

Roj: STS 2399/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2399  
Id Cendoj: 28079150012016100066  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Militar  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10/2016  
Nº de Resolución: 65/2016  
Procedimiento: CASACIÓN PENAL  
Ponente: JACOBO LOPEZ BARJA DE QUIROGA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En Madrid, a 31 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el presente recurso de Casación número 101-10/2016, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Estrella Moyano Cabrera, en la representación procesal que ostenta de los recurrentes D. Doroteo y D. Landelino, ambos Tenientes Coronales del Ejército de Tierra, bajo la dirección Letrada de doña María del Rosario Cañete Aguado, frente a la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015, dictada por el Tribunal Militar Central, en la Causa 2/02/12, por la que se condenó a dichos recurrentes, como autores de un delito de "extralimitación en el ejercicio del mando", tipificado en el artículo 138.2 del Código Penal Militar, a la pena de "un año de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por igual tiempo" al Teniente Coronel Doroteo, y a la pena de "diez meses de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por igual tiempo" al Teniente Coronel Landelino. Ha sido parte el Excmo. Sr. Fiscal Togado en la representación que le es propia.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

<<I) El procesado Teniente Coronel del Ejército de Tierra don Landelino, a la sazón Comandante con destino en el Regimiento de Infantería Ligera " DIRECCION000 nº NUM000 ", con base en el acuartelamiento de Loyola (San Sebastián), ostentaba en el mes de abril del año 2007 la condición de coordinador informático del Ejército de Tierra, que tenía conferida desde su anterior destino en el Cuartel General de la hoy desaparecida Brigada de Infantería V, con base en Araca (Vitoria), por estar en posesión del curso de informática militar. En tal concepto, llevaba a cabo la gestión de los equipos, programas y sistemas informáticos utilizados por las personas destinadas en las distintas Unidades alojadas en el acuartelamiento de Loyola, lo que incluía la solicitud de asignación archivos identificadores "ID" y de sus respectivas contraseñas para acceso al correo electrónico oficial o corporativo del citado personal militar y civil.

Para este fin debía dirigirse electrónicamente al Centro Corporativo de Explotación y Apoyo de Sistemas de Información y Comunicaciones del Ministerio de Defensa (CCEA en los sucesivos) y solicitar el archivo identificador ID de los usuarios que lo precisasen por alguno de los tres motivos que únicamente podían amparar dicha petición (alta de nuevo usuario y pérdida o caducidad del archivo ID asignado a un determinado usuario), utilizando la herramienta informática desarrollada al efecto, denominada "Directorio Corporativo de Defensa" (en adelante DICODEF).

En la misma época el procesado Teniente Coronel del Ejército de Tierra don Doroteo, también entonces Comandante, estaba destinado en la USAC "Loyola", alojada asimismo en el citado acuartelamiento de San Sebastián. En esta Unidad y bajo su inmediata dependencia prestaban sus servicios el hoy Subteniente y a la sazón Sargento primero don Daniel y la funcionaria civil doña Rafaela, que hasta finales de febrero de ese mismo año habían mantenido entre ambos una relación que ha de calificarse, al menos, como de amistad íntima.

El entonces Sargento primero Daniel había desviado su correo electrónico particular al corporativo, de forma que desde el equipo informático asignado a su puesto de trabajo en la USAC Loyola podía consultar los mensajes dirigidos a su cuenta particular de correo electrónico.

II) El día 10 de abril de 2007, sin que mediase previa petición de ninguno de los dos usuarios ni concurriese ninguna de las tres únicas causas susceptibles de amparar la solicitud, el hoy Teniente Coronel Landelino, mediante mensajes electrónicos producidos a las 11:53 y 11:54 horas, solicitó del CCEA la remisión por pérdida de copia de archivos identificadores "ID" para don Daniel y doña Rafaela, que fueron remitidos por igual conducto a las 11:58 y 12:04 horas de ese mismo día, lo que llevaba aparejada la asignación automática a cada archivo ID de una contraseña para el acceso al correo electrónico oficial del correspondiente usuario. De este modo, los archivos identificadores y las correspondientes contraseñas de acceso al correo electrónico de don Daniel y doña Rafaela fueron conocidos por el entonces Comandante Landelino, que sin motivo alguno distinto de su propia y exclusiva voluntad los facilitó, a petición de éste, al también procesado Comandante Doroteo, que al parecer también mantenía o había mantenido algún tipo de relación más allá de la estrictamente profesional con la señora Rafaela.

III) Una vez en posesión de dicha información, el entonces Comandante Doroteo procedió a acceder, en el periodo comprendido entre el 10 de abril de 2007 y el 28 de abril de 2008, al buzón de correo electrónico del Sargento primero Daniel, conociendo así informaciones y datos relativos a su vida privada contenidos en correos electrónicos particulares derivados de contactos establecidas por el Suboficial en una página de contactos denominada "el planazo". También accedió al buzón de correo electrónico de la señora Rafaela y conoció mensajes intercambiados entre ella y el entonces Sargento primero Daniel.

Por otra parte, los días primero y 29 de marzo de 2008, el procesado Doroteo procedió a crear dos cuenta de correo electrónico con perfiles aparentemente femeninos ( DIRECCION001 a nombre de " Angelina " y DIRECCION002 a nombre de " Gatita "), desde las que entre los días 06 de marzo y 25 de abril de 2008 dirigió al correo electrónico del entonces Sargento primero Daniel diversos mensajes de contenido íntimo, algunos de índole claramente sexual, en varios de los cuales insistía en que le remitiera fotografías en las que se le viera la cara y de los que se deduce que el Suboficial ya le había envidado algunas fotografías en las que no mostraba su rostro per sí enseñaba otra parte íntima de su anatomía.

Dichas cuentas de correo electrónico fueron registradas desde un equipo informático conectado a la línea telefónica con IP número NUM001, correspondiente a un número de teléfono del domicilio del procesado Doroteo, que era el usuario del ordenador pesa a que la titular de la línea telefónica era su esposa doña Virtudes .>>

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

<<I) Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado, Teniente Coronel del Ejército de Tierra don **Doroteo**, como autor de un delito consumado de EXTRALIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DEL MANDO, en su modalidad de COMISIÓN DE ABUSO GRAVE MEDIANTE PREVALIMIENTO DEL EMPLEO O DESTINO, previsto y penado en el artículo 138, inciso segundo, del Código Penal Militar, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN**, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo de privación de libertad sufrido en cualquier concepto por razón de los hechos de autos.

II) Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado, Teniente Coronel del Ejército de Tierra don **Landelino**, como autor de un delito de EXTRALIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DEL MANDO, en su modalidad de COMISIÓN DE ABUSO GRAVE MEDIANTE PREVALIMIENTO DEL EMPLEO O DESTINO, previsto y penado en el artículo 138, inciso segundo, del Código Penal Militar, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DIEZ MESES DE PRISIÓN**, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo de privación de libertad sufrido en cualquier concepto por razón de los hechos de autos.

III) No existe responsabilidad civil que exigir.>>

**TERCERO:** Notificada en forma la anterior sentencia la Procuradora doña Estrella Moyano Cabrera, en representación de los Tenientes Coroneles D. Doroteo y D. Landelino, presentó escrito con fecha 11 de febrero de 2016 en el que anunciaba su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada sentencia, el cual se tuvo por preparado mediante Auto de fecha 26 de febrero de 2016 del Tribunal

sentenciador, que ordenó al propio tiempo la entrega de testimonios y certificaciones que la ley prevé, así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala en el plazo improrrogable de quince días.

**CUARTO:** Con fecha 11 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito de la Procuradora doña. Estrella Moyano Cabrera, en la representación indicada, interponiendo el recurso de casación anunciado, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECRIM ., al infringirse el artículo 138 en relación con los artículos 1 y 2 del Código Penal Militar .

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del número 2 del artículo 849 de LECRIM ., al existir error en la apreciación de la prueba.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la LECRIM ., ya que, en la sentencia que se recurre no se resuelven todos los puntos que han sido objeto de defensa.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al resultar lesionados los artículos 9.1 y 9.3. 24.1 y 24.2 y 25 de la Constitución y los concordantes del CEDH que tutelan los derechos a no ser abocado a la indefensión, a un proceso público, equitativo y con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a los medios de prueba, a la tutela judicial, al principio de legalidad, a la seguridad jurídica, en relación con los artículos correspondientes de la LECRIM.

**QUINTO:** Dado traslado del recurso interpuesto al Excmo. Sr. Fiscal Togado, dentro del plazo concedido presentó escrito con fecha 22 de abril de 2016, solicitando la desestimación del recurso interpuesto por la representación de los recurrentes, y la confirmación en todos sus extremos de la resolución combatida.

**SEXTO:** Admitido y concluso el presente recurso y considerando necesario la Sala la celebración de vista mediante providencia de fecha 9 de mayo de 2016, se señaló para la celebración de la misma el día 24 de mayo de 2016 a las 10:00 hora mediante diligencia de ordenación, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

En el acto de la vista, con carácter previo se concedió audiencia a la parte recurrente y a la recurrida para que informaran respecto a la aplicación de la ley penal más beneficiosa. Ambos estuvieron conformes en que en concreto y respecto del delito de que se trata no existían cambios, si bien el Ministerio Fiscal indicó que el nuevo Código penal resultaba más beneficioso en cuanto a la ejecución de la pena.

La presente sentencia ha sido dictada por el Ponente con fecha 26 de mayo de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Examinado el tipo penal aplicado y la pena, en ambos Códigos penales militar se llega a la conclusión de que el Código penal militar de 2015 no es al respecto, más beneficioso. Por ello, esta resolución se referirá al tipo aplicado en la sentencia recurrida.

No obstante, esto no afecta a la aplicación del nuevo Código penal militar en cuanto a la ejecución de la pena, pues deberá aplicarse éste por ser más beneficiosas las normas de ejecución.

**SEGUNDO:** La Procuradora de los Tribunales doña Estrella Moyano Cabrera en nombre y representación de los Tenientes Coroneles del Ejército de Tierra don Doroteo y don Landelino , interpone recurso de casación contra la sentencia nº 1/2015, de 28 de diciembre , dictada por el Tribunal Militar Central, en base a los siguientes motivos: 1. Al amparo del art. 849.1 de la LECRIM . por haberse infringido el art. 138 en relación con los art. 1 y 2 del Código Penal Militar ; 2. Al amparo del art. 849.2 de la LECRIM . por error en la apreciación de la prueba basado en una serie de "documentos"; 3. Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECRIM ., por cuanto la sentencia no resuelve todos los puntos que han sido objeto de defensa; 4. Por infracción de precepto constitucional al resultar lesionados entre otros los arts. 9.1 , 9.3 , 24.1 , 24.2 y 25 de la Constitución y los concordantes del CEDH.

**TERCERO:** Para un mejor estudio del recurso, es preciso partir del motivo en el que se alega infracción de precepto constitucional, en su caso, seguir con el relativo al basado en quebrantamiento de forma, en su caso, el relativo al error en la apreciación de la prueba y, también en su caso, finalizar por el de infracción de ley.

**CUARTO:** El cuarto motivo del recurso está basado en infracción de precepto constitucional, donde cita determinados artículos de la Constitución, se refiere al CEDH (sin determinar artículo ninguno: "los concordantes") y señala como lesionados el derecho "a no ser abocado" a la indefensión, a un proceso público, equitativo y con todas la garantías, a la presunción de inocencia, a los medios de prueba, a la tutela

judicial, al principio de legalidad y a la seguridad jurídica; añadiendo que también en relación con los artículos correspondientes de la LECRIM.

El planteamiento es ciertamente confuso, máxime cuando en el desarrollo del motivo no hace ninguna referencia a la manera en que han sido violados tales derechos. Así pues, se trata de una relación sin contenido, por lo que no es preciso ni posible examinar las lesiones que enuncia pero no explica.

En el motivo se centra únicamente en el derecho a la presunción de inocencia y en la alegación sobre la ilicitud de la prueba.

En relación a la queja sobre el derecho a la presunción de inocencia sorprende que el recurrente afirme que como sus mandantes han proclamado su inocencia «se hace preciso que este Alto Tribunal efectúe directamente un examen de todo lo actuado, al objeto de comprobar si efectivamente mis representados vienen condenados sin que exista prueba suficiente en su contra -lo que conllevaría la obligada estimación del recurso- o si por el contrario, existe en las actuaciones prueba suficiente de cargo susceptible de haber sido valorada en su contra». Desde luego, el sistema de los recursos en el enjuiciamiento penal no funciona como expone el recurrente; debe ser el recurrente el que expresamente y con la debida determinación y concreción señale cual es la queja y el motivo de ella, pues la revisión de oficio sobre toda la prueba no es el objeto del recurso de casación. De manera que nos centraremos en lo que desarrolla este motivo que lo hace en una doble dirección: por una parte en lo que se refiere a la apreciación del testimonio de la víctima y en cuanto a la ilicitud de una prueba.

En cuanto a la apreciación del testimonio de la víctima, hemos reiterado que sólo es admisible su queja en casación cuando la valoración del Tribunal de instancia vaya contra las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. En efecto, en cuanto a los límites del recurso de casación al respecto, es necesario indicar que en términos generales las cuestiones de hecho no tienen entrada en el recurso de casación, por lo que no cabe tener en cuenta alegaciones relativas a si la declaración de un testigo era más creíble que la de otro, o sobre si debían creerse los dichos de un testigo, por cuanto tal decisión corresponde por fuerza al Tribunal ante quien se ha producido la prueba testifical; en otras palabras se trata de una consecuencia obligada del principio de inmediación. La valoración de la prueba testifical depende en gran medida de su percepción directa, por lo que determinar si era o no creíble es una tarea que atañe -como hemos indicado- al Tribunal de instancia, en razón a la inmediación que existe entre la prueba y dicho Tribunal. Por ello, el criterio del Tribunal de instancia no puede ser sustituido por el del Tribunal de casación, salvo en lo que afecta a su estructura racional, es decir, en lo que supone que el Tribunal de instancia haya observado en su razonamiento al valorar las declaraciones testificales las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Y, en el presente caso, el recurrente no pone de manifiesto que el Tribunal de instancia haya valorado las pruebas de modo contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia.

En efecto, siguiendo el esquema del recurrente en relación con los parámetros sobre ausencia de incredulidad subjetiva, hemos de decir que nada de lo que expone afecta a la misma, en el sentido de considerar que la valoración probatoria del Tribunal de instancia afecte a las reglas de la lógica; lo mismo debe señalarse respecto de la verosimilitud del testimonio, pues en nada se afecta en el razonamiento del Tribunal de instancia a las indicadas reglas, ni lo pone de manifiesto el recurrente, sino que éste procede a exponer su propia valoración probatoria, afirmando lo que considera falso, inverosímil y lo que, a su juicio, él acreditó y obra en autos. En cuanto al tercer parámetro que cita, esto es, la persistencia en la incriminación, el recurrente acepta que concurre, aunque considera que es motivado por razones espúreas.

Así pues, el motivo interpuesto no puede ser acogido. Además, hemos de señalar que existen pruebas de cargo que conducen a tener por probados los hechos que así se declararon en la sentencia recurrida, como así lo pone de relieve la sentencia recurrida en el apartado "Motivación", y que resulta innecesario reiterar.

En cuanto a la queja sobre la ilicitud de la prueba, es difícil comprender el argumento, pues el hecho de que el denunciante se descargara su correo particular en el ordenador de su trabajo en nada afecta a la conducta que el hecho probado imputa a los recurrentes. Evidentemente, tal hecho (el de la descarga del correo particular) no invalida prueba alguna relativa a la conducta de los recurrentes. En todo caso, el secreto de las comunicaciones resulta afectado y también concurre el exceso arbitrario en las facultades de los recurrentes.

**QUINTO:** En cuanto al motivo por quebrantamiento de forma está basado en considerar que «la sentencia no resuelve todos los puntos que han sido objeto de defensa, pues esta parte en el acto del juicio oral realizó lectura de todos y cada uno de los registros de correos que obran en el CD incorporado a la causa (...) no obstante en la sentencia no se hace mención alguna». El motivo no puede prosperar.

La queja basada en la existencia de incongruencia omisiva, exige ciertas precisiones acerca de qué debe entenderse por tal concepto. Al respecto el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC, 95/90 ; 128/92 ; y, 143/95 ) reiteradamente ha declarado que es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas.

Respecto a las primeras, no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias concurrentes, con una respuesta global siempre que se fundamente mínimamente.

Por el contrario, tratándose de pretensiones la exigencia de congruencia es mayor, siendo necesario para apreciar una respuesta tácita, y no una mera omisión, que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial, pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

En esa línea, como se recoge en nuestra sentencia de 31 de enero de 2013 , «dentro de la incongruencia se distingue la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que consiste en dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, de suerte que el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo ( SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo , FJ 4). Ahora bien, también no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes es determinante de una incongruencia omisiva. Los supuestos en los que ésta se denuncia no pueden resolverse de manera genérica, sino que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno ( SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4 ; 5/2001, de 15 de enero , FJ 4), y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Para ello debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental ( STC 189/2001, de 24 de septiembre , FJ 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo , FJ 3)».

Por consiguiente, debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones realizadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente es indiscutible.

Y, por último, «no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas, o todo defecto procesal por el que se hubiese dejado incontestado algún extremo del debate procesal suscitado entre las partes, produce una automática vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución pues sólo han de estimarse constitucionalmente relevantes, a estos efectos, aquellos supuestos de incongruencia omisiva que hayan colocado a la parte en una real y efectiva situación material de indefensión» (así, STS, Sala 5ª de 10 de mayo de 2011 ).

Así pues, el motivo no puede ser estimado por cuanto la incongruencia omisiva alegada no se centra en pretensiones de la parte que no hubieran sido consideradas por la sentencia de instancia, sino en una argumentación. El Tribunal responde a las pretensiones planteadas, aunque no necesariamente deba hacerlo respecto de todos los argumentos esgrimidos. Y, el argumento utilizado dirigido a probar el hecho que relata, no hay duda que no convenció al Tribunal de instancia, pues el hecho probado que recoge la sentencia es claro al respecto.

**SEXTO:** El motivo segundo del recurso se centra en considerar que existe error en la apreciación de la prueba basado en una serie de "documentos" que relaciona.

El artículo 849.2º señala que se entenderá que ha sido infringida la ley, a los efectos de la casación, cuando haya existido un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos,

que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. La viabilidad de esta vía de impugnación casacional -dirigida a demostrar la inexactitud del relato fáctico y conseguir la modificación de los hechos que se dan por probados en la sentencia de instancia- se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos.

El alegado error ha de desprenderse de documentos que tengan tal consideración a efectos casacionales y, en este sentido, la jurisprudencia ha centrado el concepto de documento a aquellas representaciones gráficas producidas u originadas fuera de la causa y que se incorporen a la misma, no ofreciendo tal virtualidad las pruebas de carácter personal, aunque pudieran estar documentadas, tales como las declaraciones de testigos y peritos. Tan sólo cabe admitir con carácter excepcional como prueba documental el informe pericial cuando el Tribunal de instancia, existiendo un sólo peritaje o varios coincidentes, sin otras pruebas sobre el mismo hecho, los hubiera incorporado al relato fáctico de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se hubiera alterado relevantemente su sentido originario, o cuando el Tribunal hubiera llegado a conclusiones divergentes o distintas de las inequívocamente manifestadas por los peritos, sin expresar razones que justificaran la razón para apartarse de tales conclusiones.

Por otra parte, y por lo que se refiere al valor intrínseco del documento, se requiere que éste por sí solo acredite y justifique una realidad contraria a la asumida por los jueces, por lo que el documento que se señale para fundamentar el error alegado ha de ser literosuficiente: el documento ha de demostrar por sí mismo el error que se denuncia, evidenciándose la equivocación del juzgador de forma clara y patente, sin necesitar prueba adicional alguna. Lo que lleva consigo -como en definitiva significa el propio artículo 849.2º- que dicho documento y lo que con él se pretenda probar no se encuentre desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad.

Además, es necesario que la pretendida rectificación del relato fáctico, que se acomete con una alegación relativa a la existencia de un error en la apreciación de la prueba, tenga trascendencia en relación con el fallo dictado, de manera que, como consecuencia de ello, se altere alguno de sus pronunciamientos, pues la finalidad del recurso no es sólo obtener la rectificación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sino la anulación o modificación de ésta. Por tanto, si la variación tan sólo afecta a datos o elementos de hecho, sin repercusión final en el fallo de la sentencia impugnada, tampoco prosperará en definitiva el recurso, pues éste se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o de derecho no tengan capacidad de modificarlo ( Sentencia de 9 de mayo de 2005 y las que en ella se citan).

Las declaraciones testificales no pueden merecer a efectos casacionales la consideración de documentos, ya que en la valoración de las indicadas pruebas por órgano distinto al judicial de instancia faltaría el imprescindible factor de la inmediación que no puede tener nunca una Sala de Casación, es decir, que las pruebas de índole testifical, tal como constan en las actuaciones sumariales no gozan de naturaleza documental a efectos casacionales, puesto que no pasan de ser pruebas documentadas por lo que no cabe apreciar sobre ellas el error alegado.

Así pues, no es posible, por esta vía casacional, solicitar la revaloración de los testimonios, porque la credibilidad de los testigos depende de la inmediación que corresponde al Tribunal de los hechos, con lo que esta pretensión de ordinario no forma parte del ámbito del Recurso de Casación, por consiguiente la vía de impugnación que abre el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede sustentarse en declaraciones que por mucho que puedan estar documentadas, son pruebas personales, y al no constituir verdaderos documentos no son aptas a los fines pretendidos, por ello, el error invocado no debe consistir en una nueva valoración probatoria con enfoque subjetivo sino en la rigurosa, precisa y específica determinación de aquellos aspectos de los documentos invocados que tengan tal condición y que nunca pueden consistir en meras declaraciones testificales, para que tengan y ostenten eficacia casacional.

De manera que las declaraciones testificales son simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia.

En cuanto al contenido de una parte del informe pericial obrante al folio 507, en nada concreta la queja el recurrente, pues afirmar que «dicha prueba ha sido apreciada erróneamente por omisión pese a ser una prueba pericial y porque de la misma, se extrae que no existe ningún indicio contra mis representados que pueda justificar su condena», evidentemente no supone una concreción de en qué manera la sentencia de instancia se ha apartado injustificadamente del informe pericial. Simplemente se trata de una afirmación conclusiva sin explicación de la razón de la queja. Con razón el Ministerio Fiscal considera que «el motivo

bordea peligrosamente la completa ausencia de fundamentación». De manera que el indicado documento no puede constituir la base que exige el art. 849.2 de la LECRIM .

En relación con el "escrito acceso solicitud modificaciones sistema NOTES con sello Coronel UME. Folio 11", es preciso indicar que a los efectos de la casación de la sentencia es indiferente la cuestión del sello, sin perjuicio, en su caso, de que pudiera tener otros efectos en otra hipotética causa. La cuestión fue planteada en instancia y aparece resuelta en el folio 12 de la sentencia con todo acierto, señalando que el uso del sello puede ser irregular e incluso reprehensible en vía disciplinaria, pero no vulnera los derechos de los acusados ni afecta a la verosimilitud y veracidad del documento.

También cita el recurrente los correos electrónicos folios 32 a 43, pero en el desarrollo simplemente opone a la valoración del Tribunal una pregunta, sin que exprese en qué manera la apreciación probatoria a la vista de los correos es contraria a la lógica o a las máximas de la experiencia.

La argumentación utilizada en relación al informe pericial de la Policía Autónoma Vasca tampoco puede pretender los efectos de alterar el hecho probado. Pues con independencia de lo indicado, el Tribunal puede y pudo apreciar otras pruebas para llegar a lo expresado en el hecho probado.

En cuanto al registro de accesos al servidor de correo, el recurrente se remite al motivo cuarto del recurso, por lo que nos remitimos a lo que al respecto decimos en esta resolución.

La siguiente queja la concreta en determinados escritos que no tienen el carácter de documento, sino que son escritos que contienen declaraciones personales documentadas; salvo la referencia a un auto de firmeza de fecha 4 de febrero de 2010, que en nada afecta al hecho probado.

Lo mismo ocurre con la solicitud de alta en los servicios de internet, que tampoco es un documento a los efectos casacionales; no obstante teniendo en cuenta lo que el recurrente expone sobre el hecho de derivar su correo personal al corporativo, nos remitimos a lo que ya hemos señalado al respecto.

Tampoco son admisibles a los efectos casacionales la mención del informe sobre el registro de accesos al servidor, por cuando únicamente señala el recurrente que "no ha quedado acreditado que ninguno de mis representados accediesen al servidor del denunciante", lo cual es simplemente una afirmación contraria a lo expuesto en el hecho probado. Igualmente ocurre con la Instrucción General 05/5, pues en nada aclara el recurrente.

Y, por último, el recurrente se refiere a unas declaraciones testificales, las cuales como se ha indicado no tienen la consideración de documentos a los efectos del art. 849.2 de la LECRIM ., por lo que nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

Así pues, el presente motivo no puede prosperar.

**SÉPTIMO:** El motivo primero del recurso se fundamenta en el art. 849.1 de la LECRIM . por considerar infringido el art. 138 del Código penal militar en relación con los arts. 1 y 2 del mismo Código .

Lo primero que es preciso indicar es que la redacción típica del citado art. 138 del Código penal militar es idéntica a la del actual art. 65.1 primera frase; siendo también idénticas las penas. Por consiguiente, a los efectos de este tipo penal, el art. 65 no es ley más beneficiosa.

El art. 138 del Código penal militar contiene dos tipos penales: a) el militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente a sus facultades y, b) el militar que prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave.

Así pues, en el primer tipo penal sus elementos son: el sujeto activo ha de ser un militar que, además ha de estar en el ejercicio de su mando; y la acción típica supone el exceso arbitrario de sus facultades, lo cual significa que cabe el exceso en las facultades, pero en ese caso ha de estar justificado, esto es, que concurra una causa de justificación. Evidentemente, el exceso arbitrario en el ejercicio del mando supone sin duda un abuso grave (por ello, en el otro tipo penal contenido en el art. 138 se refiere a «cualquier otro abuso grave»), pero eso no significa que el abuso grave sea un elemento distinto al exceso arbitrario de las facultades, sino que naturalmente un exceso arbitrario de las facultades de mando constituye un abuso grave de tales facultades. En el segundo tipo penal sus elementos son: el sujeto activo ha de ser un militar; aquí es cualquier militar; la acción típica exige por una parte que actúe con prevalimiento; ahora bien, tal prevalimiento ha de entenderse en el sentido de aprovecharse de las ventajas que le confiere su empleo o destino, lo que significa que tal prevalimiento no va referido a una situación de superioridad o de confianza entre el autor y la víctima o de una relación de parentesco, entre ambos, sino en la utilización ventajosa que para realizar el

tipo penal le proporciona su empleo o destino. Por otra parte, la acción típica se contrae a la realización de «cualquier otro (esto es, distinto al exceso arbitrario en las facultades del mando) abuso grave».

Así pues, sintetizando podemos distinguir dos tipos penales: a) el de exceso arbitrario en las facultades del mando y, b) el de cualquier otro abuso grave. En el presente caso, ambos recurrentes han sido condenados por este último tipo penal.

Los recurrentes consideran que las conductas recogidas en los hechos probados no son subsumibles en el indicado tipo penal. Sin embargo, tal pretensión no puede prosperar, pues concurren todos los elementos típicos.

No se discute el carácter militar que ambos recurrentes tenían en el momento de los hechos.

En cuanto al entonces Comandante Doroteo, se dice que en los hechos probados no se describe el prevalimiento y respecto del Teniente Coronel Landelino se ataca la existencia de prevalimiento. En definitiva, no se discute el elemento del abuso grave.

Sin embargo, lo cierto es que concurren ambos elementos en los dos recurrentes. El entonces Comandante Doroteo se previó de su empleo o destino, en el sentido antes indicado de que se aprovecha de las ventajas que le otorga su empleo y destino para que el entonces Comandante Landelino le proporcionase «los archivos identificadores y las correspondientes contraseñas de acceso al correo electrónico de don Daniel y doña Rafaela» (Hechos probados); de manera que efectivamente el Comandante Doroteo se valió de la ventaja que le proporcionaba su empleo para obtener algo que debido a su carácter ilícito no debió haber obtenido; de no ser militar y con el indicado empleo le hubiera sido mucho más difícil obtener lo antes señalado, por lo que fue la ventaja de su empleo lo que aprovechó para su obtención. Concurre, por consiguiente el prevalimiento de su empleo.

También concurre tal prevalimiento en el entonces Comandante Landelino pues tal como relatan los hechos probados, ostentaba «la condición de coordinador informático del Ejército de Tierra» y «en tal concepto, llevaba a cabo la gestión de los equipos, programas y sistemas informáticos utilizados por las personas destinadas en las distintas Unidades alojadas en el acuartelamiento de Loyola, lo que incluía la solicitud de asignación archivos identificadores "ID" y de sus respectivas contraseñas para acceso al correo electrónico oficial o corporativo del citado personal militar y civil». De manera que aprovechó la ventaja que le confería su empleo y destino para obtener «los archivos identificadores y las correspondientes contraseñas de acceso al correo electrónico de don Daniel y doña Rafaela». La cuestión no se centra en que por su trabajo *tuviera* potencialmente tal posibilidad de acceso, sino que gracias a su trabajo *pudo* obtener archivos identificadores y contraseñas de correo electrónico que no *debía* obtener, pues únicamente debía solicitar los archivos identificadores ID, cuando los usuarios lo precisaran por alguno de los motivos siguientes: «alta de nuevo usuario y pérdida o caducidad del archivo ID asignado a un determinado usuario» (Hechos Probados); y, no existía ninguno de estos motivos, sino que el motivo fue para proporcionarle tales datos al entonces Comandante Doroteo.

Asimismo, concurre el elemento del abuso grave, pues no hay duda de que constituye un grave abuso el obtener y facilitar los archivos identificadores y las contraseñas de unos correos electrónicos de terceras personas, mediante los que se puede acceder a sus contenidos con directa afectación a la intimidad y a la vida privada y/o, al menos, sin duda, puede quebrantarse el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución). Además, los hechos probados relatan que efectivamente debido a la tenencia de los archivos y contraseñas el entonces Comandante Doroteo pudo acceder a los buzones de correo electrónico de don Daniel y doña Rafaela y conocer así informaciones y datos relativos a la vida privada de éstas contenidos en correos particulares (Hechos Probados).

El motivo debe desestimarse.

Por último, conviene indicar que, aunque no se entra en la cuestión, si debemos advertir que siempre que, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, proceda han de calificarse los hechos tanto conforme al Código penal como conforme al Código penal militar, para poder evaluar cual sea la calificación más grave y seguidamente realizar tal calificación conforme al Código que castigue más severamente los hechos. También debe tenerse en cuenta la cuestión relativa a la unidad o pluralidad de acciones, pues si se envían dos correos solicitando dos ID y sus contraseñas, es preciso examinar si ha existido una sola acción o dos acciones.

**OCTAVO:** Las costas deber declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio.



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

## FALLO

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

1.- Desestimar el Recurso de Casación número 101-10/2016, interpuesto por la Procuradora doña Estrella Moyano Cabrera en nombre y representación procesal de los Tenientes Coroneles del Ejército de Tierra don Doroteo y don Landelino contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central con fecha 28 de diciembre de 2015 , en el Sumario número 2/02/12, por el que se condena a los recurrentes a la pena de un año de prisión y a la de diez meses de prisión, respectivamente, con las accesorias de suspensión de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, como autores de un delito de extralimitación en el ejercicio del mando, en su modalidad de comisión de abuso grave mediante prevalimiento del empleo o destino, previsto en el art. 138 del Código Penal Militar , sentencia que confirmamos íntegramente. 2.- Declaramos de oficio las costas. 3.- Notifíquese esta resolución.

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

Así se acuerda y firma. Angel Calderon Cerezo Francisco Menchen Herreros Benito Galvez Acosta Francisco Javier de Mendoza Fernandez Jacobo Lopez Barja de Quiroga

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ