Roj: **STS 598/2024 - ECLI:ES:TS:2024:598**

Id Cendoj: **28079150012024100003**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **07/02/2024**
Nº de Recurso: **43/2023**
Nº de Resolución: **4/2024**
Procedimiento: **Recurso de casación penal**
Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 4/2024

Fecha de sentencia: 07/02/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION PENAL

Número del procedimiento: 43/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

Procedencia: TRIB.TER R.CUARTO LA CORUÑA SEC.1

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

Transcrito por: COT

Nota:

RECURSO CASACION PENAL núm.: 43/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 4/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D.ª Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Fernando Marín Castán

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 7 de febrero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 101/43/23, interpuesto por el sargento D. Matías , representado por la procuradora doña María Sandra Orero Bermejo y defendido por la letrada doña Ana María Jarillo Fernández, contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 2023, dictada por Tribunal Militar Territorial Primero en el sumario número 11/01/2019, que le condenó como autor responsable de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de "realizar sobre un subordinado actos de agresión sexual en concurso ideal heterogéneo con un delito de agresión sexual", previsto y penado en el artículo 178.1 del Código Penal. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, y la Procuradora Dª. María Ibáñez Gómez, en nombre y representación de Dª. Justa .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Militar Territorial Primero, dictó Sentencia con fecha 23 de febrero de 2023, en la que, como hechos probados, se declaran los siguientes:

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

En el momento de los hechos la Marinero Dª Justa y el Sargento 1º D. Matías estaban destinados ambos en la Ayudantía Mayor del Cuartel General de la Armada, siendo el Sargento 1º jefe directo de la Marinero.

La Marinero Justa es homosexual y su orientación sexual era conocida por sus compañeros, incluido el Sargento 1ª Matías .

El día 21 de noviembre de 2018 se celebra en las proximidades del Cuartel General de la Armada una comida de despedida a la que asiste personal destinado en dicha unidad, entre los que se encontraban el Subteniente D. Sergio , la Marinero Dª Justa , el Sargento 1º D. Matías y el Marinero D. Tomás . Durante esa comida y en momentos posteriores la Marinero Justa y el Sargento 1º Matías , así como otros asistentes, consumen alcohol.

En el tiempo que permanecieron juntos no hubo ningún tipo de coqueteo o de insinuación de tipo sexual ni por parte del Sargento 1º Matías hacia la Marinero Justa , ni por parte de la Marinero hacia el Sargento 1º.

En una hora no determinada, el Subteniente Sergio , a la vista de que habían consumido alcohol y residían a las afueras de Madrid, autoriza al Sargento 1ª Matías , y a los marineros Justa y Tomás a que esa noche pernocten dentro del Cuartel General de la Armada, en concreto, a los Marineros en las habitaciones que están situadas en el "Torreón", y al Sargento 1º Matías , en la Cámara de Suboficiales, de la que el antedicho disponía de las llaves de entrada.

El Subteniente Sergio , tras permanecer con la Marinero Justa , el Marinero Tomás y el Sargento 1º Matías en un bar cercano al citado Cuartel General, sobre las 24,00 horas se marcha, y los tres anteriores se desplazan a una discoteca en la zona de la Puerta del sol.

En la discoteca permanecen hasta cerca de las 4,30 horas de la madrugada, y al salir se desplazan andando hacia el Cuartel General de la Armada, encontrándose la Marinero Justa en un evidente estado de embriaguez.

Una vez en el interior del mencionado Cuartel General, el Marinero Tomás y la Marinero Justa se dirigen al despacho del Subteniente Sergio , donde cogen las llaves del alojamiento situado en el "Torreón".

Tras salir del despacho, los Marineros, junto con el Sargento 1º, suben en un ascensor hasta una terraza en la que se encuentra la Cámara de Suboficiales a la derecha y el "Torreón" a la izquierda. Cuando llegan a la terraza, el Sargento 1º Matías se despide de ellos y se encamina hacia la Cámara de Suboficiales, mientras que los dos Marineros se desplazan hacia el "Torreón". Ambos Marineros entran al mismo y suben por las escaleras, ya que los dormitorios se encuentran en la tercera planta, yendo primero la Marinero Justa y detrás de ella el Marinero Tomás , sin que ninguno de ellos vea subir al Sargento 1º Matías por las escaleras.

La Marinero Justa , lleva las llaves de la puerta de entrada a los alojamientos, pero no logra abrir la puerta por su estado de embriaguez, y le da las llaves al Marinero Tomás , que es quien abre la puerta. Entran en la estancia en la que hay una sala y dos dormitorios. El Marinero Tomás ocupa la primera habitación que está a la izquierda de la puerta de entrada y la marinero Justa , la segunda habitación, que está al fondo a la derecha de la Sala. Las habitaciones estaban abiertas ya que solo había llave para abrir la puerta de entrada y en cada una de ellas hay una cama de unos 90 por 190 centímetros, con una manta.

La Marinero Justa , entra sola en la habitación. Se tumba vestida en la cama y se tapa con una manta. En un momento no determinado, el Sargento 1º Matías entra en la habitación donde está la Marinero, quien se encuentra durmiendo, tumbada de lado y de espaldas a la puerta. El Sargento 1º se mete en la cama y se sitúa

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

detrás de ella, y la destapa. El Sargento 1º Matías con su mano acaricia a la Marinero, desde la cintura hasta la rodilla pasando por la cadera y la pierna y la Marinero le dice "quita, déjame dormir".

En Momento posterior el Sargento 1º Matías despoja de los pantalones y la ropa interior a la Marinero Justa , quedando ésta desnuda de cintura para abajo.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARAN, como tales que:

Sobre las 7,30 horas la Marinero Justa se despierta sobresaltada, ya que suena su despertador, y se da cuenta de que esta desnuda de cintura para abajo y que en la cama está durmiendo el Sargento 1º Matías . Este se despierta y le pregunta "¿dónde vas?" y ella le contesta "a trabajar", él se destapa y dice "mira Justa ", advirtiendo la Marinero que el Sargento 1º Matías también está desnudo de cintura para abajo. Ella se pone los pantalones y se dirige hacia su lugar de trabajo, pero se da cuenta que no tiene la llave de la taquilla y vuelve a la habitación y allí coge la llave y su ropa interior, que estaba en la mesilla de noche, y la mete en un bolsillo.

Cuando baja se encuentra con el Cabo 1º D. Imanol y llorando le cuenta que no sabe lo que ha pasado, que cree que se ha liado con el Sargento 1º Matías , que estaba desnudo y que se tiene que tomar la píldora del día después. El citado Cabo 1º, tras intentar saber qué es lo que ha pasado, se ofrece a acompañarla a la comisaría o al hospital, a lo que la Marinero manifiesta que no va a ir ya que no recuerda lo que ha pasado. El Cabo 1º Imanol acompaña a la Marinero a una farmacia a comprar la píldora del día después, y como estaba cerrada, vuelven sobre las 8,30, abonando el Cabo 1º la misma.

El Sargento 1º Matías llama al Cabo 1º Imanol para que le suba al "Torreón", una botella de agua, y el Cabo 1º sube acompañado del Sargento D. José . El Cabo 1º Imanol pregunta al Sargento 1º Matías qué había pasado allí y él le responde que no se acordaba de nada.

Por la tarde de ese día, la Marinero Justa manda un wasap al Sargento 1º Matías para preguntarle lo que ha pasado. Ante la falta de respuesta de este, ya que el wasap se lo ha mandado al móvil corporativo, le llama por teléfono. La Marinero Justa le pregunta sobre lo que ha pasado esa noche y él contesta "cosas que pasan cuando uno bebe", y le dice que si se queda más tranquila que se tome la píldora del día después.

El Sargento José cuenta al Subteniente Sergio que el Sargento 1º Matías estaba durmiendo en el "Torreón", y el Subteniente llama el lunes siguiente al Sargento 1º para preguntarle que hacía durmiendo en dicho lugar.

La Marinero, no quiere contar lo sucedido, y los días posteriores está triste, pero sigue en su puesto de trabajo. Sin embargo, al cabo de una semana, no quiere permanecer a las órdenes del Sargento 1º y solicita que se le comisione al Museo Naval. Cuando le comunican que no le van a dar esa comisión, llorando en la cafetería del Cuartel General de la Armada le cuenta lo sucedido al Subteniente Sergio , quien se lo cuenta al Segundo Ayudante, este al Ayudante Mayor del Cuartel General de la Armada y este al Almirante Jefe de Servicios Generales y Asistencia Técnica. Se activa el protocolo contra el acoso el día 30 de noviembre de 2018 y el Ayudante Mayor del cuartel General de la Armada da parte ese día de los hechos.

La Marinero Justa es comisionada desde el mes de enero de 2019 al Buque Escuela "J.S. Elcano" y el Sargento 1º al Parque de Automóviles de Madrid desde diciembre de 2018.

TERCERO.- HECHOS PROBADOS Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARAN, como tales que:

A la Marinero Justa se ha diagnosticado trastorno adaptativo con predominio de sintomatología ansiosa".

SEGUNDO.- La expresada Sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

" **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado, EL SARGENTO 1º DE LA ARMADA D. Matías como autor de un delito de abuso de autoridad, previsto y penado en el artículo 47 del Código Penal Militar, en su modalidad de realizar sobre un subordinado actos de agresión sexual en concurso ideal heterogéneo con un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 178.1 del Código Penal, a la pena de **DOS AÑOS Y NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN,** con las accesorias de suspensión militar de empleo, de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con los efectos previstos en los artículos 16, 17 y 18 del Código Penal Militar, para el cumplimiento de la cual le sera de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad -como arrestado, detenido o preso preventivo- por estos mismos hechos, los días en que haya efectuado presentaciones y los días de retirada de pasaporte.

Se impone al SARGENTO 1º DE LA ARMADA D. Matías la pena de prohibición de aproximarse a la MARINERO Dª. Justa , en cualquier lugar donde ésta se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a menos de 200 metros, durante cuatro años, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En concepto de responsabilidad civil por el daño moral causado, deberá el condenado indemnizar a la Marinero Dª Justa , con la suma de DOCE MIL EUROS (12.000,00 €), cantidad que devengará el interés señalado en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de firmeza de esta sentencia. Se aplicará al abono de esta indemnización la fianza dineraria consignada por el ahora condenado en la misma cuantía".

TERCERO.- Por la representación procesal del sargento D. Matías , se presentó escrito en el que anunciaba su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia. Dicho recurso se tuvo por preparado mediante auto de fecha 13 de septiembre de 2023 del Tribunal sentenciador, que ordenó al propio tiempo la entrega de testimonios y certificaciones que la ley prevé, así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala en el plazo de quince días para hacer uso de su derecho.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023 se tuvo por personado al Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, y por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2023 se tuvo por personada y parte a la Procuradora Dª. María Ibáñez Gómez, en nombre y representación de Dª. Justa , en concepto de parte recurrida.

QUINTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2023 tuvo entrada, telemáticamente, en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito de la procuradora doña María Sandra Orero Bermejo, en la representación indicada, interponiendo el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero: Por infracción de ley.

A) Infracción de ley en la aplicación del artículo 47 del Código Penal Militar.

B) Infracción de ley en la aplicación del artículo 21.1ª en relación con el 20. 2ª del Código Penal.

C) Infracción de ley en la aplicación del artículo 77.2 del Código Penal.

D) Infracción de ley en la aplicación del artículo 178.1 del Código Penal, en relación con los artículo 20.2ª, 21.1ª y 66.1.1ª también del Código Penal.

Solicitando asímismo, por medio de otrosí digo, la celebración de vista.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de noviembre de 2023, se dio traslado del escrito de interposición del recurso de casación, a la representación de la parte recurrida, por plazo de diez días, a fin de poder impugnar la admisión del recurso o la adhesión al mismo, verificándolo mediante escrito presentado el siguiente día 24 de noviembre, solicitando la inadmisión del recurso interpuesto o, en su caso, la desestimación íntegra del mismo, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 24 de noviembre 2023 se tuvo por instruida a la parte recurrida y se acordó dar traslado del escrito de interposición del recurso al Ministerio Fiscal por mismo plazo de diez días, presentando el mismo escrito en fecha 15 de diciembre de 2023, interesando su estimación parcial por las razones que expresa, sin necesidad de celebración de vista.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 18 de diciembre de 2023, se acordó dar traslado de los escritos presentados a la parte recurrente, por plazo de tres días para alegaciones, lo que verificó mediante escrito presentado el siguiente día 22 de diciembre.

NOVENO.- Mediante providencia de fecha 10 de enero de 2024, no considerando la sala necesaria la celebración de vista solicitada por la parte, se acordó señalar el día 6 de febrero siguiente, a las 10:30 horas, para la deliberación, votación y fallo del presente recurso.

DÉCIMO.- Por escrito de la procuradora Sra. Orero Bermejo, presentado el día 15 de enero de 2024, se interpuso contra dicha providencia recurso de súplica.

UNDÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 16 de enero de 2024, se acordó dar traslado de dicho escrito por plazo de tres días para alegaciones a la partes, verificándolo mediante escritos presentados los días 18 y 22 de enero de 2024.

Habiendo redactado el Excmo. Sr. Magistrado ponente la presente Sentencia con fecha del siguiente día de su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de 23 de febrero de 2023 en la que se condenó al sargento 1º de la Armada D. Matías , como autor responsable de un delito de abuso de autoridad previsto y penado en el artículo 47 del Código Penal Militar, en su modalidad de realizar sobre un subordinado actos de agresión sexual, en concurso ideal heterogéneo con un delito de agresión sexual,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

previsto y penado en el artículo 178.1 del Código Penal, a la pena de DOS AÑOS Y NUEVE MESES Y UN DIA DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión militar de empleo, de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con los efectos previstos en los artículos 16, 17 y 18 del Código Penal Militar, con los abonos correspondientes e imponiéndose también la pena de prohibición de aproximarse a la ofendida durante cuatro años, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de Código Penal común.

En concepto de responsabilidad civil se le condena a abonar doce mil euros a la víctima.

Los motivos del recurso se centran, en síntesis, en infracción de ley (por infracción del artículo 47 del Código Penal Militar, por infracción de los artículos 21.1ª y 20.2ª del Código Penal común, por infracción del artículo 77.2 del Código Penal común y por infracción del artículo 178.1 del mismo texto legal, en relación con sus artículos 20.2ª, 21.1ª y 66.1.1ª, en infracción del precepto constitucional (principio acusatorio) y, finalmente, en infracción del principio de presunción de inocencia.

La Sala, según pauta y sistemática habituales, y en consonancia con lo que al respecto sostiene la acusación pública, abordará en primer lugar la pretendida vulneración de la tutela judicial efectiva, en segundo término la del principio acusatorio, en tercer lugar la relativa a la presunción de inocencia y, en cuarto y último lugar, la atinente a varios preceptos penales sustantivos.

SEGUNDO.-Al socaire de esa sistemática, el primer motivo a abordar es el relativo a la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículos 24.1 de la ley de leyes y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cierto es que el recurrente liga esa pretendida conculcación a cuestiones atinentes al principio acusatorio y al de igualdad de armas, que hubiesen, a su criterio, generado indefensión, extremos que serán objeto de consideración en ordinal posterior, pero, en cualquier caso, no está de más recordar lo que, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, hemos expuesto hasta la saciedad (por todas, sentencia 26/2022, de 22 de marzo, recaída en el procedimiento 59/2021):

"En relación con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 144/2021, de 12 de julio, se establece expresamente, que: "Este tribunal, de modo reiterado, ha declarado que "el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2, y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas", que "También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6), (por todas, las SSTC 8/2021, de 25 de enero, FJ 3, y 12/2021, de 25 de enero, FJ 3, como las más recientes)", que: "También ha declarado este tribunal que "para valorar si la decisión judicial recurrida vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conviene recordar en primer término que, según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales", que "Pero también hemos declarado en multitud de ocasiones que una resolución judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. En estos casos, ciertamente excepcionales, este tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, y 133/2013, de 5 de junio, FJ 5, entre otras muchas)" (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3)" y que "En definitiva, habrá que determinar en el caso de autos si la sentencia impugnada incurre en su argumentación en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que, como acabamos de destacar, resulte patente para cualquier observador la carencia de toda motivación o razonamiento".

"Y, en este sentido, por esta Sala, tal y como se señala en la sentencia de 15 de diciembre de 2020, se viene sosteniendo reiterada y constantemente (por todas, sentencias de 6 de noviembre de 2018 y de 1 de octubre de 2019), siguiendo la doctrina constitucional, entre otras sentencia de 7 de abril, de 2014, que el derecho

invocado a la tutela a obtener de Jueces y Tribunales, comprende el recibir de éstos una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho, sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, con la exigencia de que las resoluciones judiciales deben contener las razones y elementos de juicio que exterioricen y permitan conocer los criterios jurídicos de la decisión, de tal suerte que la motivación empleada deba ser consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento jurídico y no fruto de error patente, de la arbitrariedad o del mero voluntarismo judicial, en cuyo caso se estaría sólo ante una mera apariencia (SSTC 308/2006, de 23 de octubre; 134/2008, de 27 de octubre; 178/2014, de 3 de noviembre; 33/2015, de 2 de marzo; 16/2016, de 1 de febrero; y de la propia Sala de lo Militar de 11 de julio de 2018, recurso 70/2018). Por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada, fundada en derecho".

Pues bien, a la vista de la detallada, razonada y bien trabada Sentencia del Tribunal Militar Territorial n.º 1 que revisamos, resulta claro que el justiciable obtuvo una cumplida y congruente respuesta por parte del órgano judicial sentenciador.

Este primer motivo merece fracasar.

TERCERO.- El segundo motivo que abordamos se corresponde con el tercero de la impugnación, referente en la infracción de la norma fundamental, ex artículo 24, en cuanto se hubiere orillado el principio acusatorio generando indefensión, a raíz de que se produjo en el acto de la vista un cambio en la calificación jurídica de los hechos.

Partiendo de la consideración de que no es dable al órgano judicial la introducción de hechos distintos de los recogidos por las partes acusadoras y que supongan una agravación de la responsabilidad penal del acusado (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 346/2021, de 28 de abril, coherente con otras de data más lejana, así como con las reflexiones de la mejor dogmática), ha de subrayarse, como hacíamos en nuestra Sentencia 12/2022, de 10 de febrero, recaída en el procedimiento 46/2021, que no cabe exacerbar el principio acusatorio ni, al socaire del mismo, el de contradicción, en detrimento de los poderes de la jurisdicción penal y afectación de la propia justicia material. Lo decisivo es respetar el hecho de que se acusó. Como en forma didáctica expone el Tribunal Constitucional (Providencia de 4 de abril de 1990, en recurso de amparo 99/1990), "el objeto del proceso no es un "crimen" sino un "factum", y a esta última noción ha de atenerse, en el respeto al principio de acusación invocado". De igual forma, en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 se enfatiza que la vulneración del principio acusatorio se produce cuando ha existido una mutación en los hechos. También en la 977/2012, de 30 de octubre, de la misma Sala, se indica que "lo exigible es que se respete el hecho en su esenciabilidad, que no se altere su identidad básica, que no se introduzca por el juzgador material fáctico (en el sentido de conductas relevantes penalmente) distinto del aportado por la acusación" (y en análogo sentido se razona en la 4067/2017, de 17 de noviembre).

La conclusión es que el marco acusatorio no es inflexible y no siempre obliga a la utilización de la vía procesal que legisla el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como puede verse, en forma muy ilustrativa, en Sentencias de la Sala Segunda de 27 de noviembre de 2008 (no se vulnera el principio acusatorio, dada la homogeneidad de los delitos, cuando se condena por coacciones frente a la acusación de una agresión sexual), de 20 de enero de 2009 (se condena por coacciones en vez de por detención ilegal), de 11 de diciembre de 2012 (se condena por maltrato familiar en vez de por lesiones) y de, finalmente, 19 de noviembre de 2019 (se condena por lesiones imprudentes en lugar de por lesiones dolosas).

A la luz de lo expuesto, no podemos menos que coincidir con los atinados razonamientos del "a quo", concretamente los recogidos en los Fundamentos de Derecho Primero y Noveno de la resolución combatida, relativos a la cuestión que ahora nos atañe:

"La aportación de la documentación medica por parte de la defensa de la acusación particular en el momento de la vista oral, ha sido cuestionada por la letrada de la defensa, pero el artículo 310 de la Ley Procesal Militar prevé que en el acto de la vista se practicará en las pruebas que, propuestas por las partes en el acto de la vista, hubiesen sido declaradas pertinentes por el Tribunal.

En cualquier caso, la Sala tiene suficientes elementos de prueba, y se considera por ello enervada la presunción de inocencia, ya que no nos encontramos con meros indicios como sostiene la defensa.

[...]

La letrada de la defensa califica de "inconstitucional" que el Ministerio Fiscal aumentase su petición de pena en las conclusiones definitivas. La STS 429/2020, de 28 de julio expone que el objeto del proceso, delimitado por el hecho punible y la persona o personas a quienes formalmente se les atribuye, ha de permanecer invariable. No cabe una alteración subjetiva que aboque a la introducción de nuevos responsables penales o civiles, ni tampoco una mutación de identidad sustancial del hecho. La modificación de conclusiones no puede

en principio variar el objeto procesal sustituyendo unos hechos por otros distintos desde el punto de vista naturalístico, es decir, hecho entendido como suceso o acontecimiento; pero sí aquellos elementos factuales no sustanciales o su valoración jurídica. En palabras que tomamos de la STS 631/2019, de 18 de diciembre "en todo lo accidental, también en aquello que, no suponiendo variación sustancial fáctica, tiene relevancia jurídica (base factual de las atenuantes o agravantes o del grado de participación o ejecución) la libertad para modificar las conclusiones provisionales carece de límites, compensada, para ahuyentar cualquier género de por el mecanismo del artículo 788.4° LECrim".". Ministerio Fiscal podía modificar dichas aunque está indefensión, Así pues, el Ministerio Fiscal podía modificar dichas conclusiones solicitando una mayor prueba, y en cualquier caso, si consideraba la defensa que había indefensión podía haber instado la suspensión de la vista conforme al artículo 788.4° LECrim y no lo hizo".

Y lo cierto es que en el supuesto que nos ocupa no hubo mutación sustancial alguna de los hechos enjuiciados, coherentes con la calificación jurídica y derivada decisión jurisdiccional, esto es, las partes acusadoras sostuvieron en sus conclusiones definitivas que el decurso fáctico integraba un delito consumado de abuso de autoridad en su modalidad afectante a la libertad sexual, con una elevación en la petición penológica de la acusación pública, pero sin modificar un ápice lo ateniente a los hechos, de tal suerte que la defensa tenia cabal conocimiento de cual era la conducta atribuida. En la vista celebrada ante el Tribunal sentenciador se aplicó correctamente el artículo 313 de la Ley Procesal Militar (modificación de conclusiones provisionales), una vez practicada la prueba en el juicio oral en modo acomodado al artículo 310 de la citada norma adjetiva.

En suma, no se ha conculcado el principio acusatorio, resulta de todo punto inviable sostener se hubiera practicado una " *reformatio in peius*", y no cabe inferir, bajo ningún punto de vista, se hubiere generado indefensión alguna. El artículo 24.1 de la norma fundamental no se ha vulnerado.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El siguiente motivo, presentado en cuarto lugar por el recurrente, materialmente centrado en la vulneración de la presunción de inocencia, igual suerte ha de correr.

Sobre la presunción de inocencia, ex artículo 24.2 de la Constitución, esta Sala (por todas, sentencias de 17 de julio de 2019 - casación 8/2019-, de 16 de septiembre de 2019 - casación 13/2019-, de 12 de noviembre de 2019 - casación 30/2019-, 26 de noviembre de 2019 - casación 33/2019-, 29 de enero de 2020 - casación 32/2019-, 26 de febrero de 2020 - casación 32/2019-, 3 de marzo de 2020 - casación 73/2019-, 6 de marzo de 2020 - casación 63/2019-, 24 de septiembre de 2020 - casación 83/2019-, 1 de octubre de 2020 - casación 3/2020-, 21 de abril de 2021 - casación 66/2020-, 4 de mayo de 2021 - casación 3/2021-, 18 de mayo de 2021 - casación 73/2020-, 1 de junio de 2021 - casación 23/2021-, 3 de junio de 2021 - casación 23/2021-, 10 de junio de 2021 - casación 63/2020-, 14 de julio de 2021 - casación 6/2021-, 26 de octubre de 2021 - casación 31/2021-, 17 de noviembre de 2021 - casación 36/2021-, 25 de noviembre de 2021 - casación 30/2021-, 12 de enero de 2022 - casación 43/2021-, 10 de febrero de 2022 - casación 28/2021 y 46/2021-, 16 de febrero de 2022 - casación 60/2021-, 30 de marzo de 2022 - casación 63/2021-, y 4 de mayo de 2022 - casación 1/2022-, 9 de junio de 2022 - casación 73/2021 y 13/2022-, 6 de julio de 2022 - casación 3/2022-, 14 de septiembre de 2022 - casación 13/2022-, 5 de octubre de 2022 - casación 23/2022-, 19 de octubre de 2022 - casación 26/2022-, 17 de noviembre de 2022 - casación 33/2022-, 23 de noviembre de 2022 - casación 30/2022-, 21 de diciembre de 2022 - casación 31/2022-, 25 de enero de 2023 - casación 48/2022-, 9 de febrero de 2023 - casación 43/2022, 22 de febrero de 2023 - casación 46/2022-, 12 de abril de 2023 - casación 53/2022-, 14 de junio de 2023 - casación 73/2022-, 14 de junio de 2023 - casación 3/2023-, 5 de julio de 2023 - casación 13/2023-, 11 de octubre de 2023 - casación 5/2023-, 12 de diciembre de 2023 - casación 30/2023- y 21 de diciembre de 2023 - casación 18/2023) tiene proclamado hasta la saciedad que su control constitucional ha de encaminarse a una triple comprobación:

a) La existencia de prueba de cargo respecto del hecho ilícito y de la participación del expedientado, es decir, lo que el Tribunal Constitucional viene a establecer al exigir que de la prueba practicada se deduzca objetivamente la culpabilidad del encartado. No será suficiente, por tanto, la existencia de pruebas por sí solas, sino que habrá de tenerse en cuenta el contenido objetivo de las mismas a fin de precisar su carácter inculpatorio. El propio Tribunal Constitucional, así lo tiene declarado en su sentencia nº 159/87, al señalar que: "Para destruir la presunción de inocencia, no sólo han de existir pruebas sino que éstas han de tener un contenido incriminatorio. La inexistencia de éste determina la ineptitud para servir de fundamento a la condena...".

b) Que sea válida, es decir, que haya sido constitucionalmente obtenida, legalmente practicada con respeto a los principios básicos de contradicción y publicidad.

y **c)** En caso afirmativo, que la valoración del contenido probatorio de la prueba de cargo disponible haya sido razonada por el Tribunal sentenciador de manera bastante, sin apartarse de las reglas de la lógica y no sea, por tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria, (por todas STS-S 5ª de 9-4-13).

Consecuentemente, lo que en esta vía casacional ha de determinarse es si ha existido o no un mínimo de actividad probatoria practicada con sujeción a la ley y, por ello válida, de la que pueda deducirse lógica y racionalmente la culpabilidad de quien recurre a los efectos de merecer el reproche que se combate, verificando si el proceso deductivo utilizado por el tribunal de instancia a la hora de dar por probados una serie de hechos se ajusta o no a las reglas de la lógica y, por tanto, no es arbitrario.

Ahora bien, tal como se dijo en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2004, y en la de 16 de diciembre de 2010, este Tribunal ha proclamado hasta la saciedad que "por la vía de propugnar una nueva valoración de la prueba, se insta, de alguna manera, el indebido otorgamiento del derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente esta sala viene considerando que puede entrarse en una nueva valoración de la prueba concurrente cuando la que efectuara la sala recurrida resulte manifiestamente irracional, ilógica, arbitraria y contraria a los criterios de la experiencia. En esos supuestos, y únicamente en ellos, hemos venido entendiendo que es procedente que la Sala se adentre en el juicio valorativo de la prueba obrante en autos, para llegar, en su caso, a un parecer distinto del mantenido por el tribunal *a quo.* También es cierto que con ello, y en el caso en que el resultado de [que] aquella valoración fuera la de que en realidad no existían medios probatorios de cargo suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia, la resolución judicial que errónea o arbitrariamente lo hubiere otorgado habría de ser modificada", y no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por el tribunal de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles.

Al hilo de esos conocidos y reiteradísimos criterios, ha de subrayarse que las consideraciones que recoge la decisión del órgano judicial " *a quo*" que desembocaron en la condena ahora cuestionada, se caracterizan por una impecable, lógica y racional línea argumental. Así, su " *Fundamento de la convicción* " es del tenor que sigue:

"El Tribunal, tras valorar y ponderar en conciencia la prueba practicada en su conjunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Procesal Militar y el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ha formado su convicción en la fijación de los precedentes hechos probados de la siguiente manera y por los siguientes medios, sustancialmente de las declaraciones tanto del acusado como de los testigos y peritos que intervinieron, y de la prueba documental obrante a la causa.

En cuanto a la prueba pericial, el Teniente Coronel Psicólogo D. Cesar , tras ratificarse en su informe dice que fue por orden del jefe de la Unidad de Protección contra el Acoso de la Armada, por lo que asistió a la Marinero Justa y que no sabía nada de los hechos hasta que la entrevistó. Que detectó una gran emotividad al narrar los hechos, malestar y confusión y el dilema entre denunciar y trabajar con el autor de los hechos que era su jefe. Manifiesta que hay diferencia de comportamiento entre la primera entrevista del 30 noviembre y la del 17 de diciembre ya que en la segunda el cuadro era más leve y que podía deberse esa remisión a que habían destinado fuera al Sargento 1°.

Que no considero que tuviera que estar la Marinero Justa de baja, ya que manifestó que quería seguir trabajando.

En cuanto a la declaración de la psicóloga Da Natalia , manifiesta que trató desde mayo de 2019 a la Marinero Justa durante seis sesiones y que luego lo dejó ya que ella se fue por embarcar. Que la sintomatología estaba relacionada con una posible agresión sexual. Que su relato de hechos era persistente y aunque, tenía lagunas, era coherente la sintomatología con ese trastorno estrés postraumático.

Que le contó que el autor fue un superior, uno de sus jefes. Que hay aspectos en que se culpa a sí misma y perdona al ofensor, ya que no quería perjudicar su carrera,y que las lagunas son típicas cuando hay consumo de alcohol.

Que recordaba sensaciones como la de déjame dormir, que su superior no debía entrar allí y que tenía otro lugar para dormir. Como un síntoma de evitación es que le era doloroso decir el nombre de esa persona. Que estar en el barco alejada le va bien Que ella le dijo que no recordaba que había pasado y que él le dijo que había habido sexo.

Que estaba descolocada porque tenía pareja y era homosexual. Que tenía sentimiento de culpabilidad y en casa estaba agobiada y que si trabajaba pensaba menos.

En lo relativo a D. Gustavo en su informe se recoge que el Sargento Matías no tiene trastornos de personalidad. Que se le hace prueba de veracidad y que no falsea su testimonio, y que si lo hubiera falseado se habría detectado, y en la entrevista tampoco. Que sí tonteo con Justa pero no pasó nada. Que por los efectos del alcohol puede desinhibirse.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En lo relativo a lo recogido en la página 17 dice que antes de que la agresión sexual se cometa hay una progresión delictiva. Al principio, antes de la desinhibición, hay pensamientos, pero tal como es el Sargento 1°, para satisfacerse sexualmente, no enfoca su conducta de forma obsesiva. Que el Sargento 1° no destaca por su capacidad de seducir (mecanismo defensivo de la evitación) se descarta esa hipótesis. No solo ese día sino anteriormente.

En relación con la prueba documental:

Consta al folio 7 el parte formulado Capitán de Fragata D. Leandro con fecha 30 de noviembre de 2018.

Al folio 8 el parte del Subteniente D. Sergio de fecha 30 de noviembre.

Constan a los folios 35 a 51 las Diligencias instruidas por la Unidad Orgánica de la Policía judicial.

A los folios 83 y siguientes consta un informe psicológico relativo al Sargento 1° D Matías .

A los folios 110 y siguientes consta informe psicológico relativo a Da Justa .

A los folios 131 y 132 informe psicológico emitido por el Comandante psicólogo de la UPA de la Armada relativo a Da Justa .

A los folios 149 a 153 informe psiquiátrico emitido por el médico forense de la sección psiquiatría relativo a Da Justa .

Se aporta en el acto de la vista por la letrada de la acusación particular un informe de fecha 20 de febrero de 2023 de la Comandante psicóloga del B.E. "Juan Sebastián Elcano" en que se dice que a Marinero Justa ha recibido asistencia psicológica durante la undécima travesía y un informe psicológico de la Marinero firmado por psicóloga Da Celsa .

En lo relativo al hecho probado primero, de las declaraciones del procesado y de testificales hay coincidencia en que el procesado y la Marinero estaban juntos destinados; que la orientación sexual de la Marinero era conocida por sus compañeros y por el Sargentol°; que no hubo insinuaciones ni flirteo entre la Marinero Justa y el Sargento 1° durante la comida ni momentos posteriores. También es indiscutido que hubo una comida de despedida para celebrar la despedida de un compañero; que algunos asistentes se quedaron tomando algo tras la comida; que el Subteniente D. Sergio se fue a su casa alrededor de la medianoche tras permanecer en un bar próximo al Cuartel General de la Armada junto con el Sargento 1° Matías , la Marinero Justa y el Marinero Tomás ; que el Sargento 1° Matías , la Marinero Justa y el Marinero Tomás , se fueron a una discoteca situada en las proximidades de la Puerta del Sol y que sobre las 4,30 horas de la mañana se dirigieron andando al Cuartel General de la Armada.

En lo relativo a la autorización para dormir en el Cuartel General de la Armada, tanto la Marinero Justa como el Marinero Tomás declaran que la citada Marinero solicitó autorización al Subteniente Sergio para que ambos Marinero durmieran en el Cuartel General de la Armada. El Subteniente Sergio manifiesta que fue a iniciativa suya dicha autorización, y que también autorizó al Sargento 1° a dormir en la Cámara de Suboficiales, ya que el Sargento 1° tenía las llaves de la misma y hay unos sofás Que la Cámara está en la misma planta de la terraza que donde está el Torreón. El citado Subteniente declara que los Marineros tenían que dormir en el "Torreón", como su despacho que estaba abierto, les dijo que cogieran las llaves de un cajón marcadas como "Torreón".

El Marinero Tomás ha declarado que entró en despacho de Subteniente, junto a la Marinero Justa para coger las llaves. El Marinero y el Sargento 1° coinciden que subieron los tres en ascensor hasta la terraza donde está el "Torreón" y la Cámara de Suboficiales. El Marinero Tomás declara que cuando llegaron a la terraza el Sargento 1°, dice adiós y se fue hacia la derecha, hacia la Cámara de Suboficiales, y ellos hacia el "Torreón".

Ambos Marineros han declarado que subieron solos los tres pisos de escaleras que hay en el "Torreón" hasta el lugar donde están los alojamientos. Así mismo coinciden en que la Marinero Justa intentó abrir la puerta de entrada al lugar donde están los alojamientos, pero como no lo lograba por su estado de embriaguez, lo hizo el Marinero Tomás .

También ambos declaran que había una primera habitación a la izquierda de la entrada que ocupó el Marinero Tomás y la Marinero Justa ocupó la otra que estaba al fondo. Que las habitaciones estaban abiertas ya que solo había llave para abrir la puerta de entrada a los alojamientos. Ambos Marineros y el Sargento 1° coinciden en sólo hay una cama en cada habitación y que es de 90 por 190 cm con una manta.

En relación a lo que sucedió en dicha habitación, la Marinero Justa declara que entró sola en la habitación, esto también lo declara el Marinero Tomás . Que ella entró y se tiró en la cama, tumbada de lado, con el abrigo y se tapó con una manta. Que ella sentía que le acariciaban la pierna empezando en la cintura y que la siguieron tocando hasta la rodilla pasando por la cadera y la pierna y ella dijo "tengo sueño, déjame dormir". Que eso

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

significaba decir que no a mantener relaciones. Que no consintió que el Sargento 1° durmiera con ella. Que no quería tener relaciones afectivas con él. Que lo de que ella decía "más despacio que me haces daño" lo recordó más tarde.

La Marinero Justa dice que no recordaba nada de que se hubiera liado con el Sargento 1° pero que en su cabeza no entraba otra cosa. Que era un buen jefe, casado y con dos hijos pero estaba en su cama y no sabía en qué momento entró. Que el día 23 fue a ver a la Marinero Vicenta , porque el día anterior la había visto mal, y le cuenta que se ha levantado con Don Matías y no que sabe qué ha pasado. Que recordaba cosas como tengo sueño déjame dormir, el estar cubierta del todo y que se había acostado vestida.

La Marinero Vicenta declara que era amiga de Justa y que ella se negaba a hablar y como la veía mal insistió. Que el primer día no le contó nada y más tarde le contó que había pasado la noche con el Sargento 1° Matías y que se despertó prácticamente desnuda,y que le había quitado el pantalón.

El Cabo 1° D. Imanol declara que cuando se encuentra con la Marinero por la mañana está muy afectada, nerviosa y que le contó que le dijo al Sargento 1° Matías "tengo sueño déjame dormir" y "más despacio que duele".

El Marinero Tomás declara que al día siguiente la Marinero le contó que había amanecido con Don Matías que al subir él no estaba. Le contó que ella no tenía la parte de abajo y el Marinero Tomás le dijo que él no había oído nada.

Al Subteniente Sergio , el Sargento 1° le dijo que no había violado a la Marinero y el Subteniente le dijo "a qué coño fuiste ahí, fuiste detrás de la niña" y que le dijo el Sargento 1° "te juro Sergio que no he hecho nada", y qué le contestó "fuiste allí algo querrías sí fuiste a su habitación", y le dijo que no sabía cómo llegó allí, que aunque hubiese querido no hubiera podido porque no se "empalmaba".

El Subteniente Sergio relata que preguntó a la Marinero Justa si el Sargento 1° la había violado y le dijo que no se acordaba. Que la manoseaba que se ponía pesado y que le dijo que le dejara.

El Capitán de Fragata D. Leandro , que en el momento de los hechos era Ayudante Mayor del C.G.A, se ratifica en su declaración obrante al folio 74 en cuyo segundo preguntado se hace referencia a que el Sargento 1° reconoce que hubo "toqueteos", pero con el consentimiento de la Marinero. Que el Sargento 1° le dijo estaba arrepentido y preocupado por lo que pensase su mujer. Que fue a la habitación de la Marinero y que no habló más que de toqueteos.

Que la Marinero Justa le contó que subió a la habitación y que se acostó y en un momento despues sintió que alguien estaba detrás de ella y que le toqueteaba. Que ella le dijo déjame que estoy cansada. Que el que la manoseaba era el Sargento 1° Matías Cuando se despertó estaba el Sargento 1° en la cama. No le contó que mantuvo relaciones sexuales.

En relación esto, con el Capitán de Fragata de la Armada D. Paulino , que en el momento de los hechos era Segundo Ayudante Mayor del C.G.A., declara que la Marinero Justa le dijo que podía haber tenido relaciones sexuales sin consentimiento, pero que no estaba en plenas facultades. Que estaba muy afectada y dolida. Que ella tardó mucho en venir a contar los hechos y le costó dar el paso. Que su pareja la presionaba y estaba entre ella y que no quería perjudicar al suboficial.

El Capitán de Fragata también declara que el Sargento 1° Matías le dijo que había subido a los alojamientos del "Torreón", y que no sabía que había pasado porque había bebido mucho. Que el Sargento 1° estaba menos afectado y arrepentido.

En lo relativo al estado de embriaguez de la Marinero Justa , ella manifiesta que no sabe cuántas copas tomó, que no lo recuerda que fueron dos copas en la comida y que luego siguió, pero no creía que mucho más. Que el Cabo 1° Imanol le dice que fueron unas 10 copas, pero que ella no lo recuerda. Que cuando entró en el pañol no podía permanecer en pie. También declara que tiene leve recuerdo del Sargento 1° Matías cuando entraron la Cuartel General de la Armada por el túnel que es la entrada al Cuartel General de la Armada por la calle Ruiz de Alarcón y que es como una entrada de garaje.

Que fue Tomás quien abrió la puerta de entrada a los alojamientos del "Torreón" porque ella no podía meter la llave en la cerradura.

El Marinero D. Tomás declara que la Marinero Justa estaba bajo el efecto del alcohol más que los demás, que se le notaba por el andar y al caminar. No se caía, pero sí se tropezaba. Que le dijo "voy más perjudicada que tú" y que él se reía. Cuando llegan a los alojamientos y ella intentó abrir la puerta de acceso, pero no podía y tuvo que abrir él la puerta.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La Marinero Vicenta también refiere que la Marinero Justa le dijo que estaba muy afectada por el alcohol, porque estaba al borde del coma.

En lo relativo al hecho probado segundo, la Marinero Justa declara que se despertó sobre las 7:30 h sin poner la alarma del reloj sobresaltada porque pensaba que se había quedado dormida Que cuando se gira ve al Sargento 1° Matías . Que se puso el pantalón porque de cintura para abajo estaba desnuda y solo llevaba una camiseta. Que no sabía en qué momento le había pasado eso.

Que se dirigió hacia su lugar de trabajo, pero como no tenía la llave de la taquilla subió nuevamente a la habitación. Estaba durmiendo todavía el Sargento 1° Matías . Que se despierta y le pregunta "¿que haces?" y ella contesta voy a trabajar. El Sargento 1° se destapa y le dice "mira" y le enseña el pene. En la mesita de noche está la llave de la taquilla y su ropa interior, las coge y mete la ropa interior en un bolsillo y baja a cambiarse. Que se encuentra al Cabo 1° Imanol y llorando le cuenta que no recuerda si se había liado con el Sargento 1°. Que ella nunca había engañado a su pareja. Que cuando bebe se duerme. Que no sabía cuándo había entrado en la habitación el Sargento 1°. Que tiene que tomar la píldora del día después. Que el Cabo 1° Imanol , al verla tan afectada, fue con ella a comprar la pastilla a la farmacia sobre las 8:00 y como estaba cerrada tuvieron que volver, pagándola él ya que ella tiene cuenta en común con su pareja y no quería que se enterase de esa manera.

El Cabo 1° Imanol declara ante la Sala que se encontró a la mañana siguiente con la Marinero Justa muy afectada y que le preguntó ¿te ha pasado algo? Que ella le cuenta que se ha encontrado con el Sargento durmiendo juntos. Que se ofreció a llevarla al hospital y a comisaría si era necesario y ella le dijo que no. Que se encontraron ella y el Sargento 1° juntos en la cama no recuerda si le dijo desnudos y se le recuerda que en su declaración obrante al folio 44 declaró que la Marinero le dijo que desnudos. Que la acompañó a la farmacia a comprar la píldora del día después.

El procesado relata que cuando se despertó de día estaba solo y vestido con ropa de civil, ya que se puso la chaqueta de moto porque hacía frío. Que el Cabo 1° Imanol y el Sargento Sergio le subieron el agua y no recuerda si le recriminaron su conducta y solo hablaron de lo que había pasado.

El Cabo 1° Imanol declara que el Sargento 1° Matías le llamó para decirle que le subiera agua al "Torreón". Que allí habla con el Sargento 1°, que estaba vestido, y le pregunta que qué había pasado y él le dijo que no se acordaba de nada.

La Marinero Justa declara que escribió por la tarde un wasap al Sargento 1° Matías diciéndole tenemos que hablar y que el Sargento 1° no le respondió, luego se dio cuenta que el wasap se lo mandó al teléfono corporativo. Que por la tarde llama al teléfono del Sargento 1° le dice ¿Don Matías qué ha pasado? y él contesta "¿cómo qué ha pasado? nada cosas que pasan cuando se está borracho o se bebe mucho, y cuando ella le pregunta si han tenido relaciones dice que sí, y le contesta ella y ¿ahora que hago yo? y él le dice que no se preocupe y que si se queda más tranquila que tome la pastilla del día después. Declara la Marinero que tras eso ella piensa que sí han tenido relaciones pero que quería oírlo porque no lo recordaba y que era lógico ya que los dos estaban desnudos de cintura para abajo.

Se trae a la vista la declaración del Sargento 1° Matías de fecha 6 de septiembre de 2019, obrante a los folios 75 a 77, donde relata que sobre las 19:00 horas recibió la llamada de la Marinero Justa quien le preguntó si había mantenido relaciones sexuales y él le dijo que solo se habían dado besos y que se tomase la pastilla del día después si se quedaba más tranquila.

El Subteniente Sergio , la Marinero Vicenta y el Marinero Tomás el Cabo 1° Imanol coinciden en que a la Marinero Justa se la veía triste, que había cambiado.

La Marinero Vicenta relata que anima a la Marinero Justa a que cuente al Subteniente Sergio lo ocurrido. La Marinero Justa declara que se encuentra al Subteniente y le cuenta que va a pedir una comisión de servicio en el Museo Naval y cual es la razón de dicha petición. Cuando la Marinero sabe que el informe a la comisión es desfavorable, el día 30 dice al Subteniente que va a hablar con el Segundo Ayudante y le va a contar lo que ha pasado. El Subteniente Sergio relata a la Sala ese día se lo cuenta el mismo al Segundo Ayudante, este al Primer Ayudante y finalmente al Almirante.

También declaran el Cabo Imanol y la Marinero Vicenta que la Marinero Justa quiere la comisión en el Museo Naval para alejarse del Sargento 1°.

El Capitán de Fragata de la Armada D. Paulino , declara que cuando salió la comisión la Marinero Justa , antes de denunciar, quería cambiar de destino.

El Sargento 1° declara que cuando le comisionaron a otro lado, unas dos semanas después, el jefe de personal le dijo la razón y él lo acató.

En lo relativo al hecho probado tercero el médico forense, especialidad psiquiatría D. Raimundo se ratifica en su informe de 20 de enero de 2020 obrante al folio 149.En lo relativo a los fiases declara que cuando hay un hecho traumático, y se reviven los hechos es normal que tenga esos recuerdos.

En el informe recoge que hay un trastorno adaptativo, y declara que no se puede determinar que ese hecho narrado sea la causa del malestar, se basa en lo narrado por ella ya que no tiene acceso a otro informe psiquiátrico y no sabe si hubo otros acontecimientos. Que hubiera sido mejor hacer la exploración inmediatamente. Que se le hace un cuestionario de exageración de síntomas y se determina que no hay exageración el testimonio.

En su virtud, la Sala estima que, atendido todo ese acervo, concurre prueba de cargo válida que permite razonablemente extraer un juicio de culpabilidad del procesado y consecuentemente estimar enervada la presunción de inocencia que le ampara".

Tal fundamento obtiene correlación con cuanto en detalle se razona en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia impugnada, argumentando la existencia de prueba de cargo suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia, cuyo luminoso y extenso tenor compartimos y damos por reproducido.

Y no está de más recordar, al hilo de nuestras sentencias 24/2020 de 5 de marzo, 45/2021 de 11 de mayo, 54/2021 de 3 de junio de 2021 y 93/2021, de 26 de octubre, que se vulnera la presunción de inocencia cuando se produce un verdadero vacío probatorio por ausencia de prueba incriminatoria o cuando la existente no pueda tenerse por válida y legítima, por haberse obtenido y practicado con violación de las garantías establecidas para preservar los derechos del acusado o, por último, cuando la prueba se hubiera valorado al margen de las reglas que presiden la lógica deductiva o prescindiendo de los criterios de la razonabilidad y de aplicación de los principios científicos atendibles. Esto es, el Tribunal *a quo*, al amparo de los artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 322 de la Ley Procesal Militar, ostenta esa facultad valorativa, cuyo control por esta Sala sólo puede dirigirse a la inferencia de si resulta patente que aquella discurrió por caminos ilógicos o irrazonables en el proceso deductivo incriminatorio. A todas luces, no sería este el caso, en el que claramente existe una probanza que ofrece cabal y suficiente cobertura al " *factum*" determinante de la condena, en particular los testimomios de quienes tuvieron inmediata noticia de los hechos, que aunque de referencia, ofrecieron una versión y unos datos plenamente coincidentes con lo declarado por la víctima en las sucesivas fases procesales. Y ha de resaltarse la más que acertada valoración de su credibilidad en la resolución cuestionada.

Este motivo también carece de viabilidad.

QUINTO.- Resta por atender el motivo basado en la existencia de infracción de ley, desgranado en cuatro submotivos:

A) Infracción de ley en relación con el artículo 47 del Código Penal Militar. Al respecto ha de traerse a colación lo que decíamos en nuestras sentencias 59/2020, de 29 de septiembre (recurso 3/2020) y 93/2021, de 26 de octubre (recurso 3/2021):

"El artículo 47 del Código Penal Militar de 2015 castiga al "superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o abuso sexuales" sobre este, previendo la imposición de la pena de seis meses a cinco años de prisión, "pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo", y ello "sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal".

La modalidad comisiva o subtipo delictivo de abuso de autoridad consistente en realizar un superior actos de abuso sexual sobre un subordinado que novedosamente se incardina desde 2015 en el artículo 47 del vigente Código punitivo castrense es un delito contra la disciplina que requiere para su conformación la concurrencia de los requisitos siguientes: 1) la condición de militares, en el momento de la comisión de los hechos, del actor y de la víctima; 2) la existencia de una relación jerárquica de subordinación entre la víctima y el sujeto activo, que debe ostentar la condición de superior de aquella, en los términos del artículo 5 del Código Penal Militar, al momento de perpetrar los hechos típicos; y 3) que se haya producido un acto de abuso sexual del actor hacia la víctima susceptible de lesionar, además del bien jurídico de la disciplina, cualquiera de los otros bienes jurídicos que el precepto tutela, y, más en concreto, la libertad e indemnidad sexual del subordinado sujeto pasivo.

[...]

El delito de maltrato de obra a un subordinado previsto en el artículo 47 del Código Penal Militar de 2015 aparece incardinado entre los delitos de "abuso de autoridad" del Capítulo III, ubicado en el Título II -relativo a

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

los "delitos contra la disciplina"- del Libro Segundo del citado Código punitivo marcial de 2015, protegiéndose en este tipo penal pluriofensivo, como dicen nuestras sentencias de 29 de abril de 2014 y núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 47/2020, de 29 de junio de 2020, siguiendo las de 20 de febrero de 2007, 10 de noviembre de 2008, 17 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2013, con razonamiento extrapolable, *mutatis mutandis*, al tipo delictivo configurado en el citado artículo 47 del ahora vigente Código criminal castrense, ""la disciplina como valor sustancial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, así como la dignidad personal y la integridad física y la salud del ofendido (Sentencia de 30 de noviembre de 2006)", por lo que todo hecho legalmente constitutivo de tal ilícito criminal lesiona, sin excepción alguna, dichos bienes jurídicos, y, más en concreto, el de la disciplina militar", y, además, añadimos, la libertad e indemnidad sexual del sujeto pasivo de dicho ilícito penal, cuando la acción típica se conjugue en la modalidad comisiva o subtipo de realizarse por el superior "actos de agresión o abuso sexuales" sobre el subordinado.

El delito de abuso de autoridad cuya comisión se amenaza en el artículo 47 del Código Penal Militar admite, con carácter mixto alternativo o disyuntivo, dos modalidades comisivas, a saber, el trato por el superior jerárquico al subordinado "de manera degradante, inhumana o humillante" o cuando aquel realizare sobre este "actos de agresión o abuso sexuales", tratándose, en ambas modalidades, de un delito pluriofensivo, en el que confluyen hasta tres bienes jurídicos objeto de protección, que son la dignidad personal y la disciplina como elemento estructural de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas en la primera de tales modalidades típicas y la libertad e indemnidad sexual y la propia disciplina en la segunda, bienes jurídicos que se lesionan cuando se despliega por parte del superior militar -entendido en los términos del artículo 5 del Código punitivo marcial- sobre o frente al subordinado tanto cualquier actuación que afecte a su dignidad humana o personal o integridad moral -e incluso física-, por resultar degradante, inhumana o humillante, como cualquier acto que atente contra su libertad e indemnidad sexual, entendida en los términos que con anterioridad han quedado fijados".

Pues bien, con arreglo a los elementos tipológicos reseñados, resulta palmario que la sentencia recurrida efectuó una correcta inclusión de los hechos en la previsión típica, toda vez que sujeto activo y víctima son militares en el momento del decurso fáctico, entre ellos existe una relación jerárquica de subordinación, en los términos previstos en el artículo 5 del Código Penal Militar (" *es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado*"), y, en fin, se ha producido un acto de abuso sexual del superior (un sargento primero) sobre una subordinada (una marinero), vulnerándose dos bienes jurídicos, la disciplina y la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Y no está de más recordar, como se hacía en nuestra Sentencia de 1 de julio de 1994, que el delito de abuso de autoridad abarca cualquier agresión o violencia física de un superior a un inferior, susceptible de causar una perturbación anímica o corporal, con o sin menoscabo de la integridad o salud física o moral de la víctima, bastando que para que el hecho sea antijurídico, la concurrencia del dolo genérico de acometer a un inferior.

B) Infracción de ley en relación con los artículos 21.1ª y 20.2ª del Código Penal común. Sobre la apreciación de la eximente incompleta de embriaguez la sentencia recurrida contiene, en su Fundamento de Derecho Quinto, el razonamiento que sigue, que abarca también lo relativo a una posible apreciación de una eximente completa o de una atenuante analógica:

"QUINTO.- En lo relativo a la solicitud de la defensa de que se aprecie la eximente completa del artículo 20.2 del Código Penal, la STS 3094/2020, de 1 de octubre señala sobre esta cuestión que "La actual regulación del Código Penal contempla como eximente la intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, junto a la producida por drogas u otras sustancias que causen efectos análogos, siempre que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, exigiendo además como requisitos que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión. Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es muy importante, sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará lugar a una eximente incompleta del artículo 21.1° en relación con el 20.2° CP. Los casos en los que pueda constatarse una afectación de la capacidad del sujeto debida al consumo de alcohol de menor intensidad, deberían reconducirse a la atenuante del artículo 21.2, en supuestos de grave adicción al alcohol de relevancia motivacional en relación al delito; o a una analógica del artículo 21.7', pues no es imaginable que la voluntad legislativa de 1995 haya sido negar todo efecto atenuatorio de la responsabilidad penal a una situación que supone un mayor o menor aminoramiento de la imputabilidad, cuando es evidente que existe analogía -no identidad- entre una cierta alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa ocasional (nunca buscada con propósito de delinquir) y una perturbación de mayor intensidad que es consecuencia de una embriaguez adquirida sin previsión ni deber de prever sus eventuales efectos, que es la contemplada como eximente incompleta en el núm. 1° del artículo 21 puesto en relación con el núm. 2° del art. 20, ambos del CP (entre otras SSTS 60/2002, de 28 de enero; 174/2010, de 4 de marzo; 893/2012, de 5 de noviembre; 644/2013, de 19 de julio; 489/2014, de 10 de junio; 725/2016, de 28 de septiembre; o 205/2017, de 28 de marzo)".

En lo relativo al estado en el que se encontraba el procesado en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que no se le realizó una prueba de alcoholemia que determinara su nivel de alcohol en sangre, sólo cabe acudir a las declaraciones de los testigos sobre el estado del Sargento 1°, pero de ellas no se desprende si su perturbación era o no muy importante.

Aunque se desprende que el procesado ingirió alcohol esa noche como dice la precitada sentencia "Sin embargo, no es bastante la ingesta etílica para concluir una afectación que justifique la atenuación ya que la misma requiere una limitación de las facultades intelectivas y volitivas con potencialidad para repercutir en el elemento normativo de la capacidad de culpabilidad. Será necesario, además de conocer las circunstancias que permitan descartar que la intoxicación fuera buscada con el propósito de delinquir, constatar que la aptitud para comprender el injusto del hecho y de actuar con arreglo a esa comprensión se ha visto aminorada de manera relevante, lo que no es equiparable con la mera euforia que el alcohol provoca.

Para concluir tal afectación resulta imprescindible profundizar en los distintos aspectos que sustentan la *inferencia respecto a los efectos que el consumo alcohólico ha provocado en la persona en cuestión, lo que reclama indagar sobre la cantidad de alcohol consumido, su incidencia en distintos aspectos externos como la capacidad de movimiento, la destreza, la expresión oral, la estabilidad, la coherencia del discurso, el comportamiento antecedente y subsiguiente, entre otros; o análisis más específicos cuando el consumo coincida con el de otros tóxicos o incida sobre patologías previas. Es decir, aquellos aspectos idóneos para revelar que realmente el alcohol obstaculizó de manera importante la comprensión sobre el alcance de los actos y el autocontrol en relación a los mismos."*

No ha quedado acreditado para la sala la cantidad de alcohol que ingirió el procesado, él refiere hasta veinte consumiciones, y de las declaraciones testificales se desprende que ingirió alcohol, pero que no que se tambaleaba, ni se caía. En el presente caso, la ausencia de mayor indagación o del análisis de cualquier otro dato fáctico que apuntale la inferencia respecto a una alteración relevante de sus facultades que la atenuante exige, impide su apreciación. No hay que confundir limitación de facultades con el efecto desinhibidor del alcohol que además coadyuva a estirar las costuras de la autocontención, como sucedió en este caso".

Tan enjundiosos razonamientos han de compartirse. Solo recordar como una reiterada doctrina legal (por todas, Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 307/2019, de 12 de junio) precisa que sobre la admisión del consumo de bebidas alcohólicas, sea como atenuante o como eximente incompleta, resulta imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicológica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción al alcohol como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado había bebido bastante sin mayores especificaciones y matices, permitan aplicar una circunstancia modificativa de la responsabilidad en ninguna de sus variadas manifestaciones.

No consta en la Sentencia una afectación a la conciencia y a la voluntad del sujeto activo del delito, extremo que " *debe constar acreditado y motivado en la sentencia*" (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 307/2019, antes citada) por lo que no resulta factible la apreciación impetrada.

Este submotivo tampoco puede prosperar.

C) El tercer submotivo se centra en la infracción del artículo 77.2 del Código Penal común. El recurrente sostiene que no resulta de aplicación el concurso ideal heterogéneo de delitos, subrayando que se había vulnerado el principio acusatorio, cuestión respecto de la que ya expusimos, con conclusión desestimatoria, no era posible prosperase, por lo que hemos de remitirnos a lo ya razonado al efecto.

No obstante, no resulta baladí reiterar cuanto indicábamos sobre el concurso ideal heterogéneo en un caso con analogías con el presente, en nuestra Sentencia 93/2021, de 26 de octubre (recurso 31/2021) aventando cualquier duda que al efecto pudiera abrigarse:

" *Dicho esto, es fácil deducir que los extremos recogidos en el factum queden incardinados correctamente en la previsión típica común, con el obligado corolario de la existencia de un concurso ideal heterogéneo de delitos (abuso de autoridad y abuso sexual), conclusión respaldada por la doctrina legal. Así, en nuestra reiterada Sentencia 59/2020 , a esos concretos efectos decíamos:*

"Nos hallamos, en ambos preceptos, ante un paradigmático supuesto de concurso ideal heterogéneo de delitos, que, como señala la reciente sentencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo núm. 341/2020, de 22 de junio de 2020 -R. 4033/2018-, "tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12)", añadiendo que "en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para

sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado" y que "como decíamos en nuestra sentencia 520/2017, de 16 de julio: "Asimismo dentro del concurso de delitos se debe distinguir entre el concurso ideal propiamente dicho que presupone la existencia de una unidad de acción que puede ser subsumida bajo más de un tipo penal en sentido objetivo y se produce no solo en el caso de que el acto único produce un único resultado pero varias violaciones jurídicas, sino también en el caso de que un mismo acto produzca varios resultados, ya homogéneos, ya heterogéneos y el concurso medial (concurso ideal impropio, cuando se comete un hecho delictivo como medio necesario para cometer otro. Concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental; que es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionado como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos) (SSTS. 1632/2002, de 9.10, 123/2003, de 3.2, 590/2004, de 6.5, 919/2004, de 12.7). Es decir, se trata de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previstos en el art. 76, sino por la regla especifica que establece el art. 77.1. La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Por ello el fundamento de tal asimilación punitiva de [que] un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, puede encontrarse en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción" (STS 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo)"".

Por su parte, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de este Alto Tribunal de 20 de enero de 2015, citado, entre otras, por la sentencia de dicha Sala núm. 44/2019, de 1 de febrero de 2019 -R. 1275/2018- afirma, entre otros extremos, y en lo que ahora interesa, que "cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 Cp, es clara y uniforme en su interpretación".

En este sentido, en su antedicha sentencia núm. 47/2020, de 29 de junio de 2020, esta Sala de lo Militar afirma que "la función de la aludida frase "sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal" es, pues, clarificar que en tal supuesto se aplicarán las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal -la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que exceda de la que represente la suma de las penas que correspondería aplicar si las infracciones se penaran separadamente, si bien si la pena así computada excediere de tal límite, se castigarán las infracciones por separado-. El problema de fondo es de proporcionalidad, ya que la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del artículo 77 del Código Penal, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica, pues la pluralidad de resultados en el concurso ideal no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante; la regla penológica del aludido artículo 77 contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el desvalor de la acción pero no el desvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal -por ejemplo, en la tentativa-, tal y como al efecto sienta la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 -R. 426/2014-. Por ello, hemos de terminar significando que cuando el resultado del insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra o del abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado fuere de más de un homicidio ha de seguirse la interpretación jurisprudencial de la regla penológica del aludido artículo 77 en orden a determinar el tipo de concurso aplicable a los supuestos de ataques contra la vida de varias -dos o más- personas, llevados a cabo a partir de una única acción, ejecutada con dolo directo o eventual y causante de varios resultados, reales o potenciales, que se concluye que han de tratarse, a efectos de penalidad, conforme a las reglas del concurso real de delitos -Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de este Alto Tribunal de 20 de enero de 2015, para la unificación de criterios de interpretación, a cuyo tenor "los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp.)", con las consecuencias jurídicas aparejadas a esta figura, esencialmente la acumulación material de todas las penas que determina el artículo 73 del Código Penal, si bien, como pone de relieve la aludida Sentencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 -R. 426/2014-, limitada por el sistema de acumulación jurídica de las mismas, de manera que procederá obligadamente la acumulación material siempre que todas las penas impuestas puedan cumplirse simultáneamente - artículo 73- o de forma sucesiva, dentro de ciertos límites, en cuyo caso se seguirá el orden de su respectiva gravedad -artículo 75-; y cuando ello no sea posible, entrará en juego la acumulación jurídica, a cuyo efecto se observarán las reglas previstas por el apartado 1 del artículo 76, conforme al cual "el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya

incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años", no haciéndose distinción entre las modalidades de dolo -directo, de consecuencias necesarias o eventual- que pueden concurrir en el hecho; y a tenor de la tan citada Sentencia de la Sala Segunda de 29.01.2015 -R. 426/2014-, en la tentativa acabada de homicidio en que se genere un patente resultado tangible de peligro concreto para la vida de las víctimas ha de entenderse que concurre un concurso real del tipo de homicidio, mientras que cuando aquellas no estuvieran expuestas a la concreción de tal elevado peligro podría configurarse una distinta solución concursal", tras lo que señala, con razonamiento referido al artículo 49 del Código Penal Militar de 2015 -y extrapolable, *mutatis mutandis*, a la frase "sin perjuicio de las [penas] que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal" que se contiene en el texto del artículo 47 de dicho cuerpo legal-, que "pues bien, la frase "sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal", inserta en la oración típica del artículo 49 del Código Penal Militar de 2015, da lugar a que los eventuales resultados que se deriven del comportamiento delictivo, en cualquiera de las modalidades comisivas en que se conjugue, se sancionen bajo el sistema del concurso ideal heterogéneo de delitos al que se refiere el primer inciso del apartado 1 del artículo 77 del Código Penal, castigando el tipo básico, en cualquiera de sus tres posibles modalidades comisivas, con la pena de seis meses a tres años de prisión y previendo la posibilidad de castigar, en su caso, cualquier resultado ulterior eventualmente producido, y susceptible de ser incardinado en otro precepto del Código Penal, además de la acción que se tipifica, mediante el sistema del concurso ideal, aplicando, en los términos antedichos y según la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias núms. 102/2016, de 20 de julio de 2016 y 44/2018, las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal -la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que exceda de la que represente la suma de las penas que correspondería aplicar si las infracciones se penaran separadamente, si bien si la pena así computada excediere de tal límite, se castigarán las infracciones por separado-, si bien en el caso de que el resultado de cualquiera de aquellas modalidades típicas fuere el de más de un homicidio habrá de seguirse la interpretación jurisprudencial de la regla penológica del aludido artículo 77 en orden a determinar el tipo de concurso aplicable a los supuestos de ataques contra la vida de varias -dos o más- personas, llevados a cabo a partir de una única acción, ejecutada con dolo directo o eventual y causante de varios resultados, reales o potenciales, que se concluye que han de tratarse, a efectos de penalidad, conforme a las reglas del concurso real de delitos, con las consecuencias jurídicas aparejadas a esta figura, esencialmente la acumulación material de todas las penas que determina el artículo 73 del Código Penal, si bien limitada por el sistema de acumulación jurídica de las mismas, de manera que procederá obligadamente la acumulación material siempre que todas las penas impuestas puedan cumplirse simultáneamente -artículo 73- o de forma sucesiva, dentro de ciertos límites, en cuyo caso se seguirá el orden de su respectiva gravedad -artículo 75-; y cuando ello no sea posible, entrará en juego la acumulación jurídica, a cuyo efecto se observarán las reglas previstas por el apartado 1 del artículo 76, conforme al cual "el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años", no haciéndose distinción entre las modalidades de dolo -directo, de consecuencias necesarias o eventual- que pueden concurrir en el hecho, y sin olvidar que en la tentativa acabada de delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares en su modalidad de maltrato de obra a otro militar -o, lo que será menos frecuente, en cualquiera de las otras dos modalidades comisivas en que puede conformarse la conducta típica- en que se genere un patente resultado tangible de peligro concreto para la vida de las víctimas ha de entenderse que concurre un concurso real del tipo de homicidio, mientras que cuando aquellas no estuvieran expuestas a la concreción de tal elevado peligro podría configurarse una distinta solución concursal"

En síntesis, también fue aplicado adecuadamente, por tanto, el artículo 181.1º del Código Penal común, así como apreciada conforme a Derecho, insistimos, la existencia de un concurso ideal heterogéneo en los términos expuestos, con una derivada dosimetría sancionadora ajustada al ordenamiento jurídico".

El submotivo es inviable.

D) El último submotivo se refiere a infracción de ley en la aplicación del artículo 178.1 del Código Penal común, en concomitancia con la atenuante analógica de embriaguez, por mor de los artículos 20.2ª y 21.1ª en relación con el artículo 61.1.1ª del mismo campo legal.

Sobre la recabada apreciación de una circunstancia modificativa derivada del etilismo del sujeto activo, solo cabe remitirnos a lo ya indicado en el precedente apartado **B)**.

Sin embargo, en lo que respecta a la aplicación de la ley más favorable ha de compartirse cuanto sostiene la acusación pública. Los hechos se produjeron el 21 de noviembre de 2018 y la Ley Orgánica 10/2022, en cuya virtud desapareció el delito de abuso sexual, entró en vigor el 6 de octubre de 2022, momento en que toda conducta que atente contra la libertad o indemnidad sexual de una persona sin su consentimiento constituye delito de agresión sexual. Y la Fiscalía Togada, coincidiendo en lo sustancial con el recurrente, señala:

"Al respecto es de señalar que el art. 178.1 CP vigente, y por el que ha sido condenado el Sargento 1º Matías , establece que "Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona", mientras que el art. 181.1 CP, en su redacción vigente en el momento de los hechos, recogía que "El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses".

En consecuencia, no falta razón al recurrente al indicar que, en relación a estos dos artículos, la ley penal más favorable es la vigente en el momento de la comisión del delito, por lo que procedería calificar los hechos de conformidad con el antiguo art. 181.1 CP.

Por lo que se refiere al delito de abuso de autoridad del art. 47 CPM, tras su modificación por la LO 10/2022, se ha suprimido la referencia al abuso sexual, pero mantiene la misma penalidad.

En consecuencia, esta Fiscalía Togada entiende que la tipificación correcta de los hechos enjuiciados implica que sean calificados de conformidad con el art. 47 CPM, en relación con el art. 181.1 CP, en sus redacciones vigentes en el momento de los hechos.

En cuanto a la penalidad, el art. 77 CP indica que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. Dado que la infracción más grave corresponde al delito de abuso de autoridad del art. 47 CPM (seis meses a cinco años de prisión), la horquilla penológica comprendería de 2 años y 9 meses a 5 años de prisión, por lo que la pena impuesta estaría comprendida dentro de los márgenes indicados".

En consecuencia, procede una estimación parcial del submotivo que nos ocupa, modificando la calificación de los hechos como delito de abuso de autoridad en su modalidad de realizar sobre un subordinado actos de abuso sexual, previsto y penado en los artículos 47 del Código Penal Militar y 181.1 del Código Penal común en sus redacciones vigentes en 2018, y ello sin modificación alguna en la pena impuesta.

SEXTO.- Finalmente, ha de observarse que en el suplico de la formalización del recurso de casación se solicita la apreciación de existencia de dilaciones indebidas, al amparo del artículo 24.2 de la Constitución, motivo no incluido en el escrito de preparación de la impugnación e introducido, por tanto, " *ex novo*". Aun cuando tiene expresado la jurisprudencia (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 680/2017, de 18 de octubre) que no se puede obligar al Tribunal de casación " *ante la novedosa alegación de dilaciones indebidas a zambullirse en la causa para buscar esos supuestos e hipotéticos periodos de paralización, supliendo la indolencia de la parte*", no está de más recordar que para que la dilación sea considerada indebida se requiere fuese extraordinaria, en el sentido de " *relevante o de fuste*" (Sentencias de la Sala Segunda de este Tribunal, 400/2017, de 1 de junio, 838/2021, de 3 de noviembre, y 920/2021, de 24 de noviembre), exigencia que no es inferible de autos, a la vista de cuantas diligencias constan practicadas en el periodo aludido por la parte (de 31 de enero de 2019 a 24 de febrero de 2020), obrantes a los folios 14 a 163 del tomo I del Sumario, fase procesal en la que se evacuan informes, se practican actos de auxilio judicial y se llevan a cabo una pluralidad de testificales.

Este motivo sobrevenido tampoco puede ser tenido en cuenta.

SÉPTIMO.- 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.

F A L L O

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

1º.- Estimamos parcialmente el recurso de casación 101/43/2023 interpuesto por el sargento D. Matías contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 2023, dictada por Tribunal Militar Territorial Primero en el sumario número 11/01/2019, que le condenó como autor responsable de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de "realizar sobre un subordinado actos de agresión sexual en concurso ideal heterogéneo con un delito de agresión sexual", previsto y penado en el artículo 178.1 del Código Penal

2º.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes con remisión de 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.

RECURSO CASACION PENAL núm.: 43/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D.ª Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Fernando Marín Castán

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 7 de febrero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 101/43/23, interpuesto por el sargento D. Matías , representado por la procuradora doña María Sandra Orero Bermejo y defendido por la letrada doña Ana María Jarillo Fernández, contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 2023, dictada por Tribunal Militar Territorial Primero en el sumario número 11/01/2019, que le condenó como autor responsable de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de "realizar sobre un subordinado actos de agresión sexual en concurso ideal heterogéneo con un delito de agresión sexual", previsto y penado en el artículo 178.1 del Código Penal. Han sido partes recurrida el Ministerio Fiscal, y la Procuradora Dª. María Ibáñez Gómez, en nombre y representación de Dª. Justa .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, así como los hechos probados que en ella se declaran.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En virtud de las consideraciones contenidas en la fundamentación jurídica de nuestra primera sentencia, procede condenar al recurrente como autor responsable de un delito de abuso de autoridad en concurso ideal heterogéneo con un delito de abuso sexual, manteniendo en todo lo demás, incluida la pena impuesta, la decisión jurisdiccional combatida en casación.

F A L L O

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

1º.- Condenar al Sargento D. Matías como autor responsable de un delito de abuso de autoridad en concurso ideal heterogéneo con el delito de abuso sexual a la pena de DOS AÑOS Y NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, accesorias de suspensión militar de empleo, de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con los efectos previstos en los artículos 16, 17 y 18 del Código Penal Militar, con los abonos correspondientes e imponiéndose también la pena de prohibición de aproximarse a la ofendida durante cuatro años, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de Código Penal común.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2º.- Declarar las costas de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ