

Roj: **STS 78/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:78**Id Cendoj: **28079150012017100006**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/01/2017**Nº de Recurso: **37/2016**Nº de Resolución: **6/2017**Procedimiento: **CASACIÓN PENAL**Ponente: **JACOBO LOPEZ BARJA DE QUIROGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de enero de 2017

Esta sala ha visto el presente recurso de Casación número 101-37/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Julio Cortés y González, en la representación procesal que ostenta del recurrente Capitán del Ejército de Tierra don Héctor , bajo la dirección Letrada de don Julián Sánchez Esteban, frente a la sentencia de fecha 18 de abril de 2016 , dictada por el Tribunal Militar Territorial Cuarto, en el Sumario 43/05/14, por la que se condenó a dicho recurrente, como autor de un delito de "abuso de autoridad, en la modalidad de trato degradante o inhumano a inferior" tipificado en el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 , a la pena de "siete meses de prisión, con las accesorias legales de suspensión de empleo, suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo que el de la principal". Ha sido parte recurrida la Soldado doña Carla , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa Martínez Parra y el Excmo. Sr. Fiscal Togado en la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jacobo Lopez Barja de Quiroga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de HECHOS PROBADOS:

<< **1º.-** Que durante los días 3 a 14 de febrero de 2014 se desarrolló un ejercicio de destrucción de municiones en la Base Militar "Cerro Muriano" (Córdoba), en el que participaba diverso personal perteneciente al Regimiento de Ingenieros nº 1 de Burgos, entre el que se encontraba la Soldado D^a. Carla , y el entonces Teniente D. Héctor , habiéndose incorporado agregada (pues estaba destinada en otra Sección), por haber sido designada por el Mando del Regimiento, la Soldado a la Sección desplazada a Córdoba que mandaba el Teniente, pues poseía los conocimientos técnicos adecuados para los ejercicios de destrucción de municiones que habían de realizarse.

2º.- Se daba la circunstancia de que la citada Soldado era la única mujer presente en el ejercicio, por lo que se tomaron una serie de medidas encaminadas a preservar su intimidad. Así, el alojamiento se hizo efectivo en una nave corrida con dependencias tabicadas, aunque sin llegar los tabiques hasta el techo, a modo de habitaciones, una de ellas disponiendo de puerta propia y siendo la asignada a la Soldado. Los baños eran comunes para todo el personal allí alojado, si bien se establecieron turnos de uso separado de las duchas.

3º.- Sobre las 18:00 horas del día 13 de febrero, después de la realización de un ejercicio consistente en la destrucción de explosivos restantes, el Cabo 1º D. Primitivo ordenó a la Soldado que fuera a ducharse mientras el resto de personal se encargaba de la limpieza de los vehículos. Al mismo tiempo, el Teniente Héctor , se despidió indicando que tenía prisa por viajar lo antes posible para llegar a Ceuta, localidad donde iba a pasar el fin de semana.

4º.- La Soldado Carla acudió a la nave y se fue a su camareta, se quitó el uniforme y se puso un albornoz para ir a las duchas, camino de las cuales se encontró con el citado Oficial que regresaba de las mismas



hacia la zona de alojamiento, quien le comentó que el agua estaba fría. Con posterioridad, estando ya ella en la ducha, el Teniente volvió a entrar en el baño y le preguntó si el agua seguía fría, contestando la Soldado afirmativamente. Una vez finalizada la ducha acudió de nuevo a su camareta para vestirse y arreglarse.

5º.- Esta situación, en la que la Soldado Carla se encontraba sola en su camareta, desnuda, secándose, echándose crema y disponiéndose a buscar ropa limpia para vestirse, fue aprovechada por el Teniente Héctor para tomar imágenes o grabarla desnuda con su teléfono móvil desde la habitación de al lado, la cual estaba separada, como se ha dicho, por un tabique que no llegaba hasta el techo, encaramándose, para ello, el acusado a una de las literas que estaban pegadas a dicho tabique divisorio y colocando el terminal móvil de su propiedad por encima del citado tabique y apoyado en él para poder tomar o grabar las imágenes.

6º.- La Soldado escuchó ruidos y crujidos de pisadas en alguna de las literas de la camareta de al lado y, al sentirse observada, llegó a refugiarse tras su taquilla. Fue entonces cuando miró hacia arriba y vio un teléfono móvil de color negro colocado entre la pared y la viga, y al preguntar "¿quién anda ahí?", vio cómo inmediatamente una mano retiraba el móvil. La Soldado salió de su camareta para ver quién era la persona que estaba en la habitación contigua, encontrándose únicamente en ésta el Teniente Héctor, agachado, cerrando una bolsa, quien contestó "yo, ¿por qué?", para a continuación marcharse apresuradamente diciendo "dile a Aurelio que me he ido", refiriéndose al Sargento D. Aurelio. Las dos únicas personas que se encontraban en los alojamientos en ese momento eran la Soldado Carla y el Teniente Héctor.

7º.- Sorprendida por la situación, la Soldado, que tenía el número de teléfono móvil del Teniente, siendo éste el número NUM000, le envió desde su propio teléfono, con número NUM001 (de la compañía Orange) un SMS con el siguiente contenido "Yo sé que usted me estaba grabando con su móvil en la esquina de la habitación porque yo lo vi y por eso salí, y además usted ¿qué hacía en la habitación de los Cabos? Borre lo que grabó porque voy a dar parte de usted, porque usted no tiene que estar mirándome y mucho menos grabándome", constando que el mensaje se envió el jueves 13 de febrero a las 19:18 horas. Todos los miembros de la Sección poseían el número de teléfono móvil del Teniente con el fin de poder comunicarse por motivos del servicio y, entre ellos, la Soldado Carla que había estado en fechas recientes destinada en dicha Sección mandada por el Oficial.

8º.- Cuando el personal que había ido a lavar los vehículos regresó a las dependencias de los alojamientos, la Soldado contó lo sucedido al Sargento 1º Aurelio, diciéndole primero que tenía que contarle algo "muy fuerte" que le había sucedido y refiriéndole a continuación lo acaecido. El Sargento pudo apreciar como la soldado Carla estaba muy nerviosa (en las propias palabras del Suboficial "... la vi con una crisis importante de nervios" ...) y lloraba profusamente, siendo que cuando se separaron de ella y se quedó en las citadas dependencias para ducharse, su estado era totalmente normal. Todo el personal que había ido a lavar los vehículos pudo observar el estado de nerviosismo y el llanto de la Soldado. Ella le enseñó al Sargento 1º Aurelio el mensaje de texto que desde su teléfono móvil había enviado al Teniente.

9º.- La Soldado Carla manifestó al Suboficial su intención de dar parte de los hechos y el lunes 17 de febrero de 2014, de vuelta en destino, puso en conocimiento de sus mandos el incidente. En concreto se entrevistó y refirió los hechos al Capitán D. Raimundo, al Teniente D. Luis Pablo, al Teniente Coronel D. Benigno y al propio Coronel Jefe del Regimiento D. Felicísimo. Asimismo le contó lo sucedido a la Soldado Dª Cecilia, que la ayudó a redactar el parte, dado su estado de nerviosismo. En todas las entrevistas con los citados mandos y con la Soldado Cecilia todos pudieron apreciar que la soldado Carla estaba muy afectada anímicamente y muy nerviosa y que lloraba al referirles lo sucedido, siendo lo narrado por la Soldado a cada uno de ellos coincidente en lo esencial.

10º.- El teléfono móvil del Teniente, modelo "Iphone" de color blanco protegido por una carcasa de color negro, que el propio acusado reconoció utilizaba para protegerlo, fue objeto de examen y análisis por parte del Equipo de Investigación Tecnológica EDITE, de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, con las siguientes resultas: "No se han encontrado en el terminal archivos almacenados relacionados con los hechos, si bien todo apunta a que el mismo haya sido sometido a un borrado seguro/restauración de los valores de fábrica con fecha anterior al 01-05-2014 y que los datos almacenados con anterioridad no sean recuperables; aparte de que se debe de tener en cuenta que el mismo haya podido ser sometido a técnicas de borrado seguro". El propio acusado reconoció haber sometido a su terminal móvil a dicho borrado.

11º.- Consta acreditado por la compañía telefónica Orange, a la que pertenece la Soldado Carla, que el SMS dirigido al teniente Héctor tras ocurrir los hechos, fue efectivamente enviado a las 18:07 horas del día 13 de febrero de 2014.

12º.- Como consecuencia de estos hechos, la Soldado Carla estuvo de baja para el servicio por motivos psicológicos precisando asistencia psiquiátrica, desde el 3 de marzo de 2014, hasta que, tras instruírsele el



correspondiente expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas, fue declarada apta sin limitaciones por Dictamen de la Junta Médico Pericial nº 11 a 26 de noviembre de 2014.>>

SEGUNDO: Que la referida sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

<<Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al Capitán del Ejército de Tierra, D. Héctor como autor responsable de un delito consumado de " **ABUSO DE AUTORIDAD** ", en su modalidad de trato degradante a inferior, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 , sin la concurrencia de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal, por méritos del **Sumario nº 43/05/14** , a la pena de **SIETE MESES DE PRISIÓN** , con las accesorias legales de suspensión de empleo, suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo que el de la principal.

En concepto de responsabilidades civiles, el procesado, deberá abonar a la perjudicada, Soldado D^a Carla , para la reparación de los daños morales inherentes al delito cometido en su persona por el mismo, la cantidad de **MIL EUROS (1.000 €)** .

Se condena al acusado al pago de las costas referidas a los honorarios de la acusación particular .>>

TERCERO: Notificada en forma la anterior sentencia el Letrado don Julián Sánchez Esteban, en representación del Capitán del Ejército de Tierra don Héctor , presentó escrito con fecha 29 de julio de 2016 en el que anunciaba su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia y solicitaba copia simple y literal de las actas y grabaciones correspondientes a las sesiones celebradas del juicio oral. Dicho recurso se tuvo por preparado mediante Auto de fecha 1 de septiembre de 2016 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: Con fecha 23 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito del Procurador don José Julio Cortés y González, en la representación indicada, interponiendo el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECRIM . por entender se ha infringido el art. 106 del Código Penal Militar de 1985 .

Segundo.- Por infracción del nº 2 del art. 849 de la LECRIM .) por entender que existe error en la apreciación de la prueba.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma del nº 1 del art. 851 de la LECRIM ., por entender que se consignan en la sentencia como hechos probados conceptos que implican la predeterminación del fallo.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ , al entender que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la Constitución Española .

QUINTO: Dado traslado del recurso interpuesto al Excmo. Sr. Fiscal Togado y a la Procuradora doña María Luisa Martínez Parra, dentro del plazo concedido presentaron escritos, con fecha 4 de noviembre de 2016 y 14 de octubre de 2016, respectivamente, en los que se solicita la desestimación total del recurso y se confirme la sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto.

SEXTO: Admitido y concluso el presente recurso, mediante providencia de fecha 30 de noviembre de 2016, y no habiendo solicitado las partes celebración de vista, ni considerándolo necesario la Sala, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 11 de enero de 2017 a las 10:30 horas, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

La presente sentencia ha sido dictada por el Ponente con fecha 12 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Procurador de los Tribunales don José Julio Cortés y González en nombre y representación del Capitán del Ejército de Tierra don Héctor interpone recurso de casación contra la sentencia nº 11/2016, de 18 de abril dictada por el Tribunal Militar Territorial Cuarto con base en los siguientes motivos: primer motivo, por infracción de ley del art. 849.1º de la LECRIM .; segundo motivo, por infracción del art. 849.2º de la LECRIM .; tercer motivo, por quebrantamiento de forma del art. 851.1º de la LECRIM .; y, cuarto motivo, por infracción de precepto constitucional, por entender vulnerado el principio de presunción de inocencia.

SEGUNDO: Para un correcto examen del recurso es preciso alterar el orden del examen de los motivos indicados. Debemos comenzar con el tercer motivo, para si no fuese admitido examinar el cuarto motivo, y, si tampoco lo fuese, examinar el segundo motivo y, por último, en su caso, el primer motivo.



TERCERO: El tercer motivo del recurso se centra en considerar que ha existido un quebrantamiento de forma del art. 851.1º de la LECRIM . por considerar que existe predeterminación del fallo. Considera que existe al relatar los siguientes hechos: «cuando la Soldado Carla se encontraba sola en su camareta, desnuda, secándose, "fue aprovechada por el teniente Héctor para tomar imágenes o grabarla desnuda con su teléfono móvil"». Así pues, a juicio del recurrente el relato de tales hechos, constituye la predeterminación del fallo "por cuando de ello se deduce la comisión del delito por el que le condena".

El motivo no puede prosperar y debe ser rechazado.

Para que pueda considerarse que existe predeterminación del fallo a los efectos del art. 851.1º de la LECRIM ., conforme a constante y reiterada jurisprudencia es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- b) Que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común.
- c) Que tengan valor causal respecto del fallo.
- d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción.

En realidad toda descripción fáctica incluida en el apartado de los hechos probados de una sentencia "predetermina" el fallo, en cuanto que constituye la base fáctica necesaria para realizar, en su caso, la subsunción en el tipo penal, en caso de condena, o bien, determinar su no subsunción en caso de absolución. Por ello, el motivo de casación previsto en el nº 1 del art. 851 de la LECRIM . tiene por finalidad el evitar que se utilicen expresiones jurídicas de contenido técnico cuyo sentido escapen al profano y que conducen a que quede sin apoyo fáctico la sentencia al haber sido sustituido el contenido fáctico por su significación jurídica. En otras palabras, en el apartado de hechos probados se recogen los hechos que se consideran probados y será en los fundamentos de derecho donde se realizará, en su caso, la subsunción de tales hechos en el tipo penal, al señalar el contenido jurídico que suponen tales hechos.

Por consiguiente, es evidente que cuando la queja se centra en expresiones fácticas sin contenido jurídico alguno, no puede considerarse que exista la predeterminación del fallo. El motivo aduce como predeterminación descripciones fácticas, expresadas de forma común y en un lenguaje asequible, sin utilizar concepto técnico jurídico alguno, por lo que no puede aceptarse que exista la predeterminación del fallo a que se refiere el art. 851.1º de la LECRIM .

CUARTO: El cuarto motivo del recurso considera que se ha infringido el principio de presunción de inocencia.

El motivo no puede prosperar.

El derecho a la presunción de inocencia no se vulnera en aquellos casos en los que existe prueba de cargo válidamente obtenida y cuya valoración por el Tribunal de instancia no ha sido ilógica ni irracional ni arbitraria. En el presente caso, la sentencia del Tribunal de instancia en el apartado relativo a los Fundamentos de la convicción expresa con claridad cuál es la base probatoria de los diversos párrafos de la declaración de hechos probados; entre ellas las diversas testificales sobre los distintos aspectos, así como las periciales practicadas.

A la vista de todo ello, la declaración de hechos probados resulta perfectamente respaldada por la prueba practicada. No se trata sólo de la declaración de la víctima, sino que ésta aparece corroborada por las demás pruebas de carácter periférico.

Hemos venido manteniendo en nuestra jurisprudencia, que «el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador impidiéndole formar su convicción es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (SSTS Sala 5ª de 20 de Diciembre de 1.999 , 23 de Enero de 2.002 y 2 de Octubre de 2.001), (...). En parecidos términos ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, verbigracia, en sus Sentencias 801/1.989 , 173/90 y 229/91 . Así también lo ha dejado sentado la Sala II del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 25 de Abril de 1.988 , 17 de Enero de 1.991 , 23 de Diciembre de 1.991 , 10 de Diciembre de 1.992 , 12 de Marzo de 1.993 , 20 de Noviembre y 12 de Febrero de 1.996 y de 21 de Diciembre de 1.997 , entre otras» [entre otras, STS (Sala 5ª), 10 de junio de 2004].

Y, en cuanto a la valoración del testimonio de la víctima, hemos de acudir a ciertas pautas jurisprudenciales, [así, entre otras, STS, (Sala 5ª), 29 de abril de 2014], como son: a) La declaración de la víctima ha de ser coherente en sí misma, es decir, no ha de contrariar las reglas de la lógica o de la experiencia, lo que exige valorar si la versión incluye o no aspectos insólitos o extravagantes, o si es objetivamente inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima debe, además, estar dotada de coherencia externa, es decir, siempre que por la naturaleza del caso lo permita, tal declaración debe encontrarse rodeada de



corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen, manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima, etc.

En el presente caso, como indicamos, la declaración de la víctima aparece corroborada por el hecho del borrado del teléfono móvil del acusado, el cual con posterioridad a la fecha de los hechos, había sido «sometido a un borrado seguro/restauración de los valores de fábrica». Además, la declaración del Sargento Primero sobre lo que la víctima le contó nada más ocurrir los hechos y el estado de nervios en que se encontraba, a diferencia del estado de ánimo que tenía cuando se dirigía a ducharse; así como el mensaje SMS que ella envió al acusado nada más ocurrir los hechos, de lo que existe constancia del envío y de su fecha.

Así pues, la declaración de la víctima constituye prueba de cargo suficiente y, además, se encuentra corroborada por los indicados hechos periféricos. La ponderación valorativa realizada por el Tribunal de instancia ha sido racional, por cuanto se ajusta a las normas de la lógica. Y, tal valoración ha sido llevada a cabo por quien debía y podía hacerlo, esto es, por el Tribunal de instancia, quien ha tenido la intermediación con la prueba. De manera que ha de concluirse que la presunción de inocencia ha sido desvirtuada, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida.

QUINTO: En cuanto al segundo motivo del recurso, se basa en el art. 849 nº 2 de la LECRIM ., el recurrente invoca como documento el informe de la compañía telefónica. Aunque no es especialmente claro el recurrente, parece que el documento al que se refiere (pues existen en autos dos informes de dos compañías telefónicas distintas) es al de la compañía Vodafone que se encuentra en los folios 79 a 81 de los autos.

Este motivo para que pueda prosperar requiere, conforme a reiterada jurisprudencia, que concurran los siguientes requisitos: a) Que se trate de verdaderos documentos, esto es, representaciones de hechos o de datos recogidos por escrito o en soportes informáticos; b) Que su procedencia sea ajena al proceso, de manera que habiéndose creado fuera del mismo se traigan luego a la causa como tal prueba documental; c) Que tales documentos han de estar dotados de la denominada "literosuficiencia", esto es, que tengan capacidad demostrativa autónoma en el sentido de que acrediten de modo evidente la realidad del hecho que desconoció el Tribunal sentenciador, con equivocación palmaria de éste, sin que el documento requiera para imponer su contenido de otros medios probatorios complementarios, o bien de razonamientos, argumentaciones, hipótesis o conjeturas en el sentido de lo que se pretende acreditar; d) Que su resultado no esté desvirtuado por otras pruebas de que hubiera dispuesto el Tribunal de los hechos, a las que haya concedido preferente credibilidad en uso de las facultades que tiene atribuidas sobre libre valoración de la prueba; y, e) El error denunciado ha de ser relevante en el sentido de que tenga aptitud para variar algún aspecto esencial del hecho probado de la sentencia y, por consiguiente, el sentido del fallo.

De todo ello se deduce como consecuencia que las pruebas personales que se documentan en los autos no cambian su naturaleza jurídica por el hecho de quedar documentadas, de forma que siguen siendo pruebas personales y no tienen la consideración de documentos a los efectos del art. 849.2 de la LECRIM . Por lo tanto, una declaración testifical no puede ser a estos efectos, un documento.

En cuanto a los informes periciales, conforme a reiterada jurisprudencia, si bien, por regla general constituyen una prueba de apreciación discrecional, que conforme al art. 348 de la LEC . el Tribunal debe valorar «según las reglas de la sana crítica», lo cual deberá explicar el Tribunal al realizar la labor que le impone el art. 741 de la LECRIM ., es decir, al apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, no obstante, también ha de partirse de que el informe pericial se verifica cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante de la causa, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECRIM .). Por ello, aunque la prueba pericial es una prueba personal documentada, sin embargo es admisible conforme a la jurisprudencia fundar en ella un error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM .), como base de un recurso de casación cuando existiendo un sólo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo el Tribunal a quo de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere de forma relevante su sentido originario; o, en otras palabras, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes de las contenidas en los informes periciales, sin una explicación razonable.

En el presente caso, no concurren los requisitos necesarios para que pueda prosperar el motivo interpuesto, pues no se trata de un informe pericial que haya sido desconocido y que no existan otras pruebas, sino que el Tribunal de instancia en su labor de apreciación de las pruebas ha tenido en cuenta la existencia de otros medios de prueba.



Pero es que, además es preciso reparar en que en los hechos probados lo que se dice es que desde el teléfono móvil de la Soldado (cuyo número era NUM001 de la compañía Orange) se envió un SMS al teléfono móvil del Teniente (cuyo número era NUM000 de la compañía Vodafone), luego lo que interesa es saber si este último número recibió un SMS de aquél; lo que no interesa es lo contrario. En otras palabras, si la soldado envió un SMS al Teniente y no si el Teniente llamó o envió algún SMS a la Soldado. Pues bien, el informe de la compañía Vodafone señala que «no constan llamadas ni mensajes efectuados por el número de teléfono NUM000 al número de teléfono NUM001 durante el periodo de tiempo solicitado» (folios 79 y 81), esto es, que el Teniente ni llamó a la soldado ni le envió un SMS, (la petición a Vodafone es correcta -folio 78-: dígame las llamadas y SMS que recibió el nº NUM000 de la compañía Vodafone, y dentro de ello principalmente de los recibidos desde el número NUM001 de la compañía Orange; pero la respuesta es inversa), es decir, contesta algo que ni se le pidió ni interesa a los efectos de esta causa.

Por el contrario si consta el envío del SMS desde el teléfono móvil de la Soldado al teléfono móvil del Teniente (folios 87 a 90), que es lo que aparece reflejado en los hechos probados.

Por consiguiente, el motivo debe rechazarse, pues no ha existido en la sentencia de instancia ningún error en la apreciación de la prueba basada en el "documento" al que se refiere el recurrente.

SEXTO: El primer motivo del recurso se interpone en base al art. 849.1º de la LECRIM . por considerar que se ha infringido el art. 106 del Código Penal Militar .

Estima el recurrente que los hechos probados no describen una conducta que constituya un trato degradante; por consiguiente, lo que plantea es un problema de subsunción en el tipo penal.

El art. 106 del Código Penal Militar se encuentra encuadrado dentro del Capítulo III del Título V, que llevan por rúbrica, aquél «abuso de autoridad» y éste «delitos contra la disciplina». Dicho precepto establece que «el superior que tratare 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 de una Soldado, por lo que sobre el elemento de superior e inferior no hay duda alguna. Así pues, la cuestión que debe ser examinada es 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; o también, la STEDH, Gäfgen contra Alemania de fecha 1 de junio de 2010 en cuyos nº 87 y ss. se explica el concepto de 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.

Hemos de indicar que no es esencial la intensidad del maltrato para que se considere degradante. No necesariamente un maltrato se transforma en degradante ni un trato degradante se desconceptualiza en maltrato por su escasa entidad. 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.

Asimismo conviene, desde ya, indicar que, como ha señalado la doctrina del TEDH, la intención con la que se realiza la acción degradante es indiferente. Así, por ejemplo, el TEDH en la sentencia Lorscheid 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 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).

Ha de señalarse 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.

En efecto, el trato degradante va referido a la acción del sujeto activo y no es necesario tener en cuenta en relación con el tipo penal la acción o la reacción del sujeto pasivo. En términos generales cabe decir que la acción del sujeto activo realizará algo que afectará e involucrará al sujeto pasivo u obligará a éste a hacer algo, esto es, se trata de posibilidades alternativas y no necesariamente excluyentes entre sí; por ello, es posible que, incluso sin el conocimiento del sujeto pasivo, el hecho en sí mismo constituya un trato degradante, pues lo importante es si la conducta del sujeto activo supone por sí misma un ataque a la dignidad de la persona, de forma que la rebaje y la trate como una cosa, lo que ya de por sí implica necesariamente una humillación para la persona que constituye el sujeto pasivo de la acción. Cuando a la persona se la reduce a la consideración de una mera cosa, lo que se presenta, entre otros supuestos, cuando es utilizada para su divertimento, es claro que dicha persona ha sido degradada en su dignidad y ha pasado a tener la consideración de un simple objeto.

Por consiguiente, en este delito el conocimiento del sujeto pasivo de la acción respecto de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo es irrelevante. La acción típica se centra en la que realiza el autor del hecho, por lo que es en dicha acción en donde radica la relevancia penal; esto significa que el examen del caso recaerá en sí dicha acción supone un ataque a la dignidad de la persona. En el presente caso, el Capitán trató a la persona de la Soldado como un mero objeto, atacando su intimidad y sometiéndola a tener que soportar la existencia de una foto de ella desnuda. De lo expuesto resulta que efectivamente la acción realizada constituye un trato degradante y, en consecuencia, la tipicidad penal del hecho es correcta, pues constituye una degradación y humillación, 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»; conviene reparar en el carácter alternativo empleado en la descripción.

Hemos indicado que el tipo penal pivota alrededor de la acción del sujeto activo y, con ello, queremos resaltar, como dijimos, que no estamos ante un tipo penal de resultado, esto es, un tipo penal en el que sea precisa la existencia de un resultado distinto y separado de la acción e imputable a ella. Por ello, aunque normalmente en relación con este tipo penal se hace referencia a los sentimientos de humillación, de vejación o a la sensación de dolor en el sujeto pasivo, lo cierto es que la causación de tales resultados serán o podrán ser indicativos en relación a la acción realizada, pero no son exigidos por el tipo penal, el cual, como señalamos, se centra en la acción realizada. Igualmente, también es preciso indicar que el tipo penal en modo alguno exige que se haya producido una afectación en la voluntad del sujeto pasivo. Es posible que en este tipo penal, aunque fuera ya de su ámbito, se produzca alguno o algunos de estos resultados, pero éstos no son precisos para el tipo penal establecido en el art. 106 del Código Penal Militar . Por ello, este tipo penal puede concurrir con otros tipos penales.



Esto ocurre por cuanto el concepto de trato degradante es un concepto amplio que abarca múltiples posibilidades de acción y que puede llevar consigo otros tipos penales. Por ello, el art. 177 del Código Penal (y también el art. 47 del actual Código Penal Militar de 2015) establece un concurso delictivo. Lo que, desde luego, no impide el antiguo art. 106 del derogado Código Penal Militar .

Por otra parte, como indicamos, el tipo penal recogido en el art. 106 del Código Penal Militar relativo a la prohibición del trato degradante, se encuentra ubicado dentro del capítulo que lleva por rúbrica del «abuso de autoridad», y en la descripción típica concreta que el autor del hecho ha de ser un superior respecto a un inferior («el superior que tratare a un inferior de manera degradante ...»), lo que conduce a que en la realización de la acción típica, además, el autor ha quebrantado un deber que le viene impuesto por las normas jurídicas que regulan su profesión de militar. Esta infracción del deber hace más reprobable la conducta realizada, pues implica que se parte de una situación de jerarquía legalmente establecida entre el sujeto activo y el pasivo, lo que de por sí implica una situación fáctica de superioridad, que puede aparecer no sólo en las relaciones personales sino también en el aprovechamiento que tal condición jerárquica le permite en relación con las circunstancias de lugar y tiempo. Precisamente, estas concreciones en relación a la acción realizada, elemento básico del tipo penal, y a la posición jerárquica del autor, reafirman la absoluta irrelevancia del conocimiento del sujeto pasivo de la acción.

En conclusión, el recurso debe ser desestimado, 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 un hecho que constituye trato degradante, pues objetivamente es denigrante y humillante, afectando clara y directamente a la dignidad de la persona.

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

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

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

1.- Desestimar el Recurso de Casación número 101-37/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Julio Cortés y González, en nombre y representación procesal que ostenta del recurrente, el Capitán del Ejército de Tierra don Héctor , contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Cuarto con fecha 18 de abril de 2016 , en el Sumario nº 43/05/14, por el que se condena al recurrente a la pena de siete meses de prisión con las accesorias legales de suspensión de empleo, suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor de un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a inferior, previsto en el art. 106 del Código Penal Militar de 1985 ; sentencia que confirmamos íntegramente. 2.- Declaramos de oficio las costas.

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

Así se acuerda y firma. Angel Calderon Cerezo Francisco Menchen Herreros Fernando Pignatelli Meca Clara Martinez de Careaga y Garcia Jacobo Lopez Barja de Quiroga