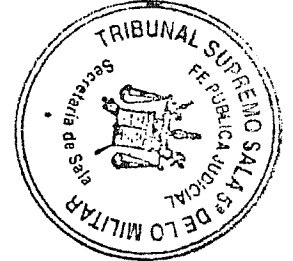


Recurso Num.: 101-62/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco

Secretario de Sala: Ilmo. Sr. D. Vicente



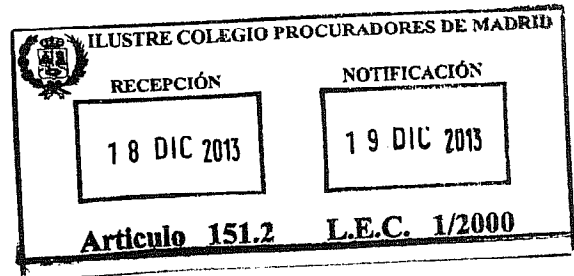
SENTENCIA NUM :

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA QUINTA DE LO MILITAR**

Excmos. Sres.:

Presidente:
D. José

Magistrados:
D. Francisco
D. Benito
D^a. Clara
D. Francisco



EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por su Presidente y los Magistrados anteriormente citados, dotada de la potestad jurisdiccional que la Constitución le otorga, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil trece.

Visto el presente recurso de Casación nº 101/62/2013 que ante esta Sala pende, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo, en la representación procesal que ostenta del recurrente don [redacted], bajo la dirección Letrada de don Carlos Delgado Cañizares, frente a la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2013 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en Sumario 12/16/10, por la que se condenó a dicho recurrente como autor de un delito de "Insulto a superior" previsto y penado en el art. 99.3º del Código Penal Militar, a la pena de tres meses y un día de prisión con sus accesorias legales y sin exigencia de responsabilidades civiles. Ha sido parte recurrida el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en la representación que le es propia y han concurrido a dictar Sentencia los Magistrados antes mencionados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. FRANCISCO [redacted] al haber designado la redacción de la ponencia el Magistrado designado Excmo. Sr. D. FRANCISCO [redacted]



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene la siguiente relación de HECHOS PROBADOS:

<<**PRIMERO.-** PROBADOS Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARAN, que Don [redacted], destinado en el momento de producirse los hechos enjuiciados como Cabo Caballero Legionario en el Tercio Don Juan de Austria 3º de la Legión, en Viator (Almería) y Don [redacted], destinado en el momento de producirse los hechos enjuiciados como Caballero Legionario en el Grupo de Artillería de Campaña II de la Legión, encontrándose ambos en la Posición UN4.28 (Abasiya, Líbano) mantuvieron una pelea porque sobre las 2:55 horas, según horario libanés, el día 18 de junio de 2008, el CL [redacted] utilizó de la Sala de internet de la referida Posición el ordenador que inmediatamente antes había sido utilizado por el Cabo [redacted], y como quiera que este último se había dejado su correo electrónico abierto con su contraseña y que a esa hora su novia recibió un mensaje cuyo texto era: "gorda tengo muchas ganas de follarte. Un beso. [redacted]", el referido [redacted] consideró que el autor del mismo había sido el entonces CL [redacted]

SEGUNDO.- PROBADOS Y EXPRESA E IGUALMENTE SE DECLARAN, que, por este motivo, el Sargento D. [redacted] indicó al entonces CL [redacted] que después de que regresara éste de una patrulla sobre las 21.00 horas que fuera a la camareta del Cabo [redacted] porque este quería hablar con él. Una vez allí, el Cabo [redacted] pidió explicaciones a [redacted] de lo sucedido en la sala de internet mientras le mostraba las fotos de su novia y de su perro que tenía pegadas en la pared, negando el entonces CL haber utilizado el messenger del Cabo, mientras se dirigió a la salida de la estancia, momento en el cual el referido Cabo cortó el paso a [redacted], impidiéndole salir de la camareta, produciéndose un forcejeo entre ambos procesados del que

resultó que se echó encima de , cayendo ambos al suelo, agarrando, entonces, el CL del cuello al Cabo, momento este en el que entra en la camareta el Cabo D. , quien, cogiendo a , se lo lleva fuera de dicha camareta.

Como consecuencia de los hechos referidos, el Cabo sufrió una contusión periorbitaria, contusión en el antebrazo derecho y pectoral derecho, y el entonces CL) padeció traumatismo auricular y rotura de tímpano con otorragia.>>

SEGUNDO.- Que la referida Sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

<<Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado, Cabo Don , como autor de un delito de "Abuso de Autoridad" previsto y penado en el primer inciso del artículo 104 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, pena que llevará consigo las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, todo ello de conformidad con los artículos 29, 34 y 104 del Código Penal Militar. En igual forma. DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado, ex CL D. , como autor de un delito de "Insulto a Superior" previsto y penado en el artículo 99.3º del Código Penal Militar a la pena de TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, pena que llevará consigo las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, todo ello de conformidad con los artículos 29, 34 y 99.3º del Código Penal Militar.

Así mismo. DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado, DON , a que abone a DON , en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (2.846,29 euros), todo ello de conformidad con los artículos 109 y 110 del mismo Cuerpo Legal.>>

TERCERO.- Notificada a las partes la anterior Sentencia, el Letrado don Carlos Delgado Cañizares en nombre de don , mediante escrito presentado en fecha 21 de junio de 2013, manifestó su intención de interponer recurso de Casación, el cual se tuvo por preparado mediante Auto de fecha 8 de julio de 2013 del Tribunal sentenciador.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, la Procuradora doña Irene Gutiérrez Carrillo en la representación causídica de dicho recurrente formalizó con fecha 26 de septiembre de 2013 el recurso de Casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del art. 5.4 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial y del art. 24 de la Constitución, denunciándose así la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Se renunció el motivo.

Tercero y Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la no aplicación del art. 21 del Código Penal Militar en relación con el art. 20.4 del Código Penal común y en relación con los arts. 20.4 y 21.1 del Código Penal común.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 35 del Código Penal Militar, del art. 66.1.6 del Código Penal común, en relación con el art. 104 del Código Penal Militar.

QUINTO.- Dado traslado del recurso al Excmo. Sr. Fiscal Togado mediante escrito presentado con fecha 30 de octubre de 2013 solicitó la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación en todos sus extremos de la resolución combatida.

SEXTO.- Admitido y concluso el presente recurso, mediante proveído de fecha 11 de noviembre de 2013 se señaló para la deliberación, votación y fallo, el día 27 de noviembre siguiente, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El Tribunal Militar Territorial Primero en sentencia de 13 de mayo de 2013, condenó a _____ y a _____, por un delito, al primero de ellos de abuso de autoridad del artículo 104 del Código Penal Militar y al segundo de ellos por delito de insulto a superior del art. 99.3º a sendas penas de tres meses y un día de prisión.

Contra la sentencia del Tribunal Militar Territorial la representación del acusado _____ ha interpuesto recurso de Casación que ha sido articulado el primero de ellos por vulneración del derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución; el motivo segundo fue renunciado; los motivos tercero y cuarto por infracción de ley por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21 del CPM en relación con el art. 20.4 del Código Penal común, por un lado, y en relación con los art. 20.4 y 21.1 del Código Penal común por otro; el quinto motivo por infracción de ley al amparo igualmente del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación a _____ del art. 35 del Código Penal Militar, del art. 66.1.6 del Código Penal común, en relación todo con el art. 104 del Código Penal Militar.

SEGUNDO.- 1. El planteamiento del recurso nos lleva al estudio del motivo tercero en el que se denuncia como indebida la inaplicación de la

eximente completa recogida en el nº 4 del artículo 20 de Código Penal porque en el supuesto de ser estimado quedarían vacíos de contenido casacional los restantes motivos con la excepción del último de ellos.

2. Entiende la parte recurrente que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia describen, sin género de dudas, un supuesto de agresión ilegítima que justifica inicialmente el comportamiento de su patrocinado que reaccionó de manera proporcionada sin haber provocado deliberadamente aquella situación.

Efectivamente, refiere que su representado acudió a la estancia del Cabo [redacted]; siguiendo las órdenes impartidas por el Sargento [redacted]; que una vez en aquel lugar el Cabo [redacted] empezó a pedirle explicaciones y a recriminarle por lo sucedido horas antes en el cuarto de Internet. Así las cosas, el Caballero Legionario intentaba marcharse tratando de salir cortándole el paso el Cabo que se lo impedía, produciéndose un forcejeo entre ambos, echándose el Cabo [redacted] encima Legionario cayendo ambos al suelo.

Por ello, entiende el recurrente que, a su juicio, el Tribunal sentenciador debió haber estimado la eximente de legítima defensa en la conducta del Legionario [redacted] en su consecuencia, ahora, denuncia la indebida falta de aplicación del artículo 20.4º del Código Penal.

3. La eximente de legítima defensa, habrá de apreciarse, a tenor de lo establecido en el artículo 20.4º del Código Penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

El primero de ellos es esencial, porque tanto en la eximente completa o incompleta, ha de contarse con el elemento básico de la agresión ilegítima, "factor desencadenante de la reacción del acometido, explicativa de su actuación defensiva e impregnante de la juricidad de su proceder". (Por todas STS-S. 2ª 24.9.92).

De otro lado la agresión ilegítima supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, exigiéndose "un peligro real y objetivo con potencia de dañar" (STS-S2ª 6.10.93). Igualmente ha de ser injustificada actual e inminente, según constante jurisprudencia (por todas STS-S2ª 12.02.93), y por ello, contra agresiones pasadas no cabe legítima defensa porque constituiría un acto de venganza que no tiene cabida ni justificación en el mundo del derecho (STS-S. 2ª 23.02 y 9.07.10).

El segundo de los requisitos exige tanto el ánimo de defenderse como la concurrencia de su necesidad, el primero se excluye por el "pretexto de

defensa" y la ausencia del segundo daría lugar al exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa (STS-S2ª 22.01.01). La defensa, del mismo modo, habrá de ser racional y proporcionada a la agresión. Ello supone la necesidad de la respuesta por quién ha sido injustamente agredido porque el Ordenamiento Jurídico no consiente su paciente vulneración, antes bien, se reconoce la legalidad de su respuesta por el agraviado, de acuerdo con el brocardo "deficiente magistratu, populus est magistratu" (STS-S2ª 1.04.04).

Finalmente, el último de los requisitos, a saber, la falta de provocación por parte del defensor. Esta provocación ha de ser suficiente, bastante y proporcionada a la agresión (STS-S. 2ª 18.12.01).

TERCERO.- 1. A la vista de cuanto antecede el relato de hechos que la sentencia del Tribunal Militar sentenciador declara expresamente probados y al que resulta obligado atenerse de conformidad con lo prevenido con el art. 884.3º de la LECrim., describe la conducta del recurrente en forma sucinta pero fácilmente comprensible:

a) El Cabo [redacted] consideró que el Legionario [redacted] utilizó de la Sala de Internet sobre las **2:55 horas**, según horario Libanés, de la posición [redacted] (Libano), el ordenador que previamente había sido utilizado por el Cabo y que se dejó abierto con su contraseña, y que a esa hora su novia recibió un mensaje cuyo texto era "gorda tengo muchas ganas de follarte. Un beso. Jorge".

b) Que el Sargento [redacted] indicó al Legionario [redacted] que cuando regresara de una patrulla sobre las **21 horas** fuera a la camareta del Cabo [redacted] porque éste quería hablar con él.

c) Que una vez allí el Cabo pidió explicaciones a [redacted] de lo sucedido en la Sala de Internet, negando éste haber utilizado el Messenger del Cabo.

d) Que el Legionario se dirigió a la salida, cortándole el paso el Cabo e impidiéndole salir de la camareta, produciéndose un forcejeo entre ambos del que resultó que el Cabo se echó encima de [redacted] cayendo ambos al suelo, agarrando, entonces, el Legionario del cuello al Cabo.

e) Como consecuencia de los hechos referidos, el Cabo [redacted] sufrió una contusión periorbitaria, contusión en el antebrazo derecho y pectoral derecho, y el entonces Legionario [redacted] padeció traumatismo auricular y rotura de tímpano con otorragia.

2. Del relato de los hechos probados se desprende que el incidente que dio origen a los hechos se produjo sobre las 2:55 horas (según horario libanés) sin que el Cabo dedujera parte alguno o tratara de encauzar lo que a su juicio fue una conducta reprobable a través de los medios que ofrece el Ordenamiento jurídico.

Es de destacar, del mismo modo, que el Legionario [redacted] acató la indicación del Sargento [redacted] de que cuando regresara de patrulla

(sobre las 21 horas) fuera a la camareta del Cabo deseaba hablar con él.

Cuando [redacted] acude a presencia del Cabo, éste comienza a recriminarle la conducta que había tenido en la Sala de Internet horas antes, mientras que aquél la negaba y trataba de salir del lugar donde se encontraban, impidiéndoselo el Cabo. Como consecuencia de ello se produjo un forcejeo entre ambos durante el cual el Cabo se echó encima de cayendo los dos al suelo "agarrando, entonces, el Legionario del cuello al Cabo", según ha declarado probado el Tribunal de instancia.

La conducta del Cabo [redacted] que impidió la salida de la camareta del Legionario [redacted]; dando lugar con ello al forcejeo mantenido por ambos anudado a la circunstancia del hecho de echársele encima y que motivó la caída de ambos, ello supone una acción injustificada, esto es, una agresión ilegítima entendida como toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes (STS-S. 2ª 21.07.07). Así pues concurre el primero de los requisitos que exige la legítima defensa.

Tampoco de los hechos probados puede predicarse que el Legionario provocara el incidente. En efecto, el suceso acaecido en la sala de Internet, tuvo lugar a las 2:55 horas, y el segundo, bastante tiempo después, sobre las 21 horas. Por su parte, [redacted] trató de salir de la habitación y su reacción no parece que pueda tildarse de improcedente ni tampoco cuestionarse el ánimo de defensa ni la necesidad de defenderse. Su respuesta se produjo ante una agresión actual sin efectos extensivos ni intensivos.

Efectivamente, de los hechos probados no se desprende que nos encontremos ante un caso de riña mutuamente aceptada porque forcejear tan solo supone "hacer fuerza para vencer su resistencia" (STS-S. 2ª 18.12.01).

La lectura del *factum* sentencial no describe "el compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista" (STS-S. 2ª 21.11.07) que implica la riña mutuamente aceptada. En el presente caso, el elemento esencial del forcejeo fue la injustificada conducta del Cabo descrita en los hechos probados. Y a este respecto, es preciso tener en cuenta, constante jurisprudencia, que la situación de riña no exonera a los Jueces de averiguar la génesis de la agresión y de determinar quien o quienes la iniciaron, a los efectos de evitar que pueda aparecer como componente de la riña quien no fue mas que agredido, limitándose a repeler la agresión (STS-S 2ª. 13.03.03).

Por las razones expuestas, es menester estimar que fue el Cabo con su actitud poco razonable, inesperada e injusta, el que dio lugar al forcejeo, de modo que reconocemos que el Caballero Legionario [redacted]; hizo poco más que tratar de repeler la agresión de que fue objeto sin fundamento razonable alguno en aquel momento, y que explica las lesiones sufridas por el Cabo, a saber, "contusión periorbitaria", "contusión en el antebrazo derecho y pectoral derecho", mientras que las padecidas por el

Legionario consistentes en "traumatismo auricular y rotura de tímpano con otorragia" difícilmente tienen encaje en el forcejeo ni en la ulterior caída, como se colige del Fundamento de Derecho Segundo apartado f) de la sentencia que recoge la manifestación en el acto de la vista de la perito médico forense de la Clínica Médico Forense de Madrid.

3. En consecuencia, debe apreciarse en la conducta de [redacted] la concurrencia de la eximente de legítima defensa y, por tanto, la infracción de ley denunciada. Procede, pues, la estimación del motivo, lo cual hace innecesario el examen del posible fundamento de los restantes, excepción hecha del último.

CUARTO. 1. El motivo quinto se formaliza al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECrim., por indebida aplicación a don [redacted] ez del art. 35 del Código Penal Militar, del art. 66.1.6 del Código Penal, en relación con el art. 104 del Código Penal Militar, tanto respecto de la real y efectiva valoración de los criterios a tener en cuenta para la determinación de la pena, como en lo que concierne a la exteriorización de las razones tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador a la hora de su individualización.

2. Es constante la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del art. 35 del Código Penal Militar y de las circunstancias que recoge el precepto, que exige tener en cuenta la personalidad del culpable, su graduación, función militar, naturaleza de los móviles que le impulsaron, gravedad y trascendencia del hecho en sí y su relación con el servicio o el lugar de su perpetración y la condición de no profesional del culpable, a los efectos de la graduación e imposición de la pena, exigiéndose un razonamiento de los mismos derivado del deber de motivación de las resoluciones judiciales; esto es, la atribución que se hace a los Tribunales para la fijación de la pena no constituye una especie de libre y omnímodo arbitrio, sino de discrecionalidad reglada o jurídicamente vinculada, en palabras de nuestra sentencia de 29 de septiembre de 2000, dentro de la cual los conceptos y elementos que la ley establece para la aplicación de la pena constituyen normas de estricta observancia, conforme a pautas o patrones de valoración que deben ser explicitados racionalmente por el órgano sentenciador, a fin de que la tutela judicial no sea sólo nominal o teórica sino real y efectiva, por lo que el Tribunal ha de explicar razonadamente el discurso intelectual seguido para llegar a la conclusión final, el *quantum* de la pena impuesta.

La vía casacional elegida -infracción de Ley en lugar de quebrantamiento de forma-, determina que la Sala deba verificar exclusivamente si el Tribunal sentenciador ha incurrido en "*error iuris*"; esto es, si la pena impuesta además de corresponder al marco legal, ha sido individualizada en correcta aplicación de los conceptos establecidos en el reiterado art. 35 CPM, y resulta por ello proporcionada a la culpabilidad, o bien se ha incurrido en cuantificación por defecto como se denuncia, por errónea acomodación de aquellos conceptos a los hechos procesales según consta en la relación probatoria, que resulta inamovible dado el cauce casacional utilizado.

3. Pues bien, la sentencia que ahora se recurre razona de manera suficiente, sin que se haya acudido a la fórmula estereotipada o calcada que puede ser utilizada en todo tipo de supuestos y que ha sido objeto de censura por esta Sala en múltiples ocasiones.

Así pues, resulta adecuada y equilibrada la proyección verificada por el Tribunal de instancia, en primer lugar porque el art. 35 es un precepto general, que atribuye al Juzgador de instancia la facultad de imponer la pena correspondiente en la extensión que estime "adecuada" correspondiendo al mismo hacer una valoración en conjunto, de los factores concurrentes en el delito y en el culpable para hallar la adecuada proporción entre la concreta especificación de la infracción y la extensión de la pena que procede imponer y en segundo lugar, porque la individualización de la pena efectuada por el Tribunal sentenciador está razonada tal como exige el mencionado precepto.

Se desestima el motivo.

QUINTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** por el motivo **TERCERO**, al recurso de Casación por Infracción de Ley interpuesto por don [redacted], contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2013, dictada por Tribunal Militar Territorial Primero en causa seguida al mismo por delito de insulto a superior, previsto y penado en el artículo 99.3º del Código Penal Militar; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte al citado Tribunal Militar a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Luis Calvo Cabello.- Francisco Menchén Herreros.- Benito Gálvez Acosta.- Clara Martínez de Careaga y García.- Francisco Javier de Mendoza Fernández.- Rubricados.

