



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 24 de marzo de 2015

Sala de lo Militar

Rec. n.º 62/2014

SUMARIO:

Abuso de autoridad con trato degradante. La prueba valorada se centró en dos conversaciones entre el oficial y la soldado grabadas por ésta con su teléfono donde se escucha cuando la soldado estaba embarazada, que el capitán le dijo, entre otras cosas, que no era digna de estar en el Ejército y que estaba haciendo un «flaco favor» a España, de ser vaga, de estar robando y de no hallarse enferma, añadiendo que la considera merecedora de todo su desprecio. Confirma la absolución dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto al considerar que en el caso no concurre la gravedad para calificar los hechos como delito de trato degradante, sin perjuicio «de la posible trascendencia disciplinaria que se puede derivar de las expresiones utilizadas» por el capitán en las conversaciones referidas, «pues el legislador ha previsto distintos tipos disciplinarios en los que tienen encaje las expresiones toscas, inadecuadas o indignas a una subordinada». La soldado «no dio muestras en ningún momento durante el transcurso de las dos conversaciones mantenidas con el acusado de sentirse humillada o envilecida por las palabras del capitán». Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 13/1985 (Código penal militar), art. 106.

Ley Orgánica 2/1989 (Procesal Militar) arts. 297, 301 y 322.

Ley Orgánica 8/1998 (Régimen disciplinario militar), arts. 7.17 y 8.22.

Ley Orgánica 4/1987 (competencia y organización de la Jurisdicción Militar), art. 10.

Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882, art. 741.

PONENTE:

Don Francisco Menchén Herreros.

Magistrados:

Don ANGEL CALDERON CEREZO

Don BENITO GALVEZ ACOSTA

Don FERNANDO PIGNATELLI MECA

Don FRANCISCO MENCHEN HERREROS

Don JACOBO LOPEZ BARJA DE QUIROGA

T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Militar

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 24/03/2015

Tipo de Recurso: RECURSO CASACION PENAL

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Recurso Núm.: 62/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 10/03/2014

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL QUINTO Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros Secretario de Sala: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández Escrito por: ICR Abuso de autoridad con trato degradante. Art. 106 CPM . Sentencia absolutoria. Recurso de la Acusación Particular. Desestimación.

Procedencia y Asunto: Recurso Num.: 101 - 62/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros

Secretario de Sala: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

S E N T E N C I A N U M :

TRIBUNAL SUPREMO SALA QUINTA DE LO MILITAR

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Ángel Calderón Cerezo

Magistrados:

D. Francisco Menchén Herreros

D. Fernando Pignatelli Meca

D. Benito Gálvez Acosta

D. Jacobo López Barja de Quiroga

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados expresados, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Marzo de dos mil quince.

Visto el Recurso de Casación número 101/62/2014 que ante esta Sala pende, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Matud Juristo, en la representación que ostenta de Doña Magdalena , que ejerció la Acusación Particular, frente a



www.civil-mercantil.com

la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2014 dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en Sumario 51/11/2012, por la que se absolvió con todos los pronunciamientos favorables al Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas del delito de "abuso de autoridad", previsto y penado den el art. 106 del Código Penal Militar del cual venía siendo acusado en la referida causa. Han sido parte recurrida la Fiscalía Togada y Don Nicolas , representado por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Navarro Gutiérrez y han concurrido a dictar Sentencia el Presidente y los Magistrados antes mencionados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Menchén Herrerros 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.- La que fuera Soldado, del Ejército de Tierra, doña Magdalena , ingresó en las Fuerzas Armadas con fecha 26 de octubre de 2009, pasando destinada a la 1ª Compañía de fusiles, del RIL "TENERIFE 49", en enero de 2011, siéndole renovado su compromiso inicial con las Fuerzas Armadas con fecha 26 de octubre de 2011. En el mes de noviembre de 2011 fue asignada a la 3ª CIA, en dicha fecha al mando del Capitán don Arcadio

Con fecha 16 de febrero de 2012, la entonces Soldado Magdalena sufrió un accidente en su destino, durante la instrucción física de la mañana, siendo dada de baja a partir del 29 de febrero de 2012, por causa traumatológica. Con fecha 26 de abril de 2012 fue dada de alta por mejoría (folios 281 y 302), siendo sin embargo dada nuevamente de baja médica para el servicio en esa misma fecha (folios 282 y303) por un trastorno adaptativo (folios 298 y 301). Con anterioridad a la baja médica concedida el día 29 de febrero de 2012, la entonces Soldado Magdalena había permanecido de baja médica del 10 de junio de 2011 al 20 de septiembre del mismo año, permaneciendo de alta para el servicio, con limitaciones, desde esa fecha hasta el 4 de enero de 2012. A partir de la baja médica que le fue concedida con fecha 26 de abril de 2012 permaneció en esa situación de forma continuada durante un periodo de seis meses, lo que determinó que el Servicio médico de la Unidad propusiera el inicio de un expediente de pérdida de aptitud psicofísica, conforme a la normativa legalmente aplicable. Dicho expediente fue incoado con fecha 19 de noviembre de 2012 por orden del Teniente General Jefe del Mando de Personal del Ejército de Tierra, y en el curso del mismo, la Junta Pericial Médica núm. 71, en Acta núm. 1715 de fecha 21 de febrero de 2013 (folios 140 y 141, de la pieza separada del Expediente de aptitud psicofísica) apreció a la Soldado Magdalena trastorno adaptativo, coeficiente 5, con una discapacidad o minusvalía global del10%, que no guarda relación causa a efecto con el servicio. Por resolución de 28 de junio de 2013, de la Subsecretaría de Defensa, se puso fin al Expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas seguido a la Soldado Magdalena , acordando declarar dicha insuficiencia de condiciones ajena a acto de servicio. Por el Mando de Personal, del ejército de Tierra, se dictó acuerdo el 18 de julio de 2013, disponiendo la resolución del compromiso contraído por la referida Soldado, con efectos de 25 de septiembre de 2013 (BOD números 144 y 159).

Con motivo de las sucesivas bajas médicas sufridas por la entonces Soldado Magdalena , en particular a partir de la de fecha 29 de febrero de 2012, algunos compañeros



www.civil-mercantil.com

de la Unidad, cuando ésta se encontraba todavía al mando del Capitán Arcadio , y sin que se haya determinado personas ni fechas, adoptaron una actitud de animadversión hacia la Soldado, llegando incluso a los insultos, lo que provocó que el propio Capitán interviniera para que cesaran esas actitudes. Todo esto ocurrió antes de que el acusado se hiciera cargo de la 3ª Compañía, lo que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2012.

SEGUNDO. Desde los meses de abril/mayo de 2012, la entonces Soldado Magdalena venía siendo tratada por el Médico Especialista en Psiquiatría, don Desiderio , aunque según las propias manifestaciones de éste en el acto de la vista, es posible que su patología empezara ya en el mes de diciembre del año anterior. En la vista oral, expresó que, a su juicio, la paciente padecía trastorno adaptativo mixto, por estrés laboral, siendo su causa externa, sin que apreciara debilidad o predisposición para ello.

Por su parte, el Teniente Coronel Médico, Especialista en Psiquiatría, don Erasmo , en informe de 29 de enero de 2014 manifiesta la existencia en la Soldado Magdalena de un cuadro mixto ansioso depresivo, que nace de una concatenación entre una vulnerabilidad previa y la percepción e interpretación de los hechos de autos, refiriéndose en concreto a que el cuadro se inicia ante la percepción de un trato inadecuado por parte de sus compañeros. Añade el informe que, en relación con el Capitán Nicolas , su acción es insuficiente para desencadenar por sí misma un cuadro de estrés postraumático, aunque sí podría, sumada a otros factores, conducir a un síndrome burn-out (síndrome del quemado). En la Vista oral, el perito expuso que estimaba que la misma patología observada en enero del 2014 preexistía en abril de 2012; así mismo, estimó que la examinada presentaba, a su juicio, una vulnerabilidad previa que, unida a una serie de factores personales y laborales podían haber desequilibrado a la persona y que igualmente podía llegar a percibir como hostiles conductas que no lo son, de forma que se hubiera sentido, subjetivamente, incomprendida por su entorno.

TERCERO. El día 17 de septiembre de 2012 fue destinado como Jefe de la 3ª CIA, del RIL 49, a la que pertenecía la denunciante, el acusado, Capitán del Ejército de Tierra, don Nicolas , cuyos demás datos identificativos constan al inicio de la presente y se dan aquí por reproducidos.

Al tener constancia de que la Soldado Magdalena debía comparecer en la Unidad, para revisión de las bajas médicas que tenía reglamentariamente reconocidas, la mañana del siguiente 01 de octubre de 2012, dispuso que en esta fecha acudiera a verle a su despacho. Con anterioridad a dicho día, el Capitán no había tenido contacto alguno con la entonces Soldado Magdalena .

Llegada la indicada fecha, la Soldado Magdalena acudió a su destino, presentándose a varios mandos, entre ellos al Teniente, del Ejército de Tierra, don Jesús , con quien mantuvo una conversación, para seguidamente comparecer ante el acusado, en su despacho, entablando con el mismo otra conversación, en presencia del mismo Teniente Jesús .

Las conversaciones mantenidas con ambos Oficiales fueron grabadas en audio por la Soldado Magdalena , con la grabadora disponible en su teléfono portátil que llevaba en su vestimenta, sin conocimiento ni autorización de tales superiores.

El contenido de la conversación mantenida con el Capitán Nicolas en la ocasión expuesta (01 OCT 2012), una vez extraídos los pasajes que carecen de utilidad, fue el siguiente:

"SOLDADO Magdalena : Con permiso mi Capitán. CAPITÁN Nicolas : Pase.

SOLDADO Magdalena : Entro también, ¿no mi Capitán? CAPITÁN Nicolas : Sí, cierra la puerta. ¿Estás de baja? SOLDADO Magdalena : Yo ahora mismo estoy de baja psicológica.



www.civil-mercantil.com

CAPITÁN Nicolas : Pero, por qué ¿tienes problemas en casa o algo? SOLDADO Magdalena : No, los problemas los he tenido más bien aquí dentro. CAPITÁN Nicolas : ¿Que te ha pasado?

SOLDADO Magdalena : Lo que me ha pasado es que cuando cogí la baja por las rodillas, porque me tuvieron que operar de una rodilla, me caí aquí dentro corriendo, pues mis compañeros empezaron a...

CAPITÁN Nicolas : ¿Qué te pasó en la rodilla?

SOLDADO Magdalena : En la rodilla, el ligamento y, bueno, primero pensaron que era rotura de menisco, pero después era el cartílago, que tenía el cartílago suelto dentro de la rodilla y el ligamento, que también me tuvieron que operar del ligamento.

CAPITÁN Nicolas : ¿Cuánto estuviste de baja por la rodilla?

SOLDADO Magdalena : Sigo de baja, o sea sigo de baja, de las rodillas y por psicológica (ambos).

CAPITÁN Nicolas : ¿Cuándo te operaron? SOLDADO Magdalena : Me operaron en junio.

CAPITÁN Nicolas : Junio, hace tres meses. Y que te vas a ir tus compañeros. SOLDADO Magdalena : Mis propios compañeros me empezaron, el mismo día que cogí la baja, me empezaron a insultar, y, sabe, en conjunto la compañía, casi entera, a insultarme y así estuvieron durante un mes y pico que seguía viniendo hasta aquí hasta que lo puse en conocimiento del Capitán, porque me mandó a llamar y se lo comenté, al Capitán Arcadio que estaba aquí, y tengo testigos de...de eso.

CAPITÁN Nicolas : Sí, sí, yo no dudo de tu palabra, no dudo de tu palabra no estoy dudando en ningún momento. Y ¿qué solución le ves a eso? y ¿que solución le das a eso? ¿Magdalena ? No, yo te pregunto si le ves alguna solución, es decir, en el sentido que vas a venir y porque al final a ver, porque el resto de los Soldados son unos hijos de puta pero ellos al final lo ven, es decir, todo el mundo nos consideramos que somos muy buenos y somos la puta polla, pero si yo entre mis compañeros de promoción, mis compañeros, el resto de Capitanes, nadie me habla, en vez de mirarme, en vez de decir yo, qué hijos de puta son todos es que no me hablan, igual tengo que mirar para dentro y decir en algo he fallado yo para que no me hable nadie, es decir, al final todo el mundo, el ser humano es muy egocéntrico, no digo que lo seas, sino el ser humano, en general es muy egocéntrico, y el tema es que yo soy la puta polla, soy el mejor Capitán de España, soy el Capitán América, y el resto de los Capitanes son unos hijos de puta que no me hablan, pero no es así, la gente que lo ve de fuera lo ve diferente y lo ve de otra manera, eh?, yo entiendo que las mujeres están fijadas en el Ejército, pero hay mujeres que están completamente integradas en una Unidad, en una Compañía de fusiles y no tienen ningún problema con nadie, es verdad que el día que la caguen las van a fumigar, pero están completamente integradas no sé si eres tú el caso, porque no a ti no te conozco de nada pero primero que pienses eso, y luego que si no ves solución a esto y tú estás encuadrada aquí, estás de baja psicológica y sigues aquí y no vas a volver a trabajar yo creo que tienes que buscarte otra movida, yo creo que este no es tu sitio, a lo mejor este no es tu sitio, eh, no todo el mundo tiene que valer para la mili, hay gente que es muy buena haciendo papeles en una oficina pero no es buena para pegar barrigazos, (...) y esto cualquier trabajo lo tiene igual, entonces piénsatelo y valóralo, porque ahora estás de baja por una rodilla pero estás de baja psicológica y tú, está claro que aquí no quieres volver a venir a trabajar, verdad?

SOLDADO Magdalena : Sí.

CAPITÁN Nicolas : Si no quieres nada, tendrás... SOLDADO Magdalena : Lo tengo también muy claro, aparte...



www.civil-mercantil.com

CAPITÁN Nicolas : Tendrás que ser sincera, primero contigo misma y decir yo no, no valgo para la mili o igual sí, yo creo que soy la puta polla, pero me hacen la puta vida imposible y tengo que salir de aquí, búscate las habichuelas y primero sé sincera contigo misma, y sincera con España, y si eres sincera con España, dirás tendré que pedir una rescisión de contrato, tendré que irme y tendré que hacer lo que sea, porque hay que ser sincera con España, ahora tienes una lesión de rodilla, evidentemente estás en una lesión de rodilla que te has lesionado aquí, pero bueno, está claro, que alguien tendrá que pagar por ello, porque tú te has lesionado en tu acto de servicio pero la baja psicológica, ya depende de ti, eh, porque de aquí, en principio no te vas a ir, no? Búscatelo, míratelo, porque yo digo por el futuro, eh, porque cuando vengas, vas a tener que venir a trabajar aquí y no es agradable, o yo lo creo así, nunca he estado de baja psicológica, nunca he estado de baja, no es muy agradable venir cada 15 días a pasar un reconocimiento médico y que todos los soldados te señalen cuando vas a entrar, ¿cierto o no? Pues entonces yo creo que es mejor además no te va a venir bien para tu baja psicológica ni para nada te lo estoy diciendo como consejo.

CAPITÁN Nicolas : Otra cosa, ¿has firmado el IP (informe personal) que te hizo el Teniente ¿no?

SOLDADO Magdalena : Sí mi Capitán.

CAPITÁN Nicolas : Vale. Este IP hay que sacarlo "palante", lo digo porque ¿estás preparando o vas a alegar o estás preparando alguna alegación o algo?

SOLDADO Magdalena : No mi Capitán.

CAPITÁN Nicolas : Vale, te lo digo para sacarlo lo antes posible y así te quitamos el plazo de alegaciones, por eso te lo pregunto con el plazo de alegaciones, ya está a punto de pasar, que lo acabamos si no vas a alegar nada, ¿Vas a alegar? SOLDADO Magdalena : No.

CAPITÁN Nicolas : No vas a alegar ¿no? SOLDADO Magdalena : No mi Capitán.

CAPITÁN Nicolas : Pues nada, pues lo que te digo, yo que lo mires porque al final es tu puñetero futuro pero bueno, está claro que las cosas en la calle no están muy bien, pero seguro que están en lo peor cuando vengas aquí a trabajar y tengas a la panda de hijos de puta esos que te están señalando y te están tocando los cojones y luego otra cosa, si consideras y lo piensas en casa y piensas y dices no, a mi me gusta la mili y yo tal, no te preocupes que aquí en la mili todo se olvida echando ostias, y si tú vienes un día y vienes a dar el mil por cien no te preocupes que la gente va a dejar de señalarte que tú fuiste la tía de baja psicológica y va a empezar a respetar su profesión solamente por lo que estás haciendo, por tu trabajo, eso piénsalo también, ahora, cuando vengas, ven a morir y si no, vete "pa" casa a morir también o a otro trabajo, pero aquí no estás haciéndole ningún bien ni a España ni a la Compañía ni a nadie ¿oído Magdalena ?

SOLDADO Magdalena : Sí mi Capitán. CAPITÁN Nicolas : Pues hasta luego.

SOLDADO Magdalena : A sus órdenes mi Capitán ¿ordena otra cosa? Permiso"

El tono de voz del Capitán durante toda la conversación es un tono normal, sin levantar la voz en ningún momento. Lo mismo ocurre con el tono de voz de la entonces Soldado, que no muestra signos de alteración alguna.

En los últimos segundos de la grabación se escucha la voz de la Soldado Magdalena , al salir del despacho del acusado, tateando tranquila y despreocupadamente lo que parece una canción, sin signo alguno de haberse sentido afectada por las palabras del Capitán.

CUARTO. Aprovechando el acusado idéntica ocasión a la anterior, la revisión médica que debía efectuar la Soldado Magdalena , dispuso que en la mañana del día 16 de octubre de 2012 se presentara nuevamente ante él, manteniendo en tal data otro diálogo con la misma, en presencia igualmente del Teniente Jesús .



www.civil-mercantil.com

La entonces Soldado Magdalena volvió a grabar la conversación con su Capitán sin avisar de esta circunstancia ni pedir permiso para ello. El contenido de la conversación con el acusado fue el siguiente:

"SOLDADO Magdalena : A la orden mi Capitán, da usted su permiso. CAPITÁN

Nicolas : ¿Qué sigues de baja?

SOLDADO Magdalena : Sí, mi Capitán.

CAPITÁN Nicolas : ¡Eh! yo te lo voy, te voy informando. ¡Eh! te voy comunicando.

¡Eh! seguramente te pida el cese de la Unidad. Porque tú no te vas a incorporar aquí, ¿verdad?, no te vas a incorporar aquí, ¿verdad?

SOLDADO Magdalena : Estoy embarazada ahora mismo también. Así que... CAPITÁN

Nicolas : De todas maneras felicidades, pero vamos que, que no sé yo en tu estado cómo vendrá eso enferma como estás, estás con depresiones. Te van a pedir, seguramente te vayan a pedir la baja de la Unidad.

CAPITÁN Nicolas : ¡Eh! yo lo veo una cosa muy mal, lo de la baja de la Unidad, primero porque te van a dar una baja en la Unidad quedarás disponible en tu casa o te quedarás como sea y te mandarán a donde sea, al trabajo o donde sea.

CAPITÁN Nicolas : ¡Eh!, yo lo veo muy mal, porque al final (...) no eres digna de estar en el Ejército español. Lo sabes ¿no? Lo sabes.

CAPITÁN Nicolas . Porque tú todos los meses cobras ¿verdad? No eres digna de estar en el Ejército español. No eres digna de estar aquí. No eres digna de poder entrar en esta Compañía. Yo entiendo que en esta Compañía, eh la gente, entras y te odian. Es que es lógico, es que es lógico, es que no estás funcionando. Es que no vienes a trabajar. Eh, yo, para mí, sólo merecéis eh todo, todo mi desprecio. Tú como muchísimos que hay en la mili y el Ejército porque nos estáis robando. Porque al final yo y el Teniente, y toda la gente nos tenemos que retirar a los 67 años, porque hay una panda de vagos y tal.

CAPITÁN Nicolas : De todas maneras una cosa: en ningún trabajo te van a tratar como en el Ejército, en ningún trabajo. El trabajo lo bueno que tiene en el Ejército es que para mal o para bien, pues bueno todo el mundo tiene sus derechos. En una empresa privada te vas a la puta calle. En una empresa privada te vas a la puta calle.

CAPITÁN Nicolas : Lo que pasa es que no, no está en mi mano, porque yo soy jefe de Compañía, pero mando una puta mierda. No está en mi mano mandarte "pa" la puta calle, pero si estuviera ya estarías en la calle, ya, ¿me explico? CAPITÁN Nicolas : Así que nada, mucha felicidad por tu embarazo y cuida mucho de tu niño. Pero que sepas mi punto de vista, macho, no, no tienes nada y estás haciendo un flaco favor a tu Compañía y a España en general, ¿vale?

SOLDADO Magdalena : Vale ¿ordena otra cosa? CAPITÁN Nicolas : Nada.

SOLDADO Magdalena : Con su permiso. A la orden"

El tono de la voz del Capitán en esta segunda conversación denota algún signo de enfado, sin que llegue a ser un tono elevado de voz. Al igual que la vez anterior, el tono de voz de la entonces Soldado Magdalena es completamente normal, sin muestras de alteración alguna.

En los últimos segundos de la grabación se vuelve a escuchar la voz de la entonces Soldado Magdalena , al salir del despacho del acusado, tateando de nuevo de una forma tranquila y despreocupada lo que parece una canción, sin signo alguno de haberse visto afectada por las palabras del Capitán.

El motivo por el que el Capitán Nicolas llamó a la entonces Soldado Magdalena para hablar con ella en las dos ocasiones referidas era interesarse por su situación de baja médica, siendo su preocupación "tener el menor personal posible de baja en su Compañía">>.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La parte dispositiva de la expresada Sentencia es del siguiente tenor literal:

"Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables al Capitán del Ejército de Tierra D. Nicolas 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 51/11/12".

Tercero.

La referida Sentencia va seguida de Voto Particular que formalizó el Vocal Togado del Tribunal, Teniente Coronel Auditor Don Óscar Amellugo Catalán quien declinó la ponencia que ejercía en estos autos, dada su disconformidad con el voto de la mayoría de la Sala, ya que su propuesta era de condena al Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas , por la comisión de un delito consumado de abuso de autoridad, del art. 106 del Código Penal Militar , a la pena de cuatro meses de prisión.

Cuarto.

Notificada que fue la Sentencia a las partes, el Letrado Don Gerardo Pérez Sánchez en nombre y representación de Doña Magdalena , que ejerció la Acusación Particular, mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2014, manifestó su intención de interponer Recurso de Casación, que se tuvo por preparado según Auto de fecha 24 de octubre de 2014 del Tribunal sentenciador.

Quinto.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Matud Juristo, en la representación causídica de Doña Magdalena , formalizó con fecha 1 de diciembre de 2014 el Recurso anunciado, que fundamentó en los siguientes Motivos:

Primero.

Por error de hecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Segundo.

Por error en la valoración de la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.2, en relación con lo dispuesto en el art. 852 y art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española en cuanto a la tutela judicial efectiva.

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, apartado 1, por inaplicación de lo dispuesto en el art. 106 del Código Penal Militar .



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Dado traslado del Recurso a la Fiscalía Togada, mediante escrito presentado en fecha 23 de diciembre de 2014, solicitó la desestimación de la totalidad de los motivos formalizados por la Acusación Particular y la confirmación de la Sentencia recurrida, al considerarse la misma completamente ajustada a Derecho.

Séptimo.

Dado traslado del Recurso al recurrido Don Nicolas , por el Procurador de los Tribunales Don Carlos José Navarro Gutiérrez, quien actúa en su nombre y representación, se presentó con fecha 26 de enero de 2015 escrito de impugnación del Recurso de Casación interpuesto por la Acusación Particular, suplicando a la Sala que se dicte Sentencia desestimando el mismo y la confirmación en toda su extensión de la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto.

Octavo.

Mediante Proveído de fecha 16 de febrero de 2015 se señaló el día 10 de marzo siguiente para la deliberación, votación y fallo del Recurso; acto que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Como cuestión previa porque no es objeto del recurso, nos referiremos a un tema que la Sala advierte de la lectura del Acta de la vista oral. Se trata de la decisión del Tribunal de instancia que autorizó al procesado, Capitán Nicolas , a no permanecer en la Sala durante el acto de la vista una vez que hubo prestado declaración y renunció a su derecho a la última palabra. La decisión del Tribunal se adoptó como respuesta y resolución a la solicitud del Letrado defensor del procesado, que al amparo del art. 301 de la Ley Procesal Militar puso de manifiesto que en ese momento su esposa estaba dando a luz un hijo y una vez que las partes intervinientes expresaron que no se oponían a la ausencia solicitada. El Tribunal advirtió al procesado que debía estar localizado en todo momento a través de su teléfono móvil a cuyo fin debía proporcionar todos los datos al Agente Judicial.

El artículo 301, párrafo primero, de la Ley Procesal Militar invocado establece que: "El acusado deberá estar presente en las sesiones de la vista, a cuyo fin el Tribunal adoptará la disposiciones convenientes para evitar que el que se halle en libertad provisional se ausente o deje de comparecer a las sesiones. No obstante, podrá relevarse el procesado del deber de presencia para todos los trámites que no hayan de entenderse con él personalmente, quedando siempre a la disposición inmediata del Tribunal".

Aunque es cierto que el Tribunal consultó con las partes y accedió a la petición con la conformidad de todos y que, del artículo invocado, resulta también que el Tribunal puede relevar al procesado del deber de presencia quedando a "disposición inmediata" del Tribunal; también lo es que la justificación de la solicitud no acompañaba la decisión adoptada y que, desplazándose a una Clínica u Hospital fuera del edificio del Tribunal, difícilmente se hubiera



www.civil-mercantil.com

conseguido la disposición inmediata para efectuar, por ejemplo, un careo si en el desarrollo de la Vista se hubiera propuesto como prueba.

Por ello, la Sala mayoritariamente estima que con esta decisión se ha producido una irregularidad procesal y que, ante tal petición no acreditada, el Tribunal debió acordar la suspensión de la Vista conforme al art. 297 de la Ley Procesal Militar y señalar otro día para su celebración.

No obstante en las circunstancias del presente caso, tratándose de una Sentencia absolutoria, la Sala considera que no debe de extraer de oficio ninguna otra conclusión, por las siguientes razones: a) Ninguna de las partes, ha formalizado queja casacional al respecto, ni siquiera el Ministerio Fiscal a quien incumbe la defensa de la legalidad; b) No se advierte vulneración de ningún derecho, fundamentalmente el derecho de defensa invocable por el procesado que fue quien dio origen a la decisión del Tribunal y que, como hemos dicho, resultó absuelto; y c) Ninguna consecuencia práctica tendría la anulación del enjuiciamiento para su nueva realización, propiciando una nueva oportunidad de condena de quien fue absuelto y ello apreciando una indefensión realmente inexistente.

Segundo.

Dicho lo anterior, pasemos al primer motivo de casación en el que se denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que se han omitido en la Sentencia hechos relevantes para la correcta valoración de la configuración del tipo penal y de la apreciación del resto de las pruebas.

En concreto solicita la recurrente que se adicionen a los Hechos Probados los siguientes:

1.- Las sanciones de que fue objeto la Soldado Magdalena antes de que el Capitán Nicolas asumiera la Jefatura de la Compañía. En concreto se refiere a las siguientes sanciones:

1.1.- La sanción de reprensión impuesta en fecha 26 de junio de 2012 por "haberse desplazado con la autorización del Teniente Coronel jefe de los Servicios Médicos del Acuartelamiento a la cafetería de la base sin conocimiento de sus superiores de la Unidad", sanción que fue recurrida, siendo inicialmente confirmada por el Teniente Coronel Jefe del BIL, y posteriormente anulada por el Coronel Jefe del RIL.

1.2.- La sanción de seis días de arresto que se le impuso el 26 de agosto de 2012 por encontrarse en la cantina sin uniforme, sanción que no fue recurrida.

2.- Los procedimientos judiciales que fueron incoados (y sobreseídos provisionalmente) a dos Suboficiales de la Unidad como consecuencia del parte que la referida Soldado cursó el mismo día en que se le impuso la sanción de reprensión antes aludida (26 de junio de 2012), denunciándoles por ser objeto de trato vejatorio, hechos éstos también tenidos lugar antes de la llegada del Capitán Nicolas a la Compañía.

3.- Y la conversación que la Soldado Magdalena mantuvo con el Teniente Jesús el día 1 de octubre de 2012 justo antes de la primera de las conversaciones mantenidas con el Capitán Nicolas, en la que según la defensa de la recurrente se pondrían de manifiesto las presiones que la Soldado estaba recibiendo para darse de alta médica. Esta conversación, al igual que las dos tenidas lugar con el Capitán Nicolas, fueron grabadas por la recurrente, y su transcripción se encuentra unida los folios 591 a 601 de las actuaciones.



www.civil-mercantil.com

Por último, solicita también que se incorpore a los Hechos Probados de la Sentencia, Hecho Probado Tercero, los dos segundos del archivo de audio de la primera conversación que se ha omitido y debe figurar para oír cómo el Oficial ordena silencio. La parte señala marcado en negrita lo que debe adicionarse dentro del Hecho probado Tercero:

"SOLDADO Magdalena : Sí.

CAPITÁN Nicolas : Si no quieres nada, tendrás... SOLDADO Magdalena : Lo tengo también muy claro, aparte... CAPITÁN Nicolas : ¡silencio!

CAPITÁN Nicolas : Tendrás que ser sincera, primero contigo misma y decir yo no, no valgo para la mili o igual sí...".

Conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, para que pueda ser declarado un error de esta naturaleza es necesario que concurren varios requisitos: En primer lugar, sólo un documento auténtico -no, pues, otros medios de prueba aunque aparezcan documentados en los autos- es hábil para demostrar el error, no porque el documento tenga mayor valor acreditativo que otro medio de prueba, sino porque ante el documento el Tribunal de casación se encuentra en la misma situación de inmediación que el Tribunal de instancia. También es indispensable que el documento tenga por sí mismo aptitud demostrativa suficiente, de suerte que el error invocado resulte demostrado por él, sin necesidad de acudir a otros medios de prueba. Junto a estos dos requisitos debe concurrir un tercero: que el contenido del documento no resulte contradicho por otros medios probatorios, pues en tal caso, al no existir preferencia legal de unos sobre otros, todos son aptos para formar la convicción a que se refiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Por último, la concurrencia de todo lo anterior conducirá a la declaración del error únicamente si este tiene relevancia para modificar el fallo de la sentencia.

Pues bien, aunque los hechos referenciados que propone adicionar la recurrente pudieran inferirse de los documentos que obran en las actuaciones, la Sala estima coincidiendo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal que no se cumple, uno de los requisitos exigibles ya que no se alteraría el pronunciamiento del fallo, pues el hecho con posible trascendencia penal, es decir, el trato vejatorio imputado al procesado resulta de las dos conversaciones que mantuvo con la recurrente y en consecuencia no cabe aceptar, en modo alguno, que el contenido de los documentos que se pretenden adicionar y que el Tribunal de instancia ha obviado, resulte un error evidente, obvio e indudable en el criterio seguido por el mismo que sea merecedor de su corrección y pudiera modificar el fallo absolutorio dictado.

Tampoco sería posible rectificar el Hecho Probado con las adiciones propuestas porque el mismo final del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que los documentos que se invocan no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales -aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio.

Tercero.

El motivo segundo de casación se plantea también por error en la valoración de la prueba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2, en relación con lo dispuesto en el

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

artículo 852 y artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la Constitución en cuanto a la tutela judicial efectiva, por entender que el Tribunal de instancia hace una interpretación absurda, ilógica o irrazonable de las pruebas de cargos existentes, principalmente de las conversaciones mantenidas y grabadas, así como de las consecuencias que para la Soldado tuvieron las vejaciones sufridas por parte del Capitán.

Como acertadamente propone el Ministerio Fiscal este motivo en realidad coincide plenamente en su desarrollo con el Motivo Tercero en el que se denuncia la inaplicación de lo dispuesto en el art. 106 del Código Penal Militar , por lo que procede realizar un análisis conjunto ya que la argumentación del recurrente en ambos se dirige a intentar demostrar que el Tribunal de instancia ha incurrido en un "error iuris" al no considerar que los hechos declarados probados son subsumibles en el delito previsto en el art. 106 del Código Penal Militar . Se argumenta esencialmente que los hechos declarados probados sí alcanzan la gravedad necesaria y que son algo más que "expresiones poco educadas y poco agradables para el destinatario". Insiste la dirección letrada de la recurrente en la idea de que el Tribunal sentenciador ha ignorado la existencia de un plan preconcebido por parte de los mandos de la Compañía para acosar a la Soldado con ocasión de sus sucesivas bajas médicas, plan al que el Capitán Nicolas se unió entrevistándose con ella en dos ocasiones en su despacho, en las que según textualmente se señala en el recurso "el conjunto de las conversaciones era vejatorio, humillante y atentatorio a la dignidad de cualquier persona en un marco ominoso para la Soldado y concebido para quebrar su voluntad".

Además de ello, y tal y como advertíamos, en el desarrollo argumental del Motivo Segundo también encontramos mezclado con los razonamientos del aludido "error iuris", la queja que la recurrente formula en relación a la valoración de las pruebas periciales practicadas, y en concreto en relación al informe emitido por la Sanidad Militar y al emitido por el médico Don Desiderio .

En primer lugar, hemos de advertir que, por las razones antes expresadas, en relación con las modificaciones fácticas pretendidas a través del "error facti" y que en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala resultan rechazadas, que los Hechos Probados resultan inalterables y vinculantes.

Hemos de partir, pues, de los Hechos Probados de la Sentencia que, conforme afirma el Tribunal de instancia en su Fundamento de la Convicción Primero, ha llegado a ella "con arreglo a la actividad desplegada en el juicio oral, fundamentalmente a raíz de las manifestaciones realizadas por el acusado y por los peritos y testigos que depusieron en el acto de la Vista oral. Dice el Tribunal que: "En ese sentido los artículos 322 de LPM y 741LECRm, no pueden interpretarse como un permiso a los integrantes del Poder Judicial para valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. Valoración libre no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría esta actividad en un acto de mero voluntarismo (SSTS-Sala Quinta- de 02 de julio , 26 de octubre y 26 de diciembre, de 2012 ; 27 de junio, 21 de octubre y 18 de noviembre, de 2013)".

Pues bien, pretende la recurrente que la Sala efectúe, a partir del sustrato factual, una nueva subsunción de los hechos con el resultado de dictar una sentencia en sentido condenatorio.

Hemos dicho recientemente (Sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2015) que: <<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,



www.civil-mercantil.com

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 poréste 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 STC105/2014).

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)>>.

Cuarto.

En el presente caso, aplicando la doctrina que acabamos de exponer, resulta que el Tribunal "a quo" ha expresado su convicción sobre los Hechos Probados en base a la "actividad probatoria desplegada en el juicio oral, fundamentalmente a raíz de las manifestaciones realizadas por el acusado y por los peritos y testigos que depusieron". La valoración de este acervo probatorio, en términos de insustituible inmediación, autoriza al



www.civil-mercantil.com

Tribunal de los hechos a sostener como presupuesto de su criterio absolutorio que: <<...ninguna de las expresiones, a pesar de su rigor, llegan a alcanzar, a juicio de la Sala, la consideración de "actos que rebajen el plano de estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana", ni que tampoco lo hagan de la forma grave que permita hablar, en el caso de la denunciante, de un "quebranto de su resistencia física o moral que le haya producido como resultado sentimientos de temor, angustia o inferioridad". Como ha quedado dicho y declarado probado, la denunciante no dio muestras en ningún momento durante el transcurso de las dos conversaciones mantenidas con el acusado, de sentirse humillada o envilecida por las palabras del Capitán, ni tampoco de que su resistencia física o moral se quebrantara como resultado de las expresiones utilizadas por el oficial. Y a esa conclusión llega el Tribunal no sólo en relación con los escasos minutos que duraron las conversaciones, sino también y con mayor claridad en relación con la situación posterior a las mismas. El hecho claramente probado de que la denunciante abandonara el despacho del Capitán, en las dos ocasiones, tarareando tranquila y despreocupadamente lo que parece una canción es un dato que se compagina mal con un sentimiento profundo de humillación o afectación a la dignidad moral que, si se hubiera producido, habría debido provocar, en buena lógica, una reacción distinta en la afectada...>>.

Del mismo modo, la Sala mayoritariamente entiende que resulta también coherente y lógico el razonamiento que en el mismo Fundamento Jurídico Segundo efectúa el Tribunal referente a la patología sufrida por la Soldado, en el sentido de que <<...ha quedado demostrado que era padecida por ésta en fecha muy anterior al 1 de octubre de 2012 por lo que, aun cuando la conversación con el Capitán, en un plano teórico, pudiera haber sido un factor más de persistencia, que no de causación del padecimiento, no ha quedado en ningún momento acreditado que así haya sido. En este sentido hay que señalar que el perito perteneciente al Cuerpo de Sanidad Militar en su intervención ante la Sala ha aportado datos relevantes a este respecto, uno cierto y confirmado y otro hipotético: el confirmado es que la acción del Capitán es insuficiente para desencadenar por sí misma un cuadro de estrés postraumático en la ex soldado Magdalena ; el hipotético es que dicha acción, sumada a otros diversos factores, y teniendo en cuenta la vulnerabilidad previa de la ex soldado, podría conducir a un síndrome de "burn-out", pero la concreción de esa posibilidad no ha quedado acreditada en modo alguno, y por lo tanto, no puede utilizarse en perjuicio del encartado. aparte de ello, ya hemos dicho que el padecimiento de la ex soldado tiene su origen en fecha muy anterior a las de las conversaciones con el Capitán...>>.

Por otra parte debemos también recordar en relación con las alegaciones del recurrente que la Fiscalía Jurídico Militar modificó sus conclusiones provisionales solicitando en su informe definitivo una Sentencia absolutoria para el acusado basada entre otros en los siguientes argumentos:

"1.- Las grabaciones subrepticias efectuadas por la Soldado Magdalena tienen plena validez.

2.- La presunta víctima sufría un trastorno adaptativo con anterioridad a los hechos de autos.

3.- El Expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas finalizó con resolución que señalaba que dicha insuficiencia era ajena a acto de servicio.

4.- Los hechos carecen de la misma gravedad, requerida por nuestra

Jurisprudencia, para la consumación del tipo contenido en el artículo 106 CPM ,tratándose las expresiones utilizadas de actos neutros, incapaces de generar la responsabilidad que se reclama al acusado.



www.civil-mercantil.com

5.- Los hechos pudieran ser susceptibles de reproche a la luz de la Ley Orgánica 8/1998, de régimen disciplinario militar (artículos 7.17 ó 8.22) o no ser constitutivos de infracción alguna".

Así mismo debemos recordar que la Sentencia impugnada se refiere al objeto del procedimiento señalando que: "...debemos recordar que la conducta enjuiciada es precisamente la imputada al Capitán Nicolas , concentrada en las dos conversaciones que han quedado reflejadas en los Hechos Probados. No son objeto de este proceso actos anteriores de los que pudiera haber sido víctima la entonces soldado Magdalena por parte de sus compañeros de unidad, en una fecha anterior a la que tomó el mando de la misma el Capitán Nicolas , en los que éste no pudo tener participación por no conocer siquiera a la denunciante en aquel momento...".

En definitiva, la Sala mayoritariamente considera que el art. 106 del Código Penal Militar ha sido correctamente inaplicado porque, como acertadamente concluye el Tribunal "a quo" "...no concurre ese mínimo de gravedad necesario para que se pueda apreciar un trato degradante en el presente caso y que además de esa falta objetiva de la gravedad que el tipo exige como susceptible de causar en su destinatario los sentimientos de humillación e indignidad que se derivan de esa entidad objetiva de la conducta, la realidad de tales sentimientos no ha quedado acreditada en modo alguno. Por lo tanto, no es pertinente apreciar la concurrencia del delito por el que el procesado venía siendo acusado...". Ello sin perjuicio, como también declara el Tribunal sentenciador, de la posible trascendencia disciplinaria que se puede derivar de las expresiones utilizadas por el Capitán Nicolas en las conversaciones referidas, pues el legislador ha previsto distintos tipos disciplinarios en los que tienen encaje las expresiones toscas, inadecuadas o indignas a una subordinada, lo que pone de manifiesto que sólo los que por su gravedad rebasan los límites de la protección jurídica que, con sus distintas intensidades, ofrece el ámbito disciplinario, deben residenciarse en el penal.

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 desestimar y desestimamos el Recurso de Casación número 101/62/2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Matud Juristo, en la representación que ostenta de Doña Magdalena , que ejerció la Acusación Particular, frente a la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2014 dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en Sumario 51/11/2012, por la que se absolvió con todos los pronunciamientos favorables al Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas del delito de "abuso de autoridad", previsto y penado den el art. 106 del Código Penal Militar del cual venía siendo acusado en la referida causa; Sentencia que declaramos firme. Sin costas.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE Que formulan los Magistrados Don Fernando Pignatelli Meca y Don Jacobo López Barja de Quiroga en relación con la sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, dictada en el recurso de casación núm. 101/62/2014.



FECHA:25/03/2015

Formulamos el presente voto particular, que tiene carácter de discrepante, porque, en nuestra opinión, y con el mayor respeto al criterio de la mayoría, la Sala debió, por las razones que se hacen constar a continuación, estimar el Recurso de Casación núm. 101/62/2014, interpuesto por la representación procesal de la que fuera Soldado del Ejército de Tierra Doña Magdalena contra la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en méritos a la Causa núm. 51/11/12, por la que se absolvió, con todos los pronunciamientos favorables, al Capitán del Ejército de Tierra DON Nicolas de un delito consumado de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar, de cuya comisión venía acusado, entendiendo que procede casar y anular dicha Sentencia y, en su lugar, dictar otra por la que, estimando el tercero de los motivos de casación interpuestos por la acusación particular, se condene a dicho Capitán, como autor responsable del mencionado delito consumado de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una subordinada, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro meses de prisión -la justificación de esta duración se explicará más adelante-, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena principal, para cuyo cumplimiento le habría de ser de abono cualquier tiempo pasado en privación o restricción de libertad o derechos por el mismo motivo, así como a abonar a Doña Magdalena, en concepto de responsabilidades civiles, la cantidad de tres mil -3.000- euros y al pago de las costas procesales.

Con todas las consideraciones de rigor para la decisión de la mayoría, hemos de disentir de la Sentencia que resuelve el presente Recurso de Casación por las razones siguientes:

Primero.- Según consta en el acta del juicio oral, una vez que el acusado ha declarado, "a solicitud de la Defensa, y al amparo del artículo 301 de la Ley Procesal Militar, dado que su hijo está naciendo en este momento pide que el Capitán se ausente de la sesión renunciando a su derecho a la última palabra. Las partes no se oponen a esa solicitud. El Tribunal le autoriza a no permanecer en la Sala pero debe estar localizado en todo momento".

A continuación el juicio continúa ya en ausencia del acusado, procediéndose a la reproducción de las grabaciones de las conversaciones de los días 1 y 16 de octubre de 2012; seguidamente se practica la prueba pericial y la testifical,

elevándose las conclusiones a definitivas, salvo la correspondiente al Ministerio Fiscal que consideró que "no existe delito de abuso de autoridad y pide la absolución del procesado"; terminados los informes, se declara concluida la vista.

El artículo 301 de la Ley Procesal Militar taxativamente ordena que "el acusado deberá estar presente en las sesiones de la vista, a cuyo fin, el Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que el que se halle en libertad provisional se ausente o deje de comparecer a las sesiones". Esta es la regla, pues no está previsto el juicio en ausencia. Es cierto que dicho artículo a continuación añade que "no obstante, podrá relevarse el procesado del deber de presencia para todos los trámites que no hayan de entenderse con él personalmente, quedando siempre a la disposición inmediata del Tribunal".

Sin duda esta excepción está mal redactada, pues encontrándonos ya en el juicio oral no hay más "trámites" que realizar. Pero, en cualquier caso, es evidente que lo único que permite es la no presencia del acusado en "los trámites que no hayan de entenderse con él personalmente" y, qué duda cabe que todas las sesiones del juicio oral tienen que entenderse



www.civil-mercantil.com

personalmente con él. De manera que el Tribunal no está facultado para permitir que el acusado se ausente de dichas sesiones. Claro que el acusado tiene que estar presente en todas las sesiones del juicio oral, pues si no lo estuviera sería un juicio en ausencia que, salvo en los estrechos márgenes en que está permitido (no en la jurisdicción militar), se consideran incompatibles con el derecho a un juicio justo conforme a los parámetros de la doctrina del TEDH.

Y, desde luego no se trata de una mera irregularidad, sino del derecho fundamental al debido proceso.

Un juicio celebrado sin el acusado (no tratándose de los limitados juicios en ausencia) es un juicio nulo; radicalmente nulo.

Segundo.- Partimos de que se trata de un recurso frente a una Sentencia absolutoria y que conforme a la doctrina del TEDH debe oírse al acusado y, desde luego, no es posible alterar el hecho probado, pues el Tribunal del recurso no ha visto la prueba. Pero, en el presente caso no se plantea un problema de apreciación de la prueba sino de subsunción. La cuestión es: ¿dados los hechos probados de la Sentencia recurrida, el hecho es subsumible en el tipo penal del artículo 106 del Código penal militar? A ello ha de añadirse que para el tipo penal la intencionalidad del autor no es necesariamente relevante (así el TEDH), pues lo que debe examinarse es si las acciones realizadas son objetivamente constitutivas de un trato degradante; tampoco el tipo exige un sentimiento de humillación o degradación en la persona que es sujeto pasivo de las indicadas acciones. La acción o las acciones por sí mismas han de constituir (o no) un trato degradante. En definitiva, como dijimos, es un caso que lo que plantea es si es posible su subsunción en el tipo penal.

A nuestro juicio, tal subsunción es clara y no es problemática. Nos encontramos ante unos hechos probados que configuran una situación de acoso y de trato degradante de un superior hacia una persona de empleo inferior.

Tercero.- En efecto, partiendo del pleno respeto al infrangible o inamovible relato de hechos probados, y compartiendo con la mayoría las razones que abocan a la desestimación de los dos primeros motivos de casación interpuestos por la acusación particular ejercida por Doña Magdalena, entendemos, en cambio, que tales hechos integran el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una subordinada, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar, por el que venía acusado el Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas, por lo que consideramos que la Sala debió estimar el tercer motivo de casación, en el que, por el cauce procesal que habilita el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia haberse incurrido por la Sentencia de instancia en infracción de ley por indebida inaplicación del citado artículo 106 del Código punitivo castrense.

No puede dejar de reseñarse a este respecto que el Fiscal Jefe del Tribunal Militar Territorial Quinto modificó, en el acto del juicio oral, sus conclusiones provisionales, solicitando en su informe definitivo la libre absolución del Capitán acusado y ello, esencialmente, según consta en la Sentencia de instancia, porque entendió que "los hechos carecen de la mínima gravedad requerida por nuestra Jurisprudencia, para la consumación del tipo contenido en el artículo 106 CPM, tratándose las expresiones utilizadas de actos neutros, incapaces de generar la responsabilidad que se reclama al acusado", pues "en el contexto en que fueron emitidas las frases carecen de contenido ofensivo, habiendo tenido un carácter simplemente admonitorio".

Los Magistrados que suscriben discrepan radicalmente de este razonamiento y del que, en la misma línea, lleva a cabo la Sentencia de instancia, que viene a ser asumido por la mayoría de esta Sala del Tribunal Supremo, y no pueden por menos que compartir los razonamientos de la acusación particular ejercida por la representación procesal de Doña Magdalena y los que formula el Teniente Coronel Auditor Vocal Togado del Tribunal Militar

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Territorial Quinto que, en un extenso y fundamentado voto particular discrepante, se aparta del criterio que condujo a la absolución del Capitán del Ejército de Tierra Nicolas .

Del relato probatorio resulta que el Capitán Don Nicolas , conocía perfectamente tanto que la Soldado Doña Magdalena se hallaba dada de baja médica para el servicio -por el Jefe del Regimiento, de acuerdo con la Sanidad Militar- desde el 26 de abril de 2012 por padecer un trastorno adaptativo, como que, con motivo de sus sucesivas bajas médicas, en particular a partir de la de fecha 29 de febrero de 2012, algunos miembros de la Unidad de su destino - de la que el Capitán Nicolas se hallaba al mando-, cuando ésta se encontraba todavía al mando del Capitán Arcadio , y sin que se hayan determinado personas ni fechas -pues tampoco se ha llevado a cabo una investigación en forma, sin que la Fiscalía, que con inusitada presteza retiró la acusación, haya promovido las debidas acciones al respecto-, "adoptaron una actitud de animadversión hacia ella, llegando incluso a los insultos, lo que provocó que el propio Capitán Arcadio hubiera de intervenir para que cesaran esos hechos". Igualmente resulta del factum sentencial que dicho Capitán, con el propósito de "interesarse" por la situación de baja médica de la Soldado Doña Magdalena y "tener el menor personal posible de baja en su Compañía" -y dispuesto para ello a lograr, por cualquier medio, que la citada Soldado se diera de alta médica o solicitara la rescisión de su compromiso con las Fuerzas Armadas-, aprovechó que el 1 de octubre de 2012 Doña Magdalena , Soldado con la que hasta entonces no había tenido contacto alguno, debía comparecer en la Unidad para pasar revisión de las bajas médicas que tenía reglamentariamente reconocidas, para disponer -es decir, ordenar- que aquella se le presentara en su despacho oficial.

Llegado el indicado día, y una vez que la Soldado Magdalena se personó en su despacho oficial, el Capitán Nicolas , en presencia del Teniente del Ejército de Tierra Don Jesús y con el fin de lograr que la Soldado se diera de alta médica o solicitara la rescisión del compromiso que la ligaba a las Fuerzas Armadas, dirigió a esta, a la que no permitió completar algunas de las contestaciones justificativas que pretendió darle -"lo que me ha pasado es que cuando cogí la baja por las rodillas, porque me tuvieron que operar de una rodilla, me caí aquí dentro corriendo, pues mis compañeros empezaron a ..."-, una serie de frases claramente dirigidas a presionarla -en realidad, a coaccionarla-, atemorizándola para que hiciera lo que el Oficial pretendía, valiéndose para ello de la actitud violenta hacia ella de algunos miembros de la Unidad, de la que, obviamente, era perfecto conocedor -la Soldado le manifestó que "mis propios compañeros me empezaron, el mismo día que cogí la baja, me empezaron a insultar, y, sabe, en conjunto la compañía, casi entera, a insultarme y así estuvieron durante un mes y pico que seguía viniendo aquí hasta que lo puse en conocimiento del Capitán, porque me mandó a llamar y se lo comenté, al Capitán Arcadio que estaba aquí, y tengo testigos de ... de eso"-, desentendiéndose de lo que su subordinada le decía y utilizando la amedrentadora actitud hacia ella de aquellos individuos -"y ¿qué solución le ves a eso y ¿qué solución le das a eso? Magdalena ? No, yo te pregunto si le ves alguna solución, es decir, en el sentido que vas a venir y porque al final a ver, porque el resto de los soldados son unos hijos de puta pero ellos al final lo ven, es decir, todo el mundo nos consideramos que somos muy buenos y somos la puta polla, pero si yo entre mis compañeros de promoción, mis compañeros, el resto de Capitanes, nadie me habla, en vez de mirarme, en vez de decir yo, qué hijos de puta son todos es que no me hablan, igual tengo que mirar para dentro y decir en algo he fallado yo para que no me hable nadie ..."; "está claro que las cosas en la calle no están muy bien, pero seguro que están en lo peor cuando vengas aquí a trabajar y tengas a la panda de hijos de puta esos que te están señalando y te están tocando los cojones"- tanto para culpabilizar a la propia Soldado Magdalena de los hechos de sus compañeros de que era víctima -actitud que solo benévolamente podría calificarse de acoso- como para, en base a tal situación, con un léxico soez y machista, compelerla a abandonar las Fuerzas Armadas -"yo entiendo que las mujeres



www.civil-mercantil.com

están fijadas en el Ejército, pero [h]ay mujeres que están completamente integradas en una unidad, en una Compañía de fusiles y no tienen ningún problema con nadie, es verdad que el día que la caguen las van a fumigar, pero están completamente integradas no sé si eres tú el caso, porque yo a ti no te conozco de nada pero primero que pienses eso, y luego que si no ves solución a esto y tú estás encuadrada aquí, estas de baja psicológica y sigues aquí y no vas a volver a trabajar yo creo que tienes que buscarte otra movida, yo creo que este no es tu sitio, a lo mejor este no es tu sitio, eh, no todo el mundo tiene que valer para la mili, hay gente que es muy buena haciendo papeles en una oficina pero no es buena para pegar barrigazos,(...) y esto cualquier trabajo lo tiene igual, entonces piénsatelo y valóralo, porque ahora estas de baja por una rodilla pero estas de baja psicológica y tú, está claro que aquí no quieres volver a venir a trabajar, verdad?"-

La presión psicológica ejercida por el Capitán Nicolas sobre una subordinada que, además, padece un trastorno adaptativo diagnosticado por el que se encuentra dada de baja para el servicio, con el indisimulado propósito de torcer su voluntad y, doblegándola, lograr que solicite su baja en las Fuerzas Armadas -"si eres sincera con España, dirás tendré que pedir una rescisión de contrato, tendré que irme y tendré que hacer lo que sea ..."-, culmina con las frases, groseras y, sobre todo, no velada sino claramente amenazadoras y coactivas, con que trata de atemorizarla utilizando una eventual reacción contra ella de quienes la habían acosado -"me hacen la puta vida imposible y que tengo que salir de aquí, búscate las habichuelas ..."; "cuando vengas vas a tener que venir a trabajar aquí y no es agradable o yo lo creo así, nunca he estado de baja psicológica, nunca he estado de baja, no es muy agradable venir cada 15 días a pasar un reconocimiento médico y que todos los Soldados te señalen cuando vas a entrar, ¿cierto o no? ... te lo estoy diciendo como consejo ..."; "está claro que las cosas en la calle no están muy bien, pero seguro que están en lo peor cuando vengas aquí a trabajar y tengas a la panda de hijos de puta esos que te están señalando y te están tocando los cojones ..."- que le dirige y con las expresiones humillantes, hirientes y despectivas con las que le reprocha su -a juicio del Capitán Nicolas - falta de valía para la milicia -"no todo el mundo tiene que valer para la mili ..."; "aquí no estás haciéndole ningún bien ni a España ni a la Compañía ni a nadie ..."-, para, finalmente, privarla, arbitrariamente, del plazo reglamentariamente fijado de que disponía para hacer alegaciones al IPEC -"así te quitamos el plazo de alegaciones ... ya está a punto de pasar ..."-.

Cuarto.- En la siguiente entrevista, el día 16 de octubre de 2012, en la que el Capitán Nicolas volvió a hacer que la Soldado Doña Magdalena compareciese a su presencia, en su despacho oficial, donde también en esta ocasión se hallaba acompañado por el Teniente Jesús , dicho Capitán comenzó advirtiéndole a la Soldado, quien continuaba dada de baja médica para el servicio por padecer un trastorno adaptativo, que "seguramente te pida el cese de la Unidad".

Tras ello, la Soldado Magdalena informó a su superior que en ese momento se hallaba embarazada, no obstante lo cual el Capitán Nicolas , tras reprocharle estar de baja médica -"... yo lo veo una cosa muy mal, lo de la baja de la Unidad, primero porque te van a dar una baja en la Unidad quedarás disponible en tu casa o te quedarás como sea y te mandarán a donde sea, al trabajo o donde sea"; "... yo lo veo muy mal ..."- y su opinión de que estaba fingiendo la enfermedad -"que sepas mi punto de vista, macho, no, no tienes nada y estás haciendo un flaco favor a tu Compañía y a España en general, ¿vale?"-, comenzó a dirigirle frases humillantes, hirientes y despectivas, incluso injuriosas, tachándola de no ser digna del Ejército ni de España, de robar, de ser vaga y merecedora de desprecio -"no eres digna de estar en el Ejército español. Lo sabes, ¿no?. Lo sabes"; "porque tú todos los meses cobras ¿verdad?. No eres digna de estar en el Ejército español. No eres digna de estar aquí. No eres digna de poder entrar en esta Compañía"; "para mi, sólo merecis eh todo, todo mi desprecio. Tú como muchísimos que hay en la mili y el Ejército porque nos estáis robando. Porque al final yo y el



www.civil-mercantil.com

Teniente, y toda la gente nos tenemos que retirar a los 67 años, porque hay una panda de vagos y tal"-, además de reiterarle su idea de que no debía pertenecer al Ejército y que, de haberle sido posible, le hubiera dado de baja en él -"lo que pasa es que no, no esta en mi mano, porque yo soy jefe de compañía, pero mando una puta mierda. No está en mi mano mandarte <<pa>> la puta calle, pero si estuviera ya estarías en la calle, ya, ¿me explico?"-, todo ello tras, sincerándose, mostrar no ya su conocimiento sino su comprensión o aquiescencia hacia la violenta actitud de acoso ejercida por algunos miembros de la Unidad hacia la Soldado Magdalena -"yo entiendo que en esta compañía, eh la gente, entras y te odian. Es que es lógico, es que es lógico, es que no estás funcionando. Es que no vienes a trabajar ..."-.

Ahora, el Capitán Nicolas , además de la presión psicológica que ejerce sobre una Soldado que no solo continúa padeciendo un trastorno adaptativo diagnosticado por el se encuentra dada de baja para el servicio, sino que se halla embarazada, muestra su comprensión hacia la violencia que sobre ella ejercían ciertos miembros de la Unidad por el hecho de hallarse de baja médica, y, utilizando tal violencia para amedrentarla, procede a dirigirle, en presencia del Teniente Jesús -que asiste impasible a los hechos-, una serie de expresiones vejatorias, despectivas, humillantes e injuriosas, tildándola de no ser digna de estar en la Compañía y en el Ejército español, de ser vaga, de estar robando y de no hallarse enferma, añadiendo que la considera merecedora de todo su desprecio, todo ello porque, a pesar de sus esfuerzos y de los medios utilizados, no había logrado que Doña Magdalena se sometiera a su arbitrario capricho y accediera a solicitar la baja en las Fuerzas Armadas.

Quinto.- En el ámbito general, en cuanto el militar resulta ser titular, al igual que el resto de sus conciudadanos, del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española , a cuyo tenor "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", el alcance de dicho derecho ha de interpretarse con arreglo a lo previsto en el artículo 10.2 del Texto Legal Fundamental, de acuerdo al cual "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"; y, en todo caso, pesa sobre todo militar, especialmente sobre los que ostentan mando, el deber que a todos los españoles impone el artículo 9.1 de la Constitución , conforme al cual "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

A este efecto, cabe recordar que el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 -"nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"- resulta ser el antecedente inmediato del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, que, en el ámbito regional europeo, proclama que "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes"; por su parte, en el ámbito universal el párrafo primero del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento de 27 de abril de 1977, reproduce literalmente el aludido artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, y específicamente proscriben la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes en dicho ámbito la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes -en lo que aquí es pertinente, su artículo 16-, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por España mediante Instrumento de 21 de octubre de 1987, con su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002, ratificado por España mediante Instrumento de 4 de abril de 2006, y en el ámbito regional

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

europeo 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 ratificado por España mediante Instrumento de 2 de mayo de 1989.

A su vez, en el específico ámbito militar, ha de tenerse presente, en relación a este tipo delictivo, además de lo que la Constitución previene, lo que la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, vigente al momento de ocurrir los hechos, establece en las reglas esenciales de comportamiento del militar enunciadas en el apartado 1 de su artículo 6. A tenor de la Primera de tales reglas esenciales "la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber" del militar, deber "que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa nacional y en esta ley"; a su vez, la regla Quinta preceptúa que el militar "ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene 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"; y, finalmente, la regla Octava estipula que "la disciplina ... será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución ...".

Lo anterior debe completarse con lo previsto en los artículos 3 -que reproduce la anteañuda regla Primera-, 4 -"el militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado ..."-, 8 -que transcribe la regla Octava precitada-, 11 - que reproduce la regla Quinta antedicha-, 12 -"en su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución ..."-, 18 - "propiciará, con su actuación, que la justicia impere en las Fuerzas Armadas de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad"-, 61 -"ejercerá su autoridad con firmeza, justicia y equidad, evitando toda arbitrariedad y promoviendo un ambiente de responsabilidad, íntima satisfacción y mutuo respeto y lealtad ..."-, 69 -"mantendrá con sus subordinados un contacto directo ... que le permita ... atender sus inquietudes y necesidades, así como velar por sus intereses profesionales y personales ..."- y 73 -"velará por la convivencia entre todos sus subordinados sin discriminación alguna por razón de ... cualquier otra condición o circunstancia personal o social, fomentando el compañerismo ..."-, entre otros, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

A tenor del relato de hechos probados resulta obvio que el Capitán Nicolas desconoció y vulneró con su actuación estos preceptos legales, que estaba obligado a conocer.

Sexto.- El artículo 106 del Código Penal Militar configura dentro de la legislación española una de las protecciones penales del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución , amenazando las conductas que suponen, según la Sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2002 siguiendo la de 2 de octubre de 2001 y seguida, entre otras, por las de 3 y 18 de noviembre de 2008, 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 y 13 de marzo de 2012, "un atentado contra la integridad moral de la persona cuyo respeto constituye, como ya hemos dicho, uno de los derechos fundamentales que se proclaman en el artículo 15 de nuestra Constitución , configurándose como delito de abuso de autoridad, y por ello se incardina en el Capítulo III del Código Penal Militar que tiene aquella rúbrica, constituyéndose como un delito contra la disciplina que se protege en el Título V de dicho Código", valor de la disciplina que, como hemos proclamado en nuestras Sentencias de 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , "tiene una doble dirección: de inferior a superior y también de superior a inferior. El inferior debe respeto y obediencia a su superior,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

pero también el superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad del inferior ...".

En definitiva, en cuanto el militar resulta ser titular del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución , el artículo 106 del Código Penal Militar viene a configurarse, según señalan nuestras Sentencias de 25 de noviembre de 1998 , 20 de septiembre de 2002 , 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , "como una de las protecciones penales dentro de nuestro derecho positivo, del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución , cuando establece que <<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>>", estribando la singularidad del ámbito castrense que se concreta en el aludido artículo 106, según las Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 , 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , en que, "dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, pues <<otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona>>". Esa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas es la que justifica la oportunidad y necesidad de la previsión legal señalada, que se podría verificar en parte bajo la tutela de los tipos que contempla el Código Penal pero que, según dichas Sentencias de 05.12.2007 , 03 y 18.11.2008 y 23.09 y 18.11.2011 , "el legislador ha entendido que es preciso regular con las tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva del delito del art. 106, que afecta a bienes jurídicos militares, singularmente en la disciplina, además de a la dignidad humana".

Séptimo.- Reiteradamente ha señalado esta Sala que para determinar el concepto del trato inhumano o degradante que se conmina en el artículo 106 del Código Penal castrense ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 10.2 de la Constitución , que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH-, intérprete del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ex artículo 32.1 de éste, ha integrado, entre los tratos inhumanos o degradantes, como afirman las antes citadas Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 , 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su Sentencia de 18 de enero de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido- el TEDH delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana; además de en la citada Sentencia, en las de 25.04.1978 , 25.02.1982 , 28.05.1985 , 27.08.1992 , 09.12.1994 , 28.11.1996 y 10.05.2001 el TEDH perfila el concepto de trato degradante, en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima.

Según ha venido poniendo de manifiesto esta Sala Sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1993 , 12 de abril de 1994 , 20 de diciembre de 1999 , 2 de octubre de 2001 , 20 de abril y 20 de septiembre de 2002 , 5 de mayo de 2004 , 5 de noviembre de 2005 , 5 de diciembre de 2007 , 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 , 21 de octubre de 2009 , 22 de junio , 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 y 13 de marzo y 4 de diciembre de 2012 -, "el trato

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

degradante consiste en un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de su dignidad personal, siendo preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación determinada por el maltrato llegue a un determinado nivel, conceptos de naturaleza circunstancial empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el artº 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en sus Sentencias de 18 de enero y 25 de abril de 1978 ".

Como hemos dicho en nuestras Sentencias de 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , " viene señalando, en efecto, el TEDH reiteradamente (por todas, sus recientes Sentencias de 7 de julio de 1989 - caso Soering contra el Reino Unido -, 6 de abril de 2000 -caso Labita contra Italia -, 29 de abril de 2002 -caso Pretty contra el Reino Unido -, 8 de noviembre de 2005 -caso Alver contra Estonia - y 3 de mayo de 2007 -caso de 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y 4 más contra la República de Georgia-) que el artículo 3 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 <<debe considerarse una de las cláusulas primordiales del Convenio y que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forma el Consejo de Europa. En contraste con las demás disposiciones del Convenio está redactado en términos absolutos, no previendo ni excepciones ni condiciones, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio no cabe en él ninguna excepción>>, además de que para que pueda apreciarse el trato inhumano o degradante a que se refiere dicho artículo 3 los malos tratos han de revestir un mínimo de gravedad, indicando que la apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. (Sentencias, entre otras, de 9 de junio de 1998 -caso Tekin contra Turquía-, 10 de febrero de 2004 -caso Gennadi Naoumenko contra Ucrania- y 26 de septiembre de 2006 -caso Wainwright contra el Reino Unido-). Junto a esa exigencia, siguen diciendo las Sentencias de esta Sala de 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011, "la jurisprudencia del TEDH señala otro requisito que debe concurrir en el trato degradante, a saber (párrafo 67 de su Sentencia de 18 de enero de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido -), que pueda crear en la víctima <<sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral>>, así como que <<el sufrimiento y la humillación infligidos deben en todo caso ir más allá de los que comporta inevitablemente una forma concreta de trato o pena legítimos>> (Sentencias en los casos Labita contra Italia, Valasinas contra Lituania y Alver contra Estonia, entre otras), añadiendo que el trato degradante es aquel cuyo objeto es <<humillar y rebajar públicamente>>, de forma que se apodere de la víctima <<un sentimiento de terror e inferioridad>>, sin que, por otro lado, la ausencia de la intención de humillar y degradar a la persona afectada excluya de forma concluyente la estimación de una vulneración del artículo 3 del Convenio (Sentencia de 16 de diciembre de 1997 -caso Raninen contra Finlandia-)".

Más recientemente, en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 1 de junio de 2010 - caso Gäfgen contra Alemania-, "el Tribunal reitera que el Artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más importantes de las sociedades democráticas. Frente a la mayoría de disposiciones sustantivas del Convenio, el artículo 3 no contiene excepciones y no se permite su derogación, según el artículo 15.2, incluso en casos de emergencia pública que amenacen la vida de la nación ...", reiterando que "para que el maltrato se incluya en el ámbito del artículo 3 debe tener un mínimo nivel de severidad. La determinación de ese mínimo depende de las circunstancias del caso, tales como su duración, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad, y el estado de salud de la víctima ... Otros factores incluyen el



www.civil-mercantil.com

propósito para el cual el trato fue infligido, junto con la intención o la motivación detrás del mismo (comparar, inter alia, Aksoy v. Turquía, 18 Diciembre 1996, ...; Egmez v. Chipre... ; y Krastanov v. Bulgaria, ... 30 Septiembre 2004), también su contexto, especialmente si existe una atmósfera de alta tensión y de emociones ...".

Y en el mismo sentido se pronuncian tanto el Tribunal Constitucional (SSTC, entre otras, de 29 de enero de 1982 , 11 de abril de 1985 , 27 de junio y 19 de julio de 1990 -en esta última afirma que "como ya señalamos en la Sentencia de 27 de junio <<tortura>> y <<tratos inhumanos o degradantes>> son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus extremos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, siendo necesario, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, que <<éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas>>"-, 4 de julio de 1991 y 28 de febrero de 1994) como esta Sala, que en numerosas Sentencias - 30.10.1990 ; 14.09.1992 ; 23.03.1993 ; 12.04.1994 ; 29.04.1997 ; 25.11.1998 ; 20.12.1999 ; 23.01.2001 y 01.12.2006 , entre otras- viene haciendo hincapié en la humillación o degradación del inferior y en el desprecio del valor fundamental de la dignidad humana para la configuración del tipo delictivo del artículo 106 del Código Penal Militar en su modalidad de trato degradante; nuestras Sentencias de 28 de marzo y 12 de diciembre de 2003 , 1 de diciembre de 2006 , 11 de junio , 23 de octubre , 14 de noviembre 5 de diciembre de 2007 , 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 , 22 de junio , 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 y 26 de abril y 17 de diciembre de 2012 afirman , siguiendo la de 25 de noviembre de 1998 , que la apreciación del mínimo de gravedad de los malos tratos "es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc., debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral".

Octavo.- En conclusión, el trato degradante para ser penalmente sancionado ha de lesionar la integridad moral que proclama y reconoce, para todos, el artículo 15 de la Constitución Española de forma tal que objetivamente pueda generar al sujeto pasivo sentimientos de envilecimiento, humillación o vejación, lo que los Magistrados que suscriben consideran que concurre en los hechos tal y como han quedado declarados probados.

Tales hechos no puede considerarse, como estima la Sentencia de instancia y la mayoría de esta Sala que la confirma, que no ataquen a la dignidad de la víctima en la forma requerida para la consumación del tipo delictivo contenido en el artículo 106 del Código Penal Militar , resultando, a nuestro juicio, inadmisibles entender que en las Fuerzas Armadas de una sociedad democrática avanzada como la que, a tenor del Preámbulo de la Constitución, es la española, las expresiones utilizadas por el Capitán Nicolas para con una subordinada sean "actos neutros", incapaces de generar responsabilidad criminal a quien las profiere, y ello por cuanto que "en el contexto en que fueron emitidas las frases carecen de contenido ofensivo, habiendo tenido un carácter simplemente admonitorio", pues precisamente el contexto y la finalidad de tales frases exacerban el contenido objetivamente antijurídico desde la perspectiva penal de las mismas.

Para contextualizar la actuación pretendidamente "admonitoria" -en nuestra opinión, criminal- del Capitán Don Nicolas no ha de olvidarse que, a tenor del apartado Cuarto de la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas



www.civil-mercantil.com

psicofísicas del personal militar profesional, en vigor al momento de ocurrencia de los hechos, "1. La competencia para acordar la baja temporal radicará en el jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino del interesado. 2. La baja temporal deberá estar decretada conforme a los dictámenes emitidos por los órganos médicos competentes en esta materia", de manera que la baja temporal de que disfrutaba la Soldado Doña Magdalena había sido concedida por el Jefe del RIL "Tenerife" 49, de su destino -y decretada, obviamente, de conformidad a los dictámenes emitidos por los servicios médicos de la Sanidad Militar competentes en la materia-, Jefe común a quien bien pudo el Capitán Nicolas dirigirse, con similar gallardía con que lo hizo a la Soldado Magdalena, para que reconsiderara su decisión de acordar la baja de esta si es que estimaba, como dijo a la Soldado, que esta fingía hallarse enferma o que estaba robando, o, en todo caso, recabar de los Servicios Médicos de la Unidad que no decretaran dicha baja, nada de lo cual, desde luego, consta que hiciera.

Tampoco puede dejarse de lado el contexto en que la conducta se produjo, tanto en atención a la repetición, hasta en dos ocasiones, de la misma, el lugar y ocasión en que se llevó a cabo -en el despacho oficial del Capitán Nicolas, aprovechando que la víctima acudía a la Unidad para ser revisada por los servicios de Sanidad Militar de la misma, y, sobre todo, con la cómplice presencia del Teniente Jesús que, en las dos ocasiones, asistió, impertérrito y sin hacer nada para evitarlo, a lo que ocurría-, la duración de cada una de las actuaciones protagonizadas por el Capitán Nicolas -que no fueron fugaces o instantáneas sino temporalmente prolongadas-, la atmósfera de tensión y violencia verbal hacia la víctima, la situación y estado de salud de esta -una joven mujer enferma, pues en ambas ocasiones padecía un trastorno adaptativo diagnosticado y reconocido por los servicios de Sanidad Militar, y que en la segunda hubo de advertir al Capitán Nicolas que se hallaba embarazada, observación a la que este no solo hizo caso omiso, continuando con sus exabruptos, sino que pretendió utilizar el estado de buena esperanza de la víctima como otro argumento justificativo de su intención de que esta abandonara voluntariamente las Fuerzas Armadas-, los propios hechos en sí -el reiterado reproche, desabrido, descalificador e incluso injurioso, de ser indigna de la Unidad de su destino, del Ejército español e incluso de España [sic.], de ser una vaga, a pesar de conocer perfectamente las razones de la baja médica que la amparaba, e incluso de estar robando y de resultar merecedora de su desprecio-, claramente susceptibles de originar en cualquier persona destinataria de los mismos -y más en las circunstancias en que se hallaba la víctima, sufriendo un trastorno psíquico y en la segunda ocasión embarazada además- sentimientos de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarla, de envilecerla y de quebrantar en su caso su resistencia moral.

Objetivamente se rebajó el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad, en fin, de la Soldado Magdalena, provocando una situación de patente desprecio que esta hubo de soportar en presencia del Teniente Jesús, situación objetivamente deshonorosa o humillante para cualquiera que se vea obligado a sufrirla, con afectación de la dignidad humana.

Ciertamente, como dice la Sentencia de instancia, el tono de voz utilizado en ambas ocasiones por el Capitán Nicolas fue normal, sosegado, sin alteraciones. Pues bien, esta circunstancia no disminuye, como se pretende, la antijuridicidad de su conducta sino que la incrementa, al inferirse de ella la frialdad y premeditación con que actuó el citado Oficial, que, ya antes de entrevistarse con la Soldado Magdalena había adoptado la resolución de vejlarla y humillarla, en definitiva, de atentar contra su dignidad, para lograr que se diera de alta médica o resolviera su compromiso con las Fuerzas Armadas. Sus acciones no fueron fruto de una alteración pasajera o de una ofuscación fugaz, sino de un actuar planeado y deliberado, dirigido a atentar contra la dignidad de su subordinada, exacerbándose así la ilegitimidad de su acción.



www.civil-mercantil.com

Las actuaciones del Capitán Nicolas ocasionaron a la víctima sentimientos de angustia e inferioridad, porque el propósito perseguido por aquel era quebrantar su resistencia moral y degradar su estima personal en orden a lograr su arbitrario propósito, y no otra cosa cabe extraer de los términos utilizados por el citado Oficial cuando, entre otros improperios y ultrajes y prevaliéndose de su superior empleo militar, manifiesta a la víctima -subordinada suya, y que no podía, en consecuencia, responder en forma proporcionada a tan repudiable proceder de un Capitán so pena de incurrir ella misma en un delito de insulto a superior- su desprecio, poniendo en duda su capacidad profesional y su integridad, desde el prisma y con el amparo de la superioridad que le conferían su empleo militar y su carácter de superior jerárquico, a cuyas órdenes directas se hallaba la víctima.

Si a todo ello se une la incalificable utilización que el Capitán Nicolas llevó a cabo, en cada una de las ocasiones en que hizo que la Soldado Doña Magdalena compareciera ante él, del acoso de que esta venía siendo objeto por parte miembros de su Unidad, acoso que el aludido Oficial no solo no hizo nada por evitar -como sí había hecho, en cambio, su predecesor en el mando de la Compañía, el capitán Arcadio -, justificándolo y sirviéndose de él para tratar de coaccionar a la Soldado, amedrentándola, para que esta solicitara la rescisión de su compromiso con las Fuerzas Armadas y no volviera a la Unidad, nos encontramos con una clara inversión de los deberes del mando -según hemos visto, la Primera de las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar, enunciadas en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, establece que "la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber" del militar, deber "que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa nacional y en esta ley"-, pues el Capitán Nicolas no solo atacó y vulneró la dignidad de una subordinada, a la que humilló, vejó, ofendió e injurió de palabra con términos objetivamente peyorativos y ultrajantes - "no eres digna de estar en el Ejército español. Lo sabes, ¿no?. Lo sabes"; "no eres digna de estar en el Ejército español. No eres digna de estar aquí. No eres digna de poder entrar en esta Compañía"; "para mi, sólo merecis eh todo, todo mi desprecio"; "nos estáis robando"; "hay una panda de vagos y tal"-, sino que utilizó el procedimiento de coaccionar a la víctima con la justificación de los malos tratos, del acoso, de que había venido siendo objeto, y con la velada amenaza su eventual repetición si volvía a la Compañía, para intentar doblegar su voluntad y lograr que solicitara la baja en el Ejército, todo ello, además, premeditadamente en ambas ocasiones y con la cómplice presencia, también en los dos casos, del Teniente Jesús, cuyo participación en los hechos debiera, y debe, como bien se indica en el cuidado voto particular a la Sentencia de instancia, ser investigada, pues consideramos que resulta, dicho sea sin ánimo de prejuzgar, indiciariamente delictiva. No debe olvidarse que existen omisiones delictivas, aunque no es momento de analizar la participación omisiva en delito activo.

Noveno.- Resulta evidente la humillación a que fue sometida la Soldado Magdalena, la degradación de que fue objeto, por un superior jerárquico que le negó el valor esencial de la dignidad, vejándola, despreciándola, ofendiéndola y envileciéndola, en presencia de otro Oficial, y llegando al extremo de tratar de atemorizarla e intimidarla con la situación de acoso que sabía había sufrido y seguía sufriendo -sin que el Capitán Nicolas hiciera nada por evitarlo-, a fin de, por tal procedimiento, lograr violentar su voluntad y que se diera de alta médica o resolviera su compromiso con las Fuerzas Armadas y no volviera así a la Unidad.

Tales hechos rebosan antijuridicidad y merecen, en consecuencia, ser subsumidos en el tipo delictivo configurado en el artículo 106 del Código Penal Militar como un delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una subordinada. En tal valoración incide tanto la naturaleza, reiteración y duración de los actos, indignos y absolutamente reprochables,



www.civil-mercantil.com

que integran el comportamiento del citado Capitán, y que este los llevara a cabo desde el prevalimiento de su jerarquía militar, como el sexo y edad de la víctima, su estado de salud, su situación médica y el incalificable hecho de tratar de amedrentarla utilizando una por él conocida situación de acoso, despreciando el valor fundamental de la dignidad humana del sujeto pasivo, trasluciendo, además, este comportamiento un propósito o ánimo de perjudicarla que, sin duda, produjo una situación de angustia que aumentó la sensación de malestar, deshonra, humillación, envilecimiento y vejación de la víctima, que, de tal manera, recibió un repetido y prolongado ataque a su dignidad por parte de quien, por ser su superior jerárquico, no lo podía esperar; y ello aún cuando, como señalan las Sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 2002 , 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 , entre otras, no quepa entender que para que se integre el artículo 106 del Código Penal Militar sean precisas varias acciones, "ya que el citado artículo no exige en modo alguno una conducta ni, por lo tanto, el tipo en el mismo penado tiene por qué estar integrado por varias acciones como un delito compuesto, sino que al emplear dicho artículo la expresión de <<el superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana>> evidente resulta que un sólo acto, un sólo <<trato degradante o inhumano>>, está plenamente incardinado en la tipología del aludido artículo 106". Y ello sin perjuicio de que en el caso de autos exista una pluralidad de acciones degradantes.

En cuanto a la circunstancia -de que hace uso la Sala de instancia para, en coincidencia con el criterio mantenido por el Ministerio Público, fundamentar la falta de entidad delictiva de los hechos- de que, en ambas ocasiones, Doña Magdalena abandonara el despacho del Capitán Nicolas "tatareando tranquila y despreocupadamente lo que parece una canción", que se considera que "es un dato que se compagina mal con un sentimiento profundo de humillación o afectación a la dignidad moral que, si se hubiera producido, habría debido provocar, en buena lógica, una reacción distinta en la afectada", parece que se desconoce que el hecho de que las víctimas de estos comportamientos degradantes no demuestren signo externo alguno de afectación es un mecanismo defensivo para evitar derrumbamientos o reacciones -que, en el caso de autos, de haberse producido, y para ser eventual testigo de ello, entre otras razones, se hallaba presente en el despacho el Teniente Jesús , sin duda habrían sido sancionadas con la severidad con que se acostumbra a mantener la disciplina cuando esta es vulnerada por los subordinados frente a los superiores- frente a quienes le infligen tratos degradantes. A tal efecto, en nuestra Sentencia de 28 de mayo de 2013 , y frente a la alegación de que la víctima "no pudo sentirse humillada ni avergonzada por los comentarios habida cuenta que participaba de las bromas y que éstas eran dirigidas en un ambiente distendido", hemos sentado que "la Artillero Caballeros Trigueros ha manifestado que se sintió avergonzada y acosada, que recriminó a su superior su conducta vejatoria, y que si se puso a reír al recibir alguno de estos comentarios, lo hizo para no llorar; sentimiento que transmitió a sus superiores".

Y, de otro lado, hemos de recordar que, desde la irrenunciable vigencia de los derechos fundamentales, el derecho fundamental a la dignidad es indisponible e irrenunciable, por lo que la víctima de un trato objetivamente degradante, como es el caso de los sufridos por la Soldado Magdalena no puede, ni aun queriendo -lo que, desde luego, no fue el caso- convalidarlo. Como hemos visto, en la STEDH de 1 de junio de 2010 -caso Gäfgen contra Alemania-, el Tribunal "reitera que el Artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más importantes de las sociedades democráticas. Frente a la mayoría de disposiciones sustantivas del Convenio, el artículo 3 no contiene excepciones y no se permite su derogación, según el artículo 15.2, incluso en casos de emergencia pública que amenacen la vida de la nación ...".

La utilización de este argumento no solo comporta una suplementaria victimización de la Soldado Magdalena -esta vez por un órgano judicial- sino que la denigra al dar a entender



www.civil-mercantil.com

que no fue consciente del atentado a su dignidad que sufrió, en definitiva, que no le importó padecerlo o que lo aprobó. Y, desde luego, no resulta coherente con la actitud de la víctima, que, desde el primer momento, procedió a denunciar los hechos y a personarse en las actuaciones como acusación particular.

En suma, a tenor de lo expuesto, los Magistrados que suscriben consideran que la situación en que los hechos se produjeron, su repetición y duración, el ambiente de patente hostilidad del actor hacia la víctima, las frases vejatorias que el Capitán Nicolas dirigió a la víctima para escarnecerla y menospreciarla, la edad y el estado de salud mental de esta -y, además, su situación de embarazo en la segunda ocasión-, la publicidad de lo ocurrido -ante un testigo-, la transversal utilización de una amenaza, etc., son datos que obligan a entender, en una sociedad como la española y ya bien entrado el siglo XXI, que tales hechos reúnen, más que sobradamente, los requisitos o exigencias precisas para estimar que la conducta tiene carácter delictivo.

Reiteradamente ha dicho esta Sala, en una interpretación del artículo 106 del Código Penal Militar conforme con la realidad social de nuestro tiempo, que comportamientos como el relatado en el factum sentencial resultan ser constitutivos del delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una inferior, cuya perpetración se castiga en el aludido precepto legal.

Dejando criminalmente impunes comportamientos como el del Capitán Nicolas las proclamaciones que llevan a cabo la Constitución Española, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos en los que España es Parte, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se convierten en papel mojado, más aún, en un sarcasmo para los militares víctimas de tales comportamientos.

Unas Fuerzas Armadas en que actuaciones como las expresadas en la resultancia fáctica declarada probada llevadas a cabo por un superior jerárquico sobre una subordinada en las circunstancias en que lo fueron no acarrear la respuesta penal que la ley prevé no merecen el nombre de tales. Desde luego, no resultan ser las propias de un Estado democrático de derecho como es el español y de una sociedad democrática avanzada como la española en que la autoridad y la disciplina emanan siempre de la ley y, sobre todo, han de ejercerse siempre conforme a ella y en que el respeto a la dignidad del ser humano, como emanación de la libertad -que, ex artículo 1.1 de la Constitución, es, junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico-, resulta ser uno de los valores esenciales que tales Fuerzas Armadas han de defender y practicar.

Décimo.- En consecuencia, los magistrados que suscriben consideran que esta Sala ha debido estimar el Recurso de Casación núm. 101/62/2014, interpuesto por la representación procesal de la ex-Soldado del Ejército de Tierra Doña Magdalena contra la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal Militar Territorial Quinto en méritos a la Causa núm. 51/11/12, por la que se absolvió, con todos los pronunciamientos favorables, al Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas de un delito consumado de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una inferior, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar, de cuya comisión venía acusado, entendiéndose que procede casar y anular dicha Sentencia y, en su lugar, dictar otra por la que, estimando el tercero de los motivos de casación interpuestos por la acusación particular ejercida por la citada ex-Soldado, se condene a dicho Capitán, como autor responsable del mencionado delito consumado de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a una subordinada, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro meses de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento le habría de ser de abono cualquier tiempo pasado en privación o

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

restricción de libertad o derechos por el mismo motivo; la pena se impondría en la extensión de cuatro meses de prisión por exigencia del principio acusatorio, ya que, aun cuando nos parece manifiestamente insuficiente para colmar el reproche que merece la conducta del citado Oficial, es la que solicitó la representación procesal de la ex- Soldado del Ejército de Tierra Doña Magdalena , única que interesó la condena del Capitán Nicolas , al haber retirado la acusación la Fiscalía Militar.

Igualmente, el Capitán Don Nicolas deberá ser condenado a abonar a Doña Magdalena , en concepto de responsabilidades civiles, la cantidad de tres mil -3.000- euros como indemnización integral por los daños morales padecidos por esta, cantidad que devengará los intereses que legalmente procedan.

Y, asimismo, y aun cuando conforme a lo prevenido en el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar , las costas deben declararse de oficio al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, de acuerdo con nuestra doctrina - Sentencias, por citar las más recientes, de 23 de septiembre de 2011 y 18 de julio de 2014 - para que proceda el resarcimiento de perjuicios económicos ocasionados por la personación como acusación particular además de instarse su aplicación -lo que ha acontecido tanto en la instancia como en esta sede casacional- la actuación letrada debe ser relevante, lo que es el caso, pues, habiendo tenido lugar la personación en las actuaciones de la representación procesal de la Soldado Doña Magdalena desde el primer momento de la instrucción en sede judicial, la actuación de la dirección letrada de la víctima, solicitante ahora del pago de las costas, ha sido relevante, como se infiere de la circunstancia de haber sido merced únicamente a su recurso -y no a la actuación del Ministerio Fiscal, puesto que en el acto de la vista el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Quinto procedió a retirar la acusación y en esta sede casacional la Fiscalía Togada ha solicitado la desestimación de la totalidad de los motivos formalizados por la acusación particular- por lo que habría lugar, a nuestro juicio, a que viniera finalmente condenado el Capitán Don Nicolas .

En consecuencia, siendo así que la intervención de la acusación particular no solo habría sido relevante sino imprescindible para el dictado de una Sentencia condenatoria, procedería condenar al Capitán del Ejército de Tierra Don Nicolas al pago de las costas procesales correspondientes a dicha acusación particular, cuya cuantía sería determinada en ejecución de Sentencia.

Finalmente, consideramos que, a tenor de los hechos probados, la conducta del Teniente del Ejército de Tierra Don Jesús pudiera ser indiciariamente constitutiva, dicho sea sin ánimo de prejuzgar, de los delitos configurados en los artículos 103 , 106 , 138 y 181 del Código Penal Militar , por lo que procedería deducir los oportunos testimonios de la Sentencia de instancia y de los particulares de los autos a fin de remitirlos al Excmo. Sr. Fiscal Togado a los efectos procedentes.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.