

Roj: **STS 648/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:648**Id Cendoj: **28079150012015100027**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/02/2015**Nº de Recurso: **61/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN PENAL**Ponente: **ANGEL CALDERON CEREZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil quince.

Visto el presente Recurso de Casación 101/61/2014 que ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela, en la representación procesal que ostenta de la Sargento de Artillería D^a María Inmaculada , frente a la Sentencia de fecha 24.09.2014 dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en la Causa nº 51/05/2012, mediante la que se absolvió al acusado Capitán de Artillería D. Erasmo del delito de "Abuso de autoridad", previsto y penado en el art. 106 del Código Penal Militar . Han sido partes recurridas el Excmo. Sr. Fiscal Togado y dicho acusado representado por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez; y han concurrido a dictar Sentencia el Presidente y los Magistrados antes mencionados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Angel Calderon Cerezo, Presidente de la Sala, quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" **PRIMERO.** - El hoy procesado, Capitán D. Erasmo , ocupaba el destino de Jefe de la 2ª Batería del GACA I/93, del RACA 93, con guarnición en la Base de Los Rodeos en San Cristóbal de La Laguna (Tenerife) durante el año 2011, aunque solamente desempeñó tales funciones de modo efectivo, a partir de noviembre de dicho año, en que regresó de Afganistán, donde formó parte del contingente español desplegado en Qala i Naw. El Capitán Erasmo es un Oficial bien conceptuado por el Mando de su Unidad y al que sus propios subordinados califican de perfeccionista y muy exigente, tanto con ellos, como con él mismo.

Durante el tiempo que el Capitán Erasmo ha ostentado el mando de la 2ª Batería ha sido algo habitual en él que en las relaciones con todos sus subordinados, sin distinción de empleo ni de sexo, utilizara en exceso el conocido en términos coloquiales como "lenguaje cuartelero", con recurso frecuente a expresiones malsonantes y poco agradables y uso de símiles soeces para explicar las cosas. Ese modo de hablar lo utilizaba con todos sus subordinados por igual, sin hacer distinción entre ellos por razón de su empleo ni por razón de su sexo, de manera que lo mismo usaba ese tipo de expresiones con la Teniente Jefe de Sección que con todos los Suboficiales y artilleros de su unidad, en la creencia de que al hacerlo así era más fácil la comprensión de sus instrucciones, al utilizar un lenguaje más cercano a sus subordinados. Entre las expresiones normalmente utilizadas por el Capitán se cuentan frases como las siguientes: "deja de hacerte pajas", "no te hagas pajas mentales", "no tienes ni puta idea", "inútil", "espabila", "ponte las pilas" o "solo sabes que la pieza está pintada de verde". Igualmente, en repetidas ocasiones, para captar la atención del personal, el Capitán Erasmo dirigía a sus subordinados expresiones como la de que "el percutor de guerra era como una polla empalmada y que el de instrucción era como una polla flácida", por similitud con la forma del percutor de guerra y de instrucción respectivamente, o "que debían tatuarse la polla de manera que en reposo se leyera la palabra perra y cuando se empalmara, se pudiera leer percutor de guerra". Otras veces manifestaba también que los que no hacían las PAEF eran los gordos, los "cafarnas" y los que simulan lesiones y hacía referencia a la necesidad de perder peso, utilizando expresiones como "No quiero gordos ni gordas en mi Batería", "menos abrir la nevera" o "estás



gordo", dirigiéndose en concreto a algún miembro de su Unidad. También era habitual que utilizara expresiones, dirigidas genéricamente a los mandos, con frases como "vergüenza os debería dar poner la mano al final de mes para cobrar", "¿os gusta ir al cajero y tener dinerito por la cara?" o "no estáis siendo un ejemplo para la tropa".

Todo este tipo de expresiones y palabras malsonantes y símiles soeces y vulgares, ciertamente desafortunados, los utilizaba frecuentemente no sólo para explicar las cosas y dar instrucciones, sino que era también algo habitual que los usase para recriminar a sus subordinados por incorrecciones leves relativas al servicio, tanto delante de otros miembros de la Unidad, si lo consideraba necesario, como en privado. Los mandos y artilleros de su Batería no apreciaban en general este lenguaje pero, aunque no les gustase, no daban, salvo excepciones, mayor importancia a ello, por no apreciar un ánimo ofensivo en el lenguaje del Capitán.

En el contexto que ha quedado reflejado, algunas de estas frases han tenido también como destinataria a la Sargento denunciante, D^a María Inmaculada . Concretamente, el 17 de febrero de 2012, en una reunión con Suboficiales de su Batería que tuvo lugar en el despacho del Capitán, éste, ante una pregunta que le formuló la Sargento, se dirigió a ella diciéndole: "deja de hacerte pajas; no, mejor, como tú eres mujer deja de hacerte dedillos y piensa". En esa misma reunión la expresión "deja de hacerte pajas" se la dijo también el Capitán a otros Suboficiales. Del mismo modo, en otra ocasión, a finales de abril del mismo año, en la formación matinal de la Batería, el Capitán preguntó a varios mandos, entre ellos la Sargento, en relación a unas clases teóricas que debían impartir a la tropa, si se las había preparado, y ante su respuesta afirmativa, le replicó: "sí claro, seguro que te lo has mirado, como yo cuando me leo la etiqueta del champú cuando cago". Igualmente, a principios de abril, después de pedir permiso la Sargento para acudir al Botiquín y solicitar autorización médica para tomar parte en las pruebas de unidad, dado que en aquel momento su situación era la de rebajada de gimnasia individual y después de decir al Capitán que era capaz de realizar la prueba en el tiempo establecido por el mando, aquél repuso que: "mi batería es la mejor y tendrás que entrar en el mismo tiempo que entra todo el personal y no más tarde, aunque sea en tiempo. Tu supones un lastre para la Batería así que vete a Botiquín y que te rebajen."

SEGUNDO .- El 28 de febrero de 2012 durante un ejercicio de instrucción nocturna en el que la Batería realizaba una acción de fuego ficticio, siendo la Teniente Enriqueta jefe de línea de piezas, como quiera que el Capitán no se hubiera percatado de haber escuchado el ruido característico y peculiar que se produce al quitar el seguro de los obuses del 105/14, quiso asegurarse de que así se hubiera efectuado en la pieza que mandaba la Sargento María Inmaculada , en el otro extremo del despliegue. Para ello y al encontrarse el Capitán a una cierta distancia de la pieza de la Sargento, en el otro extremo del despliegue, alzó la voz y gritando le preguntó "¿Has quitado el seguro de la pieza?" y al contestar la Sargento que el sirviente de la misma era el Soldado Franco , aquél replicó: "no sabes nada, lo único que sabes es que la pieza está pintada de verde, tiene que contestar un Soldado por ti."

TERCERO .- El 5 de marzo de 2012 la Sargento desempeñaba la función de Sargento de Cuartel de su Batería, y en la formación de Bandera, a las 07:50 horas, dio novedades al Capitán de que en esos momentos faltaban dos soldados que no habían comunicado el motivo de su falta. Preguntada por el Capitán dónde estaban, si habían comunicado el motivo de su falta o, en su caso, qué intentos había hecho para su localización, la Sargento no supo contestar. Ante esto el procesado, delante de los mandos de la 1^a y 2^a Baterías y con éstas formadas, profirió hacia la Sargento en un tono perfectamente audible para algunos de los asistentes las expresiones: "inútil, no tienes ni puta idea, ponte las pilas, ¿para que coño te quiero, si no sabes ni siquiera alinear una formación.?" Pasados unos veinte minutos y ya formado todo el personal a las órdenes del Capitán, éste preguntó a la Suboficial denunciante el porqué de no haber pasado revista, recriminándola a renglón seguido con que: "no me sirves, no sé cómo eres Sargento, te voy a arrestar" y reiterándole varias veces, " María Inmaculada , ¿te debería meter 4 días?, ¿sí o no?".

CUARTO .- El 7 de marzo de 2012 la Batería se disponía a partir para una Instrucción Continuada (ICON) a las 08:30 horas con dos vehículos ligeros y dos pesados, que saldrían desde la explanada del Acuartelamiento. La Sargento María Inmaculada , cumpliendo con su deber como Sargento de Cuartel, procedió a embarcar la última, para llevar la cuenta del personal. Para poder subirse al camión por su parte trasera con el portón cerrado, pidió al Soldado D. Carlos Francisco , que se encontraba ya subiéndose al vehículo, que bajase para ayudarle porque le dolía una rodilla. Al encaramarse ella para subirse al camión, éste inició de repente la marcha, tras sonar el claxon, y antes de que la Sargento se hubiera podido subir, por lo que la Suboficial se soltó del mismo, cayendo sobre las punteras de los pies y haciéndose daño en las rodillas. Tras ello, la Sargento y el soldado anduvieron un pequeño trecho detrás del camión, pero al ver que este y el resto de los vehículos del convoy ganaban distancia, sin esperarles, dejaron de hacerlo, decidiendo la Suboficial dirigirse al Botiquín, ordenando al soldado Carlos Francisco que le acompañara. En el patio de armas se toparon con la Sargento Dulce , que la vio compungida y a quien relató que se había caído del camión. Una vez en el Botiquín



de la unidad, a la Sargento se le colocó hielo en las rodillas y se le recomendó que acudiera a la entidad que le correspondía, algo que hizo la Sargento, que llamó a sus dos hermanos para que la llevaran en coche al Centro Médico Santa Cruz Adeslas. Después de ser atendida en dicho Centro, la Sargento María Inmaculada efectuó desde el vehículo una llamada telefónica a su Capitán con el sistema de manos libres activado. En el transcurso de dicha conversación telefónica el procesado, visiblemente enfadado, dirigió a la Sargento reproches del tenor, "eres una inútil, no te da vergüenza lo que estás haciendo, eres peor que un soldado renegado de Infantería, no me importa que estés grabando", diciéndole al mismo tiempo que fuera al Botiquín del BHELMA VI para que le hicieran un diagnóstico. Allí fue reconocida por el Capitán Médico Clemente, quien diagnosticó traumatismo en ambas rodillas por caída accidental. Finalmente, en el transcurso de la ICON, al menos en una ocasión, dentro de la tienda modular, el Capitán profirió en alta voz y ante algún mando: "¡Lo que faltaba, la Batería tiene una Sargento que se cae de los camiones y que encima le dan ataques de ansiedad!".

En relación con estos hechos, la Sargento presentó parte inicial de baja el 8 de marzo, por traumatismo en ambas rodillas, autorizado por la Doctora Remedios, permaneciendo en esta situación hasta el 19 del mismo mes, en que presenta un parte de alta acompañando informe del doctor Jaime, especialista en traumatología, en el que se hacía constar que la paciente presentaba una "condropatía incipiente de ambas rodillas", por lo que se la remitía a rehabilitación y aconsejaba rebajarla de actividades físicas. A la vista de lo cual los Servicios Sanitarios del RACA 93 aconsejaron su alta con rebaje de gimnasia, permitiéndosele ésta a título individual, según las disposiciones de rehabilitación, e instrucción hasta el 2 de abril. El 26 de marzo la Sargento se personó en el Botiquín, refiriendo encontrarse mejor e interesando el cese del rebaje de instrucción. Continuó rebajada de gimnasia individual hasta el 1 de junio de 2012, en que recibió el alta sin restricciones para el servicio, habiendo finalizado la rehabilitación.

QUINTO .- Con posterioridad a la reincorporación de la Sargento María Inmaculada a su Unidad en las condiciones que han quedado expuestas en el apartado anterior, el Capitán Erasmo se dirigió a ella en varias ocasiones, en distintas fechas del mes de abril, para preguntarle sobre su situación. En una de ellas, delante de la formación de la unidad, el Capitán le preguntó "¿sigues de baja, estas rebajada o no?; ¿Qué coño te pasa; qué coño es eso de que tienes que llevar un papelín al Botiquín?". En otra ocasión posterior volvió a preguntarle de nuevo si estaba rebajada, cuestionando ante el personal que estuviera lesionada, diciéndole que se dejara de inventar cosas y de traer papelitos del acupuntor. Ordenando entonces al Cabo de Cuartel que la apuntara en el libro de Botiquín de la Batería. La Sargento hizo saber al Capitán que ya estaba apuntada en el libro específico para mandos que había en el Botiquín de la unidad, dado que los mandos no se apuntaban en el libro de botiquín de la Batería, insistiendo aquél en su orden, cumplimentando el Cabo finalmente lo indicado. A partir de una fecha que no se ha podido determinar, los Suboficiales se apuntan en dicho libro, práctica que continúa en la actualidad.

En una nueva ocasión, a finales del mismo mes de abril, y tras haber finalizado una carrera continua con su Batería, el Capitán volvió a recriminar a la Sargento diciéndole expresiones como "¿Hasta cuándo vas a seguir echando cara a lo de la rodilla?, ¿en dos años no te ha dado tiempo a ponerte en forma? ¡Que si tienes que ir a rehabilitación, que si te duele una rodilla! Por último, también a finales de abril de 2012, durante una charla que el Capitán impartía al personal de su Batería en el hangar de piezas, sobre las 10:15 horas, se dirigió a la Sargento María Inmaculada, de nuevo de forma audible para otros, afirmando que no era "un ejemplo de Suboficial, porque le echaba mucha cara", al mismo tiempo que se golpeaba a sí mismo con la palma de la mano abierta en la mejilla ...".

SEXTO .- El día 6 de marzo de 2012, la Sargento María Inmaculada acudió al botiquín sobre las 09:30 horas, una vez concluida la instrucción física, acompañada por la también Sargento Bureo, a la que había encontrado accidentalmente y que la había encontrado muy nerviosa. Ya en la dependencia, el Capitán Enfermero Carlos Antonio la encontró en lo que calificó de estado de ansiedad, atribuido por la Sargento al hecho de que el Capitán, que no se encontraba ese día presente en la Unidad, la humillaba. En conversación poco después con la Teniente Enriqueta y ante la extrañeza de la Oficial por el estado de decaimiento de la Sargento precisamente un día en el que el Capitán Erasmo no se encontraba en la Unidad, la denunciante le reconoció que quizás hubiera influido en su estado el hecho de que estaba en esos momentos con la menstruación, su padre había tenido una recaída en la larga enfermedad que padecía y las cosas no iban bien con su pareja, el también Sargento de la 1ª Batería D. Cosme. Con posterioridad la Comandante Médico Ignacio consideró que la Sargento se encontraba bajo una crisis nerviosa que no alcanzaba el grado de crisis de ansiedad, sin que haya quedado acreditado para este Tribunal que hubiera sido debido exclusivamente a la actitud del Capitán, pudiendo haber influido otras circunstancias personales de la denunciante.

Como se hizo constar ya en los antecedentes de hecho, la representación letrada de la Sargento María Inmaculada, ha presentado ampliación de la documentación médica obrante en autos, que ha quedado incorporada a las actuaciones, entre la que figuran fotocopias simples del Informe del Centro Médico del



MACAN de 8 de junio de 2014, cuyo Servicio de Psiquiatría manifiesta que la baja de la sargento María Inmaculada es procedente por la interferencia de sus alteraciones psicopatológicas, estableciendo que debe acudir a revisión en 3 meses, del informe de Urgencias del Hospital Quirón de 8 de marzo de 2014, en que se diagnostica crisis de ansiedad y receta de varios medicamentos por parte el Médico Neuropsiquiatra D. Tomás del 4 de junio de 2014. Dado que los hechos imputados al procesado concluyeron en abril de 2012, después de transcurridos dos años, no es posible establecer una relación de causalidad entre la patología que refieren tales informes y los hechos de autos.

SÉPTIMO .- El Tribunal no considera probados los siguientes hechos que han sido objeto de acusación:

- Que el día 17 de febrero de 2012, al replicar la Suboficial que ella no se hacía dedillos, el procesado la corrigiera diciendo: "quien coño eres tú, no me contestes que aquí solo hablo yo".

- Que el procesado llamara "inútil" a la Sargento María Inmaculada durante el incidente ocasionado por el seguro de una pieza en la instrucción nocturna del día 28 de febrero de 2012. Ninguno de los testigos recuerda esa expresión.

- Las frases imputadas al Capitán en una reunión el 5 de marzo en el despacho de su Batería. Ninguno de los Sargentos D. Argimiro , D. Ezequiel y D. Marcelino recuerda haber oído dichas frases. El único Suboficial que reconoce haber oído alguna vez alguna expresión semejante es D. Valentín , pero no puede concretar en qué ocasión.

- Que el Capitán dijera a la Sargento que se limpiaba el culo con el papel del fisioterapeuta.

- Las expresiones despectivas hacia la promoción a la que pertenece la Sargento. De la numerosa testifical practicada no se desprende que se llegaron a pronunciar por el procesado.

- Que hacia mediados de abril, en la zona de la Avioneta, el Capitán dijera a la Sargento "venga contesta aquí, delante de todo el mundo, para que se enteren y vean la clase de mando que eres. Que esto es como las putas, que no quieren que se la metas hasta que llegas a un acuerdo con ellas y las pagas". Sólo el Sargento Valentín afirmó en el acto de la vista haber oído la expresión relativa a las putas.

- Que hacia finales de abril, en el transcurso de la carrera continua, el Capitán se dirigiese a la sargento con frases como "gorda, tienes que dejar de comer, menos abrir la nevera, vergüenza te debería dar poner la mano a fin de mes para cobrar; ¿te gusta ir al cajero y tener el dinerito por la cara?. No resulta de la testifical practicada.

- Las amenazas del Capitán a los mandos de su Unidad para que no se presentasen voluntarios a la misión de Afganistán. Los testimonios de numerosos testigos niegan ese hecho."

SEGUNDO.- Expresada Sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

" **FALLAMOS** : Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** con todos los pronunciamientos favorables al Capitán D. Erasmo del delito de "abuso de autoridad" tipificado y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar por el cual venía siendo acusado en la Causa nº 51/05/12".

TERCERO.- Notificada que fue la sentencia a las partes, el Letrado D. Antonio Suárez-Valdés González en nombre de la Sargento Sra. María Inmaculada y según escrito de fecha 08.10.2014 anunció la intención de interponer Recurso de Casación contra dicha Sentencia, el cual se tuvo por preparado según Auto de fecha 13.10.2014 del Tribunal sentenciador.

CUARTO.- Personada ante esta Sala la parte recurrente, representada por el Procurador D. José Javier Freixa Iruela, y mediante escrito de fecha 21.11.2014, formalizó el Recurso anunciado en base a los siguientes motivos:

Único.- Por infracción de ley penal sustantiva, que autoriza el art. 849.1º LECrim ., denunciando indebida inaplicación del art. 106 del Código Penal Militar .

QUINTO.- Dado traslado al Excmo. Sr. Fiscal Togado, mediante escrito de fecha 23.12.2014, solicitó la desestimación del anterior motivo casacional.

SEXTO.- Dado traslado a la representación causídica del Capitán acusado, esta parte mediante escrito de fecha 26.01.2015 solicitó igual desestimación.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 03.02.2015 se señaló el día 11.02.2015 para la deliberación, votación y fallo del presente Recurso, acto que se celebró con el resultado que se recoge en la parte dispositiva de esta Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Por la vía casacional de infracción de Ley penal sustantiva que autoriza el art. 849.1º LECrim ., se denuncia por la acusación particular indebida inaplicación del art. 106 del Código Penal Militar , que tipifica el delito de Abuso de autoridad con trato degradante.

El presente recurso se deduce frente a Sentencia absolutoria dictada en la instancia por el Tribunal Militar Territorial, por lo que en consecuencia la parte recurrente en el único motivo que aduce, se atiene a la relación de hechos probados que en aquella se declaran y que ahora resultan inamovibles y vinculantes, pretendiéndose por esta parte que la Sala efectúe a partir de dicho sustrato factual nueva subsunción de los hechos con el resultado de dictar una Sentencia en sentido condenatorio.

La problemática que suscita revisar Sentencias absolutorias con ocasión de interponer recurso ante un Tribunal superior, sustituyéndolas por otras condenatorias o en las que, con carácter general, se empeore la situación del acusado, ha originado copiosa jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como del Tribunal Constitucional, de esta Sala Quinta y también de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. En efecto, la primera y sucesivas Sentencias del Tribunal Constitucional, 167/2002, de 18 de septiembre; 88/2013, de 11 de abril; 157/2013, de 23 de septiembre; 184/2013, de 4 de noviembre; 195/2013, de 2 de diciembre; 205/2013, de 5 de diciembre; y 105/2014, de 23 junio, traen causa de la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que el respeto de la garantía que representa el derecho al juicio justo o proceso equitativo (con todas las garantías según art. 24.2 CE), exige que la condena producida en segunda instancia como consecuencia de una nueva apreciación de los hechos establecidos por el Tribunal de instancia, en base a la valoración por éste de prueba de naturaleza personal, sometida a los principios de inmediación contradicción, tenga lugar tras la práctica de la prueba de la misma clase en que sea posible su examen directo y personal por el Tribunal de segundo grado. Teniendo declarado el Tribunal Europeo con sede en Estrasburgo, que en estos casos en que con ocasión del recurso se deba estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, resulta preciso que el Tribunal de "apelación" lleve a cabo un examen directo y personal del acusado y de los testimonios presentados por él, en el seno de una nueva audiencia en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH 26.05.1988, "caso Ekbatani c.Suecia"; 09.07.2002, "caso P.K. c.Finlandia" y 18.10.2006, "caso Hermi c.Italia" (vid STC 105/2014),

Nuestra jurisprudencia contenida, entre otras, en Sentencias recientes 31.10.2013; 20.12.2013; 16.03.2014 y 14.05.2014, asume lógicamente y se atiene a la doctrina constitucional así recibida (vid. art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en términos análogos a la fijada por la Sala 2ª de este Tribunal Supremo en recientes Sentencias 241/2014, de 3 de marzo; 247/2014, de 3 de abril; y 653/2014, de 7 de octubre. Según la cual, la variación de la absolución o el empeoramiento de la situación declarada en la instancia en base a prueba de naturaleza personal, requiere nueva práctica de las pruebas de esta clase en condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, y, en todo caso, la previa audiencia del acusado por el órgano jurisdiccional "ad quem". Doctrina que si bien se formuló en un primer momento (STC 167/2002) respecto del recurso de apelación, en la actualidad resulta también aplicable respecto del recurso extraordinario de casación, a pesar de que en este trance no está prevista práctica de cualquier actividad probatoria, ni existe espacio procesal que autorice la audiencia del acusado absuelto en la instancia (vid. nuestra Sentencia 14.05.2014).

Como decimos en nuestra Sentencia que se acaba de citar, es cierto que la expresada doctrina no es de aplicación a los supuestos en que, manteniéndose intactos los hechos probados de la instancia, la cuestión se reduzca a la subsunción de los mismos hechos en la norma penal que se considera infringida en términos de debate solo jurídico (vid. nuestra Sentencia 24.02.2014), y que cabe la revaloración de las inferencias ilógicas, erróneas o inverosímiles y, en general, las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de enjuiciamiento que no estén sustentadas en pruebas personales (vgr. prueba documental e informes periciales documentados).

SEGUNDO.- En aplicación al caso de la anterior doctrina, sintéticamente expuesta, resulta que el Tribunal "a quo" ha expresado en la narración fáctica probatoria su convicción sobre los hechos que declara probados en base a la ponderación de prueba personal representada por la audiencia de veintiún testigos, las declaraciones del acusado y de la denunciante más los informes periciales médicos obrantes en las actuaciones y los aportados en el acto del juicio oral. La valoración de este acervo probatorio, en términos de insustituible inmediación, autoriza al Tribunal de los hechos a sostener como presupuesto de su criterio absolutorio que las expresiones que el acusado dirigió en cada caso a la Sargento denunciante, sobre cuya repulsa es preciso insistir, se produjeron en el contexto de un inaceptable entendimiento del ejercicio del mando al frente de determinada Unidad militar, respecto de la denunciante y también con carácter generalizado respecto del resto de los mandos que de él dependían (una Teniente y varios Suboficiales) y de los soldados de la Unidad, con la intención de corregir lo que consideraba defectuosa y mejorable observancia de las obligaciones del servicio; excesos verbales que el Tribunal "a quo" consideró de no suficiente entidad a efecto de integrar el concepto de trato degradante; que solo produjeron a la hoy recurrente como menoscabo psíquico el padecimiento



de "una crisis nerviosa que no alcanzaba el grado de crisis de ansiedad, sin que haya quedado acreditado para este Tribunal que hubiera sido debido exclusivamente a la actitud del Capitán, pudiendo haber influido otras circunstancias personales de la denunciante" (Hecho probado Sexto). Finalmente, tampoco se consignó como probado que la denunciante hubiera experimentado los sentimientos de temor, humillación, vejación o envilecimiento inherentes al concepto jurídico penal de trato degradante.

Como decimos, las anteriores apreciaciones del Tribunal sentenciador no pueden tacharse de ilógicas, arbitrarias, inverosímiles o absurdas y, en todo caso, descansan en una valoración de prueba esencialmente personal cuyo resultado depende de la percepción sensorial del testimonio regido por el principio de inmediación.

TERCERO.- Reiteramos que los hechos probados se sustentan en una determinada valoración de la prueba personal, testifical sobre todo, con arreglo a la cual se concluye en la Sentencia recurrida en el sentido de carecer los mismos de entidad para integrar el delito que se mantiene por la acusación particular, única parte acusadora, ello sin perjuicio de otras responsabilidades contraídas por el acusado destacadamente en el ámbito disciplinario propio de las Fuerzas Armadas.

La acusación recurrente pretende obtener una nueva calificación de los hechos en base a consideraciones jurídicas de carácter general, con las que no podemos sino estar de acuerdo en la medida que forman parte de nuestra jurisprudencia, recibida tanto del TEDH a propósito de la interpretación del art. 3º del Convenio Europeo de 04.11.1950, como del Tribunal Constitucional, pero que no podemos compartir en cuanto se enfrenta a los hechos establecidos en la instancia como resultado de aquella apreciación de la prueba testifical y pericial.

Conforme a dicha jurisprudencia reiterada en nuestras Sentencias 03.05.2006 ; 10.07.2006 ; 05.12.2007 ; 18.11.2008 ; 21.10.2009 ; 23.09.2011 ; 19.11.2012 y 28.05.2013, entre otras, debe considerarse que constituyen trato degradante los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación y de la dignidad personal o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen al sujeto paciente con afectación de la dignidad humana, los cuales han de revestir un mínimo de gravedad cuya apreciación es cuestión no exenta de relativismo por su propia naturaleza, y de circunstancialidad en función del conjunto de los datos objetivos que concurren en el caso y de los subjetivos o personales de la víctima. Especialmente debe tomarse en consideración la duración de los malos tratos y sus efectos físicos o mentales, y, a veces, los datos relativos al sexo, la edad o el estado de salud de la víctima; debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarlas, de envilecerlas y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral.

De nuestra jurisprudencia forma parte también la especial protección de la dignidad personal y la integridad moral de los miembros de los Ejércitos, sometidos al rigor de las situaciones de sujeción especial que se deriva del estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y correlativa subordinación proyectan sus efectos de modo permanente y en cualquier circunstancia, para hacer realidad las previsiones que se contienen tanto en la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, cuyo art. 4, regla Quinta, establece que el militar "ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflicto armado. La dignidad y los derechos inviolables de las personas son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos ni someterán a otros a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos".

De forma análoga se pronuncia el art. 11 del RD 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, y el art. 3 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que, como no puede ser de otro modo, reconoce a los militares la titularidad del conjunto de los derechos esenciales, de los que forma parte el art. 15 CE, según el cual "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Como hemos visto en el relato probatorio el Tribunal de instancia descarta que los hechos revistan la entidad necesaria, para su consideración como abuso de autoridad delictivo, a partir de la valoración de aquel acervo probatorio de naturaleza personal que la Sala no puede revalorar sin infringir las mencionadas garantías del proceso debido.

No obstante la procedente confirmación de la Sentencia recurrida, ello no excluye que la anterior conducta protagonizada por el Capitán Erasmó, respecto de sus subordinados en general y de la Sargento María Inmaculada en particular, sea objeto de valoración en la vía disciplinaria propia de las Fuerzas Armadas, por si hubiera lugar a extraer consecuencias sancionadoras de estos hechos.

CUARTO.- 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

Debemos desestimar y desestimamos el presente Recurso de Casación 101/61/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela, en la representación procesal que ostenta de la Sargento de Artillería D^a. María Inmaculada , frente a la Sentencia de fecha 24.09.2014 dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en la Causa nº 51/05/2012, mediante la que se absolvió al acusado Capitán de Artillería D. Erasmo , del delito de "Abuso de Autoridad" previsto y penado en el art. 106 del Código Penal Militar . Sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO SR. D. Jacobo Lopez Barja de Quiroga, A LA SENTENCIA DE FECHA 17 DE FEBRERO DE 2015 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL Nº 101-61/2014

Con todo respeto para la decisión de la mayoría, que ha considerado procedente la desestimación del recurso de casación interpuesto por la acusación particular, he de manifestar mi discrepancia en el presente voto particular.

1. Parto de la base de que se trata de un recurso contra una sentencia absolutoria y que en nuestro Derecho la estimación de un recurso contra la misma es sumamente difícil, precisamente porque no existe en el ordenamiento penal la doble instancia y, naturalmente, todo acusado tiene derecho a ser oído por los jueces que le pueden condenar. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que el acusado sea oído por los juzgadores del recurso. Igualmente, rige -como no podía ser de otro modo- el principio de inmediación, lo que conlleva una completa inmediatez entre la prueba y el Tribunal que va a apreciarla. Esto es absoluto en relación con las pruebas de carácter personal, pues los jueces del recurso no han visto ni oído la prueba personal que se ha desarrollado ante el Tribunal de instancia. De ahí, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no permita que exista cambio alguno en los hechos declarados probados.

Pues bien, partiendo de esas premisas, a mi juicio, el presente caso es un supuesto paradigmático en el que el Tribunal del recurso, sin realizar alteración alguna del hecho probado, puede, sin embargo, anular la sentencia recurrida y estimar el recurso con la consiguiente condena del acusado. La razón se encuentra en que todo se reduce a una cuestión jurídica: los hechos que el Tribunal de instancia declara probados, ¿pueden ser subsumidos en el tipo penal por el que se acusa al acusado? A nuestro juicio, la respuesta afirmativa se impone sin duda alguna. No es preciso realizar alteración ni integración alguna, pues en tales hechos ya son constatables los elementos del delito por el que se acusa, esto es, el delito de abuso de autoridad previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar .

2. El art. 106 del Código Penal Militar establece que «el superior que tratase a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión». En el caso de autos la cuestión se centra en la actuación de un Capitán respecto en concreto de una Sargento, por lo que sobre el elemento de superior e inferior no hay duda alguna. Así pues, la cuestión se centra en si el trato al inferior es «degradante o inhumano» y, de estos dos supuestos, más específicamente en si el trato infligido ha sido degradante.

El trato degradante es un elemento normativo del tipo, en tanto que precisa de un juicio de valor en relación con los hechos; y, evidentemente, junto a ello es necesario determinar su concepto, el cual hoy día ya se encuentra suficientemente concretado, debido a que tal expresión aparece (entre otros Convenios en los que no es preciso ahora entrar, como el Convenio de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, firmado en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987, y sus Protocolos que entraron en vigor el 1 de marzo de 2002) en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . Este precepto taxativamente ordena que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», lo que ha propiciado una abundante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la concreción del trato degradante. Al respecto valga por todas, por ejemplo, la STEDH, Jalloh contra Alemania de fecha 11 de julio de 2006 en cuyo nº 68 se define el trato degradante.



Igualmente, también en los arts. 173 a 177 del Código Penal se utiliza el término trato degradante e, igualmente, existe abundante jurisprudencia al respecto. Lo mismo cabe decir en relación con el art. 106 del Código Penal Militar y la también abundante jurisprudencia que lo interpreta. Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha abordado en muy diversas ocasiones tal concepto. Pero es innecesario reincidir en su concepto, pues tanto la sentencia de instancia como el voto particular que la acompañan ya ponen de manifiesto tal cuestión.

Parece -y así lo hace la sentencia mayoritaria a la que ahora se realiza el presente voto particular- que la cuestión en principio se construye a la aplicación del concepto al caso concreto y al respecto se considera esencial la intensidad del maltrato para que se considere degradante. Ya en este plano hemos de disentir, pues no necesariamente un maltrato se transforma en degradante ni un trato degradante se desconceptualiza en maltrato por su escasa entidad. Consideramos que un trato degradante es aquel que humilla, que degrada en la consideración que una persona debe tener por el mero hecho de serlo; esto es, todo trato degradante afecta a la dignidad de la persona y ésta va aparejada a la persona por el hecho de su existencia. De ahí que un trato degradante no es un trato incorrecto o desconsiderado hacia otra persona y, por ello, no es cuestión de intensidad en la desconsideración, sino que de lo que se trata es si se ha afectado la dignidad de la persona; y desde luego una humillación lo supone. Cuestión distinta ocurre con el término "maltrato", pues éste sí es graduable, y, por ello, su mayor o menor intensidad es relevante.

3. Conviene, desde ya, indicar que, como ha señalado la doctrina del TEDH, la intención con la que se realiza la acción degradante es indiferente. Por lo tanto, en el presente caso es posible la revocación de la sentencia de instancia, sin modificar los hechos, pues la intencionalidad del autor no es necesariamente relevante. Así, por ejemplo, el TEDH en la sentencia Lorsé y otros contra los Países Bajos, de fecha 4 de febrero de 2003, dice (nº 60) que «el aspecto de si el propósito del tratamiento es humillar o degradar a la persona que lo padece es un factor a tener en cuenta, pero su ausencia no puede descartar de manera concluyente una violación del artículo 3», y cita en tal sentido, las sentencias Peers v. Grecia y Kalashnikov v. Rusia.

También insiste reiteradamente el TEDH en afirmar la importancia del respeto por el art. 3 del CEDH, pues este precepto «consagra uno de los más fundamentales valores de una sociedad democrática» y no admite excepción alguna.

No es preciso explicar la doctrina del TEDH sobre la distinción entre la violación del art. 3 en su aspecto procesal y en su aspecto material, dado que en este caso, los hechos probados no son objeto de discusión y ha existido una investigación eficaz al respecto, por lo que la cuestión se centra en el aspecto material (al respecto, véase por citar algunas sobre el tema, la STEDH, B.S. v. España, de 24 de julio de 2012 y la STEDH, Etxebarria Caballero v. España, de 7 de octubre de 2014).

4. A nuestro juicio, los hechos declarados probados constituyen sin duda un trato degradante conforme al concepto que, como indicamos, debe atribuirse a tal término. Pero, no obstante, a continuación examinaremos la sentencia de instancia para analizar la justificación por la que se considera que no es así.

5. Es preciso señalar que no es posible compartir la sentencia de instancia, principalmente, por las siguientes razones:

- Se dice que «las expresiones procaces inconvenientes proferidas por el procesado (...) formaban parte de su vocabulario cotidiano, con el que estaba habituado a dirigirse a sus subordinados. El trato que dispensaba a la Sargento María Inmaculada no suponía en modo alguno una excepción en este sentido; ni para bien, ni para mal. Recibía por parte del procesado la misma consideración que los demás, incluida otra persona del mismo sexo de la Unidad». Pero tal argumentación no conduce a ningún resultado favorable -puesto que es motivación de la absolución- para el acusado; al contrario, su reiteración lo hace más inadmisibles. No por la circunstancia de que se trate de forma degradante a más de una persona, el hecho no ha de ser típico y procede la absolución. Conforme a la sentencia de instancia, si el trato degradante es generalizado, éste al parecer desaparece. Si lo que quiere decir es que no hay discriminación por razón de sexo, sólo debe indicarse que el tipo por el que se acusa no contiene tal elemento.

- También se dice que «el Capitán empleaba los modos y tono recogidos en el relato de hechos movido fundamentalmente por el afán de llevar a sus subordinados a superarse. No podemos apreciar intento vejatorio -por más que esto no sea preciso para apreciar la existencia del delito-, ni intimidatorio». Cualquiera que sea el móvil de una persona no por ello el trato deja de ser degradante. La tipicidad no se altera por el móvil. Si con el mismo móvil con el que se argumenta, una persona golpea a otra, resulta imposible negar la tipicidad respecto a las lesiones; pues lo mismo ocurre con el trato degradante.

En la misma línea argumentativa continúa la sentencia de instancia aludiendo a la finalidad perseguida por el acusado, que -según se dice- era «la pedagógica o correctora»; e, incluso, se llega a afirmar que



aunque el Capitán, en relación con el art. 51 de las Reales Ordenanzas, «parece haber convertido en norma general, lo que es excepción», sin embargo, «sus acciones correctoras encontraban cierto amparo en el citado precepto». Argumentación que tampoco puede ser asumible, pues ni como regla ni como excepción las Reales Ordenanzas permiten corregir a una persona de inferior empleo mediante un trato degradante.

- Asimismo, se dice que «la Sargento no sufrió daños físicos por los hechos y en cuanto a los morales sólo consta acreditada una crisis nerviosa, que no reviste entidad suficiente como para traspasar el umbral de la denigración». Aquí ya se confunde el resultado (la crisis nerviosa) con la acción (denigrar); además de esta confusión, ha de señalarse que lo cierto es que la estructura del tipo penal del art. 106 del Código Penal Militar no es la de un delito de resultado. Se trata de un delito de mera actividad que se realiza y consume con el trato degradante, sin que sea exigible nada más. También ocurre así en el Código Penal, pues claramente en los arts. 173, 174, 175 y 176 (cuya aplicación en razón al principio de alternatividad - art. 12 LO 4/1987 de 15 de junio - no debe dejarse en el olvido) la acción es suficiente a los efectos típicos (sin precisar resultado alguno), y por eso el art. 177 recoge el supuesto de que «además del atentado a la integridad moral, se produjese lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero», en cuyo caso «se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley». Por ello, la existencia de daños físicos o psíquicos es indiferente para el tipo, sin perjuicio de que su existencia supondría un castigo por separado.

- Por último, considera la sentencia de instancia que «en definitiva (...) las conductas relatadas (...) no llegan a superar ese mínimo exigible de gravedad como para ser enmarcadas en el artículo 106 del Código Penal Militar y, (...) solamente demuestran una carencia de las más elementales normas de educación y buena crianza alejadas por completo del comportamiento exigible a un Capitán del Ejército de Tierra». De manera que para la Sala de instancia (dice «en definitiva», esto es, en resumen o como conclusión o compendio de toda la argumentación previa) el Capitán es únicamente un "maleducado". Evidentemente, su buena o mala educación no es objeto del proceso, pues lo único que interesa es si los hechos probados constituyen un trato degradante.

6. En definitiva, la sentencia contiene una motivación que constituye un conglomerado de razones que ni por separado, ni en conjunto, mezcladas abruptamente, sirven para justificar una sentencia absolutoria en el presente caso.

Aceptar que los hechos que se declaran probados no son subsumibles en el tipo penal con la citada motivación conduce a dejar absolutamente vacío de contenido el tipo penal y, por ello, ineficaz la pretensión legal.

7. A nuestro juicio, la sentencia de instancia no puede mantenerse y debe ser anulada. En otras palabras, el recurso debió ser estimado, pues concurren en los hechos declarados probados los elementos típicos del delito previsto en el art. 106 del Código Penal Militar. Los hechos probados relatan una serie de hechos que constituyen trato degradante, pues objetivamente son denigrantes y humillantes, afectando clara y directamente a la dignidad de la persona.

En los hechos probados que, dado el carácter de voto particular no es preciso indicar específicamente, es clara la constante y reiterada humillación y vejación a que era sometida la Sargento María Inmaculada por parte del Capitán Erasmo. No obstante, señalaremos seguidamente una muestra de algunos hechos, entre los que relatan los hechos probados. Reiteradamente y delante de otras personas (lo que no fuera así no se ha incluido en los hechos probados) no perdía ocasión para llamarla inútil; que se dejara de "hacer pajas o dedillos", ya que era una mujer; que respecto a si había preparado la clase teórica, lo había hecho seguro que de igual forma que él cuando lee «la etiqueta del champú cuando cago»; que suponía «un lastre para la Batería así que vete al Botiquín y que te rebajen»; en otra ocasión: «no sabes nada, lo único que sabes es que la pieza está pintada de verde»; pocos días después: «inútil, no tienes ni puta idea» y el mismo día: «no me sirves, no se como eres Sargento, te voy a arrestar»; dos días después: «eres una inútil, no te da vergüenza lo que estás haciendo, eres peor que un soldado renegado de Infantería» y, más tarde: «¡lo que faltaba, la Batería tiene un Sargento que se cae de los camiones y que encima le dan ataques de ansiedad!»; otro día delante de la formación de la Unidad le preguntó «¿sigues de baja, estas rebajada o no?, ¿qué coño te pasa; qué coño es eso de que tienes que llevar un papelín al Botiquín?»; en otra ocasión «volvió a preguntarle de nuevo si estaba rebajada, cuestionando ante el personal que estuviera lesionada, diciéndole que se dejase de inventar cosas y de traer papelillos del acupuntor»; también otro día se dirigió a la Sargento y «de forma audible para otros», afirmó «que no era un ejemplo de Suboficial, porque le echaba mucha cara», al mismo tiempo que se golpeaba a sí mismo con la palma de la mano abierta en la mejilla».

Todo ello, constituye una degradación y humillación continua, que conduce a rebajar la consideración que la dignidad de la persona ha de tener y serle absolutamente respetada. Como señala la STEDH caso Pretty v. Gran Bretaña de fecha 29 de abril de 2004, «cuando el tratamiento humilla o degrada a un individuo, demostrando falta de respeto o infravaloración de su dignidad, o provoca sentimientos de miedo, angustia o inferioridad con



capacidad para romper la resistencia física y moral del individuo, debe caracterizarse como degradante y caer, por lo tanto, dentro de la órbita de prohibición del artículo 3».

Además, si tal trato es por sí mismo degradante y así se consideraría -a nuestro entender- en el ámbito civil, con mayor razón en el ámbito militar, pues, desde luego, los valores y conductas que deben exigirse a todo miembro del Ejército español deben ser sumamente exigentes. No puede aceptarse que la disciplina y la jerarquía necesiten de la utilización de tratos degradantes para con los de un empleo inferior. No puede hablarse de honor militar cuando la conducta del superior está basada en infligir un trato degradante al inferior jerárquico. El profundo respeto que me merece el Ejército hace incompatible que, a mi juicio, no se considere delito un trato degradante como el que relatan los hechos probados.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO