



Roj: STS 2726/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2726
Id Cendoj: 28079150012016100074
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Militar
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3/2016
Nº de Resolución: 73/2016
Procedimiento: CASACIÓN PENAL
Ponente: BENITO GALVEZ ACOSTA
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION PENAL núm.: 3/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

Sentencia núm. 73/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderón Cerezo, presidente

D. Francisco Menchén Herreros

D. Benito Gálvez Acosta

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

En Madrid, a 15 de junio de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación penal núm. 101/3/2016, interpuesto por don Bernardo , representado por el procurador de los tribunales don José Javier Freixa Iruela y defendido por el letrado don Antonio Suárez-Valdés González e interpuesto por doña Asunción , representada por el procurador de los tribunales don Domingo José Collado Molinero y defendida por el letrado don Mariano Casado Sierra, contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2015 dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, que condenó al primero, como autor de un delito consumado de abuso de autoridad, en la modalidad de trato degradante, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar , con la concurrencia de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21 apartado 1, en relación con el artículo 20.1 ambos del Código Penal Común. Han sido parte recurrida el Ilmo. Sr. Abogado del Estado y el Excmo. Sr. Fiscal Togado. Se han reunido los Excmos. Sres. Magistrados y Magistrada de Sala mencionados para la celebración de vista pública.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida, contiene la relación de Hechos Probados que se consignan en el fundamento primero de la presente resolución.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la expresada Sentencia, de fecha 15 de octubre de 2015 , dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, es del siguiente tenor literal:

«Que debemos condenar y condenamos al procesado, teniente de navío don Bernardo , como autor de un delito consumado de abuso de autoridad, en la modalidad de trato degradante, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar , con la concurrencia de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21 apartado 1º en relación con el artículo 20 apartado 1, ambos del Código Penal , a la pena de dos años y

siete meses y quince días de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por razón de estos hechos en cualquier concepto.

Que debemos condenar y condenamos al citado teniente de navío don Bernardo a abonar a la marinero doña Asunción, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en la presente sentencia.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, respecto de la cantidad objeto de condena».

TERCERO .- Notificada que fue la Sentencia a las partes, el letrado don Mariano Casado Sierra en defensa de doña Asunción y el letrado don Antonio Suárez-Valdés González en defensa de don Bernardo, presentaron escritos anunciando recurso de casación, teniéndose por preparado, por el Tribunal Sentenciador, mediante Auto de fecha 23 de noviembre de 2015.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, el procurador don José Javier Freixa Iruela en representación de don Bernardo, y el procurador don Domingo José Collado Molinero, en representación de doña Asunción, interpusieron los recursos anunciados que fundamentaron en los motivos que se enuncian, y desarrollan en los fundamentos de la presente resolución.

QUINTO.- Dado traslado de los recursos interpuestos al Abogado del Estado, presentó escrito en el que se daba por instruido de los mismos; y al Ministerio Fiscal, presentó escrito en el que interesaba la desestimación de los mismos, así como la confirmación, en todos sus extremos, de la resolución recurrida.

SEXTO.- Admitido y declarado concluso el presente rollo, se acordó señalar para la celebración de vista, deliberación, votación y fallo del mismo el día ocho de junio de dos mil dieciséis; acto que se celebró con la asistencia del Letrado don Antonio Suárez-Valdés González, en defensa de don Bernardo, quien informó sobre su recurso y por el letrado don Mariano Casado Sierra en defensa de doña Asunción, quien también informó sobre su recurso, por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado y por el Excmo. Sr. Fiscal Togado se ratificaron en sus respectivos escritos e informaron al respecto; habiéndose pronunciado todos, en los términos que constan sobre la Ley Penal más favorable. dándose por concluido el acto y quedando el recurso visto para sentencia.

Habiendo redactado el Magistrado ponente la presente Sentencia con fecha 13 de junio siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2015, el Tribunal Militar Territorial Segundo, dictó sentencia condenando al procesado, teniente de navío don Bernardo, como autor de un delito consumado de abuso de autoridad, en la modalidad de "trato degradante", previsto y penado en el art. 106 del CPM, con la concurrencia de la circunstancia atenuante prevista en el art. 21 apartado 1 en relación con el art. 20 apartado 1, ambos del Código Penal, a la pena de dos años siete meses y quince días de prisión, con las accesorias correspondientes. Debiendo indemnizar, en concepto de responsabilidad civil a la marinero doña Asunción, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en las mismas.

Como hechos probados la sentencia declara los siguientes:

«Primero.- Resulta probado y así se declara

I.- Que la noche del 31 de diciembre de 2013, en el Destacamento de la Isla de Alborán, en el comedor del Faro se celebró una cena especial con motivo de la celebración del fin de año, para todo el personal de la Armada allí destacado; durante dicha cena se sirvió vino y cerveza, en cantidad moderada. El Comandante del Destacamento, en dicha fecha, era el teniente de navío don Bernardo. Tras la misma, y después de brindar con cava y sidra, sobre las 02:00 horas de la madrugada, dicho Oficial se trasladó, junto con el cabo 1º don Carlos Antonio, cabo don Juan Pedro, cabo don Agapito, soldado don Avelino, soldado don Ceferino, marinero doña Modesta, marinero doña Rosa y marinero doña Asunción, al módulo de habitabilidad para continuar la celebración, escuchando música, bailando y bebiendo, pues en dicha dependencia había, al menos, una botella de wisky, una de ron y otra de ginebra; permaneciendo en la misma hasta aproximadamente las 04:30 horas de la madrugada.

A continuación, sobre la hora anteriormente señalada, todo el personal que se encontraba en el módulo, a excepción del cabo 1º Carlos Antonio y el cabo Juan Pedro que se marcharon a descansar, decidieron dar un paseo encaminándose hacia el cementerio, donde se sentaron para hablar formando un círculo, sentándose

el oficial Bernardo junto a la marinero Asunción . En un momento determinado el oficial tocó la cintura de la marinero y le dijo, que "lo que pasaba en Alborán se quedaba en Alborán".

Transcurridos unos 15 ó 20 minutos, parte del personal allí reunido decidió volver nuevamente al módulo de habitabilidad, pues hacía frío. Los primeros en marcharse del lugar fueron el cabo Agapito , el soldado Cepillo y la marinero Rosa , siguiéndoles a continuación el teniente de navío Bernardo y la marinero Asunción , y quedándose un rato más en el cementerio el soldado Ceferino y la marinero Modesta .

II.- Durante el trayecto de vuelta, que discurría por un camino estrecho y de escasa visibilidad, el teniente de navío Bernardo y la marinero Asunción , quedaron un poco rezagados respecto al resto, momento que aprovechó el oficial para, colocándose detrás de la marinero, agarrarle con una de sus manos por las muñecas llevándoselas a la espalda de la misma e inmovilizarla, al tiempo que con la otra mano libre le tapaba la boca, evitando así, que pudiera ésta avisar a sus compañeros que iban delante. Acto seguido el oficial tiró de la cabeza a la marinero hasta apoyarla en su hombro, diciéndole que no gritara que no pasaba nada y besuqueándola en el cuello y la cara.

La marinero Asunción logró zafarse un instante y pudo gritar el nombre de " Rosa ", pero inmediatamente el oficial Bernardo , le volvió a agarrar por el brazo izquierdo, tirando de ella hacia atrás, haciendo que cayese al suelo boca arriba, momento que éste aprovechó para colocarse a horcajadas encima de la marinero y darle un beso en la cara, inmovilizándole los brazos que tenía extendidos a lo largo del cuerpo, con sus rodillas. Al mismo tiempo, le tapaba la boca con la mano derecha para que no gritase y le decía "pórtate bien que tú eres una niña muy buena, esta noche te voy a hacer una reina, te voy a chupar entera y te voy a hacer un traje de saliva, esta noche te vas a meter en mi cama conmigo que te voy a hacer cosas que nunca te han hecho". El teniente de navío Bernardo , que besaba a la marinero Asunción por toda la cara, le agarró la mano izquierda para colocársela sobre su pantalón, obligándole de este modo a tocarle sus genitales. El oficial tocaba a la marinero por todo el cuerpo, metió su mano a través de la cinturilla de chándal, llegándole a tocar por debajo de la ropa interior a la altura del vientre y la zona del pecho, por debajo de la sudadera y por encima del sujetador.

La marinero Asunción , que estuvo forcejeando todo el tiempo con el teniente de navío Bernardo , en un momento dado pudo coger impulso y soltarse las manos, empujando al oficial y logrando separarse de él, para acto seguido levantarse del suelo y salir corriendo en dirección al módulo de habitabilidad, donde se encontraban sus compañeros, siendo perseguida por el citado oficial.

III.- Cuando llegó al módulo, la marinero Asunción que estaba en estado de gran agitación y nerviosismo, se encontró en la puerta con la marinero Rosa junto con el cabo Agapito y el soldado Avelino , y agarrando por el brazo a la marinero Rosa le dijo: " Rosa , Rosa , corre, vamos para el Faro", saliendo ambas corriendo hacia el citado lugar. Una vez en el Faro, las marineros se encerraron en el baño femenino, echando las llaves para impedir que entrase el teniente de navío, quien las había seguido. El oficial al ver que no podía entrar en el baño femenino, comenzó a golpear violentamente la puerta a la vez que gritaba: " Asunción , Asunción , ábreme que tengo que hablar contigo, por favor no cuentes lo que ha pasado a nadie que tengo dos hijos inocentes que no tienen la culpa de nada". Las marineros le decían al oficial que se marchara, que las dejase en paz, no obstante, éste golpeaba cada vez más fuerte la puerta, aumentando su estado de nerviosismo e insistiendo en que abrieran, a la vez que le pedía a la marinero Asunción que lo perdonara, que saliese para hablar con él, que lo olvidara todo; todo ello de manera insistente.

Las marineros Asunción y Rosa muy asustadas ante tal situación, pidieron ayuda por la ventana del baño al Cabo Agapito y al soldado Avelino , quienes subieron corriendo a la dependencia al oír los gritos. Las marineros abrieron entonces la puerta del baño, momento que aprovechó el teniente de navío Bernardo para entrar en el aseo, cogiendo a la marinero Asunción por las muñecas y arrodillándose ante ella, mientras le suplicaba "perdóname, no digas nada, que tengo problemas con mi mujer, y mis hijos no tienen culpa". Ante tal insistencia, el cabo Agapito separó al oficial de la marinero, y junto con el soldado Avelino , condujeron al oficial a su dormitorio, mientras éste insistentemente les pedía que hablaran con Asunción que pensaran en sus hijos, que se arrepentía mucho de lo que había pasado y que por favor "rebajaran la cosa".

IV.- Las marineros Asunción y Rosa , saliendo del baño se dirigían a su dormitorio cuando escucharon abrirse la puerta del cuarto del cabo 1º Carlos Antonio , quien se asomaba al escuchar voces; éstas entraron en el dormitorio del cabo 1º y le contaron brevemente lo sucedido, entrando entonces también el cabo Agapito y el soldado Avelino . Al instante entró el teniente de navío Bernardo , quien llorando y poniéndose de rodillas volvió a pedir perdón a la marinero, suplicándole que "lo perdonara, que no contara nada de lo sucedido

a nadie, que lo hiciera por su familia y sus hijos que no tenían culpa de nada", contestándole la marinero Asunción , que la dejara en paz.

El cabo Agapito y el soldado Avelino , volvieron a insistirle al oficial para que se marchara, acompañándole de nuevo a su dormitorio; una vez lo dejaron en el mismo, éstos se dirigieron a sus habitaciones. poco tiempo después, el teniente de navío Bernardo , volvió a salir de su dormitorio e irrumpió en el cuarto femenino, en donde apareció descalzo y vistiendo el pantalón del pijama. El oficial cogió a la marinero Asunción por la muñeca, empujándola hacia un armario y suplicándole que hablara con él, mientras ella le gritaba que se fuera y que la dejase en paz. Al escuchar los gritos, el cabo Agapito entró en el dormitorio femenino y con la ayuda del soldado Avelino , volvieron a acompañar al oficial a su dormitorio. El cabo Agapito , viendo la situación creada por el oficial Jefe del Destacamento y dado que las marineros estaban muy asustadas, para protegerlas, cogió su colchón y colocándolo en el suelo, delante de la puerta del dormitorio femenino, se dispuso a pasar allí la noche, intentando evitar que el oficial nuevamente intentase volver a entrar y violentar a las marineros.

V.- A la mañana siguiente, al salir del dormitorio las marineros junto con el cabo Agapito , se encontraron frente a la puerta al teniente de navío Bernardo , volviendo éste a insistirle a la marinero Asunción que lo perdonara, "que no contara nada de lo sucedido, que estaba muy arrepentido, que pensara en sus hijos que no tenían culpa de nada, y que si contaba algo de lo sucedido, lo hundiría personal y profesionalmente".

Sobre las 09:00 horas de esa misma mañana, el teniente de navío Bernardo se dirige al sargento 1º Jose Pablo , diciéndole que tiene que hablar con él de una cosa muy importante, que había hecho algo mal, incorrecto que podía perjudicarle su vida personal y profesional y que ya se había disculpado con la marinero.

A lo largo de esa mañana, el día 1 de enero de 2014, el teniente de navío Bernardo fue hablando personalmente con diverso personal del Destacamento, pidiéndoles perdón por lo que había sucedido, diciéndoles que estaba muy arrepentido y que convencieran a la marinero Asunción de que no contase nada. El sargento 1º Jose Pablo viendo como el oficial Jefe del Destacamento iba pidiendo perdón ante gran parte del personal allí destacado, y ante la situación de alteración general que ello provocaba, le sugirió al teniente de navío Bernardo , que convocase una reunión general para evitar que fuese pidiendo disculpas uno a uno y así no generar más alteración en el personal. Y así, tras el almuerzo, el oficial convocó una reunión con todo el personal destacado en la Isla, y sin explicar detalladamente lo sucedido, manifestó expresamente: "hoy el oficial no ha sido oficial", que le perdonasen porque no se había comportado como un oficial de la Armada, y que por ello pedía perdón a todos. Tras ello, la marinero Asunción se levantó y le contestó que "a él no iba a perdonarle, que no le dirigiera la palabra, pero que pensando en sus hijos no iba a dar parte de lo sucedido".

El sargento 1º Jose Pablo ante tal situación y viendo el estado de alteración y nerviosismo del oficial Jefe del Destacamento, decidió quitarle a éste su armamento, y así y para evitar que éste reaccionase malamente, le pidió su arma con la excusa de tener que limpiarla, petición a la que accedió el citado oficial.

VI.- Con el transcurso de los días, la marinero Asunción empezó a sentirse mal anímicamente, agobiada por lo sucedido y cada vez más abatida, sobre todo porque el oficial llegó a ofrecerle dinero si no contaba nada de lo sucedido. Por ello, el día 3 de enero, la marinero habló con el sargento 1º, para comunicarle su situación y pedirle que la evacuase de la Isla. Ante dicha petición, el sargento 1º Jose Pablo contactó con el Jefe Inspector del Destacamento que se encontraba en su destino en la Península, para poner en su conocimiento los hechos ocurridos y la necesidad de evacuar a la marinero Asunción lo antes posible, activándose el dispositivo necesario para ello.

En la mañana del día 4 de enero de 2014, sobre las 11:40 horas, fueron evacuados en un helicóptero de la Armada, trasladado al efecto, tanto la marinero Asunción como el teniente de navío Bernardo , tras ser éste relevado de su puesto siendo ambos conducidos hasta la Base Naval de Rota (Cádiz).

VII.- Con fecha 8 de junio de 2015 (sic), se emite informe médico pericial, por la Unidad de Reconocimientos médicos de la Clínica Militar de San Fernando (Cádiz), en el que se diagnostica que el teniente de navío don Bernardo , padece "descompensación trastorno mixto de la personalidad (pasivo-agresividad, obsesividad, paranoidismo) con presencia de descontrol impulsivo y repercusión en ámbito socioprofesional"; dicho informe fue avalado por la Junta Médico Pericial Ordinaria nº 31, en su Acta nº NUM000 , de 10 de septiembre de 2015 (sic).

VIII.- Con fecha 10 de julio de 2014, se emite informe médico forense, por el doctor don Miguel , Médico Forense del Servicio de Clínica del Instituto de Medicina Legal de Cádiz, en el que consta que habiendo reconocido a doña Asunción , el tiempo total de su recuperación lesional puede establecerse en 190 días

impeditivos para realizar sus actividades habituales. Asimismo y como secuelas le consta "limitación de la flexión y extensión del hombro izquierdo en sus últimos grados. Trastorno por estrés postraumático".

Con fecha 2 de diciembre de 2014, se emite acta nº NUM001 , de la Junta medico pericial de la Clínica Militar de #San Fernando (Cádiz), en la que se diagnostica a doña Asunción , "Trastorno de estrés postraumático".

Segundo.- No ha resultado probado que la marinero doña Asunción , estuviera embarazada en el momento de los hechos declarados probados».

Como elementos de convicción, citada sentencia refiere los siguientes:

- Declaraciones testificales: Teniente de Navío Bernardo ; marinero doña Asunción ; Capitán de corbeta Pedro Miguel ; sargento 1º; Comandante de infantería de marina Artemio ; Cabo Agapito ; Soldado Avelino ; Marinero Rosa ; Soldado Ceferino ; Soldado Ramón ; Marinero Modesta ; Cabo 1º Carlos Antonio ; Cabo Juan Pedro .

- Periciales de: Dr. Juan María que ratificó sus informes obrantes a los folios 21, 22 y 23; Dr. Alfonso , quien ratifica su informe obrante al folio 76; Dr. Donato , quien ratifica su informe obrante a los folios 79-80; Dr. Miguel , quien ratifica su informe obrante al folio 845; Dra. Martina , folios 75, 77, 78 y 83.

- Igualmente, alude a diversa prueba documental, así como a la prueba aportada por la defensa en el acto de la vista: Informe del Dr. Nazario quien ratificó en la vista su informe pericial, (octubre 2015); Acta e informe de la Junta Médico pericial del Ministerio de Defensa (folio 865); Sentencia nº 30 del Tribunal Militar Territorial núm. 1 de fecha 18 de febrero de 2010; Auto del Tribunal Militar Territorial Nº 1 de 27 de abril de 2010; Sentencia núm. 53/15 de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4-3-15 ; Sentencia del Juzgado de Instrucción Nº 2 del Puerto de Santa María de 22-10-14 ; 2 fotografías de la Isla de Alborán; Declaración del Dr. Nazario .

Dicha sentencia, en sus distintos fundamentos aborda y resuelve:

En el primero, la planteada vulneración del principio de presunción de inocencia. A tal fin analiza, considera y valora el testimonio de la víctima, corroborado por otros testimonios que cita. Concluyendo con la atribución de prueba de cargo suficiente que dicho testimonio presenta, al reunir todos y cada uno de los parámetros exigidos para ello por la jurisprudencia.

En el segundo razona, y fundamenta, que los hechos probados son constitutivos del delito consumado del delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato a un inferior de manera degradante art. 106 CPM .

En el tercero, atendidas precedentes consideraciones, concluye afirmando que el procesado teniente de navío don Bernardo es autor del delito de abuso de autoridad, en la modalidad de trato degradante penado y previsto en el art. 106 del CPM de 1985 , de conformidad con los artículos 27 y 28 párrafo primero del CP Común, en relación con el artículo quinto del CPM de 1985 .

En el cuarto analiza la pretendida aplicación, por la defensa, de aquellas circunstancias eximentes y atenuantes que postula: Eximente de trastorno mental transitorio y de embriaguez. Subsidiariamente las atenuantes muy cualificadas de trastorno mental transitorio y de embriaguez.

Concluye, razonadamente, con la apreciación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, prevista en el art. 21.1 en relación con el 20.1 del CP Común. No así la eximente completa del art. 20.1, ni la eximente de embriaguez, ni las atenuantes muy cualificadas de trastorno mental transitorio y embriaguez.

En el quinto analiza, de conformidad con los arts. 109 , 110 y 116.1 del CP Común la correspondiente responsabilidad civil.

En el sexto establece la responsabilidad civil subsidiaria de conformidad con el art. 120.3 del CP Común.

En el séptimo resuelve sobre la individualización de la pena a tenor de los arts. 35 y 37 del CPM .

SEGUNDO .- Contra citada sentencia, por la representación procesal del condenado don Bernardo , se ha interpuesto recurso de casación sustentado en los motivos que a continuación se relacionan; debiendo anotar la explícita renuncia, del recurrente, a los anunciados motivos segundo y quinto:

Primero.- Al amparo del artículo 852, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española , por infracción de las normas del Ordenamiento Constitucional, y más concretamente del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Infracción de Ley, al entender la parte que la sentencia recurrida incurre en inaplicación del artículo 20.1 del Código Penal , en relación con la eximente completa de trastorno mental.

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Infracción de Ley, al entender que la sentencia recurrida incurre en inaplicación del artículo 20.2 del Código Penal , en relación con la eximente completa de hallarse el condenado en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas.

Sexto.- Al amparo de lo estipulado en el número 1, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley, al entender infringido el art. 35 CPM .

Séptimo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Infracción de Ley, al considerar que procede la aplicación, al caso, del artículo 19 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre del Nuevo Código Penal Militar, en relación con el artículo 21.1 y 66.2 del Código Penal Ordinario, y en adecuada aplicación del artículo 37 del Código Penal Militar , en relación con el artículo 25.2 CE y la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre del Nuevo Código Penal Militar.

TERCERO .- Por la representación procesal de D^a Asunción , se ha interpuesto recurso de casación sustentado en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el artículo 849, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 21.1 y 20.1, ambos del Código Penal Común.

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el artículo 849, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 35 y 37, ambos del Código Penal Militar .

CUARTO .- El Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en el correspondiente trámite, se dio por instruido de los recursos formulados.

QUINTO .- Por la representación de doña Asunción se formuló oposición al recurso del condenado don Bernardo .

SEXTO .- Igualmente por la representación procesal de don Bernardo se formuló escrito de impugnación al recurso presentado por doña Asunción .

SÉPTIMO .- Por el Ministerio Fiscal, en su correspondiente trámite, se ha formulado igualmente escrito de oposición a los recursos interpuestos por Don Bernardo y doña Asunción . Habiéndose pronunciado, también, sobre la aplicación de la Ley más favorable en atención a la Disposición Transitoria Tercera del nuevo Código Penal Militar de 14 de octubre de 2015.

OCTAVO .- Versando, en primer lugar, sobre el recurso formulado por el condenado teniente de navío don Bernardo , abordando el primero de sus motivos, en reiteración de la pretendida vulneración del principio de presunción de inocencia, hemos de anticipar su desestimación.

En tal sentido, con la sentencia, entre otras, de 27 de octubre de 2014 , una vez más, hemos de recordar la doctrina jurisprudencial que analiza el núcleo de la infracción de dicho derecho fundamental, tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo. Doctrina que describe los requisitos que han de concurrir para que se entienda producida su vulneración, y que pueden concretarse en lo siguiente: a) La concurrencia de un vacío probatorio de prueba de cargo, es decir, su inexistencia o la existencia de prueba obtenida ilícitamente. Al respecto basta que exista un mínimo de actividad probatoria, de tal carácter, para que tal vulneración no se produzca. b) La presunción de inocencia no puede referirse a la culpabilidad, sino sólo en el sentido de no autoría o no participación en el hecho. c) Su invocación conlleva el acreditamiento de la no existencia de prueba de cargo; pero no que a través de la misma se pretenda imponer una valoración jurídica de los hechos distinta a la que ha efectuado el Tribunal "a quo". d) No debe confundirse la existencia, o no, de prueba de cargo con la posible discrepancia de la valoración que pueda hacer el Tribunal de instancia; materia en la que el Tribunal es soberano a la hora de decidir, y en la que no puede inmiscuirse el justiciable al amparo de la presunción de inocencia.

En su relación, la Sala viene diciendo que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocado por el recurrente, obliga a basar toda condena penal en auténtica prueba de cargo, válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente valorada, de forma que sea apta para desvirtuar la inicial presunción de no culpabilidad que asiste a toda persona acusada. También que la conculcación de dicho

derecho esencial, sólo se produce ante la total ausencia de prueba; y no puede entenderse conculcado tal derecho cuando existe un mínimo acervo probatorio válido.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional, viene afirmando desde su Sentencia de 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De este modo, como afirma la STC 189/1998, de 28 de septiembre, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas; es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración; o finalmente por ilógico, o por insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

Ante una pretensión semejante, esta Sala viene afirmando que la vulneración de la presunción de inocencia opera en los casos en que la condena se produce en una situación de vacío probatorio, por inexistencia de verdadera prueba de cargo, porque ésta se obtuviera ilegalmente, se practicara irregularmente o hubiera sido objeto de valoración no racional, ilógica o absurda; alcanzando el Tribunal de los hechos conclusiones extrañas a la lógica o a las reglas de la experiencia y de la sana crítica. Pero, con la misma insistencia, también se afirma reservar para el órgano del enjuiciamiento la facultad exclusiva, bajo el correspondiente control casacional, de apreciar aquella prueba; sin que resulte viable pretender la revaloración de su resultado en este trance casacional, sustituyendo el convencimiento objetivo e imparcial del Tribunal por el lógicamente parcial e interesado de la parte. Finalmente, esta Sala también ha dicho que la valoración del testimonio depende, sobre todo, de la insustituible intermediación con que cuenta el Tribunal sentenciador; razón por la cual su replanteamiento en sede casacional excede del ámbito propio de este recurso extraordinario.

Proyectando precedentes consideraciones sobre el supuesto de autos, es de observar que en la Sentencia recurrida el Tribunal expresa los fundamentos de su convicción acerca de como se produjeron los hechos probados, conforme a motivación basada en razonamientos ajustados a aquellos parámetros de lógica, congruencia y verosimilitud, acorde a las exigencias del artículo 120.3º CE., que excluyen cualquier duda de arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 9.3º CE).

Efectivamente, la resultancia fáctica deviene conclusión lógica a partir de la razonada explicitación de los elementos probatorios que enuncia y analiza detalladamente. Elementos que evidencian la actuación del acusado, plasmada descriptivamente en la aludida resultancia fáctica.

En tal pauta, el Tribunal de instancia analiza el testimonio de la marinero Asunción, víctima de la conducta del teniente de navío Bernardo, exponiendo las razones que, a partir de la concurrencia de los elementos de credibilidad exigibles, llevan a otorgarle crédito absoluto. Testimonio, por demás, que es corroborado periféricamente con otras declaraciones, pruebas periciales y documentales que concreta y desarrolla detallada e ilustradamente en sus elementos de convicción.

No es de apreciar, por ende, la pretendida vulneración del principio de presunción de inocencia y, en su razón, el motivo debe ser desestimado.

NOVENO .- Igual suerte, desestimatoria, ha de merecer el tercero de los motivos de recurso tendente a postular la concurrencia de la eximente completa de trastorno mental transitorio del art. 20.1 del Código Penal Común. Y ello, por cuanto que no existe en los hechos probados base suficiente para considerar que concurriera dicha eximente completa de trastorno mental transitorio, atendidos: a) Los dos informes de Sanidad Militar, de los que no puede deducirse que, en el momento de los hechos, tuviera el procesado, completamente anuladas, por un trastorno mental transitorio, sus capacidades intelectivas y volitivas. b) El informe pericial del Dr. Nazario, que solo "reconoce que el acusado tenía alterada gravemente, que no anuladas, sus capacidades para atender y obrar de forma consciente y voluntaria". c) Asimismo, la Sentencia absolutoria dictada, en conformidad, por el Tribunal Militar Territorial Primero en 18 de febrero de 2010, ya que ésta se refiere a la intoxicación etílica, que padeció en aquellos hechos ocurridos el 19 de octubre de 2005 en la fragata Santa María. Hechos en los que si se apreció la concurrencia de la eximente completa de embriaguez plena, art. 20.2 CP, y cuya circunstancia en nada se corresponde con los ahora hechos enjuiciados.

DÉCIMO .- Debe igualmente rechazarse el cuarto motivo, relativo a la pretendida aplicación de la eximente completa de embriaguez, art. 20.2 CP Común. Ciertamente no es posible diferenciar, como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal -con tratamiento culpabilístico y penológico propio para cada uno de ellas- el trastorno mental transitorio de la embriaguez, ya que fue ésta la que, en el presente

caso, determinó aquél. Efectivamente, la base patológica del acusado, y los efectos que en la misma produce el consumo de alcohol, están sobradamente explicados en las conclusiones del informe psiquiátrico pericial, ya aludido, aportado por la propia defensa del acusado.

UNDÉCIMO .- Tampoco ha de merecer favorable acogida el sexto de los motivos de recurso. La sentencia de instancia acierta tanto en el juicio de proporcionalidad, como en el de individualización de la pena; valorando los datos concurrentes, sin infracción alguna de los arts. 35 y 37 del CPM de 1985, como bien se ha pronunciado esta Sala al respecto, en sentencias de 23 de abril de 1998 y 11 de mayo de 2005. Sentencias indicativas de que "el art. 37 del CPM no obliga al Tribunal sentenciador a imponer la pena inferior en grado en el caso de que se aprecien circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino todo lo más le faculta; razón por la cual, según constante Doctrina de esta Sala (STS Sala V de 1 de Julio de 1.991), el uso que de ella se haga hay que entenderlo sustraído a la censura casacional".

De otro lado, no es de apreciar déficit de motivación en la recurrida sentencia respecto a la cuestionada individualización de la pena impuesta. Debiendo al respecto anotar, con la sentencia de 1 de diciembre de 2014 : "que en el marco de la casación la cuestión de la cuantía de la pena solo puede ser planteada cuando se haya recurrido a fines, de la pena inadmisibles; se haya tomado en consideración factores de la individualización incorrectos, o se haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria o desproporcionada. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de ley".

Ello establecido, en el presente caso, como se aludió, por demás el Tribunal, para determinar la pena a imponer, explicita haber tenido en cuenta datos concurrentes en los hechos con relevancia valorativa del mayor o menor grado de reprochabilidad que merece la conducta enjuiciada, cual sean: a) lugar en que se desarrolló la acción delictiva; b) condición de Jefe de Destacamento que ostentaba el acusado; c) notable diferencia de graduación militar existente entre agresor y víctima; d) gravedad de la conducta; e) trascendencia de los hechos; f) grave afectación de la disciplina y del servicio; g) perjuicio económico que derivó para la Hacienda Militar; h) conocimiento previo que el acusado tenía de los efectos que le podía producir el consumo de alcohol.

DUODÉCIMO .- Finalmente, el séptimo motivo tendente a la aplicación al caso del art. 19 del nuevo CPM, LO 14/2015, de 14 de octubre, en relación con el art. 21.1 y 66.2 (sic) del CP ordinario y en inadecuada aplicación del art. 37 del CPM en relación con el art. 25.1 de la CE y la disposición transitoria primera del nuevo CPM, debe ser inadmitido, de conformidad con el art. 885.1 de la LECrm. -carencia manifiesta de fundamento-, toda vez que el objeto del recurso es la sentencia impugnada, que fue dictada el 15-10-15, cuando el nuevo Código Penal no se encontraba aún en vigor. Por lo que no puede considerarse, como un vicio o defecto de la misma, la inaplicación de una norma que cuando se dictó no se encontraba vigente.

DECIMOTERCERO .- Recurso de la marinero doña Asunción .

El primer motivo de recurso ha de ser desestimado, atendidos los intangibles hechos probados de la sentencia recurrida, y aún los datos fácticos que se deslizan en los fundamentos de derecho de la misma. En concreto, el párrafo primero del apartado 1 de los hechos probados y fundamento de derecho cuarto, en los que se evidencia que la sentencia consideró que el acusado sí había consumido alcohol la noche de autos, y que fue ese consumo, unido a la base patológica que padece, el que desencadenó la situación de trastorno mental transitorio incompleto apreciado.

Igual suerte desestimatoria merece el segundo de los motivos, dado que la sentencia, en sus inalterados hechos probados, consideró probada la ingesta de alcohol por el acusado; y que ese hecho, unido a la base patológica que padece, fueron los desencadenantes de la situación de trastorno mental transitorio incompleto apreciado. No habiendo incurrido el Tribunal, por tanto, en infracción del art. 35 del CPM de 1985 .

De otro lado, la alegada infracción del art. 37 carece de fundamento, toda vez que la posibilidad prevista en el mismo -rebaja de la pena en un grado-, fue expresa y motivadamente descartada por el Tribunal sentenciador. Habiendo argumentado razonadamente la proporcionalidad e individualización de la pena impuesta, como precedentemente se anotó.

DECIMOCUARTO .- Habiendo sido enjuiciados los hechos, lógicamente, con arreglo al CPM vigente al tiempo de su comisión; esto es según el texto legal de 1985, la posterior publicación del CPM, aprobado por LO 14/2015, de 14 de octubre, en vigor al tiempo de decidirse el presente recurso de casación, requiere que

la Sala se pronuncie sobre la Ley Penal, entre ambas, que resulte ahora más favorable. Y ello en los términos previstos en las disposiciones transitorias primera y tercera, párrafo segundo, del vigente CPM .

Habiéndose pronunciado las partes sobre este extremo, en los términos que constan, la Sala coincide con el criterio amplio e ilustrado del Excmo. Sr. Fiscal Togado, en el sentido de considerar, como norma más favorable, el CPM vigente al tiempo del enjuiciamiento en la instancia. Ciertamente el Ministerio Fiscal ha efectuado un detenido y meritorio estudio de la normativa a tener en cuenta en cada uno de dichos textos legales; y, en particular, sobre los cambios que se introducen en el art. 47 del nuevo CPM respecto del art. 106 del anterior. Preceptos ambos reguladores del delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, en los casos en que la conducta enjuiciada también atente a la libertad o indemnidad sexuales, apreciable en términos concursales.

La problemática doctrinal y práctica que pueda derivarse de la nueva regulación de dicho delito, tan meritoriamente tratada por el Ministerio Fiscal, excede del alcance del presente recurso, que se ha de contraer a decidir sobre la Ley penal más favorable al recurrente. Y en este sentido, la Sala no alberga duda en cuanto a la conclusión de ser el Código de 1985, el más favorable. Y ello tras efectuar la comparación de ambos textos legales, en su totalidad, como establece la disposición transitoria primera, párrafo segundo del CPM de 2015; pues sucede que, en primer lugar, la pena ahora prevista es de mayor gravedad en su grado mínimo; en segundo lugar, deben valorarse, también, los resultados que se deriven del comportamiento abusivo; y, en tercer lugar, que se prevé como novedad la posible imposición de la pena accesoria de pérdida de empleo.

Todas estas previsiones, contenidas en el art. 47 del nuevo CPM conducen, sin necesidad de adicionales consideraciones, a estimar que sería más gravosa, para el condenado recurrente la aplicación, al caso, del nuevo Código Penal Militar de 2015.

DECIMOQUINTO .- Atendidas precedentes consideraciones, desestimados los recursos interpuestos por la representación procesal del acusado teniente de navío don Bernardo y por la representación procesal de doña Asunción , que sostiene la acusación particular. No siendo más favorable al condenado el nuevo Código Penal Militar de 14 de octubre de 2015, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

DECIMOSEXTO .- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 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.- Desestimar el recurso de casación 101-3/2016, interpuesto por don Bernardo , representado por el procurador don José Javier Feixa Iruela y defendido por el letrado don Antonio Suárez-Valdés González, así como el formulado por doña Asunción representada por el procurador don Domingo José Collado Molinero y defendida por el letrado don Mariano Casado Sierra, frente a la sentencia de fecha 15 de octubre de 2015 , dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, en la causa nº 23/02/14.

2.- Confirmar la resolución recurrida por ser conforme a derecho.

3.- Declarar de oficio las costas de este procedimiento.

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

Así se acuerda y firma.

Angel Calderón Cerezo

Francisco Menchén Herreros

Benito Gálvez Acosta

Clara Martínez de Careaga y García

Francisco Javier de Mendoza Fernández