



Roj: **STS 3963/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3963**

Id Cendoj: **28079150012019100138**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2019**

Nº de Recurso: **36/2019**

Nº de Resolución: **141/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL CALDERON CEREZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMT 108/2019,**
AATMT 76/2019,
STS 3963/2019

RECURSO CASACION PENAL núm.: 36/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Calderon Cerezo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 141/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderon Cerezo, presidente

D. Javier Juliani Hernan

D. Fernando Pignatelli Meca

D^a. Clara Martinez de Careaga y Garcia

D. Jose Alberto Fernandez Rodera

En Madrid, a 17 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el presente recurso de casación penal 101/36/2019, deducido por el Excmo. Sr. Fiscal Togado y por el Teniente del Ejército (en situación de reserva) D. Fulgencio , representado por la procuradora D^a. María Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de D. Sergio Marco Pérez; frente a la sentencia de fecha 21 de julio de 2019 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en sumario 14/07/16, seguido contra el Teniente acusado que resultó condenado por los siguientes delitos: a) Trato degradante, inhumano o humillante, en grado de consumación del art. 47 del Código Penal Militar (en lo sucesivo CPM), en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas; b) Acoso sexual, en grado de consumación, del art. 48 del CPM conforme a la continuidad delictiva del art. 77 (sic) del Código Penal (en lo sucesivo CP); y c) Abuso sexual, en grado de consumación, del art. 47 del CPM.

Con imposición a dicho condenado de la responsabilidad civil *ex delicto*y declarando la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Han sido partes, en concepto de acusación particular, la Soldado D^a Angelina , representada por el Procurador D. José Javier Freixa Iruela bajo la dirección letrada de D. Antonio Suárez-Valdés González.



Y la Abogacía del Estado en la representación que legalmente tiene atribuida, y en la ocasión en defensa del Estado declarado responsable civil subsidiario.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Calderon Cerezo.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"PRIMERO.- Probado y así se declara expresamente que, en fechas que no pueden determinarse, pero, en todo caso, en el periodo comprendido entre octubre de 2014 a marzo de 2016, el Subteniente (hoy, Teniente en la reserva) D. Fulgencio , aprovechando momentos en que estaban solos en el despacho de la Secretaría de la Jefatura de Estudios de la Escuela Militar de Paracaidismo "Méndez Parada" (Alcantarilla-Murcia), le dirigía a la soldado D^a. Angelina , destinada en aquella Secretaría, frases tales como "mira como me pones", "te gustaría comérmela", y protagonizó actos de un marcado carácter sexual (como tocarse el pene, o masturbarse) ante la citada soldado, a la cual, pese a oponerse, llegó a tocar en alguna ocasión tocó exteriormente en los genitales, y a la que, también, pese a su oposición, hizo reiteradas proposiciones de mantener relaciones sexuales, con veladas amenazas caso de que no acceder a ello (sic).

SEGUNDO.- Probado y expresa e igualmente se declara que el día 14 de enero de 2016, con ocasión de un trayecto, desde la Base de Alcantarilla al Hospital Militar de Cartagena, en un vehículo que conduce la soldado D^a. Angelina al habérselo ordenado, a petición hecha por el Subteniente Fulgencio , este suboficial, que ocupa el asiento de copiloto, se masturba en presencia de ella, y en el trayecto de vuelta, le propone ir a una vivienda en Los Alcázares para mantener relaciones sexuales, a lo cual la soldado D^a. Angelina , no le contesta, acelerando el vehículo que conduce para rápidamente volver a la base.

TERCERO.- Probados y expresa y de la mismara se declara (sic) que, ante la comentada situación y la falta de respuesta por parte del mando soldado (sic) D^a. Angelina , aprovechando una ocasión en que se encuentran solos en la oficina ella y el Subteniente Fulgencio , hace una foto a éste cuando ante ella, se masturbaba, y esa fotografía se la muestra al Comandante D. Mariano , quien, ante ello, decide finalmente el activar el oportuno protocolo frente al acoso.

CUARTO.- Probado y así también y expresamente se declara que las referidas situaciones dieron lugar a que, en un primer momento, tenga que darse a la soldado D^a. Angelina una baja médica por un "estrés post-traumático", el cual, con el tiempo, se "cronifica", siendo necesario un tratamiento psiquiátrico, psicológico y farmacológico. D^a. Angelina está 72 días de baja médica hasta su restablecimiento".

SEGUNDO.- Expresada sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Debemos condenar y condenamos al Subteniente (hoy Teniente en situación de reserva) D. Fulgencio , como autor, responsable penal, un (sic) delito de (sic) degradante, inhumano o humillante, en grado de consumación, del artículo 47, inciso primero, del Código Penal Militar, en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y conforme a la continuidad delictual del art. 77 (sic) del Código Penal que se aprecia, a la pena de tres años y un día de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo y de suspensión de cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; como autor, responsable penal, de un delito de acoso sexual, en grado de consumación, previsto y penado en el artículo 48 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, conforme a la continuidad delictual del artículo 77 (sic) del Código Penal que se aprecia, a la pena de dos años de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo y de suspensión de cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autor responsable penalmente, de un delito de abuso sexual, en grado de consumación, previsto y penado en el artículo 47 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo y de suspensión de cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se condena al Subteniente (hoy Teniente en situación de reserva) D. Fulgencio a indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a D^a. Angelina , por 720 días de baja médica, a razón de 52,96 euros-día, en la cantidad de 38.131,20 euros; por las secuelas, estrés post-traumático estabilizado, indemnizarle en la cantidad de 18.623,46 euros; y por perjuicio personal básico - perjuicio moral-, ocasionado por las secuelas, indemnizarle en la cantidad de 50.000 euros, lo que hace un total indemnizatorio de 106.754,66 €.



Se declara, en caso de impago por parte del condenado de la cantidad que se fija en concepto de responsabilidad civil, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Las cantidades, en concepto de responsabilidad civil, devengarán el interés que fija el artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, desde la fecha de la sentencia."

TERCERO.- Notificada que fue la sentencia a las partes, mediante escrito de 27 de junio de 2019, a solicitud de la Fiscalía Jurídico Militar, el Tribunal de instancia dictó auto de aclaración de dicha sentencia en un doble sentido: a) Sobre los términos en que tanto la acusación pública como la particular, fijaron sus conclusiones definitivas, y b) Sobre el ámbito penológico abstracto del que partió el Tribunal para la individualización de las penas impuestas, con reproducción del contenido de los arts. 47 y 48 del CPM.

CUARTO.- Con fecha 1 de julio de 2019 la acusación particular también interesó aclaración de sentencia, dictando el Tribunal Territorial nuevo Auto, de la misma fecha que la petición, rectificando la condena a penas accesorias por el delito del art. 47 en los siguientes términos: "con las accesorias de pérdida de empleo, suspensión de cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena".

Asimismo se subsanó el título de la condena por el delito del citado art. 47 en el sentido siguiente: "delito de trato degradante, inhumano o humillante".

QUINTO.- La Fiscalía del Tribunal Territorial solicitó nueva aclaración de sentencia, según su escrito de fecha 5 de julio de 2019, sobre la omisión sentencial de pronunciamiento alguno relativo a las penas accesorias interesadas por el Ministerio Fiscal, a imponer en caso de la condena por delitos de acoso sexual (art. 48) y abusos sexuales (art. 47).

En Auto de fecha 12 de julio de 2019 se denegó expresada solicitud en base al siguiente razonamiento: "visto que los delitos por los que ha sido condenado el supradicho suboficial no establecen como imperativas las accesorias cuya inclusión solicita el Ministerio Fiscal atendiendo a que la imposición (de) dichas accesorias se prevén, para el caso que nos ocupa, por el Código Penal de manera potestativa, es decir, a criterio del Tribunal, no puede prosperar que dicha cuestión se subsane, en caso de advertirse error en el fallo, por la vía de la corrección de errores aritméticos o materiales ya que ello supondría una variación del fallo, concretamente en la individualización y determinación de la pena, por cuestión distinta a la exigencia legal, es decir a que el Tribunal no haya atendido a la pena accesoria prevista como imperativa en los tipos penales apreciados".

SEXTO.- La representación procesal del acusado, con fecha 4 de julio de 2019, presentó escrito anunciando su intención de interponer recurso de casación contra la sentencia reiteradamente aclarada.

La Fiscalía Togada hizo lo propio mediante escrito fecha el 31 de julio de 2019.

Ambos recursos se tuvieron por preparados por auto del Tribunal sentenciador de fecha 9 de septiembre de 2019.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, la procuradora D^a. María Granizo Palomeque en la representación causídica y mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2019, formalizó el recurso anunciando basado en los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); por la vía que autorizan los arts. 852 de la LECRIM y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.- De nuevo aduciendo vulneración de los mismos derechos fundamentales.

Tercero.- Asimismo por vulneración de los mismos derechos fundamentales.

Cuarto.- Por infracción de ley penal sustantiva (art. 849.1 LECRIM) por infracción del principio *in dubio pro reo* .

Quinto.- Por quebrantamiento de forma (art. 850.1º LECRIM), denunciando infracción del derecho a la prueba pertinente (art. 284 Ley Procesal Militar, en relación con art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sic) y art. 24.2 CE).

Sexto.- De nuevo por quebrantamiento de forma (art. 850.1º LECRIM) con infracción del derecho a la prueba.

Séptimo.- Por la misma vía de quebrantamiento de forma (art. 850.1º LECRIM).

Octavo.- De nuevo por quebrantamiento de forma (art. 850.1º LECRIM).

Noveno.- También por quebrantamiento de forma (art. 850.1º LECRIM).



OCTAVO.- El Excmo. Sr. Fiscal Togado, en su escrito de fecha 3 de octubre de 2019, formalizó el recurso previamente anunciado que basó en los dos siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECRIM y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con lo dispuesto en el art. 120.3 CE sobre exigencia de motivación de las sentencias.

Segundo.- Por infracción de ley penal sustantiva (art. 849.1 LECRIM), denunciando indebida inaplicación del art. 47 del CPM en relación con el art. 192.1 del CP.

NOVENO.- La representación procesal de la soldado D^a. Angelina que en la instancia sostuvo la acusación particular, presentó escrito de fecha 11 de octubre de 2019 impugnando el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

DÉCIMO.- La Abogacía del Estado, en su escrito de fecha 14 de octubre de 2019, solicitó de la Sala que se dictara la sentencia que procediera en derecho.

UNDÉCIMO.- Mediante proveído de fecha 5 de noviembre de 2019 se señaló el día 3 de diciembre de 2019 para la vista del recurso, acto al que asistieron e informaron todas las partes; celebrándose seguidamente la deliberación y votación del recurso con el resultado que se recoge en la parte dispositiva de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Comenzando por el recurso interpuesto por la Fiscalía Togada, lo primero que debemos decir es que el Ministerio Fiscal ostenta legitimación para interponer el presente recurso por vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE, y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en congruencia con su condición de parte en el proceso penal para evitar situaciones de posible indefensión, y asimismo por su propia posición institucional "en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 124.1 CE y 3.1 de su Estatuto).

En defensa de su legitimación se aporta jurisprudencia constitucional (STC 86/1985, de 10 de julio) y de la Sala 2^a de este Tribunal Supremo (STS de 8 de noviembre de 2016, y las que en ella se citan), a la que por nuestra parte añadimos en el mismo sentido la doctrina recogida en las SSTC 64/1988, de 12 de abril y 94/1989, de 5 de junio y SSTC Sala 2^a, 7 de abril de 1994; 14 de abril de 1994; 20 de noviembre de 1995; 23 de enero de 1996; 22 de enero de 1998; 11 de marzo de 1998; 8 de marzo de 2000; 6 de febrero de 2001; 27 de noviembre de 2008; 26 de septiembre de 2012, y más recientemente 237/2015, de 23 de abril. Por su parte el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la misma Sala 2^a de fecha 27 de febrero de 1998 ya declaró que "el Ministerio Fiscal puede recurrir en casación, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos constitucionales que le corresponden como parte en el proceso."

Por lo demás, es lo cierto que ninguna de las partes que intervienen en este recurso cuestiona la legitimación que asiste al Ministerio Público, en su condición de recurrente denunciando la vulneración de expresados derechos fundamentales.

2.- En su cuidado escrito de interposición comienza recordando los términos en que sostuvo la pretensión condenatoria. Así, en cuanto al delito de trato degradante, inhumano o humillante previsto en el art. 47 del CPM, solicitó la condena por delito de lesiones psíquicas del art. 147.1 del CP, en régimen de concurso ideal; y si bien en el fallo sentencial se dice condenar por dicho delito en régimen de concurso ideal, no se extraen las debidas consecuencias penológicas lo que fue objeto de aclaración en el auto de fecha 1 de julio de 2019, en el sentido de que tales lesiones psíquicas "se vinculan, propiamente, a las consecuencias psíquicas que van inexorablemente unidas a la propia agresión sexual" (RJ Sexto).

Sin que el Ministerio Fiscal insista en aquella pretensión concursal, ni sobre la petición de condena en régimen de continuidad delictiva hecha por el letrado de la acusación particular "al principio de su intervención final", continuidad de la que tampoco se extrae la debida consecuencia al tiempo de imponer la pena legal en los términos del art. 74.1 CP y ello, en base a una interpretación que hace el Tribunal de instancia de lo dispuesto en el art. 19.2 CPM (RJ Sexto), que esta Sala rechazó en su reciente sentencia 34/2019, de 14 de marzo, recaída en recurso de casación frente a sentencia del mismo Tribunal Territorial.

3.- En lo que concierne a la acusación por el delito de acoso sexual tipificado en el art. 48 CPM, solicitó como penas accesorias la prohibición de aproximarse el acusado a menos de 500 metros de la ofendida, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma, así como de comunicar con ella por cualquier medio por un periodo de cuatro años; y ello por remisión a lo previsto en los arts. 57.1 y 48.1 y 3 CP.



Sin que el Tribunal sentenciador llegara a efectuar cualquier consideración sobre la procedencia, o no, de imponer tales penas establecidas como facultativas. Carácter potestativo y no imperativo que determinó al Tribunal *a quo* a abstenerse de aclarar este extremo de la parte dispositiva de la sentencia, por entender que esta solicitud afectaba a la individualización de la pena y a la invariabilidad del fallo, excediendo las posibilidades de una mera aclaración (auto de 12 de julio de 2019 FD Único).

4.- Otro tanto sucedió con la acusación por el delito de abusos sexuales, tipificado en el art. 47 CPM, habiéndose omitido en la sentencia cualquier razonamiento sobre la imposición, o no, de las dichas penas accesorias. Con igual denegación de la solicitud de aclaración sobre este extremo sentencial (mismo auto citado de fecha 12 de julio de 2019).

5.- La queja del Excmo. Sr. Fiscal Togado resulta atendible en los propios términos en que se formula, como vulneración del derecho esencial a obtener la tutela judicial efectiva que a todos promete el art. 24.1 CE, por ausencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales según art. 120.3 CE.

La acusación formuló una concreta pretensión de condena referida a las mencionadas penas de imposición facultativa previstas en los arts. 57.1 y 48.1 y 3 CP, sin que en la sentencia se contenga cualquier pronunciamiento al respecto, ni siquiera implícito que condujera a estimar la improcedencia de su apreciación. Con ello se incurrió en incongruencia omisiva que denuncia la Fiscalía Togada, la cual pudo ser subsanada en los términos previstos en los arts. 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 161, párrafo quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos que autorizan la complementación de sentencias y autos más allá de las meras aclaraciones previstas en el art. 96 de la Ley Procesal Militar, precisamente para evitar los recursos fundados en incongruencia omisiva.

Se estima el motivo.

SEGUNDO.- 1.- La misma suerte estimatoria debe correr el segundo de los motivos de la Fiscalía Togada, ahora basado en infracción de ley penal sustantiva (art. 849.1 LECRIM); denunciando la indebida inaplicación de lo dispuesto en el art. 192.1 del CP en relación con el art. 47 CPM, por no haberse impuesto al acusado la medida preventiva de libertad vigilada.

Reconoce la Fiscalía recurrente no haber solicitado la aplicación de tal medida en sus conclusiones definitivas, ni con posterioridad al interesar aclaración de sentencia, pero considera preceptiva la imposición para dar cumplimiento al principio de legalidad de las penas imponibles al delito apreciado.

2.- Asiste la razón a la Fiscalía recurrente también en esta queja, como reconocieron en el acto de la vista tanto la acusación particular como el letrado de la defensa.

Según acuerdo de la Sala General (Sala 2ª del Tribunal Supremo) de 27 de noviembre de 2007 sobre el límite del principio acusatorio: "el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena". Doctrina que se aplica, entre otras, en STS 380/2013, de 26 de abril.

La estimación íntegra del recurso del Ministerio Fiscal, con sus consecuencias de anulación de la sentencia y devolución al Tribunal de instancia, hace innecesario el examen del recurso interpuesto por la defensa del acusado.

TERCERO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la LO 4/1987 de 15 de julio.

FALLO

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

1.- Estimar el presente recurso de casación 101/36/2019, interpuesto por la Fiscalía Togada frente a la sentencia de fecha 21 de junio de 2019, dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en sumario 14/07/16.

2.- Anular expresada sentencia por vulneración de derechos fundamentales e infracción de ley penal sustantiva, en los términos expuestos en la fundamentación jurídica.

3.- Devolver la sentencia al Tribunal que la dictó a fin de que, con la misma composición (art. 256 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), dicte otra en la que se contengan los pronunciamientos omitidos en la que ahora se anula, sobre imposición al acusado de las penas accesorias de carácter facultativo, solicitadas por



le Ministerio Fiscal para los delitos de acoso sexual y abusos sexuales. Así como sobre la imposición de la medida preceptiva de libertad vigilada en relación con el art. 47 del Código Penal Militar.

4.- Declarar ser de oficio las costas del presente recurso,

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

Así se acuerda y firma.

Angel Calderon Cerezo

Javier Juliani Hernan Fernando Pignatelli Meca

Clara Martinez de Careaga y Garcia Jose Alberto Fernandez Roderá

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ