimiento definitivo del Fiscal Jurídico Militar, en su escrito de 18 de marzo, reputando que los hechos no son constitutivos de delito, no existen motivos suficientes para reargüir su argumentación. Añadiendo que, tras el estudio y examen de lo actuado hasta la fecha, la Sala no alberga duda alguna de que los hechos no son constitutivos de infracción penal. Conclusión para la que resulta fundamental el auto, también del Tribunal, de fecha 12 de febrero de 2015, dictado en el presente sumario por el que acordaba dejar sin efecto el auto de procesamiento del cabo primero Abel , de 21 de noviembre de 2014. Concluyendo, el Tribunal con la afirmación de que lo que se dijo en dicho auto de 12 de febrero de 2015, entonces con efecto limitado y restringido al procesamiento y, en consecuencia, a los indicios racionales de criminalidad, debe proyectarse ahora sobre la responsabilidad penal, propia del sobreseimiento.

d) Fijados pues los extremos a los que ha de atenderse el presente recurso de casación, resultan ser estos:

- El escrito de 2 de enero de 2014, pretendidamente injurioso.

- El auto de fecha 12 de febrero de 2015, dejando sin efecto el procesamiento del cabo primero Abel .

- El auto de sobreseimiento de fecha 21 de mayo de 2015 , objeto del presente recurso.

- El propio escrito de recurso de casación por infracción de Ley, contra referido Auto.

CUARTO .- Ello establecido, formalizado el recurso por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECr ., una primera cuestión ha de ser resolver sobre su posible inadmisión o, subsidiariamente, en este trance procesal su desestimación.

En tal sentido, asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando aduce la inadmisibilidad del recurso por ser contraria su formulación a la viabilidad de un motivo por "error facti", dado que es reiterada doctrina la que viene señalando que no cabe hablar, en el presente momento procesal (decisión judicial de sobreseimiento definitivo



sin apertura de juicio oral), de "hechos probados" propiamente dichos, ni se practicó prueba documental, sobre los que poder postularse un error en su apreciación. Deviniendo lógicamente inviable la vía del art. 849.2 para atacar casacionalmente un auto de sobreseimiento como el recurrido.

Efectivamente, la sentencia de 1 de febrero de 1994 ya decía: «Igual suerte de desestimación por inadmisibilidad debe seguir el sexto de los motivos del recurso de casación fundamentado en error en la apreciación de la prueba. En Primer lugar, porque los documentos de los que, según el recurrente, se desprende el error (informes emitidos por diversos Oficiales y el resultante de la prueba pericial) no constituyen, según reiterada jurisprudencia de la Sala 2ª del TS y de esta Sala de lo Militar, verdaderos "documentos" a efectos de la casación, sino elementos probatorios valorables y valorados por el propio Tribunal que dictó el auto recurrido. En segundo lugar, porque, como oportunamente razona el Mº Fiscal, el motivo 2º, art. 849-2º LECRr. no es vía adecuada para atacar casacionalmente un auto de sobreseimiento. Cita en su apoyo la S. de esta Sala de 20 de enero de 1992 : "Solamente tras la discusión de todas las pruebas, documentales o de otra clase, bajo el principio de contradicción, estaría el Tribunal en condiciones de hacer una declaración de hechos probados, lo que no ocurre más que tras la celebración de la vista. Entretanto, nos encontramos sólo ante supuestos de hechos provisionales, siempre sometidos a discusión y, por tanto, a revisión, sin que quepa hablar, por tanto, todavía de error en la apreciación de la prueba... Lo que no es posible es aceptar que pueda producirse un error en la apreciación de las pruebas, en una fase procesal cuyo único fin es el acopio de las que sean indispensables para poder deducir una provisionalidad fáctica que permita, bien tomar aquella decisión -que, por su carácter definitivo, debe ser siempre tasada y exhaustivamente razonada- bien la de pasar a la fase de plenario...".».

En la misma línea se pronuncia, también, la sentencia de 15 de noviembre de 2006 , cuando refiere: «La naturaleza de la resolución recurrida excluye la constancia de relato fáctico probatorio, consecutivo a la realización de prueba normalmente practicada en el acto del Juicio Oral conforme a los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, relato cuya alteración, modificación, sustitución o supresión total o parcial constituye el objeto a que se endereza el motivo casacional de que se trata, sobre la base de la realidad de genuinos documentos con virtualidad casacional dotados de capacidad demostrativa autónoma, que permiten a esta Sala de Casación desde la misma posición inmediata que tuvo el Tribunal de instancia, verificar el error patente y manifiesto cometido por el órgano judicial "a quo" respecto de la valoración de elementos o datos que resultan esenciales para la configuración del "factum" y la decisión en cuanto al fondo (Sentencias de esta Sala 17.01.2006 y 13.11.2006 y las que en ellas se citan). Hemos dicho también con reiterada virtualidad, que del sustrato del "error facti" no forman parte las declaraciones testificales y, en general, las pruebas personales documentadas con excepción de los informes periciales dentro de los parámetros y con las condiciones que asimismo venimos estableciendo con reiteración (Sentencias 10.02.2006 y 20.05.2006 , entre otras).

En el profuso desarrollo del motivo, la parte recurrente concreta el invocado error de hecho en los contenidos de diversas manifestaciones de testigos que depusieron en el Sumario, y en los informes médicos sobre el estado de la Teniente denunciante compatible con los síntomas de un acoso laboral. Aquellas manifestaciones carecen, según lo dicho, de cualquier posibilidad de ser revaloradas en este trance casacional, mientras que los sedicentes informes no se han sometido a la debida contradicción propia del plenario.

Asiste la razón al Excmo. Sr. Fiscal Togado cuando aduce la inaplicabilidad al caso del invocado motivo casacional, por la doble razón de que no existe narración histórica que fije los hechos procesales, ni en realidad ha llegado a practicarse cualquier prueba cuya errónea valoración se pueda imputar al Tribunal de instancia».

Criterio que es también recogido en la sentencia de 22 de junio de 2010 que, en supuesto análogo, establece: «Deviene obligado, como bien interesa el Ministerio Fiscal, su inadmisión en base a la causa prevista en el artículo 885.2 de LECr .; inadmisión que se constituye, en el presente trámite, en causa de desestimación ya que, reiterada jurisprudencia, tiene declarada su inviabilidad en trance procesal de "sobreseimiento definitivo" sin apertura de juicio oral, ante la carencia en el tipo de resolución recurrida de "hechos probados", propiamente dichos, respecto de los que poder aducirse "error en su valoración".

Efectivamente, el motivo casacional de que se trata no resulta invocable en la impugnación de un auto en que el Tribunal que lo dicta no incluye un auténtico relato de hechos probados, a cuya modificación tiende la invocación del "error facti"; y porque ni siquiera puede hablarse de verdadera prueba de documentos cuando sus contenidos no han sido ratificados, en su caso, por sus autores, ni sometidos al rigor de la verdadera prueba normalmente surgida del juicio oral conforme a los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad. Entre tanto, ciertamente, nos encontramos sólo ante supuestos de hecho provisionales, siempre sometidos a disensión y, por tanto, a revisión. No cabe pues hablar de error en la apreciación en la prueba. No es aceptable que pueda producirse un "error", en la apreciación de la prueba, en una fase procesal cuyo único fin es el acopio de aquéllas que sean indispensables para poder deducir una profesionalidad fáctica que permita



finalmente, bien tomar aquella decisión, sobreseer, bien la de pasar a la fase de plenario. La propia naturaleza de la resolución de que se trata, (auto de sobreseimiento definitivo), impide que en trámite casacional pueda tener un tratamiento similar al de la sentencia penal (vid sentencias 23-12-09 . 15-11-06 , 1-2-94 , 20-1-92)».

Procede, en consecuencia, y de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, declarar la inadmisión del recurso que en el presente trance procesal es constitutiva de su desestimación.

QUINTO .- No obstante, y en aras de la mayor tutela judicial efectiva, ponderando la trascendencia de un auto de sobreseimiento definitivo, que pone fin al proceso penal con un pronunciamiento equivalente a una sentencia absolutoria que, en la práctica, goza de los efectos de la cosa juzgada, que impide la iniciación de un nuevo proceso con idéntico objeto, pasamos a revisar el criterio resolutorio del Tribunal de instancia al valorar los hechos denunciados como no constitutivos de infracción penal. Hechos que, como se anotó, constituyen el contenido del escrito de 2 de enero de 2014, dirigido por el cabo primero Abel al Sr. Comandante Jefe del EDM-Tenerife.

Examinado su contenido, a lo largo de su redacción, describe el cabo primero Abel , determinadas situaciones concluyendo, con la consideración de: "toda esta situación me está generando una sensación de indefinición, desprotección ante posibles accidentes laborales y, en cierto modo miedo a posibles represalias por parte del Jefe de la Unidad de Seguridad del EDM, del que es sabido su animadversión hacia mi persona, sintiéndome en ciertos momentos, acosado, perseguido y amenazado, de todos es sabido los problemas que hemos tenido ambos, llegando a llamarme muerto de hambre, mal compañero, sinvergüenza y mentiroso, poniendo en entredicho mi honorabilidad ante todo el personal del EDM, menospreciándome y quitándome autoridad en decisiones propias de mi empleo, cargo y servicio, así como acomodar las situaciones del servicio de tal manera que pueda perjudicarme, siendo esta manera de actuar con mi persona y algunos integrantes de los soldados, tomando partido de forma favoritaria por los que le son afín en sus pensamientos narcisistas.

A lo que pongo en su conocimiento para que si a bien tiene, se normalicen estas situaciones o se mantengan unos criterios generales y no se haga uso de una situación laboral para menospreciar, arrinconar y presionar en el ámbito personal y laboral a este cabo primero, ya que la situación a veces llega a ser psicológicamente muy inestable, siendo del todo imposible por mi parte realizar mi trabajo de la mejor manera".

En la pauta propuesta, trayendo a colación los argumentos del auto de fecha 12 de febrero de 2015, por el que el Tribunal dejaba sin efecto el procesamiento del cabo primero Abel , y que constituyen el argumentario básico de su auto de sobreseimiento de fecha 21 de mayo de 2015 , aludidos argumentos resultan ser:

- Que las situaciones (a las que se refiere el escrito de 2 de enero de 2014) "no han sido probadas; es más, de la actividad probatoria desarrollada hasta la fecha pudiera desprenderse exactamente lo contrario, la irrealidad de tales conductas (declaraciones testificales del brigada Ovidio , cabos primeros Carlos Daniel y Anselmo , cabo Evaristo , y el propio subteniente Rubén)".

- "Que en el mismo auto de procesamiento (FJ 6º, párrafo 13º) se reconoce, por el propio acusador particular (cabo primero Abel), no ha podido individualizar o concretar las acciones en que funda la existencia del acoso que se imputaban al suboficial".

- Que esta circunstancia no es baladí, por cuanto que, de conformidad con el art. 205 CP 95 y art. 101 CPM , el hecho calumnioso debe ser concretado y terminante, no bastando atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente.

- "Que como revela la resolución recurrida (auto de procesamiento), en los razonamientos contenidos en el FJ 6º párrafo 13º y en el FJ 7º, que hacemos nuestros, tales afirmaciones son -con bastante probabilidad- claramente mendaces".

- Que la Sala considera "que se infiere de todo lo actuado que la finalidad perseguida por el presunto responsable no fue realmente la de atentar directamente contra la dignidad o la honorabilidad del superior, aun cuando indirectamente así haya podido suceder, sino la de poner en conocimiento del Jefe de su Unidad una serie de circunstancias consideradas adversas para su persona, unas veraces y otras no, impetrando la intervención de dicha Jefatura para su examen y corrección, no descartándose dentro de los móviles perseguidos por el cabo primero Abel cierto ánimo de desquite por los trastornos que sufrió durante el permiso que disfrutaba en fechas tan señaladas de la Navidad de 2013".

Atendido lo expuesto, se evidencia el acertado criterio con el que el Tribunal de instancia resuelve en el auto recurrido la cuestión sometida a su consideración; procediendo, por ello su confirmación.

SEXTO .- 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

Que debemos desestimar y desestimamos, el presente recurso de casación nº 101-33/2015 interpuesto por la representación procesal de Don Rubén , contra el auto dictado por el Tribunal Militar Territorial Quinto, de fecha 21 de mayo de 2015 , mediante el que se acordó el sobreseimiento definitivo del sumario nº 51/08/12. Auto que, en consecuencia, confirmamos, por resultar ajustado a derecho.

Se declaran de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución en legal forma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa y que se remitirá por testimonio al Tribunal de instancia en unión de las actuaciones que en su día elevó a esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ