

Roj: **STS 4134/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4134**Id Cendoj: **28079150012015100145**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/10/2015**Nº de Recurso: **25/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN PENAL**Ponente: **FERNANDO PIGNATELLI MECA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados expresados, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

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

Visto el Recurso de Casación que con el núm. 101/25/2015 ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación del Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique , bajo la dirección letrada de Don Mariano Casado Sierra, frente al Auto de fecha 13 de marzo de 2015 dictado por el Tribunal Militar Central en la Causa núm. 1/02/14, instruida por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 por un presunto delito contra la eficacia del servicio del artículo 160.4º del Código Penal Militar , mediante el que, de conformidad con el artículo 246.2 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar , se acordó el sobreseimiento definitivo y total de la expresada Causa, por no ser los hechos de dieron lugar a la formación del Sumario constitutivos de delito. Han sido partes el citado Procurador, como recurrente, en ejercicio de la representación que ostenta, y el Ilmo. Sr. Abogado del Estado -que asume la defensa y asiste a los procesados, Comandante Don Geronimo y Brigada Don Inocencio , ambos del Ejército de Tierra- y el Excmo. Sr. Fiscal Togado, como partes recurridas; y han concurrido a dictar Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados anteriormente referenciados, , bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. **Fernando Pignatelli Meca** , quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala en base a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1, con sede en Madrid, se instruyeron las Diligencias Previas núm. 1/08/14 como consecuencia de denuncia suscrita por el Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique , que ejerce la acusación particular, contra el Comandante Don Geronimo y el Brigada Don Inocencio , ambos del citado Ejército, por la comisión de un delito de los tipificados en los artículos 103, de abuso de autoridad y/o 138, de extralimitación en el ejercicio del mando, ambos del Código Penal Militar , en razón de hechos ocurridos el 22 de abril de 2014. Dicha denuncia dio lugar, en virtud de Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 14 de mayo de 2014, a la incoación de las Diligencias Previas núm. 1/08/14.

SEGUNDO.- Por Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 11 de septiembre de 2014 se acordó elevar a Sumario -radicado con el núm. 1/02/14- las aludidas Diligencias Previas, declarando procesados en el mismo al Comandante Don Geronimo y al Brigada Don Inocencio como autores de un presunto delito contra la eficacia del servicio del artículo 160.4º del Código Penal Militar , decretando la libertad provisional de ambos, en razón de los hechos que se les imputan, acaecidos el 22 de abril de 2014 en la Academia de Artillería de Segovia.

Dichos hechos, según el Tercero de los Antecedentes de Hecho del citado Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 11 de septiembre de 2014, por el que se acuerda la elevación a Sumario de las aludidas



Diligencias Previas núm. 1/08/14, instruidas por dicho Juzgado, en razón de revestir los mismos -a los solos efectos de dicha resolución y sin perjuicio de la ulterior calificación que pudieran merecer- los caracteres de un delito contra la eficacia del servicio del artículo 160.4º del Código Penal Militar , consisten en que:

1º) Que el día 22 de abril de 2014, el Comandante D. Geronimo tenía orden verbal del General Director de la Academia de Artillería, que se transmitió a través del Jefe de la Plana Mayor de Dirección, de realizar una inspección cinológica en los Alojamientos de Tropa del Acuartelamiento situados en el Polígono de Baterías de la Academia. Anteriormente se había solicitado, también de forma verbal, apoyo del equipo cinológico de la AALOG 61, trasladándose a tal efecto el correspondiente equipo formado por el Cabo Mayor D. Ricardo y por el Cabo 1º D. Serafin asistidos de tres perros. Este último Cabo 1º se había puesto en contacto días antes con el Brigada D. Inocencio , que actuaba como auxiliar del Comandante Geronimo , para fijar fecha y hora en la que debía llevarse a cabo la inspección.

2º) Conviene significar que el día 22 de abril, fecha en la que se llevó a cabo la inspección, el Cabo Enrique , que ocupaba el dormitorio <> del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación <<Polígono de Baterías>>, se encontraba de permiso fuera de la Plaza. De igual modo, el Cabo Jesús Carlos , que ocupaba el dormitorio <<C>> del módulo 4 y que compartía con el Cabo Leoncio , se encontraba igualmente de permiso. Reseñable es, que en el pasillo de cada módulo existe un tablón de corcho en el que están colocadas las normas de la residencia, el cuadrante de limpieza y la relación de personas que ocupa cada habitación.

3º) El día 22 de abril, el Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio , encargados de realizar la inspección, se reunieron con el Subteniente Claudio , como encargado de la Unidad de Tropa, y con el Subteniente Eutimio , como responsable de Alojamientos, para coordinar la forma en que había de llevarse a cabo la inspección. A continuación el Comandante y el Brigada se reúnen con los guías cinológicos, que acudieron de paisano, quienes les informan que se van a dividir en dos equipos, para que los perros no se estorben entre ellos, acompañando el Comandante a un equipo, concretamente al del Cabo Mayor, mientras que el Brigada acompañaba al Cabo 1º. Antes de la inspección se formó al personal que ocupa las habitaciones que iban a ser inspeccionadas, advirtiéndoles, tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio , que por orden del General Director se iba a llevar a cabo ese día una inspección de las habitaciones con perros, y que a medida que se fueran inspeccionando los módulos sería llamado el personal que ocupaba dichos módulos para que estuvieran presentes en la inspección.

4º) La inspección del módulo 6 se llevó a cabo de la siguiente manera: se llamó a los ocupantes de las habitaciones, personándose los Cabos Primeros Jesús Carlos y Justo , que ocupan el dormitorio <<A>> y los del mismo empleo Plácido y Sebastián que ocupan el dormitorio <<C>>, sin que pueda precisarse, pues los testigos no lo recuerdan con claridad, si sus habitaciones las abrieron ellos mismos o fue la Soldado Carlos Francisco quien las abrió, toda vez que se encontraba destinada en Alojamientos y portaba llave de todas las habitaciones. No obstante a todos ellos se les solicitó permiso para entrar en la habitación. Sin embargo, y pese a que el Cabo Enrique , no se encontraba presente ese día, la Soldado Carlos Francisco , recibió orden de que se abriera su habitación, sin que pueda determinarse de quien partió tal orden. Una vez que los ocupantes del módulo están presentes en el mismo, y las puertas abiertas, se procede por el guía canino a efectuar la inspección. En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo. Pues bien, el perro iba entrando suelto en las distintas habitaciones y cuando el guía se encontraba en una de ellas el perro salió e hizo un marcaje en la habitación, concretamente en una mesilla, que ocupaba el Cabo Enrique , preguntando el guía, al ver que no había nadie en el marco de la puerta, que de quien era esa habitación contestando otros compañeros que era del Cabo Enrique y que no estaba presente, por lo que el mismo entró en la habitación para sacar al perro comentando, en ese momento, que dicha habitación, siguiendo el protocolo, había que precintarla. No obstante, y como quiera que el Cabo Enrique no estaba presente, se dio orden de que se cerrara la habitación, que no fue precintada y sin que se efectuaran nuevos registros.

5º) Conviene precisar que ese mismo día el otro guía canino, concretamente el Cabo 1º Serafin , advirtió, igualmente, que su peno hacía un marcaje en la habitación de un Cabo, que debió de ser la del Cabo D. Jesús Carlos , lo que ha determinado una confusión en la declaración del guía pues debió de entender que se le preguntaba por ese marcaje cuando en realidad las preguntas iban dirigidas a la inspección realizada en el alojamiento del Cabo Enrique . Como consecuencia del marcaje efectuado en la habitación del cabo Jesús Carlos a los dos días, y una vez que el mismo regresó de permiso, se efectuó, con su consentimiento, un registro, comprobándose que en el interior del cajón de la mesita dispone de una bolsa conteniendo un trozo de una sustancia que, aparentemente podría ser psicotrópica, por lo que se levantó la correspondiente acta de registro (f. 280).



6°) Una vez que tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio tiene constancia de los dos marcajes señalados, hacen las gestiones para localizar a los Cabos, solicitando el Brigada Inocencio al Subteniente Claudio que se ponga en contacto con los mismos. Como quiera que el Cabo Enrique pertenecía al CECOM, y no dependía directamente del Subteniente, este llama al superior del citado Cabo, esto es, al Subteniente Carlos Antonio , a quien comenta que se había entrado en el alojamiento del Cabo Enrique y el perro había hecho un marcaje y que necesitaba su número de teléfono para localizarlo, manifestando el Subteniente Carlos Antonio que en ese momento no lo tenía a mano, comentando que no entendía como se podía realizar un registro sin estar presente el Cabo. A los cinco minutos mantienen una nueva conversación facilitando el Subteniente Carlos Antonio el número de teléfono del Cabo Enrique , al que, no obstante no se le llamó. Por su parte el Subteniente Claudio se puso en contacto con el Cabo Jesús Carlos al que preguntó qué zona del alojamiento ocupaba, informándole que el perro había dado indicios y que el Brigada Inocencio le había dicho que iba a poner un precinto en la puerta y que cuando regresara el Brigada Inocencio hablaría con él. El Cabo manifestó que estaba de vacaciones en Valladolid y que regresaría el lunes.

Por su parte el Cabo Enrique regresó al Acuartelamiento el día 23 de abril. Al día siguiente puso los hechos en conocimiento de su superior quien le comunica que se informaría de lo sucedido. Ese mismo día el cabo Enrique se encontró con el Brigada Inocencio y con el Comandante Geronimo , comentándole el Brigada que <<no tuviera nada en la habitación>>".

TERCERO.- La parte dispositiva del meritado Auto es del siguiente tenor literal:

"ELÉVENSE A SUMARIO las presentes Diligencias Previas, en investigación de los hechos y asígnese un nuevo número de radicación a las actuaciones. Comuníquese este auto, conforme a lo prevenido en el artículo 131 de la Ley Procesal Militar , al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Militar Central.

SE DECLARAN PROCESADOS EN ESTE SUMARIO al Comandante D. Geronimo y al Brigada D. Inocencio .

SE DECRETA LA LIBERTAD PROVISIONAL de los procesados, los cuales deberán <<apud acta>> constituir obligación de personarse los días uno de cada mes en la sede de este Juzgado Togado o ante la Autoridad Jurisdiccional o Administrativa que se designe, y tantas veces como fueran requeridos para ello, con expresa advertencia de que su injustificado incumplimiento determinaría la revocación de los citados beneficios; fórmese con este particular Pieza Separada de Situación Personal, de conformidad con las previsiones del artículo 77 de la Ley Procesal Militar ".

CUARTO.- Frente a dicha resolución, y en el trámite establecido en el artículo 165 de la Ley Procesal Militar , el Abogado del Estado, en nombre y representación de los procesados, formuló, mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2014 -folios 8 a 21 de la pieza separada del recurso de apelación-, que tuvo entrada en el registro del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 con fecha 22 de septiembre siguiente, y para ante el Tribunal Militar Central, recurso de apelación contra el meritado Auto, interesando, por las razones que en dicho escrito se explicitan, la revocación del mismo.

QUINTO.- Admitido, a un solo efecto, el recurso de apelación interpuesto mediante Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 23 de septiembre de 2014, y entregadas copias del mismo al Ministerio Fiscal Jurídico Militar y al Letrado de la acusación particular Don Mariano Casado Sierra, poniéndoles de manifiesto las actuaciones por el plazo común de seis días, y formada la correspondiente pieza separada, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 263 de la Ley Procesal Militar , tanto por la acusación particular como por el Ministerio Fiscal se formularon los oportunos escritos de alegaciones en relación con la pretensión del recurrente, interesando la primera, por escrito de 29 de septiembre de 2014 -folios 138 a 141 de la pieza separada de recurso de apelación-, la desestimación del recurso, con confirmación del Auto de fecha 11 de septiembre de 2014 y solicitando el segundo, por escrito de 26 de septiembre de 2014 - folios 142 a 144 de la pieza separada de recurso de apelación-, la desestimación del mismo y la revocación del Auto de fecha 11 de septiembre de 2014.

SEXTO.- Por Auto de fecha 6 de noviembre de 2014 -folios 150 a 154 de la pieza separada de recurso de apelación-, el Tribunal Militar Central dicta Auto en el que se recogen como hechos los siguientes:

"De lo actuado hasta el auto de procesamiento el juez Instructor supone que hay indicios suficientes para considerar lo siguiente:

1°) Que el día 22 de abril de 2014, el Comandante D. Geronimo tenía orden verbal del General Director de la Academia de Artillería, que se transmitió a través del Jefe de la Plana Mayor de Dirección, de realizar una inspección cinológica en los Alojamientos de Tropa del Acuartelamiento situados en el Polígono de Baterías de la Academia. Anteriormente se había solicitado, también de forma verbal, apoyo del equipo cinológico del AALOG 61, trasladándose a tal efecto el correspondiente equipo formado por el Cabo Mayor D. Ricardo y por el Cabo 1° D. Serafin asistidos de tres perros. Este último Cabo 1° se había puesto en contacto días antes



con el Brigada D. Inocencio , que actuaba como auxiliar del Comandante Geronimo , para fijar fecha y hora en la que debía llevarse a cabo la inspección.

2°) Conviene significar que el día 22 de abril, fecha en la que se llevó a cabo la inspección, el Cabo Enrique , que ocupaba el dormitorio <> del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación <<Polígono de Baterías>>, se encontraba de permiso fuera de la Plaza. De igual modo, el Cabo Jesús Carlos , que ocupaba el dormitorio <<C>> del módulo 4 y que compartía con el Cabo Leoncio , se encontraba igualmente de permiso. Reseñable es, que en el pasillo de cada módulo existe un tablón de corcho en el que están colocadas las normas de la residencia, el cuadrante de limpieza y la relación de personas que ocupa cada habitación.

3°) El día 22 de abril, el Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio , encargados de realizar la inspección, se reunieron con el Subteniente Claudio , como encargado de la Unidad de Tropas, y con el Subteniente Eutimio , como responsable de Alojamientos, para coordinar la forma en que había de llevarse a cabo la inspección. A continuación el Comandante y el Brigada se reúnen con los guías cinológicos, que acudieron de paisano, quienes les informan que se van a dividir en dos equipos, para que los perros no se estorben entre ellos, acompañando el Comandante a un equipo, concretamente al del Cabo Mayor, mientras que el Brigada acompañaba al Cabo 1°. Antes de la inspección se formó al personal que ocupa las habitaciones que iban a ser inspeccionadas, advirtiéndoles, tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio , que por orden del General Director se iba a llevar a cabo ese día una inspección de las habitaciones con perros, y que a medida que se fueran inspeccionando los módulos sería llamado el personal que ocupaba dichos módulos para que estuvieran presentes en la inspección.

4°) La inspección del módulo 6 se llevó a cabo de la siguiente manera: se llamó a los ocupantes de las habitaciones, personándose los Cabos Primeros Jesús Carlos y Justo , que ocupan el dormitorio <<A>> y los del mismo empleo Plácido y Sebastián que ocupan el dormitorio <<C>>, sin que pueda precisarse, pues los testigos no lo recuerdan con claridad, si sus habitaciones las abrieron ellos mismos o fue la Soldado Carlos Francisco quien las abrió, toda vez que se encontraba destinada en Alojamientos y portaba llave de todas las habitaciones. Sin embargo, y pese a que el Cabo Enrique , no se encontraba presente ese día, la Soldado Carlos Francisco , recibió orden de que se abriera su habitación, sin que pueda determinarse de quien partió tal orden. Una vez que los ocupantes del módulo están presentes en el mismo, y las puertas abiertas, se procede por el guía canino a efectuar la inspección. En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo. Pues bien, el perro iba entrando suelto en las distintas habitaciones y cuando el guía se encontraba en una de ellas el perro salió e hizo un marcaje en la habitación, concretamente en una mesilla, que ocupaba el Cabo Enrique , preguntando el guía, al ver que no había nadie en el marco de la puerta, que de quien era esa habitación contestando otros compañeros que era del Cabo Enrique y que no estaba presente, por lo que el mismo entró en la habitación para sacar al perro comentando, en ese momento, que dicha habitación, siguiendo el protocolo, había que precintarla. No obstante, y como quiera que el Cabo Enrique no estaba presente, se dio orden de que se cerrara la habitación, que no fue precintada y sin que se efectuaran nuevos registros.

5°) Conviene precisar que ese mismo día el otro guía canino, concretamente el Cabo 1° Serafin , advirtió, igualmente, que su peno hacía un marcaje en la habitación de un Cabo, que debió de ser la del Cabo D. Jesús Carlos , lo que ha determinado una confusión en la declaración del guía pues debió de entender que se le preguntaba por ese marcaje cuando en realidad las preguntas iban dirigidas a la inspección realizada en el alojamiento del Cabo Enrique . Como consecuencia del marcaje efectuado en la habitación del Cabo Jesús Carlos a los dos días, y una vez que el mismo regresó de permiso, se efectuó, con su consentimiento, un registro, comprobándose que en el interior del cajón de la mesita dispone de una bolsa conteniendo un trozo de una sustancia que, aparentemente podría ser psicotrópica, por lo que se levantó la correspondiente acta de registro.

6°) Una vez que tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio tiene constancia de los dos marcajes señalados, hacen las gestiones para localizar a los Cabos, solicitando el Brigada Inocencio al Subteniente Claudio que se ponga en contacto con los mismos. Como quiera que el Cabo Enrique pertenecía al CECOM, y no dependía directamente del Subteniente, este llama al superior del citado Cabo, esto es, al Subteniente Carlos Antonio , a quien comenta que se había entrado en el alojamiento del Cabo Enrique y el perro había hecho un marcaje y que necesitaba su número de teléfono para localizarlo, manifestando el Subteniente Carlos Antonio que en ese momento no lo tenía a mano, comentando que no entendía como se podía realizar un registro sin estar presente el Cabo. A los cinco minutos mantienen una nueva conversación facilitando el Subteniente Carlos Antonio el número de teléfono del Cabo Enrique , al que, no obstante no se le llamó. Por su parte el Subteniente Claudio se puso en contacto con el Cabo Jesús Carlos al que preguntó



qué zona del alojamiento ocupaba, informándole que el perro había dado indicios y que el Brigada Inocencio le había dicho que iba a poner un precinto en la puerta y que cuando regresara el Brigada Inocencio hablaría con él. El Cabo manifestó que estaba de vacaciones en Valladolid y que regresaría el lunes".

Se observa que en el apartado 4º) del Tercero de los Antecedentes de Hecho de este Auto ha desaparecido la frase "No obstante a todos ellos se les solicitó permiso para entrar en la habitación", que figura en el apartado 4º) del Tercero de los Antecedentes de Hecho del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 11 de septiembre de 2014, por el que se acuerda la elevación a Sumario de las Diligencias Previas núm. 1/08/14 y el procesamiento del Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio .

E, igualmente, se omite en el apartado 6º) del Tercero de los Antecedentes de Hecho de este Auto, la frase final que figura en el apartado 6º) del Tercero de los Antecedentes de Hecho del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 11 de septiembre de 2014, y que reza como sigue: "Por su parte el Cabo Enrique regresó al Acuartelamiento el día 23 de abril. Al día siguiente puso los hechos en conocimiento de su superior quien le comunica que se informaría de lo sucedido. Ese mismo día el cabo Enrique se encontró con el Brigada Inocencio y con el Comandante Geronimo , comentándole el Brigada que <<no tuviera nada en la habitación>>",

SÉPTIMO.- La parte dispositiva del aludido Auto resulta ser del siguiente tenor literal:

"La Sala Acuerda estimar el recurso de apelación, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Comandante D. Geronimo y del Brigada D. Inocencio , contra el Auto del Juzgado Togado Militar Central nº 1, de fecha 11 de septiembre de 2014, por el que se acuerd[e]a el procesamiento del Comandante y Brigada citados, resolución que revocamos y dejamos sin efecto por ser contraria a derecho. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado Togado [Militar] Central nº 1 para su continuación conforme a los trámites legales"

OCTAVO.- Recibidos los autos en el Juzgado Togado Militar Central núm. 1, por Auto de 26 de noviembre de 2014 -folios 380 y 381- acordó el Instructor inadmitir la práctica de la testifical propuesta por la acusación particular en la persona del General de Brigada Don Jesús Manuel -por considerarla "inútil a efectos de la instrucción del procedimiento"- y admitir la práctica de las testificales propuestas por dicha parte en las personas del Cabo Mayor Ricardo y del Cabo Primero Serafin **NOVENO.-** Practicadas las pruebas admitidas, y habiéndose dado traslado a las partes para alegaciones, por la acusación particular se solicita, por escrito de fecha 11 de diciembre de 2014, se proceda a dictar nuevo Auto de procesamiento en las personas del Comandante Geronimo y del Brigada Inocencio por el delito o delitos previstos en los artículos 103 y/o 138 del Código Penal Militar , en concurso con el delito previsto en el artículo 204 y/o artículo 534, apartado 1, 1º, ambos del Código Penal .

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en el mismo trámite de alegaciones y mediante escrito de 2 de enero de 2015, solicita la denegación de la solicitud de procesamiento solicitada por la acusación particular y el sobreseimiento definitivo de las actuaciones de conformidad a lo dispuesto en el artículo 246.2 de la Ley Procesal Militar , al no haber acreditado ningún hecho con virtualidad suficiente para acceder a la pretensión formulada, por apreciar "un error que no solo no puede alcanzar, a juicio de esta parte, entidad delictiva, sino que tampoco puede concretarse quien o quienes lo cometieron".

DÉCIMO.- A la vista de todo lo anterior, por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1, se acuerda, mediante Auto de fecha 14 de enero de 2015 -folios 424 a 427-, la remisión del procedimiento al Tribunal Militar Central con propuesta de sobreseimiento definitivo y total de las actuaciones al amparo del nº 2 del artículo 246 de la Ley Procesal Militar .

En dicho Auto el Instructor se remite a los hechos de los que en el Auto de procesamiento considera que existen indicios suficientes para considerarlos existentes, incluyendo ahora los que constan en el párrafo final del Tercero de los Antecedentes de Hecho del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 11 de septiembre de 2014.

Dichos hechos, a tenor del Primero de los Antecedentes de Hecho del meritado Auto, son:

"**TERCERO.-** Pues bien, de todo ello se desprende la existencia de indicios suficientes para suponer que:

1º) Que el día 22 de abril de 2014, el Comandante D. Geronimo tenía orden verbal del General Director de la Academia de Artillería, que se transmitió a través del Jefe de la Plana Mayor de Dirección, de realizar una inspección cinológica en los Alojamientos de Tropa del Acuartelamiento situados en el Polígono de Baterías de la Academia. Anteriormente se había solicitado, también de forma verbal, apoyo del equipo cinológico de la AALOG 61, trasladándose a tal efecto el correspondiente equipo formado por el Cabo Mayor D. Ricardo y por el Cabo 1 [o] D. Serafin asistidos de tres perros. Este último Cabo 1º se había puesto en contacto días



antes con el Brigada D. Inocencio , que actuaba como auxiliar del Comandante Geronimo , para fijar fecha y hora en la que debía llevarse a cabo la inspección

2°) Conviene significar que el día 22 de abril, fecha en la que se llevó a cabo la inspección, el Cabo Enrique , que ocupaba el dormitorio <> del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación <<Polígono de Baterías>>, se encontraba de permiso fuera de la Plaza. De igual modo, el Cabo Jesús Carlos , que ocupaba el dormitorio <<C>> del módulo 4 y que compartía con el Cabo Leoncio , se encontraba igualmente de permiso. Reseñable es, que en el pasillo de cada módulo existe un tablón de corcho en el que están colocadas las normas de la residencia, el cuadrante de limpieza y la relación de personas que ocupa cada habitación.

3°) El día 22 de abril, el Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio , encargados de realizar la inspección, se reunieron con el Subteniente Claudio , como encargado de la Unidad de Tropa, y con el Subteniente Eutimio , como responsable de Alojamientos, para coordinar la forma en que había de llevarse a cabo la inspección. A continuación el Comandante y el Brigada se reúnen con los guías cinológicos, que acudieron de paisano, quienes les informan que se van a dividir en dos equipos, para que los perros no se estorben entre ellos, acompañando el Comandante a un equipo, concretamente al del Cabo Mayor, mientras que el Brigada acompañaba al Cabo 1°. Antes de la inspección se formó al personal que ocupa las habitaciones que iban a ser inspeccionadas, advirtiéndoles, tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio , que por orden del General Director se iba a llevar a cabo ese día una inspección de las habitaciones con perros, y que a medida que se fueran inspeccionando los módulos sería llamado el personal que ocupaba dichos módulos para que estuvieran presentes en la inspección.

4°) La inspección del módulo 6 se llevó a cabo de la siguiente manera: se llamó a los ocupantes de las habitaciones, personándose los Cabos Primeros Jesús Carlos y Justo , que ocupan el dormitorio <<A>> y los del mismo empleo Plácido y Sebastián que ocupan el dormitorio <<C>>, sin que pueda precisarse, pues los testigos no lo recuerdan con claridad, si sus habitaciones las abrieron ellos mismos o fue la Soldado Carlos Francisco quien las abrió, toda vez que se encontraba destinada en Alojamientos y portaba llave de todas las habitaciones. No obstante a todos ellos se les solicitó permiso para entrar en la habitación. Sin embargo, y pese a que el Cabo Enrique , no se encontraba presente ese día, la Soldado Carlos Francisco , recibió orden de que se abriera su habitación, sin que pueda determinarse de quien partió tal orden. Una vez que los ocupantes del módulo están presentes en el mismo, y las puertas abiertas, se procede por el guía canino a efectuar la inspección. En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo. Pues bien, el perro iba entrando suelto en las distintas habitaciones y cuando el guía se encontraba en una de ellas el perro salió e hizo un marcaje en la habitación, concretamente en una mesilla, que ocupaba el Cabo Enrique , preguntando el guía, al ver que no había nadie en el marco de la puerta, que de quien era esa habitación contestando otros compañeros que era del Cabo Enrique y que no estaba presente, por lo que el mismo entró en la habitación para sacar al perro comentando, en ese momento, que dicha habitación, siguiendo el protocolo, había que precintarla. No obstante, y como quiera que el Cabo Enrique no estaba presente, se dio orden de que se cerrara la habitación, que no fue precintada y sin que se efectuaran nuevos registros.

5°) Conviene precisar que ese mismo día el otro guía canino, concretamente el Cabo 1° Serafin , advirtió, igualmente, que su peno hacía un marcaje en la habitación de un Cabo, que debió de ser la del Cabo D. Jesús Carlos , lo que ha determinado una confusión en la declaración del guía pues debió de entender que se le preguntaba por ese marcaje cuando en realidad las preguntas iban dirigidas a la inspección realizada en el alojamiento del Cabo Enrique . Como consecuencia del marcaje efectuado en la habitación del cabo Jesús Carlos a los dos días, y una vez que el mismo regresó de permiso, se efectuó, con su consentimiento, un registro, comprobándose que en el interior del cajón de la mesita dispone de una bolsa conteniendo un trozo de una sustancia que, aparentemente podría ser psicotrópica, por lo que se levantó la correspondiente acta de registro (f. 280).

6°) Una vez que tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio tiene constancia de los dos marcajes señalados, hacen las gestiones para localizar a los Cabos, solicitando el Brigada Inocencio al Subteniente Claudio que se ponga en contacto con los mismos. Como quiera que el Cabo Enrique pertenecía al CECOM, y no dependía directamente del Subteniente, este llama al superior del citado Cabo, esto es, al Subteniente Carlos Antonio , a quien comenta que se había entrado en el alojamiento del Cabo Enrique y el perro había hecho un marcaje y que necesitaba su número de teléfono para localizarlo, manifestando el Subteniente Carlos Antonio que en ese momento no lo tenía a mano, comentando que no entendía como se podía realizar un registro sin estar presente el Cabo. A los cinco minutos mantienen una nueva conversación facilitando el Subteniente Carlos Antonio el número de teléfono del Cabo Enrique , al que, no obstante no se



le llamó. Por su parte el Subteniente Claudio se puso en contacto con el Cabo Jesús Carlos al que preguntó qué zona del alojamiento ocupaba, informándole que el perro había dado indicios y que el Brigada Inocencio le había dicho [o] que iba a poner un precinto en la puerta y que cuando regresara el Brigada Inocencio hablaría con él. El Cabo manifestó que estaba de vacaciones en Valladolid y que regresaría el lunes. Por su parte el Cabo Enrique regresó al Acuartelamiento el día 23 de abril. Al día siguiente puso los hechos en conocimiento de su superior quien le comunica que se informaría de lo sucedido. Ese mismo día el cabo Enrique se encontró con el Brigada Inocencio y con el Comandante Geronimo , comentándole el Brigada que <<no tuviera nada en la habitación>>".

DECIMOPRIMERO.- Por Auto de fecha 13 de marzo de 2015 -folios 460 a 463-, por el Tribunal Militar Central se dicta Auto en el que se recogen, "con indicios suficientes para considerar existentes", los hechos que constan en el Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 14 de enero de 2015, a saber:

1º) Que el día 22 de abril de 2014, el Comandante D. Geronimo tenía orden verbal del General Director de la Academia de Artillería, que se transmitió a través del Jefe de la Plana Mayor de Dirección, de realizar una inspección cinológica en los Alojamientos de Tropa del Acuartelamiento situados en el Polígono de Baterías de la Academia. Anteriormente se había solicitado, también de forma verbal, apoyo del equipo cinológico del AALOG 61, trasladándose a tal efecto el correspondiente equipo formado por el Cabo Mayor D. Ricardo y por el Cabo 1º D. Serafin asistidos de tres perros. Éste Último Cabo 1º se había puesto en contacto días antes con el Brigada D. Inocencio , que actuaba como auxiliar del Comandante Geronimo , para fijar fecha y hora en la que debía llevarse a cabo la inspección.

2º) Conviene significar que el día 22 de abril, fecha en la que se llevó a cabo la inspección, el Cabo Enrique , que ocupaba el dormitorio <> del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación <<Polígono de Baterías>>, se encontraba de permiso fuera de la Plaza. De igual modo, el Cabo Jesús Carlos , que ocupaba el dormitorio <<C>> del módulo 4 y que compartía con el Cabo Leoncio , se encontraba igualmente de permiso. Reseñable es, que en el pasillo de cada módulo existe un tablón de corcho en el que están colocadas las normas de la residencia, el cuadrante de limpieza y la relación de personas que ocupa cada habitación.

3º) El día 22 de abril, el Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio , encargados de realizar la inspección, se reunieron con el Subteniente Claudio , como encargado de la Unidad de Tropa, y con el Subteniente Eutimio , como responsable de Alojamientos, para coordinar la forma en que había de llevarse a cabo la inspección. A continuación el Comandante y el Brigada se reúnen con los guías cinológicos, que acudieron de paisano, quienes les informan que se van a dividir en dos equipos, para que los perros no se estorben entre ellos, acompañando el Comandante a un equipo, concretamente al del Cabo Mayor, mientras que el Brigada acompañaba al Cabo 1º. Antes de la inspección se formó al personal que ocupa las habitaciones que iban a ser inspeccionadas, advirtiéndoles, tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio , que por orden del General Director se iba a llevar a cabo ese día una inspección de las habitaciones con perros, y que a medida que se fueran inspeccionando los módulos sería llamado el personal que ocupaba dichos módulos para que estuvieran presentes en la inspección.

4º) La inspección del módulo 6 se llevó a cabo de la siguiente manera: se llamó a los ocupantes de las habitaciones, personándose los Cabos Primeros Jesús Carlos y Justo , que ocupan el dormitorio <<A>> y los del mismo empleo Plácido y Sebastián que ocupan el dormitorio <<C>>, sin que pueda precisarse, pues los testigos no lo recuerdan con claridad, si sus habitaciones las abrieron ellos mismos o fue la Soldado Carlos Francisco quien las abrió, toda vez que se encontraba destinada en Alojamientos y portaba llave de todas las habitaciones. No obstante a todos ellos se les solicitó permiso para entrar en la habitación. Sin embargo, y pese a que el Cabo Enrique , no se encontraba presente ese día, la Soldado Carlos Francisco , recibió orden de que se abriera su habitación, sin que pueda determinarse de quien partió tal orden. Una vez que los ocupantes del módulo están presentes en el mismo, y las puertas abiertas, se procede por el guía canino a efectuar la inspección. En ese sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Damaso que acompañaba al guía como testigo. Pues bien, el perro iba entrando suelto en las distintas habitaciones y cuando el guía se encontraba en una de ellas el perro salió e hizo un marcaje en la habitación, concretamente en una mesilla, que ocupaba el Cabo Enrique , preguntando el guía, al ver que no había nadie en el marco de la puerta, que de quien era esa habitación contestando otros compañeros que era del Cabo Enrique y que no estaba presente, por lo que el mismo entró en la habitación para sacar al perro comentando, en ese momento, que dicha habitación, siguiendo el protocolo, había que precintarla. No obstante, y como quiera que el Cabo Enrique no estaba presente, se dio orden de que se cerrara la habitación, que no fue precintada y sin que se efectuaran nuevos registros.

5º) Conviene precisar que ese mismo día el otro guía canino, concretamente el Cabo 1º Serafin , advirtió, igualmente, que su perro hacía un marcaje en la habitación de un Cabo, que debió de ser la del Cabo D. Jesús



Carlos , lo que ha determinado una confusión en la declaración del guía pues debió de entender que se le preguntaba por ese marcaje cuando en realidad las preguntas iban dirigidas a la inspección realizada en el alojamiento del Cabo Enrique . Como consecuencia del marcaje efectuado en la habitación del Cabo Jesús Carlos a los dos días, y una vez que el mismo regresó de permiso, se efectuó, con su consentimiento, un registro, comprobándose que en el interior del cajón de la mesita dispone de una bolsa conteniendo un trozo de una sustancia que, aparentemente podría ser psicotrópica, por lo que se levantó la correspondiente acta de registro (f. 280).

6º) Una vez que tanto el Comandante Geronimo como el Brigada Inocencio tiene constancia de los dos marcajes señalados, hacen las gestiones para localizar a los Cabos, solicitando el Brigada Inocencio al Subteniente Claudio que se ponga en contacto con los mismos. Como quiera que el Cabo Enrique pertenece al CECOM, y no dependía directamente del Subteniente, este llama al superior del citado Cabo, esto es, al Subteniente Carlos Antonio , a quien comenta que se había entrado en el alojamiento del Cabo Enrique y el perro había hecho un marcaje y que necesitaba su número de teléfono para localizarlo, manifestando el Subteniente Carlos Antonio que en ese momento no lo tenía a mano, comentando que no entendía como se podía realizar un registro sin estar presente el Cabo. A los cinco minutos mantienen una nueva conversación facilitando el Subteniente Carlos Antonio el número de teléfono del Cabo Enrique , al que, no obstante no se le llamó. Por su parte el Subteniente Claudio se puso en contacto con el Cabo Jesús Carlos al que preguntó qué zona del alojamiento ocupaba, informándole que el perro había dado indicios y que el Brigada Inocencio le había dicho [o] que iba a poner un precinto en la puerta y que cuando regresara el Brigada Inocencio hablaría con él. El Cabo manifestó que estaba de vacaciones en Valladolid y que regresaría el lunes. Por su parte el Cabo Enrique regresó al Acuartelamiento el día 23 de abril. Al día siguiente puso los hechos en conocimiento de su superior quien le comunica que se informaría de lo sucedido. Ese mismo día el Cabo Enrique se encontró con el Brigada Inocencio y con el Comandante Geronimo , comentándole el Brigada que <<no tuviera nada en la habitación>>.

A los hechos acreditados acabados de reseñar, hay que añadir los que se derivan como consecuencia de las pruebas practicadas con el objeto de despejar las dudas existentes en relación con la actuación del Cabo 1º Serafin , resultando de las nuevas pruebas que <<el perro del Cabo 1º Serafin también entró en la habitación del Cabo Enrique . Que no hizo en esa camareta ningún marcaje, que lo retiró el Cabo 1º Serafin y salieron de esa habitación indicándose a continuación que se cerrara esa camareta>>".

Ha de ponerse de manifiesto que en esta relación de hechos, además de algunas diferencias ortográficas y de tiempos verbales, en el apartado 4º), la frase "En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo", que consta en el Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 14 de enero de 2015, ha sido sustituida, en este Auto el Tribunal Militar Central de fecha 13 de marzo de 2015 , por la frase "En ese sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Damaso que acompañaba al guía como testigo", lo que cambia, sustancialmente, el sentido del relato fáctico y las eventuales consecuencias a extraer del mismo.

DECIMOSEGUNDO.- La parte dispositiva del aludido Auto resulta ser del siguiente tenor literal:

"La Sala acuerda: El sobreseimiento definitivo y total de la presente causa nº 1/02/14 en relación a los hechos que dieron motivo a la formación del Sumario, por no ser los mismos constitutivos de delito de conformidad con el artículo 246.2 de la Ley Orgánica 2/1989 , de la Ley Procesal Militar".

DECIMOTERCERO.- Notificado que fue dicho Auto de sobreseimiento definitivo a las partes, la representación procesal del Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique , que ejerce la acusación particular, presentó escrito, que tuvo entrada en el Registro del Tribunal Militar Central el 20 de marzo de 2015, interesando se tuviera por preparado recurso de casación contra el referido Auto por los siguientes motivos: por infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el artículo 849, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 103 y /o 138 del Código Penal Militar , en concurso con el delito previsto en el artículo 204 y /o artículo 534, apartado 1, 1º, ambos del Código Penal ; al amparo de lo prevenido en el artículo 5, apartado 4, de la Ley Orgánica 6/19 [9]85, de 1 de julio, del Poder Judicial, por infracción del artículo 24, apartado 1, de la Constitución Española , respecto al derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva; y al amparo de lo prevenido en el artículo 5, apartado 4, de la Ley Orgánica 6/1.9[9]85, de 1 de julio, del Poder Judicial, por infracción del artículo 25, apartado 1, de la Constitución Española .



En virtud de Auto de fecha 21 de abril de 2015 -folios 471 y 472-, el Tribunal Militar Central acordó tener por preparado el citado recurso y ordenó al propio tiempo la remisión a esta Sala de las actuaciones así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante la misma en el plazo improrrogable de quince días.

DECIMOCUARTO.- Personadas en tiempo y forma las partes ante esta Sala, por la representación procesal Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique se presentó escrito de formalización del preanunciado recurso de casación con base en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo de lo previsto en el 849, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 103 y/o 138 del Código Penal Militar, en concurso con el delito previsto en el artículo 204 y/o artículo 534, apartado 1, 1º, ambos del Código Penal, por estimar que los hechos objeto de imputación sobre los dos denunciados revisten los caracteres de delito penal militar desde la calificación provisional propia de esta fase procesal, de lo que se desprende la necesidad de continuar con la tramitación del Sumario.

DECIMOQUINTO .- Del anterior recurso se confirió traslado a las demás partes personadas por plazo de diez días a fin de poder impugnar su admisión o adherirse al mismo.

A tal efecto, por el Excmo. Sr. Abogado del Estado se presentó, dentro de dicho plazo, escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 26 de junio de 2015, en el que, evacuando el trámite conferido al efecto y por las razones que en el mismo se expresa y se dan aquí por reproducidas, solicita que se inadmita, y subsidiariamente se desestime, el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique .

Por su parte, y evacuando igualmente el trámite conferido, el Excmo. Sr. Fiscal Togado interesa, dentro de dicho plazo y mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 14 de julio de 2015, por las razones que en el mismo aduce y se dan aquí por reproducidas, la estimación del recurso de casación interpuesto.

DECIMOSEXTO.- Dado traslado a la parte recurrente de los escritos de alegaciones presentados para que, en el plazo de tres días, expusiera lo que estimare conveniente, la representación procesal del Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique, en escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 21 de julio de 2015, se ratifica en los argumentos, alegaciones y pretensiones recogidas en su escrito de recurso, coincidiendo con las apreciaciones que formula el Excmo. Sr. Fiscal Togado.

DECIMOSÉPTIMO.- No habiendo interesado las partes la celebración de vista y no conceptuándola tampoco necesaria esta Sala, se declaró concluso el presente rollo, señalándose, mediante Providencia de fecha 9 de septiembre de 2015, el día 30 de septiembre siguiente, a las 12:00 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del Recurso, lo que se llevó a efecto por la Sala en dichas fecha y hora con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el único motivo de casación en que, por la vía que autoriza el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 103 y/o 138, ambos del Código Penal Militar, en concurso con el delito previsto en el artículo 204 y/o 534, apartado 1, 1º, ambos del Código Penal, articula la parte su pretensión, alega esta que los hechos objeto de imputación sobre el Comandante y el Brigada denunciados revisten los caracteres de delito penal militar desde la calificación provisional propia de esta fase procesal, de lo que se desprende la necesidad de continuar con la tramitación del Sumario, aduciendo que, aun con el tinte de provisionalidad que el momento procesal en que se desarrolla el procedimiento penal confiere a los juicios de tipicidad que se efectúan, no es permisible rechazar, como hace el Auto recurrido, la existencia de indicios racionales de criminalidad en las conductas de los dos procesados, entendiéndose que, del acervo sumarial instruido hasta el momento, existen indicios de comisión del hecho y de su valoración como delito en términos de probabilidad razonable.

Conviene recordar que el Auto de sobreseimiento definitivo y total de la Causa núm. 1/02/14 que ahora se impugna se adoptó por el Tribunal de instancia de conformidad con el artículo 246.2 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, por no ser los hechos que dieron motivo a la formación del Sumario constitutivos de delito.

Aun cuando resulta sabido, no es ocioso señalar, con carácter previo a proceder a examinar el recurso interpuesto, que, según indica la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 -R. 51/2009-, seguida por la de la misma Sala de 13 de julio de 2010 -R. 2629/2009- y las nuestras de 13 de mayo y 21 de julio de 2011 y 30 de enero de 2012, el sobreseimiento libre constituye una "decisión equivalente a una sentencia absoluta", y es, por ello, "susceptible de recurso de casación, ex artículo 842.2 LECrim." -en realidad, 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiéndose, sin duda, la cita del artículo 842



a un error material mecanográfico o "lapsus calami"; a tal efecto, la Sentencia de la aludida Sala de lo Penal de 17 de mayo de 2010 -R. 2172/2009 - afirma que "se trata de un motivo por infracción de ley, único que autoriza el artículo 848 LECrim ., como ya hemos subrayado anteriormente, y por ello debe estarse a la intangibilidad de los hechos, en este caso del conjunto de datos indiciarios del que parte el Tribunal de instancia y que aparecen consignados en el antecedente de hecho cuarto del Auto recurrido", por lo que solo cabe la impugnación de un Auto de sobreseimiento definitivo por infracción de ley y en base, únicamente, al apartado 1º del citado artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En su reciente Sentencia de 3 de junio de 2015 -R. 2392/2014-, la Sala Segunda de este Alto Tribunal, sienta que, entre las "resoluciones judiciales que ponen fin al proceso, produciendo la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material", y además, desde luego, de "la *sentencia firme* , ya sea absolutoria o condenatoria. Como se afirma en la Sentencia de 16 de Febrero de 1995 , solo las sentencias firmes en cuanto suponen un enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ya ha soportado una acusación y un juicio, encierra tal consecuencia preclusiva", deben asimilarse "los *autos* , también firmes *de sobreseimiento libre* en la medida que son un equivalente procesal de las sentencias en los supuestos a los que se refiere el art. 637, que se caracteriza por la inexistencia de juicio oral, que se reputa innecesario por la concurrencia de cualquiera de los tres supuestos a que se refiere el citado artículo, supuestos cuya inequívoca e indubitada existencia constituye un juicio de certeza análogo al de la sentencia si bien se alcance en fase anterior al juicio oral, que por ello resulta innecesario. Precisamente la consecuencia de esta equivalencia procesal entre la sentencia y el auto de sobreseimiento libre, se encuentra en el art. 848 que permite el acceso a la casación de dichos autos en el supuesto de falta de tipicidad del hecho, aunque no hay que desconocer que la jurisprudencia de este Tribunal, también ha admitido el recurso de casación contra autos de sobreseimiento libre si se estima la concurrencia de una circunstancia de exención de la responsabilidad penal, en tal sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1978 y 1 de Diciembre de 1990 ".

La Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2012 , siguiendo la de 23 de diciembre de 2009 , dice que "el sobreseimiento definitivo pone fin al proceso penal, con un pronunciamiento <<equivalente a una Sentencia absolutoria anticipada que en la práctica goza de los efectos de la cosa juzgada, que impide la iniciación de un nuevo proceso con idéntico objeto>>, por lo que habida cuenta de su carácter definitivo <<sólo puede dictarse tras profunda reflexión y estudio, con extraordinaria prudencia, porque sin las normales garantías que acompañan al proceso penal se da fin al procedimiento con una decisión absolutoria, como queda dicho>> (Sentencia de 1 de abril de la Sala Segunda anteriormente citada). Por otra parte, y siguiendo el entonces recientísimo Auto de 23 de marzo de 2010 de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo , recogíamos en nuestra Sentencia de 27 de mayo de 2010 -en la que se casaba y anulaba el Auto del Tribunal Militar Territorial Segundo que acordaba el sobreseimiento definitivo de las actuaciones en la presente causa- que lo que está en cuestión cuando se acuerda o se deniega el sobreseimiento es <<la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, y no el problema de la procedencia de su absolución o de su condena, objeto exclusivo del Juicio Oral y de la sentencia>>, y en definitiva, esto es lo que aquí y ahora se dilucida", añadiendo que "además, como el Tribunal Constitucional ha recordado recientemente en su Sentencia 172/2011, de 19 de julio -en la que se enjuiciaba la posible vulneración de la tutela judicial efectiva en relación con el archivo de unas Diligencias Previas incoadas por la denuncia de acoso, en la que la denunciante calificaba los hechos como constitutivos de un delito de abuso de autoridad del artículo 103 del Código Penal militar -, constituye su doctrina consolidada <<que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva serán distintas y más estrictas, 'reforzadas' (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3 y 224/2007, de 22 de octubre , FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no se refiera directamente a la preservación o a los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero , FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio , FJ 7), conectado (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2 y 71/2004, de 19 de abril , FJ 4), en juego (STC 115/2003, de 16 de junio , FJ 3), o quede afectado (SSTC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5 y 192/2003, de 27 de octubre , FJ 3) por tal decisión>>".

En este sentido, hemos de indicar que, como dicen las Sentencias de esta Sala de 13 de mayo y 21 de julio de 2011 y 30 de enero de 2012 , siguiendo las de 27 de mayo y 22 de junio de 2010 , "la resolución de sobreseimiento definitivo de que se trata ... como afirma la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 -R. 2172/2009 -, es <<equivalente desde el punto de vista procesal al dictado de una sentencia absolutoria>>", y que, "como señala el Auto de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 -R. 20048/2009 -, ha de tenerse presente, que <<el sobreseimiento, ya sea el definitivo o libre o el provisional, "en procedimiento Ordinario (art. 634 y siguientes) o en el Abreviado (art. 749 [779.1].1º), significa que el órgano judicial entiende que no se dan las circunstancias necesarias para enjuiciar o juzgar a alguien como acusado por lo que el proceso termina sin entrar en la fase del Juicio Oral. Lo que está en cuestión, cuando se acuerda o, como en este caso, se deniega el sobreseimiento, es por consiguiente



la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, y no el problema de la procedencia de su absolución o de su condena, objeto exclusivo del Juicio Oral y de la sentencia. Como señala la Sentencia del T.C. 141/2001 de 18 de junio las diligencias sumariales son actos de investigación encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECriminal) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el Juicio Oral proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para los acusados y la defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador". En el mismo sentido las SSTC 57/2002 de 11 de marzo y 2/2002 de 14 de enero >>".

Afirma nuestra Sentencia de 23 de diciembre de 2009 , seguida por las de 21 de julio y 13 de octubre de 2011 y 30 de enero y 9 de marzo de 2012 , que "el Auto de sobreseimiento definitivo dictado de conformidad con lo dispuesto en el art. 246.2º LPM por no ser los hechos constitutivos de delito -equivalente al sobreseimiento libre del art. 637.2º LE. Crim .-, encuentra su fundamento en la ausencia de tipicidad absoluta porque, en modo alguno, los hechos investigados tendrían relevancia penal de manera que carecería de sentido mantener abierta una causa sin objeto, de cuya continuación únicamente se derivarían efectos perjudiciales para las personas que hubieran sido imputadas, en cuyo beneficio <<favor rei>> se impone la definitiva y anticipada clausura del procedimiento sin declaración de responsabilidad".

SEGUNDO.- También como cuestión previa, y además de cuanto con anterioridad ya hemos puesto de relieve en esta resolución, debemos dejar sentado que, como señala esta Sala en sus Sentencias de 27 de mayo y 22 de junio de 2010 , 13 de mayo de 2011 y 30 de enero de 2012, siguiendo el antealudido Auto de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 -R. 20048/2009 -, "ni el plenario tiene por finalidad revisar la actuación del Instructor sino practicar las pruebas de acusación y defensa y el enjuiciamiento de fondo, ni el sumario constituye un enjuiciamiento anticipado de la acción del imputado, en el cual se haya de decidir el sobreseimiento por las razones que en el plenario llevan a la absolución, ni exigir para abrir el Juicio Oral lo mismo que sería en éste preciso para la condena. La duda que en el Juicio Oral conduce a la absolución justifica en el sumario la continuación del proceso, por lo mismo que el sobreseimiento del proceso exige la positiva estimación de que el hecho <<no es constitutivo de delito>> o no está justificada la perpetración del hecho; procediendo el provisional si aún estimando que el hecho <<puede ser>> constitutivo de delito no hay autor conocido. En definitiva, en los procesos en que existen indicios de la comisión del hecho y su valoración como delito en términos de probabilidad razonable no procede el sobreseimiento y se justifica la continuación de la causa".

En consecuencia, desde la perspectiva de control casacional que corresponde a la Sala, y sin anticipar, en modo alguno, un juicio pleno de tipicidad propio del plenario, deviene trascendente determinar, atendiendo al contenido del Auto de sobreseimiento definitivo que se recurre puesto en relación con el del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de fecha 11 de septiembre de 2014, de elevación a Sumario de las Diligencias Previas núm. 1/08/14, declarando procesados en el mismo al Comandante Don Geronimo y al Brigada Don Inocencio como autores de un presunto delito contra la eficacia del servicio del artículo 160.4º del Código Penal Militar , decretando la libertad provisional de ambos, en razón de los hechos que se les imputan, acaecidos el 22 de abril de 2014 en la Academia de Artillería de Segovia, si concurren los presupuestos suficientes para sustentar una acusación razonable, en el sentido de que, como dicen las Sentencias de esta Sala de 27 de mayo y 22 de junio de 2010 , 13 de mayo y 21 de julio de 2011 y 30 de enero y 30 de abril de 2012, siguiendo el aludido Auto de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 -R. 20048/2009 -, "tal presupuesto se cumple con que se desprenda con carácter indiciario el hecho que se dice delictivo y que se den en él las condiciones para sostener de modo no ilógico ni temerario un provisional juicio de tipicidad. La concurrencia de esos presupuestos justifican el proceso, legitiman su sustanciación e impiden su sobreseimiento, desplazándose entonces al enjuiciamiento del plenario el superior nivel de exigencias que en lo fáctico y en lo jurídico se precisan para un Fallo condenatorio".

Y en el caso de autos, por lo que, a continuación, se expone y con el aludido carácter necesariamente indiciario, no puede dejar de ser compartida la queja que formula la acusación particular, y en que incide el Excmo. Sr. Fiscal Togado, respecto al Auto de sobreseimiento definitivo impugnado. Observaciones que, ciertamente, y como indican las tan nombradas Sentencias de esta Sala de 27 de mayo y 22 de junio de 2010 , 13 de mayo de 2011 y 30 de enero de 2012 , "se producen a los meros efectos de impulso procesal y avance del procedimiento, sin propugnar en absoluto cualquier tipo de decisión, y en referencia a aquellos datos sumariales que, con el carácter indiciario apuntado, permiten albergar alguna duda" sobre la eventual trascendencia penal de la actuación del Comandante y del Brigada, ambos del Ejército de Tierra, Don Geronimo y Don Inocencio recogida en los antes aludidos Autos, que se concreta, en síntesis y en lo que ahora interesa, en haber sido quienes, de orden del General Director de la Academia de Artillería de Segovia, se hallaban encargados de realizar, el 22 de abril de 2014, una inspección cinológica que dio lugar a la entrada en el dormitorio B del



módulo 6 del alojamiento para MPTM,s de la Instalación "Polígono de Baterías" de la citada Academia que ocupaba el Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique , sin la presencia de este y sin contar con su autorización para ello, de varias personas y perros, aunque la diferencia de redacción que, según se ha puesto de manifiesto, presenta el apartado 4º) de la relación fáctica en el Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 14 de enero de 2015 -a cuyo tenor, "En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo"- y en el Auto de 13 de marzo de 2015 ahora recurrido -según la cual "En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Damaso que acompañaba al guía como testigo"-, resulta, en este aspecto, trascendente, habiéndose, para penetrar en la habitación del hoy recurrente, Cabo Don Enrique , dado orden a la Soldado Carlos Francisco , que se encontraba destinada en Alojamientos y portaba llave de todas las habitaciones, de que abriera dicha habitación, hechos que, por cuanto hemos visto que señala la doctrina de esta Sala, creemos que deviene aconsejable depurar en el trámite del juicio oral, a fin de determinar, de manera contradictoria, la calificación jurídica a que pudieran resultar acreedores.

TERCERO. - Como concluyen tanto la representación procesal del Cabo demandante como el Excmo. Sr. Fiscal Togado en su cuidado escrito en el que interesa la estimación del recurso de casación interpuesto contra el Auto de sobreseimiento definitivo de que se trata, de lo actuado resulta evidente que quienes ostentaban el mando de la operación en que se desarrolló la inspección cinológica eran el Comandante Geronimo y el Brigada Inocencio -según el apartado 3º) de la relación fáctica eran los "encargados de realizar la inspección"-, y fueron ellos quienes dieron las órdenes oportunas para montar el dispositivo, en concreto la de formar a los ocupantes de los módulos a registrar o inspeccionar para informarles y posibilitar la prestación de su consentimiento, centrando en este comportamiento la evidencia de que ningún cuidado pusieron en conocer si los formados eran todos los ocupantes o si, como ocurrió, había algunos ausentes, prescindiendo de exigir la presencia, antes de la entrada en, cuanto menos, la camareta o habitación del Cabo Enrique hoy recurrente, de quien habitaba o moraba en ella y de obtener su consentimiento para dicha entrada, lo que motivó que, cumpliendo las órdenes recibidas, la Soldado Carlos Francisco abriera la habitación que ocupaba dicho Cabo, posibilitando de tal manera la entrada no consentida en ella de determinadas personas y animales y el registro, igualmente no consentido, de la misma.

En el supuesto -del que, por ahora, no hay razones para dudar- de que la orden de realizar la inspección cinológica fuera jurídicamente correcta, parece, a tenor del Auto impugnado, que en su ejecución no se observaron las prescripciones legales, entre ellas la necesidad de consentimiento para entrar en la habitación del Cabo Enrique , por lo que en este caso la ejecución de la orden no resulta amparada por causa de justificación alguna. Este hecho, a saber, la entrada en la habitación o dormitorio "B" del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación "Polígono de Baterías" de la Academia de Artillería que ocupaba el Cabo Enrique , en ausencia y sin el consentimiento de quien en ella moraba, resulta, "prima facie", antijurídica y no podía estar amparada por orden alguna, orden que, de haber contenido un mandato en tal sentido no solo hubiera sido ilegítima sino delictiva.

En el Auto impugnado en ningún momento se justifica la vulneración del derecho fundamental -al que no se hace referencia alguna- a la inviolabilidad del domicilio que, al menos indiciariamente, comportó la entrada de determinadas personas -quienes realizaban la inspección cinológica en dicha habitación y algunas otras- en la morada -porque no otra cosa era la camareta o dormitorio "B" del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación "Polígono de Baterías" de la Academia de Artillería en que habitaba el Cabo Enrique - de un miembro del Ejército de Tierra, prescindiendo absolutamente para ello del consentimiento de este.

En definitiva, partiendo de la realidad de la inspección de que se trata y de la forma en que se llevó a cabo en lo que atañe, al menos, al ahora demandante, lo que ha de elucidarse es la licitud o no de la entrada, sin consentimiento de su titular, en el domicilio del Cabo Enrique .

Y, a tal efecto, parece ocioso recordar que la inviolabilidad del domicilio que consagra para todos -sin excluir a los militares- el artículo 18.2 de la Constitución , a cuyo tenor "el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito", venía reafirmada, al momento de ocurrencia de los hechos, y en relación a los miembros de los Ejércitos, por el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio , de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que estipula que el militar "también tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico".



En suma, aun en los supuestos de que el domicilio se hallare ubicado dentro de una Unidad militar, como era el caso de la habitación, camareta o dormitorio "B" del módulo 6 del alojamiento para MPTM,s en la Instalación "Polígono de Baterías" de la Academia de Artillería en que moraba el Cabo Enrique , la interdicción de entrada y registro en el mismo que arbitra nuestro Primer Cuerpo Legal resultaba, y resulta, de plena aplicación, por lo que incluso en tal supuesto en ausencia de consentimiento de su titular o de flagrante delito -extremos o circunstancias que no concurrían en el caso que nos ocupa- solo resultaría constitucionalmente legítima la entrada -y eventual registro- en el mismo con resolución judicial autorizante - STC 10/2002 -, lo que es obvio que no fue el caso. Lo contrario comportaría despojar a los miembros de las Fuerzas Armadas de un derecho fundamental del que, como el resto de los ciudadanos gozan de manera irrestricta, lo que resulta no solo injustificable jurídicamente sino que consagraría la más absoluta arbitrariedad en el trato a este grupo o clase de ciudadanos, que pasarían, de ese modo, a ser -permítasenos la coloquial expresión- "ciudadanos de segunda".

CUARTO.- En consecuencia, concluir, como se concluye en el Auto impugnado, que una conculcación del derecho esencial a la inviolabilidad del domicilio de un militar puede hallarse amparada por un error humano o una concatenación de errores de tal índole, por un malentendido o por cualquier otra causa no determinada, requiere, a nuestro juicio, dada la trascendencia del derecho fundamental que, indiciariamente, ha sido conculcado, la necesidad de un previo debate de los hechos en el juicio oral.

En efecto, a los solos efectos indiciarios que ahora importan, no puede compartirse la valoración de la prueba que en el Auto impugnado se realiza, ni, por ende, las afirmaciones que en él se contienen cuando se pretende justificar la decisión adoptada en la no apreciación de la concurrencia del elemento intencional preciso para integrar el ilícito penal, considerando que "no solo ha quedado acreditada la ausencia de cualquier conducta dolosa en el Comandante Geronimo y en el Brigada Inocencio , sino que lo único apreciado es que bien por error, bien por un mal entendido en las personas actuantes, o bien por cualquier otra causa no determinada, la puerta de la camareta del Cabo Enrique permaneció abierta durante el registro del dormitorio <> del módulo 6 de alojamientos de tropa del acuartelamiento situados en el Polígono de Baterías de la Academia de Artillería de Segovia, y, que como consecuencia de ese extremo los perros entraron en dicha camareta, sin que esa entrada de los canes tuviera consecuencias o efecto alguno, pues inmediatamente [que] se detectó la intrusión fueron sacados, cerrándose la puerta, concluyendo con ese cierre de puerta cualquier actuación en relación a la camareta del Cabo Enrique ", por lo que se concluye, respecto a esa apertura y registro de la camareta del hoy recurrente, que "no hay acción, no hay conducta humana voluntaria o maliciosa, siendo la conducta de los denunciados patentemente inintencional respecto del resultado que se les atribuye, absolutamente ajena al hecho objeto de denuncia".

Pues bien, a tenor de lo expuesto, en el caso de autos no es posible, a la vista del relato fáctico del Auto de sobreseimiento definitivo del Tribunal Militar Central de 13 de marzo de 2015 ahora impugnado, negar, y menos aún en la forma apodíctica o asertoria en que lo hace la Sala de instancia, la existencia -indiciaria, desde luego- de ese elemento subjetivo exigido por la norma para la configuración de cualquiera de los tipos penales de abuso de autoridad o extralimitación en el ejercicio del mando de los artículos 103 y 138 del Código Penal Militar o de allanamiento de morada de los artículos 204 y 534 del Código Penal , pues la concurrencia de ese elemento subjetivo solo puede afirmarse o negarse mediante un proceso deductivo basado en un conjunto de datos probados, proceso deductivo del que, en buena lógica, no parece que se pueda concluir, en este momento y a diferencia de lo que hace el Tribunal de instancia, la inexistencia, indiciaria desde luego, del aludido elemento intencional.

En el presente caso no puede concluirse, como hacen tanto el Auto de sobreseimiento definitivo objeto de impugnación como el lltmo. Sr. Letrado del Estado, que asiste al Comandante Don Geronimo y al Brigada Don Inocencio , ambos del Ejército de Tierra, que de los hechos no se desprendan indicios -repetimos, indicios tan solo- de que existiera en los aludidos denunciados propósito o intención alguna de allanar el domicilio del ahora recurrente, Cabo de dicho Ejército Enrique , o, que, al menos, actuaran con omisión u olvido del mínimo cuidado exigible cuando era de prever, razonablemente, que con la acción que se llevaría a cabo en los alojamientos de MPTM,s situados en el Polígono de Baterías de la Academia de Artillería de Segovia pudiera afectarse el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de quienes moraban en los mismos.

No puede, pues, afirmarse, de la forma tan concluyente en que se hace en el Auto de sobreseimiento definitivo objeto de impugnación, que no concurra el elemento subjetivo o intencional preciso para configurar cualquiera de los delitos cuya comisión se amenaza en los artículos 103 y 138 del Código Penal Militar o 204 y 534 del Código Penal y a conforme a los que se califican los hechos imputados a los procesados tanto en el escrito de denuncia como en el de oposición formulado por la representación procesal del Cabo Enrique . Por el contrario, del resultado probatorio recogido por el Auto del Tribunal Militar Central ahora impugnado no puede aseverarse que se excluya definitivamente, desde un punto de vista meramente provisional y a resultados de lo



que se sustancie en el juicio oral, dicho elemento intencional, cuya concurrencia no puede dejar de ser afirmada indiciariamente.

QUINTO.- Y tampoco se puede compartir, siguiendo cuanto tan atinadamente indica al efecto el Excmo. Sr. Fiscal Togado, la afirmación del Auto recurrido cuando niega que la "entrada de los canes tuviera consecuencia o efecto alguno pues inmediatamente [que] se detectó la intrusión fueron sacados, cerrándose la puerta, concluyendo con ese cierre de puerta cualquier actuación en relación a la camareta del Cabo Enrique ", pues la misma no solo choca frontalmente con el resultado de las últimas declaraciones prestadas por el Cabo Mayor Don Ricardo -folio 402- y por el Cabo Primero Don Serafin - folio 403-, que dejan del todo acreditado que no hubo una entrada de los perros, sino dos -la segunda cuando, practicada la primera entrada del perro, con marcaje, ya se ha preguntado por el ocupante de esa habitación y se sabe de su ausencia, con el fin confesado de confirmar el marcaje realizado en la primera-, lo que parece reconocer el propio Auto cuando se refiere -con redacción ciertamente poco clara- a la entrada "de los canes", en plural, lo que denota que hubo dos entradas, cada una protagonizada por uno de los perros que integraban cada equipo, sino con la propia resultancia fáctica del Auto recurrido.

En efecto, parece, además, desprenderse del Auto impugnado que en la habitación del Cabo Enrique solo entraron "los perros" -lo que parece dar a entender que, como indica el Ministerio Fiscal, no hubo uno sino dos registros-, siendo así que en la relación fáctica de dicha resolución se indica que el Comandante acompañó "a un equipo, concretamente al del Cabo Mayor" - Ricardo -, "mientras que el Brigada acompañaba al Cabo 1º" - Serafin -, resultando, según la confusa -es de suponer que no buscada de propósito- redacción que se da al apartado 4º) del Auto de sobreseimiento -omitiendo la frase "En este sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Primeros, el guía canino que en este caso era el Cabo Mayor Ricardo y el Cabo Damaso que acompañaba al guía como testigo", que consta en los Autos del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 11 de septiembre de 2014, de elevación a sumario de las diligencias previas y de procesamiento y 14 de enero de 2015, de remisión del procedimiento con propuesta de sobreseimiento definitivo y total, y del Tribunal Militar Central de 6 de noviembre de 2014, de estimación del recurso de apelación contra el antecitado Auto de 11 de septiembre de 2014, y sustituyéndola, en este Auto del Tribunal Militar Central de fecha 13 de marzo de 2015 ahora impugnado, por la frase "En ese sentido, no ha podido concretarse, pues los testigos no aportan muchos datos, las personas que se encontraban presentes en el momento preciso de la inspección dentro del módulo, excepción hecha claro está, de los citados Cabos Damaso que acompañaba al guía como testigo", a pesar de se dice que tales hechos son los que recoge el Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 14 de enero anterior, lo que, como hemos adelantado, cambia, sustancialmente, el sentido del relato fáctico y las eventuales consecuencias a extraer del mismo- que en la habitación del Cabo Enrique entró, al menos, el guía, Cabo Primero Serafin -quien "entró en la habitación para sacar al perro comentando, en ese momento, que dicha habitación, siguiendo el protocolo, había que precintarla"-.

Es decir, que, al contrario de lo que el Tribunal de instancia afirma, lo que parece indiciariamente acreditado es que hubo una consecuencia inmediata del registro practicado, que fue el conocimiento inmediato por los "otros compañeros" presentes en el módulo del marcaje del perro en la mesilla, la entrada del Cabo Primero Serafin en la habitación para sacar al perro y el comentario de dicho guía -ante los presentes- de que, siguiendo el protocolo, había que precintar dicha habitación.

SEXTO.- La forma en que se desarrollaron los hechos y la consecuencia de, al menos una entrada de personas y canes, en la habitación del hoy demandante, el marcaje efectuado en ella por un perro y el comentario de que debía ser precintada exigen su aclaración en el juicio oral, pues todo ello impide concluir la razonabilidad de la apreciación de la no concurrencia del elemento intencional preciso para la configuración de los tipos delictivos de abuso de autoridad o extralimitación en el ejercicio del mando de los artículos 103 y 138 del Código Penal Militar o de allanamiento de morada de los artículos 204 y 534 del Código Penal y de que "no hay acción, no hay conducta humana voluntaria o maliciosa, siendo la conducta de los denunciados patentemente inintencional respecto del resultado que se les atribuye, absolutamente ajena al hecho objeto de denuncia", puesto que todo lo acontecido presenta indicios -repetimos, indicios- de una intrusión no autorizada en un domicilio del que no puede concluirse en este estadio procedimental que nadie sea responsable ni que solo unos perros fueran los que penetraran en el mismo, y, menos aún, una patente ausencia de intencionalidad, cuando parece acreditada la omisión, al menos, de la exigencia legal, en cuanto impuesta por los artículos 18.2 de la Constitución y 10.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, de que no podía hacerse ninguna entrada o registro en la habitación ubicada dentro de la Academia de Artillería de Segovia donde moraba el hoy recurrente sin consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, lo que no era el caso.



De lo actuado se revela la existencia de indicios de una conducta humana voluntaria susceptible de ser presuntivamente calificada como delito, en la que resulta necesario saber qué participación cabe a los procesados, lo que tiene su lugar en el juicio oral.

En definitiva, no corresponde al Instructor, ni al Tribunal en este trámite, un pronunciamiento sobre el fondo, como el que se realiza al acordar el sobreseimiento definitivo, sino meramente acerca de si existen indicios bastantes de la comisión de un ilícito penal contra persona determinada que justifiquen la apertura del juicio oral, en que, con total inmediación, pueda el Tribunal competente pronunciarse, entonces sí, sobre la procedencia, o no, de reproche penal contra quienes resulten acusados.

Lo indicado comporta, dada la imposibilidad de afirmar la inexistencia de indicios de la comisión del hecho y de su valoración como delito en términos de probabilidad razonable, una evidente quiebra del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, razón por la cual no comparte esta Sala el criterio del Tribunal de instancia contrario a la normal terminación del proceso mediante la correspondiente Sentencia, previa celebración del juicio oral pertinente, en el que, tras el debate contradictorio del acervo probatorio, se habrán de obtener las conclusiones correspondientes. A este respecto, y dada la eventual afección que en este caso pudiera darse del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, conviene recordar, con nuestra antealudida Sentencia de 30 de abril de 2012, que "las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva serán distintas y más estrictas, 'reforzadas' (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3 y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no se refiera directamente a la preservación o a los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2 y 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), en juego (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (SSTC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5 y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión>>", como es el caso.

Por ello, sin prejuzgar en modo alguno la decisión que proceda adoptar tras un eventual enjuiciamiento, a partir de los hechos que el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 y el Tribunal de instancia consideran indiciariamente acreditados, no podemos compartir el criterio manifestado por el Tribunal Militar Central en su Auto de sobreseimiento definitivo según el cual los mismos carecen por completo de cualquier tipicidad penal que determine la exclusión de responsabilidad de dicha índole, sin necesidad de juzgar la conducta provisionalmente atribuida a los procesados con la consiguiente valoración de la prueba que, llegado el caso, habría de practicarse con todas las garantías del plenario, tras lo cual cobrarían colmado sentido los razonamientos exculpativos vertidos en el Auto recurrido.

SÉPTIMO.- A tenor de lo expuesto, en el caso de autos no es posible negar la existencia -indiciaria, desde luego- del resultado típico consistente en haber penetrado en el domicilio de un subordinado sin su consentimiento, por lo que, sin que sea visto prejuzgar, estimamos que la conclusión de la Sala de instancia acerca de la ausencia de ilicitud penal en la conducta del Comandante y Subteniente del Ejército de Tierra procesados, con criterio que, a la vista de lo actuado, cuestionan la acusación particular y el Excmo. Sr. Fiscal Togado, resulta prematura según el estado del Sumario, y que la queja de la acusación particular, a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, no deja de ser razonable, con lo que la determinación de eventual responsabilidad penal, que no puede descartarse en términos absolutos, requiere del enjuiciamiento que, razonablemente, pretende la parte recurrente.

En efecto, en nuestras Sentencias de 27 de octubre de 2004 y 30 de enero de 2012 se señala que "una de las características más sobresalientes del moderno Derecho Militar es su preocupación por la protección del inferior o subordinado en la relación jerárquica tipificando cuidadosamente los denominados <<delitos de abuso de autoridad>>. La materia que en las antiguas Leyes Penales Militares merecía escasa atención, constituye hoy una pieza fundamental del Derecho punitivo", concluyendo que el artículo 103 del Código Penal Militar "protege no sólo la disciplina, sino también los derechos personales del sujeto pasivo" -lo que resulta extrapolable, "mutatis mutandis", al artículo 138 del Código punitivo castrense-

Resulta, pues, preciso que en el juicio oral se determine contradictoriamente tanto si, a la vista de lo acontecido el 22 de abril de 2014, la conducta de los procesados hubiera, eventualmente, comportado la privación al hoy demandante de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, finalmente, la modalidad o modalidades típicas en que los hechos que se les imputan pudieran, en su caso, ser subsumidos.

Lo indicado comporta, dada la imposibilidad de afirmar la inexistencia de indicios de la comisión del hecho y de su valoración como delito en términos de probabilidad razonable, una evidente quiebra del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, en el Auto de fecha 13 de marzo de 2015 dictado por el Tribunal Militar Central y en el que se acuerda el sobreseimiento definitivo y total de la Causa núm. 1/02/14, instruida por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1, razón por la cual no comparte esta Sala el criterio del Tribunal



de instancia contrario a la normal terminación del proceso mediante la correspondiente Sentencia, previa continuación de la instrucción sumarial, hasta que se lleve a cabo el enjuiciamiento de los hechos con celebración del juicio oral pertinente, en el que, tras el debate contradictorio del acervo probatorio, se habrán de obtener las conclusiones correspondientes.

En conclusión de lo expuesto, la posibilidad de sostener, de modo no ilógico ni temerario, un juicio provisional de tipicidad conduce a entender que no procede el sobreseimiento definitivo acordado. Y así se evitará la situación de indefensión material de la parte demandante, en quiebra de los principios constitucionales que el artículo 24.1 de la Constitución consagra, que dicho Auto comporta.

Con estimación del motivo, y, por ende, del Recurso.

OCTAVO.- 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 estimar y estimamos el Recurso de Casación deducido por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación del Cabo del Ejército de Tierra Don Enrique , bajo la dirección letrada de Don Mariano Casado Sierra, frente al Auto de fecha 13 de marzo de 2015 dictado por el Tribunal Militar Central en la Causa núm. 1/02/14, instruida por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 por un presunto delito contra la eficacia del servicio del artículo 160.4º del Código Penal Militar , mediante el que, de conformidad con el artículo 246.2 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar , se acordó el sobreseimiento definitivo y total de la expresada Causa, por no ser los hechos que dieron lugar a la formación del Sumario constitutivos de delito, Auto que, en consecuencia, casamos y anulamos, a la vez que ordenamos al Tribunal Militar Central que disponga la devolución de las actuaciones al Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de los de Madrid para que continúe la instrucción de la Causa conforme a derecho, hasta que se lleve a cabo el enjuiciamiento de los hechos con celebración del juicio oral pertinente.

Se declaran de oficio las costas derivadas del presente Recurso.

Notifíquese esta resolución en legal forma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa y que deberá ponerse en conocimiento del Tribunal Militar Central, al que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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