



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 715/2016, de 26 de septiembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1819/2015

SUMARIO:

Delito contra la integridad moral. Indemnización por daños morales. Atentado contra la integridad moral cometido por funcionario público. Para este delito, no se requiere un dolo específico o elemento intencional que vaya más allá de conocer que la conducta objetivamente afecta a la integridad moral, y consentir con ello. Persona detenida y por tanto sometida y sin capacidad de responder a una agresión por estar esposado. Los golpes en la forma en que se efectúan revelan una dominación que emerge de la situación del golpeado -ebrio, atado-, y encierran una clara connotación despectiva y vejatoria que degrada a la víctima, que se ve tratada como desecho. El daño moral es independiente del físico, y en este sentido, se define la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de otros derechos por lo que es posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos (si además hubiese daños físicos, se aplicaría la regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral). La integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque. El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad. Un sobreseimiento provisional dictado por no existir pruebas suficientes frente al autor ni impide ventilar las eventuales responsabilidades derivadas de la omisión de un tercero, ni es obstáculo para considerar probados los hechos investigados a los efectos de enjuiciamiento de otras acciones u omisiones vinculadas a aquéllos.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 21.4, 66.1, 70, 72, 116, 173, 175, 176, 177, 450, 617 y 638.

Constitución española, arts. 10, 15, 24 y 120.3.

Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 650, 732, 733, 746, 747, 788 y 793.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

Magistrados:

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR



www.civil-mercantil.com

Recurso N.º: 1819/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N.º: 715/2016

Fecha Sentencia : 26/09/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Antonio del Moral García

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N.º : 1819/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 24/05/2016

Procedencia: Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de
Mallorca.

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : IPR

*Atentado contra la integridad moral cometido por funcionario público (art. 175 CP): caracterización. No se requiere un dolo específico superpuesto al genérico de conocer que la acción incide en la dignidad moral de la persona y consentir con ello.

*Tipo omisivo del art. 176 CP .

*Indemnización por daños morales: cuantificación.

*Modificación de conclusiones. Un sobreseimiento provisional dictado por no existir pruebas suficientes frente al autor ni impide ventilar las eventuales responsabilidades derivadas de la omisión de un tercero, ni es obstáculo para considerar probados los hechos investigados a los efectos de enjuiciamiento de otras acciones u omisiones vinculadas a aquéllos.

Recurso N.º: 1819/2015

N.º: 1819/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García



www.civil-mercantil.com

Fallo: 24/05/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N.º: 715/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

Presidente.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1819/2015 interpuesto por Remigio Porfirio, Gumersindo Lorenzo, Romualdo Narciso y Bartolome Ismael representados por los Procuradores Sres. García San Miguel Hoover, Murga Rodríguez y Pérez Casado, bajo la dirección letrada de los Sres. Campaner Muñoz, Salvá Coll, y Morey Soriano, contra la Sentencia de fecha 7 de julio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que condenó a los recurrentes como autores responsables de un atentado no grave contra la integridad moral. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

I. ANTECEDENTES

1- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Palma instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1465/13, contra Remigio Porfirio, Romualdo Narciso, Gumersindo Lorenzo y



www.civil-mercantil.com

Bartolome Ismael . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda) que con fecha siete de julio de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Los acusados Remigio Porfirio, oficial de la Policía Local con número NUM000, Gumersindo Lorenzo, policía local con número NUM001, Romualdo Narciso, Oficial de la Policía Local con número NUM002 y Bartolome Ismael, policía local con número NUM003, todos ellos sin antecedentes penales, que no han estado privados de libertad por esta causa, se encontraban sobre las 0.10 horas del día 26 de mayo de 2011 en su puesto de trabajo como policías locales del Ayuntamiento de Palma en el depósito municipal de detenidos de la Jefatura de la Policía local de Palma.

A dicho centro había sido traslado Severino Guillermo como detenido por un presunto delito contra la seguridad vial por circular en estado de embriaguez y un delito de atentado a agentes de la Autoridad cometidos momentos antes de su detención, siendo los agentes involucrados en el delito de atentado compañeros de los cuatro policías Locales acusados.

Al detenido tras ser cacheado se le pusieron los grilletes (a las 0.16 horas) de tal modo que tenía atadas ambas manos a un banco en el que se encontraba sentado y que a su vez estaba fijado al suelo.

El acusado Remigio Porfirio aprovechando que el detenido Severino Guillermo no podía defenderse, con ánimo de atentar contra su integridad física y moral y en respuesta a los insultos y amenazas del detenido que se quejaba del dolor que en las muñecas le hacían los grilletes, al pasar por delante propinó por sorpresa una patada con su pierna izquierda en la cabeza del detenido Severino Guillermo y posteriormente otra patada con su pierna derecha en la cabeza del citado detenido, seguida de otra patada más leve en una pierna, de un manotazo con los guantes y de otros golpes de escasa consideración que no han podido ser concretados, pero que duraron pocos segundos.

La agresión fue presenciada con absoluta pasividad y complacencia por los otros acusados: el oficial Romualdo Narciso y los policías Gumersindo Lorenzo y Bartolome Ismael, envileciendo aún más la acción cometida y dando respaldo a la misma, que pudiendo hacerlo no la impidieron sujetando a su compañero ni recriminaron su acción al oficial NUM000, como tampoco solicitaron Gumersindo Lorenzo y Bartolome Ismael, al otro oficial Romualdo Narciso que parase la situación. Antes al contrario, Romualdo Narciso, que ostentaba un mando superior a Remigio Porfirio, además de permitir las agresiones sin impedir las, se dirigió hacia la cámara de vigilancia instalada en el techo de la sala de detenidos y que estaba grabando lo sucedido y haciendo uso de su porra extensible o de otro modo, con el objeto de que Remigio Porfirio pudiera continuar con el maltrato al detenido sin que quedase recogido en la grabación, procedió a girar la cámara de vídeo para evitar que grabaran las agresiones que se estaban produciendo, enfocándola durante unos breves instantes hacia una ventana en la que se reflejaba lo que estaba ocurriendo hasta que la agresión terminó volviéndola a colocar en su sitio.

Los hechos fueron presenciados por otro detenido que se encontraba en la mismas dependencias, pero sentado sin esposar en un banco anexo.

Los acusados Gumersindo Lorenzo y Bartolome Ismael, minutos antes ya habían presenciado sin intervenir a las 0.17 horas, pudiendo hacerlo, como otro de sus compañeros, molesto por los comentarios que hacía el detenido, le propinaba sendos puñetazos en el estómago provocando que Severino Guillermo se retorciera por el dolor.

El detenido Severino Guillermo que, como se ha señalado, se hallaba esposado y atado con sus manos al asiento, no pudo repeler ninguna de las agresiones, ni pudo realizar ningún movimiento para protegerse de las mismas.



www.civil-mercantil.com

Como consecuencia de los golpes recibidos por parte del acusado Remigio Porfirio y también por las lesiones que Severino Guillermo tuvo como consecuencia del delito contra la seguridad vial por el que se hallaba detenido y por efecto de los grilletes que le apretaban, sufrió herida inciso contusa en la órbita izquierda, erosión en muñeca izquierda y dolor en mandíbula izquierda sin alteraciones funcionales, necesitando para sanar de una primera asistencia y posterior tratamiento médico sintomático y rehabilitador, tardando en curar un total de 15 días, de los cuales 7 de ellos eran impeditivos para sus ocupaciones habituales no sufriendo secuelas.

De estas lesiones únicamente, con seguridad, el dolor mandibular fue ocasionado por las patadas que al detenido Severino Guillermo le propinó Remigio Porfirio, sin que haya sido posible saber si a consecuencia de ellas Severino Guillermo precisó tratamiento médico consistente en inmovilización, o el tratamiento médico pautado fue producto del conjunto de lesiones sufridas.

Severino Guillermo, consciente de que lo sucedido podía ser denunciado y desvelado por alguno de sus compañeros presentes o bien por el perjudicado o por el otro detenido que se encontraba en las dependencias, y sabedor de que la cámara de seguridad existente en las dependencias de detenidos había captado las imágenes de la agresión y estas se guardaban por espacio de veinte días, esa misma noche quedó citado con el inspector de servicio con NUM004 y la mañana siguiente con el Mayor con NUM005, a quienes restando importancia a los hechos relató que a causa de las amenazas de un detenido había perdido los nervios y lanzado varias patadas pero solo para marcarle, haciendo hincapié en que por un error de cálculo, a pesar de que Remigio Porfirio es experto en artes marciales, llegó a impactar contra la cara del detenido e insistiendo en que no se percató en ningún momento de que estuviera esposado al banco. Remigio Porfirio deliberadamente omitió cualquier referencia a que estas acciones habían sido observadas por los otros acusados y la información ofrecida no debió de ser clara y terminante hasta el punto de que sus superiores al comunicar los hechos a la autoridad judicial pusieron de manifiesto la existencia contradictorias en el seno del foro interno-policial.

Llegado el acto del juicio oral Remigio Porfirio lejos de colaborar en la averiguación de la verdad se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal. La tramitación de la presente causa, en atención a que la investigación de los hechos no exigía excesivo esfuerzo investigador, toda vez que se llegó a preservar la grabación de las imágenes obtenida por la cámara de seguridad, se prolongó desproporcionadamente y ello a pesar de que los acusados interpusieron recursos contra el auto de transformación a procedimiento abreviado, ya que el juzgado instructor meses antes (en febrero de 2012) había declarado los hechos falta. Dicho curso demoró la tramitación por espacio de 14 meses, aunque teniendo en cuenta que existió paralización entre ambas resoluciones (de febrero a noviembre de 2012) el retraso supuso prácticamente dos años de demora. En octubre de 2011 la investigación ya estaba concluida, pese a lo cual el juicio no se celebró hasta mayo de 2015.>>.

2- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO- Que debemos condenar y condenamos a los acusados Remigio Porfirio, Romualdo Narciso, Gumersindo Lorenzo y a Bartolome Ismael, como autores responsables de un delito contra la integridad moral no grave, el primero en su calidad activa y los otros tres en su modalidad pasiva, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como analógica, a las siguientes penas:

www.civil-mercantil.com

a) A Remigio Porfirio la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de inhabilitación especial para el desempeño del cargo de funcionario de la Policía local del Ayuntamiento de Palma, por tiempo de 3 años.

b) A Romualdo Narciso, la pena 1 año de prisión, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de inhabilitación especial para el desempeño del cargo de funcionario la Policía local del Ayuntamiento de Palma, por tiempo de 3 años.

c) A los acusados Gumersindo Lorenzo y Bartolome Ismael, a una pena, para cada uno de ellos, de 1 año de prisión, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de inhabilitación especial para el desempeño del cargo de funcionario de la Policía local del Ayuntamiento de Palma por tiempo de 2 años.

Asimismo el acusado Remigio Porfirio ha de ser declarado responsable de una falta de lesiones a una pena de 10 días de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas, absolviéndole del delito de lesiones del que venía siendo acusado.

El acusado Remigio Porfirio por vía de responsabilidad civil deberá de indemnizar al perjudicado Severino Guillermo en la cantidad de 480 euros por las lesiones sufridas y en 4.000 euros por el daño moral causado derivado del ataque infligido a su integridad moral.

Las anteriores cantidades devengarán los intereses procesales correspondientes desde la fecha de esta resolución.

Se imponen las 3/4 partes de las costas a los acusados, declarando de oficio el tercio restante>>.

3- Con fecha 14 de julio de 2015 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó un Auto aclaratorio cuya parte dispositiva dice:

<< LA SALA ACUERDA: ACLARAR la anterior sentencia dictada en el rollo en el sentido siguiente:

1- En el antecedente de hecho tercero debe recogerse que la calificación que efectuó la representación del acusado Remigio Porfirio fue la de considerar que los hechos eran constitutivos de una falta del artículo 617.2 del CP .

2- En los hechos probados en párrafo aparte al que termina la expresión "foro interno-policia" ha de añadirse el siguiente:" el acusado Remigio Porfirio antes del juicio consignó a disposición del perjudicado Severino Guillermo, la cantidad de 480 euros, única y exclusivamente con el objeto de reparar y de indemnizar las lesiones físicas sufridas por el perjudicado, suma que le era reclamada por el Ministerio Fiscal en tal concepto en su escrito de conclusiones provisionales y no para reparar ni cubrir los perjuicios morales irrogados por el ataque contra la integridad moral del que también era acusado".

Asimismo el párrafo siguiente in fine se completa y sustituye por el siguiente: Llegado el acto del juicio oral Remigio Porfirio, aunque dijo estar arrepentido y pidió perdón, lejos de colaborar en la averiguación de la verdad se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal.

Tal y como solicitó el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, comuníquese la sentencia, así como la grabación del juicio, al Juzgado Instructor y en lo que pueda afectar al policía local con NUM006, a los efectos de alzar el sobreseimiento acordado respecto del mismo, omisión



www.civil-mercantil.com

que se pensaba suplir por Providencia independiente, si bien se aprovecha el dictado de este Auto con dicha finalidad.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que a partir de su notificación corre el plazo concedido para preparar el recurso de Casación>>.

4- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los condenados, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Remigio Porfirio .

Motivo primero - Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE . Motivo segundo - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim por indebida aplicación del art. 175 CP . Motivo tercero. - Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Motivo cuarto - Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Motivo quinto- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim por indebida inaplicación art. 21.4 CP en relación con el art. 66.1.2ª del mismo cuerpo legal . Motivo quinto (bis) - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim por indebida inaplicación del art. 21.5 CP . Motivo sexto - Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en relación con los arts. 120.3 CE, así como arts. 66.1ª 72 y 175 CP . Motivo séptimo - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim por indebida aplicación de la regla 1.º art. 66.1 CP en relación con el art. 175 CP . Motivo octavo. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación art. 116 CP .

Motivos aducidos en nombre de Gumersindo Lorenzo .

Motivo primero- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 y 2 LECrim : 1- Por error en la apreciación de la prueba. 2- Por indebida aplicación de los arts. 21.6, 61 a 79 y 175 y 176 CP . Motivo segundo - Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con las debidas garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE).

Motivos aducidos en nombre de Romualdo Narciso .

Motivo primero- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Motivo segundo - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 176 CP . Motivo tercero- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba documental. Motivo cuarto- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1.º LECrim .

Motivos aducidos en nombre de Bartolome Ismael .



www.civil-mercantil.com

Motivo primero- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Motivo segundo- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim por indebida aplicación del art. 176 CP . Motivo tercero - Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba documental. Motivo cuarto. - Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.º LECrim .

4 - El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuesto impugnando todos sus motivos a excepción del motivo séptimo del recurso del Sr. Remigio Porfirio que ha apoyado ; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.

6- Con fechas siete de junio; cinco de julio y dos de septiembre se dictaron sendos Autos de prórroga del plazo para dictar sentencia ampliándolo veinte, veinte y diez días respectivamente de forma sucesiva.

7- Se pasa la sentencia ya redactada por el ponente para firma de los restantes integrantes de la Sala el día 19 de septiembre

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A- Recurso de Remigio Porfirio .

Primero.

Busca este recurrente el abrigo del derecho a la presunción de inocencia a través de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim (motivo primero), en relación a dos concretos puntos determinantes de la doble condena recaída (delito de torturas y falta de lesiones).

a) En cuanto a la primera infracción aduce no existir prueba que permita fundar la concurrencia del elemento subjetivo que exigiría tal infracción.

b) En lo atinente a la falta de lesiones considera que la prueba dista de ser concluyente.

El derecho a la presunción de inocencia según doctrina del Tribunal Constitucional - STC 68/2010, de 18 de octubre -, aparece configurado como regla de juicio que repele una condena sin apoyo en pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, de las que quepa inferir razones concluyentes para entender perpetrados unos hechos delictivos con intervención del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo seguido (en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a -) ó 16/2012, de 13 de febrero). Así pues, se vulnera la presunción de inocencia si recae condena: a) sin pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de una actividad probatoria practicada sin las debidas garantías;



www.civil-mercantil.com

d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de cubrir tanto los elementos objetivos del delito como los subjetivos (STC 340/2006, de 11 de diciembre invocada por el Fiscal, además de muchas otras). Se superó hace muchos años una jurisprudencia que pretendía extraer la vertiente subjetiva de la *quaestio facti* con la consiguiente y perturbadora sustracción del manto protector de la presunción de inocencia.

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente vertebró la primera de sus quejas sobre lo que considera ausencia de toda prueba en relación a ese señalado elemento interno. La segunda se construye sobre la falta de carácter concluyente de la prueba por existir otras hipótesis fácticas que serían al menos tan probables como la asumida por la sentencia. Analicemos por separado ambas quejas que son autónomas y que en rigor debieran haber dado lugar a dos motivos diferenciados.

El recurso parte de la versión del acusado parcialmente acogida por la Sala de instancia: precedieron amenazas e insultos por parte de la víctima. De ahí deduce que el dolo específico del delito contra la integridad moral, que exigiría un plus intencional en la agresión, no estaría acreditado.

Segundo.

El *factum* proclama que el recurrente golpeó al perjudicado con ánimo de atentar contra su integridad física y moral y en respuesta a los insultos y amenazas del detenido

El problema que suscita el motivo es más dogmático que probatorio: dilucidar si para que nazca el delito del art. 175 CP se requiere ese algo más subjetivo, superpuesto al dolo genérico, que parece exigir el recurrente, aunque formalmente proclame que no es así.

Hemos de asumir tanto la vía argumental del Ministerio Fiscal - estaríamos ante un dolo de consecuencias necesarias-, como la de la Audiencia

-no se requiere un dolo específico o elemento intencional que vaya más allá de conocer que la conducta objetivamente afecta a la integridad moral, y consentir con ello-. Ese dolo puede aparecer repentinamente; es compatible con un estado de ira; no exige una reflexión deliberativa seguida de una decisión meditada y asumida fríamente. Por eso no hay espacio para el discurso del recurrente que querría reputar incompatible con ese dolo una reacción impulsiva o descontrolada ante una provocación.

La frialdad de ánimo no es presupuesto del tipo subjetivo del art. 175.

Como tampoco lo es que la acción denigrante sea gratuita o no esté animada por móviles específicos distintos del puro y desnudo propósito de afectar a la integridad moral (como viene a demostrar el art. 174: el afán vindicativo no excluye el atentado a la integridad moral, que también se da cuando es ese el único móvil de la acción).

La incidencia en el sentimiento de dignidad de la víctima fluye de la situación y el marco que son conocidos por el acusado en todos sus detalles: persona detenida y por tanto sometida y sin capacidad de responder a una agresión por estar esposado; lo que ha de combinarse con la actitud mostrada por el recurrente (se puede captar sin intermediarios por el visionado de la grabación). Con independencia de que existiesen insultos previos que habrían podido despertar indignación (en quien ejerce una profesión como la del recurrente debiera presumirse una mayor capacidad de encaje y tolerancia frente a esas actitudes, máxime cuando surgen condicionadas por un manifiesto estado de ebriedad), se constata como el recurrente se aproxima como sin querer, fingiéndose distraído, al detenido y repentinamente (está bien

descrito en la sentencia), sin aviso previo ni verbal ni gestual, dirige el golpe con la pierna a la cabeza de quien está totalmente desprevenido, reducido e indefenso. Es objetivamente humillante y vejatorio ese modo de golpearle en el contexto en que se produce. Incorpora unas dosis despectivas percibibles por cualquier observador. No es necesaria una motivación distinta a la propia descripción del hecho probado en secuencia querida por el acusado: res ipsa loquitur, según muy pertinente aforismo latino traído a colación por el Fiscal.

Exigir una prueba específica de esa intencionalidad o una motivación ad hoc para justificar su concurrencia, sería, mutatis mutandi, como reprobar una sentencia condenatoria por delito de hurto por limitarse a decir que Marino Andres se apoderó de la cartera de Fidel Bartolome sin expresar qué pruebas abonan la presencia de un ánimo de lucro, ni motivar de forma específica por qué se ha deducido ese ánimo de lucro. O como reclamar que tras describir que una persona disparó al corazón de otra abatiéndola, se especifique no solo por qué se estima probada la acción (testigos, v. gr.), sino también indicar qué otras pruebas abonan la conclusión de que concurría el tipo subjetivo del homicidio, es decir, la intención de matar.

El tipo subjetivo del art. 175 se infiere sin más de la propia secuencia objetiva del hecho. El inciso que incorpora la Sala al hecho probado a remolque del Fiscal -"con ánimo de atentar contra su integridad física y moral"- es prescindible. No añade nada relevante. Suprimido, la subsunción jurídica sería idéntica; del mismo modo que la locución "con ánimo de lucro" tampoco es necesaria en el relato de una sustracción de metálico previa exhibición de una navaja.

Tercero.

La segunda vertiente de la presunción inocencia incorporada al primer motivo se relaciona con la falta de lesiones. La Sala ha descartado toda relación de causalidad entre la agresión y las lesiones apreciadas en ceja y muñecas. Solo el dolor mandibular podría ser vinculado de manera clara a la agresión.

Replica el recurso aduciendo que tampoco hay prueba concluyente de que la génesis de ese dolor radicase en la agresión y no en el previo accidente de tráfico o en el forcejeo durante la detención (cabezazo propinado a uno de los agentes intervinientes), o en la agresión protagonizada momentos antes por otro policía local. Esa hipótesis vendría alimentada por la versión de la víctima que mencionó unos golpes con la mano como desencadenante de esas molestias en la mandíbula que habrían podido tener otro causante.

El motivo ha de ser estimado en este aspecto sustituyendo la condena por una falta del art. 617.1 CP . La compatibilidad de la doble condena (art. 175 y art. 617.2) está autorizada por la regla concursal del art. 177 y la jurisprudencia (STS 19/2015, de 22 de enero).

Cuarto.

El motivo segundo, canalizado a través del art. 849.1.º LECrim, se bifurca también en dos sendas argumentales. De una parte se niega que los hechos puedan ser calificados como atentado a la integridad moral; de otra, se cuestiona la presencia del elemento típico abuso del cargo.

Sobre la primera cuestión casi basta con remitirse al fundamento de derecho segundo de esta sentencia. Los golpes en la forma en que se efectúan revelan una dominación que emerge de la situación del golpeado -ebrio, atado-, y encierran una clara connotación despectiva y vejatoria que degrada a la víctima, que se ve tratada como desecho. No puede



www.civil-mercantil.com

negarse el contenido degradante de la agresión. No es una agresión sin más (un simple encararse para afear la actitud, o un zarandeo); es una agresión que cosifica a la víctima, totalmente indefensa y a merced del capricho del agresor. Las referencias jurisprudenciales, encomiablemente sintetizadas en el dictamen del Fiscal, refrendan estas apreciaciones.

Dice la STS 957/2007, de 28 de noviembre, "... la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP . establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma.

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad". La STC 120/90 de 27.6 nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE . garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular", así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene vinculando -como ya hemos señalado- la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de "incolumidad e integridad o inviolabilidad personal".

Esta Sala, en Sentencia 3.10.2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de



www.civil-mercantil.com

un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

La STS 213/2005 de 22 de febrero abunda en esas ideas, aunque analizando el art. 173 CP, lo que exige adaptaciones para la proyección al caso ahora analizado que contempla un atentado no grave siendo así que el art. 173.1 solo se refiere al menoscabo grave de la integridad moral: "De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad "...menoscabando gravemente su integridad moral...", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes - STS 294/2003 de 16 de Abril -:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona- víctima".

De la STS, 159/2011 de 28 de febrero extraemos estas otras reflexiones: "por la doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal.

De modo que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), que reprobó como degradante las llamadas cinco técnicas utilizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad en el Ulster con los detenidos del IRA a los que simultáneamente se les mantenía encapuchados, situados frente a una pared, sometidos a ruidos monótonos y continuos, sin consentirles dormir y finalmente restringiéndoles severamente la dieta alimenticia- Sentencias de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), de 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), de 7 de julio de 1989 (caso Soering), de 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros) y de 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros). El Tribunal Constitucional, por su parte, ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución (torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente", SSTC 137/90 y 57/94.

De acuerdo con lo expuesto, la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo,



www.civil-mercantil.com

además concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque...".

La STS 19/2015, de 22 de enero en línea con las anteriores reza así: " El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana.

De este modo, integra el delito del art. 175 Cpenal cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que aún sin causar lesión y que tenga cierta intensidad, provocando humillación, quebranto degradante en el sujeto pasivo/víctima, con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174 (tortura), que por ello tiene un carácter residual en relación al delito de torturas, si además, causa lesiones, las mismas deben ser sancionadas autónomamente como prevé el art. 177 Cpenal . En idéntico sentido STS 1246/2009 de 30 de Noviembre .

La STS 403/2014, de 13 de mayo es un buen referente: hay atentado a la integridad moral en la agresión a detenidos esposados sin capacidad de respuesta.

No puede extremarse la parificación con el catálogo de conductas que sin carácter de *numerus clausus* se recogen en el art. 174 (tortura) que acaba además con una cláusula abierta: atentar de cualquier otro modo contra la integridad moral. La disección que hace el recurrente extrayendo los actos agresivos -dos patadas, un manotazo y otros golpes menores- de su concreto contexto y concretas circunstancias no es de recibo. Por supuesto que dos patadas, un manotazo y otros golpes menores sin más no constituyen per se un atentado a la integridad moral. Pero en el marco en que se producen esos hechos -quién es el agresor, quién la víctima; actitud de aquélla; situación de ésta; forma de las patadas..- sí que encierran ese contenido afectante no solo a la integridad física, sino también a la integridad moral, incidiendo en el propio sentimiento de auto-estima: quien es agredido así se siente tratado como un objeto inerte.

No hace falta que el hecho probado proclame que se ha producido una afectación de la integridad moral, lo que además podría ser un concepto jurídico preterdeterminante si no fuese acompañado de una descripción detallada del hecho y la situación. Que exista una motivación que mengua la gravedad de la acción (la agresión es reacción frente a una actitud del detenido y no algo absolutamente gratuito) no evapora su contenido, ni difumina su significado de atentado a la integridad moral.

La sentencia está acertadamente y suasoriamente razonada apoyándose en muy pertinentes referencias jurisprudenciales. No hay atisbo alguno de que subliminalmente haya podido influir -como sugiere la defensa- un estado de opinión pública proclive a un castigo severo como consecuencia de la difusión del vídeo. Si esa difusión suscitó rechazo y repugnancia en la opinión pública es porque los hechos despiertan igual rechazo de la ley, del ordenamiento penal.

Quinto.

Tampoco puede acompañar el éxito al alegato que discute que existiese abuso del cargo . Es realmente difícil argumentar que un policía local de servicio en aquél momento y uniformado no abusa de su cargo cuando golpea a un detenido engrillado en las dependencias policiales. Pese a esa dificultad, que roza la imposibilidad, asombrosamente el recurso con indudable habilidad dialéctica consigue tejer un discurso coherente para atacar esa estimación. El simple hecho de hilvanar ese razonamiento es harto meritorio. Sería más que meritorio, asombroso, que hubiese logrado persuadir al Tribunal: no lo consiguió ni lo consigue ahora en casación. Es lógico y esperable. El cargo de agente de la policía local preside toda la



www.civil-mercantil.com

actuación del recurrente (vid STS 205/2016, de 10 de marzo). El abuso del cargo es patente. Solo desde su condición de policía es concebible un episodio como el que motiva la condena.

Los previos insultos lo son con motivo del ejercicio de sus funciones policiales y su reacción, la agresión desplegada, aprovecha esa condición.

Se puede abusar del cargo sin premeditación. Y se puede abusar del cargo en una acción impulsiva, movida por un sentimiento momentáneo de ira.

El ejemplo imaginario en el contexto de un aula universitaria puede ser aceptado, pero la conclusión seguramente será diversa: hay abuso del cargo posiblemente también en esa hipótesis que además carece de las connotaciones tan acentuadas del caso presente: un agente policial en sus dependencias oficiales y uniformado frente a un detenido esposado. La posible infracción de falta de respeto a los agentes de la autoridad no puede ser atajada por el policía de forma tan contundente y desproporcionada como ilegal y delictiva. El abuso del cargo no requiere como presupuesto que la actuación sea gratuita. La presencia de una motivación con alguna derivación particular es igualmente compatible con el abuso de la función pública.

La STS 485/2013, de 5 de junio que contempla un supuesto muy parecido abona esta estimación, pese a los denodados esfuerzos desarrollados por el recurrente por diferenciar los dos supuestos de hecho.

No es relevante que el detenido no estuviese oficialmente a disposición de este acusado.

Dice la STS 205/2016 "Aunque no deja de ser una sutileza, se entiende la diferenciación que intentan ambos recurrentes discriminando entre lo que sería abusar del cargo y el prevalimiento de una superioridad fáctica a la que se ha accedido aprovechando el cargo. Solo existiría abuso si se obra en el ejercicio de las funciones oficiales. En los casos en que el cargo sitúa en circunstancias que favorecen la agresión habría prevalimiento o aprovechamiento pero no en rigor abuso del cargo. En este caso V. se habría aprovechado de su condición de integrante del cuerpo policial (accediendo a la Comisaría) pero no había abusado de su cargo pues no agredió a su detenido, sino a un detenido. Su custodia no le había sido confiada; ni oficialmente tenía relación o vinculación alguna con él.

No compartimos esa artificiosa distinción; menos en un caso como éste. No se trata de que quien es policía al margen de una actuación enmarcada en ese Cuerpo aunque con la facilidad que le pueda reportar alguna de las facultades anejas a su condición, haya agredido a un particular...

...No puede vincularse la expresión abuso del cargo a una concepción burocrática que exigiese que el detenido estuviese formalmente a su disposición. Tan encajable en el art. 174 resulta la actuación del policía que teniendo a su disposición al detenido lo agrede; como la de quien no teniendo en ese momento deber de custodia sobre un concreto detenido, accede a la celda o a las dependencias donde se encuentra y le golpea con ánimo de represalia. Es indiferente que no estuviese oficialmente bajo la custodia de V. sino de su subordinado.... Lo relevante es que fácticamente estaba a su disposición, situación a la que se había llegado solo en virtud del cargo que ostentaba V. del que abusó sin duda alguna" .

El motivo fracasa en sus dos vertientes.

Sexto.

El motivo tercero con anclaje en los arts. 852 LECrim y 24.1 CE (tutela judicial efectiva) entiende que el rechazo de la atenuante de confesión del art. 21.4 CP no está racionalmente justificado. El motivo quinto (art. 849.1.º LECrim por inaplicación indebida del art. 21.4 CP) es complementario de éste. El análisis será conjunto.



www.civil-mercantil.com

La defensa solicitaba tal atenuante ofreciendo esta versión de los hechos: " Remigio Porfirio confesó la infracción a las autoridades, concretamente a sus superiores jerárquicos, el Inspector de servicio con NUM004 y el Mayor con NUM005, aproximadamente dos horas después de la comisión de los hechos (de madrugada, sobre las 02:30h) al primero y por la mañana al segundo, con anterioridad, por tanto, a que existiera procedimiento judicial, mostrando su arrepentimiento por lo sucedido, y posibilitando que no se destruyera una prueba de cargo esencial: la grabación de lo ocurrido. La primera noticia sobre la comisión de los hechos la tuvo el Inspector con NUM004 gracias al reconocimiento de Remigio Porfirio, abriendo aquél la investigación, mientras que la primera noticia que recibió el Mayor con NUM005 la obtuvo del expresado Inspector".

El hecho probado, sin embargo, plasma esta otra secuencia, coincidente en sus datos externos claves con la propuesta de la defensa, aunque no en la valoración de intencionalidades:

" Remigio Porfirio, consciente de que lo sucedido podía ser denunciado y desvelado por alguno de sus compañeros presentes o bien por el perjudicado o por el otro detenido que se encontraba en las dependencias, y sabedor de que la cámara de seguridad existente en las dependencias de detenidos había captado las imágenes de la agresión y estas se guardaban por espacio de veinte días, esa misma noche quedó citado con el inspector de servicio con NUM004 y la mañana siguiente con el Mayor con NUM005, a quienes restando importancia a los hechos relató que a causa de las amenazas de un detenido había perdido los nervios y lanzado varias patadas pero solo para marcarle, haciendo hincapié en que por un error de cálculo, a pesar de que Remigio Porfirio es experto en artes marciales, llegó a impactar contra la cara del detenido e insistiendo en que no se percató en ningún momento de que estuviera esposado al banco. Remigio Porfirio deliberadamente omitió cualquier referencia a que estas acciones habían sido observadas por los otros acusados y la información ofrecida no debió de ser clara y terminante hasta el punto de que sus superiores al comunicar los hechos a la autoridad judicial pusieron de manifiesto la existencia contradictorias (sic) en el seno del foro interno- policial.

Llegado el acto del juicio oral Remigio Porfirio lejos de colaborar en la averiguación de la verdad se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal".

Luego en el fundamento de derecho quinto rechazará la atenuante: "Comenzando por la primera de las atenuantes citadas, es verdad que el oficial número NUM000 tras lo ocurrido se citó con el superior inspector que se encontraba en funciones de servicio la noche los hechos (el NUM004) y le contó que había surgido una incidencia con un detenido y al día siguiente se le hubo narrado también al Mayor que entraba de día (el NUM005), pero para que la atenuante de confesión pueda ser apreciada, en la medida en que el fundamento de esta atenuante es premiar el reconocimiento de los hechos con el objeto de favorecer el descubrimiento y la investigación, es menester que la confesión sea sincera, completa, veraz y mantenida a lo largo de toda la causa .

Y en el presente caso la confesión no fue sincera, completa, ni veraz hasta el punto de que las informaciones suministradas por el acusado no fueron consideradas (sic) suficientes por sus superiores a la hora del esclarecimiento de los hechos ya que al parecer existían contradicciones entre el acusado y otros agentes presentes y de acuerdo con su relato las patadas no habían llegado a alcanzar siquiera el rostro del detenido, pues solo fueron para marcarle llegando a afirmar que en una de ellas llegó a golpear por error de cálculo al detenido,



www.civil-mercantil.com

afirmando que no se dio cuenta de que el lesionado estaba esposado y omitiendo todo comentario o alusión a la presencia de los otros agentes.

Ocurre además que la confesión no sirvió para favorecer la investigación pues el acusado y su defensa en modo alguno han asumido la carga moral que tuvo la agresión al insistir en que no pasó de ser una mera falta, tratándose de una mera pelea entre particulares y llegado el acto del juicio la confesión no fue mantenida pues el acusado se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, desapareciendo el fundamento de esta atenuante, que no es otra que premiar la colaboración con la justicia.

El acusado es verdad que confesó, pero se limitó a reconocer la causación de una simple falta de lesiones, cuando lo que cometió fue, en toda regla, un atentado contra la integridad moral de un detenido que estaba bajo su custodia.

Es verdad que las manifestaciones realizadas por el acusado a sus superiores posibilitó la conservación de la grabación, pero este hallazgo se preveía inevitable desde el momento en que el oficial convino con los otros acusados, consciente de la gravedad de los hechos en que había incurrido y ante la posibilidad de ser denunciado al existir otro testigo presencial detenido en las dependencias e incluso a partir de la declaración de la víctima, en que les notificaría lo ocurrido, aunque esto lo hizo de modo parcial e interesado, hasta el punto de que como hemos comentado sus superiores al dar cuenta de estos hechos a la autoridad judicial y ordenar la preservación de la grabación expresaron que existían contradicciones que debían de ser aclaradas.

En cualquier caso y como hemos dicho la confesión no fue completa (solo referida a una falta de lesiones), ni mantenida a lo largo del procedimiento ya que en el juicio el acusado se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal".

Nuevamente se queja el recurrente de que la Sala no informe sobre las fuentes de conocimiento que le llevan a esas conclusiones. El reproche desconoce que la motivación de una sentencia es contextual. Hay lógicos sobreentendidos. Entre ellos están las máximas de experiencia que permiten deducir intencionalidades de hechos externos.

Además la Sala contó con la declaración de los otros coimputados y en particular de quien recibió la noticia por parte del acusado además de la documentación inicial. Percibir como muy probable que los hechos saldrían a la luz inevitablemente es el primer pensamiento natural de cualquier persona en las circunstancias del acusado (es máxima de experiencia). Ante la certeza de que la escena había sido grabada y la alta probabilidad, de que alguien de los muchos presentes denunciaría el hecho, y que era muy improbable que pudiese mantenerse en la reserva, es congruente deducir esa intencionalidad puramente auto-protectora -de minimización de riesgos-, en el acusado. El relato sesgado y manipulado, que realizará escondiendo los elementos que dan vida al atentado contra la integridad moral confirma esa estimación. Las elucubraciones del recurso sobre la posibilidad de que la grabación se hubiese destruido antes de que la autoridad tuviese conocimiento de los hechos son simple hipótesis. De lo que se trata es de situarnos en la posición del acusado en aquél momento e indagar sus motivaciones a partir de los hechos externos. La Sala ha llegado de forma suficientemente concluyente ponderando diversos factores externos, a la convicción de que fueron esas sus motivaciones en virtud de discordancias nada desdeñables entre sus declaraciones y la secuencia acreditada.

No se trata de que el silencio en el acto del juicio oral frente a las preguntas de la acusación anule la atenuante de confesión. Pero es un dato también valorable su actitud renuente para esclarecer detalles y entre otros permitir que la acusación le interrogase sobre esas motivaciones y sobre los motivos de las patentes discordancias entre su inicial relato y los hechos objetivos que se aprecian en la grabación: se hace muy complicado admitir que solo se quería "marcar" y no golpear. Y fueron dos golpes.



www.civil-mercantil.com

Tiene razón la defensa en que la discrepancia en la calificación jurídica no empaña la confesión de los hechos (de los hechos, que no de las infracciones revestidas de su etiquetaje jurídico penal). Pero no es eso lo que determina la exclusión de la atenuante. Es la motivación: percepción de la inevitabilidad de que se conociesen los hechos y afán de encauzar y controlar los riesgos aceptando tan solo lo innegable; e incluso, algo menos de lo innegable. El acusado en la medida en que lo permitían las circunstancias mantuvo ocultos los datos que alimentan el paso de la simple falta al atentado contra la integridad moral ("solo quiso marcarlo", "desconocía que estaba engrillado"). No es una confesión clara y completa, sino más bien casi una auto exculpación en cuanto al delito.

Complementa este motivo el quinto donde a través del art. 849.1 se reclama ya directamente la atenuante. Queda contestado. Basta adicionar una referencia a la STS 700/2009, de 18 de junio traída a colación por el Fiscal: anudar la atenuación a una confesión incompleta o interesada alejaría la rebaja penológica de su fuente legítimamente.

Estuvo correctamente excluida la atenuante.

Séptimo.

Iguales cauces procesales - arts. 852 y 849.1 LECrim y tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)- sirven al recurrente para protestar por la negativa del Tribunal a considerar como atenuante la reparación del daño (motivos cuarto y sexto) .

La indemnización consignada, por más que se acomodase a la inicialmente solicitada por el Ministerio Público, solo alcanzaba los daños físicos, orillando los morales. Es asumible la argumentación de la Sala. La indemnización venía referida en exclusiva al perjuicio físico y no al moral. Por tanto, solo tendría proyección sobre la falta de lesiones pero no respecto del delito contra la integridad moral.

No es un problema de principio acusatorio. El impugnante pudo haber ofrecido la indemnización desde que se vio inmerso en el procedimiento. Era obvio que la indemnización no podía ceñirse a lo debido por las lesiones. El Fiscal ciertamente erró en su escrito de calificación inicial. Sería distinta nuestra valoración si el acusado hubiese ofrecido una cantidad razonable durante el tiempo de tramitación de la causa. (STS 465/2013, de 29 de mayo); incluso, si se hubiese apresurado en la propia vista al conocer el cambio en las conclusiones del Fiscal (que permitía una suspensión) a ofrecer la cantidad fijada por la acusación comprometiéndose seriamente a su abono. Eso hubiese sido una muestra de la sinceridad de su actitud y de que efectivamente la consignación no obedecía a pura picaresca procesal buscando aprovecharse de la omisión del Fiscal sino a haber confiado en la petición del Fiscal.

La atenuante solo puede alcanzar a los delitos que se ven reparados. El regateo de la indemnización que sigue aleteando en este recurso es poco compatible con la filosofía que inspira la atenuante. Es patente que la cantidad fijada inicialmente se correspondía con las lesiones y no con el daño moral inherente a un atentado contra la integridad moral.

Es significativa por el acentuado paralelismo la citada STS 465/2013, de 29 de mayo . La extensión de la atenuante de reparación al delito de detención ilegal, cuando la cantidad entregada solo alcanzaba los daños por las lesiones causadas se hacía improcedente. La detención ilegal comporta daños morales. Y nótese que tampoco en aquél caso existía petición expresa: " Alega el Ministerio Fiscal que el delito de detención ilegal ataca bienes personalísimos como es la libertad personal que producen un daño moral difícilmente resarcible, pero sobre todo, la cantidad consignada por los recurrentes lo fue en relación a la indemnización solicitada por el Ministerio Fiscal exclusivamente por las lesiones y secuelas, por lo que no cabe extender tal atenuación al delito de detención ilegal.

Procede la estimación del motivo .



www.civil-mercantil.com

Se está en presencia de un concurso real de delitos, los recurrentes fueron condenados por un delito de lesiones --primero cometido-- y un delito de detención ilegal --posterior cronológicamente--. Más aún, en relación al delito de lesiones, también intervinieron los MMEE en los términos ya citados.

Obviamente es indemnizable el daño moral por una detención ilegal pues también este daño merece una compensación en el plano pecuniario, pero lo cierto es que la cantidad consignada por los hermanos Justo Urbano ascendente a 5886 euros representan las cantidades por los daños y perjuicios derivados de las lesiones, como se comprueba con el antecedente cuarto de la sentencia donde se desglosa tal cantidad en 1886 euros por los días de curación y 4000 euros por las secuelas y perjuicios estéticos.

Los condenados alegan que dentro de esos "perjuicios" deben incluirse los derivados de la detención ilegal. Es lo cierto que tal extensión no es admisible, porque no se solicitó indemnización por los perjuicios de la detención ilegal, de suerte que su extensión a tal delito supondría dar una indemnización por concepto no solicitado.

Procede la estimación del motivo y en consecuencia declarar que la atenuante de reparación opera exclusivamente en relación al delito de lesiones, con lo que en el delito de detención ilegal solo concurre la atenuante de confesión, lo que incide en la fijación de la pena que es preciso re-calcularla lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Es asumible la observación -ya tópica- de que no es exigible un móvil altruista o moral en el acto reparador. También la reparación guiada por intereses egoístas (exclusivo propósito de beneficiarse de la atenuación) colma las exigencias legales, establecidas más pensando en la víctima que como premio a una hipotética rehabilitación o al pesar del autor. Es la pronta satisfacción de los intereses de la víctima lo que alienta al legislador; no favorecer o propiciar un arrepentimiento que no exige. Pero es necesario que haya reparación. En el caso de pluralidad de infracciones la atenuante solo se extiende a la infracción reparada. Y si es una infracción que no permite ese tipo de reparación (eso pudo pensar el acusado) no habrá posibilidad de atenuación. Pero lo que no es de recibo es aceptar el argumento de que fue llamado a error. Su actitud anterior y posterior desmiente lo que ya por sí mismo es difícil de admitir.

La atenuante ha de ser apreciada solo para la falta.

Octavo.

Los motivos sexto y séptimo también pueden ser analizados conjuntamente. Aunque gozan de autonomía comparten objetivos. Si el motivo sexto considera insuficiente la motivación desplegada para sustentar la individualización penológica, en el motivo séptimo (apoyado por el Fiscal) se denuncia una infracción legal en relación a esa individualización. En la medida en que acogeremos éste deberemos proceder a la reindividualización en segunda sentencia sin vernos encadenados por el cálculo de la Audiencia Provincial. No obstante habrá que reseñar que la motivación de la Audiencia es correcta en cuanto a su suficiencia, aunque equivocada en cuanto al manejo de las reglas de dosimetría penal donde se ha "colado" una imprecisión.

El deber de motivación de la individualización penológica dimana directamente del art. 72 CP e indirectamente de los arts. 120.3 y 24.1 CE. Se intensifica cuando se han de justificar incrementos de pena. Para imponer el mínimo legal una muy poderosa razón es carecer de motivos para toda elevación. No encontrar, ni exponer en consecuencia, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme potencial jurídico: el favor libertatis. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. En cambio la elevación de la pena exige siempre una justificación, una explicación que garantice que no estamos ante



www.civil-mercantil.com

una decisión voluntarista o arbitraria del Tribunal, sino una opción meditada y apoyada en razones que, podrán compartirse o no, pero que solo si se exteriorizan pueden ser combatidas.

La motivación de la individualización penológica comporta un ámbito de discrecionalidad que el legislador deposita en manos del Tribunal de instancia y que no es fiscalizable en casación. Son revisables las decisiones arbitrarias o las inmotivadas. Las decisiones razonadas y razonables, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables son inatacables. En ese reducto último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro del arco legal la decisión corresponderá a la Audiencia sin que pueda ser suplantada por este Tribunal de casación. El Tribunal decidió imponer el máximo posible dentro del marco legal en atención a la gravedad de los hechos y la condición del autor (es un oficial). No es argumento irrazonable pues permite discriminar frente a los comportamientos omisivos menos graves (art. 176), en principio pese a la parificación normativa.

El arco penológico total es de seis meses a dos años de prisión. La concurrencia de una atenuante -dilaciones indebidas- nos sitúa en la mitad inferior (art. 66.1. CP). El tramo de posible recorrido oscilará entre seis meses; y un año y tres meses de prisión (duración ligeramente superior -cinco días- a la de quince meses que señala el Fiscal). La penalidad de un año y seis meses que ha fijado la Audiencia no es correcta pues sobrepasa el máximo imponible. El error debe llevar a la casación de la sentencia y a dictar otra en la que se individualizará la pena nuevamente.

La pena de inhabilitación especial, sin embargo, está correctamente concretada: tres años. Si la pena puede oscilar entre dos y cuatro años, la mitad inferior comprenderá el tramo que se mueve entre dos y tres años. Como señala el Fiscal, al dividir una pena en dos tramos iguales el punto intermedio será común (STS 692/2013, de 29 de julio : "depende de cómo interpretemos la redacción del art. 70.1.1 .º y 2 CP tras la reforma de 2003. Es dudoso si la recuperación de la unidad día para no solapar los grados de una pena, es o no aplicable también analógicamente a la división bipartita de las penas (formación de la mitad inferior y superior); o ha de prevalecer la interpretación gramatical según la cual las dos mitades deben tener exactamente la misma duración y por tanto habrá muchas veces un día común a ambas mitades. No es baladí que haya desaparecido la regla general de utilización de la analogía que figuraba en el art. 72 CP . Gramaticalmente la mitad es cada una de las dos partes iguales en que se divide un todo...

...No sobra subrayar que confluyen razones para considerar que la mitad superior e inferior de una pena comparten muchas veces un día").

Las razones que aduce la Audiencia para ese quantum son suficientes.

Noveno.

El motivo octavo pide revisar la indemnización acordada por daño moral denunciando aplicación indebida del art. 116 CP por el cauce del art. 849.1 LECrim .

La Sala ha fijado un total de 4000 euros por el daño moral reduciendo la cantidad de 6000 euros reclamada por el Fiscal.

El recurrente indica que al tomar la Sala como referencia la baremación del estrés postraumático estaría estableciendo una indemnización para un daño no producido pues no existió secuela alguna.

No es ese el modo de razonar que se deduce de la lectura de la sentencia. Como explica bien el Fiscal no es que la Audiencia parta de la consideración de una secuela consistente en un estrés postraumático (no diagnosticado ni tampoco plasmado en el hecho



www.civil-mercantil.com

probado) y establezca una indemnización en tal concepto. Es otro el itinerario mental seguido: se constata la necesidad de indemnizar por el daño moral (que no ha de ser probado, más allá de constatar que se deriva del padecimiento aplicando máximas de experiencia) y para cuantificarlo se acude a un concepto del baremo que tiene cierta equivalencia (no están normativamente baremados los daños estrictamente morales). Es razonable esa forma de operar. Ni los 480 euros, ni esa petición de perdón alcanzan a cubrir una razonable compensación por los daños morales.

En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal y resulta inatacable en casación, dónde solo se podrían debatir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de exactitud imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven a través de pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior o ligeramente inferior.

Cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, o se aparta de estándares habituales o comprensibles de manera que parezca fruto de un puro voluntarismo o capricho sí será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007 de 28 de noviembre ya citada.

Aquí la cifra de cuatro mil euros es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía exacta. También serían igualmente razonables 2.500 ó 3.500 ó 6.000 euros. La Sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abandone esos moldes de "razonabilidad". (STS 776/2013, de 16 de julio). No sería razonable en cambio una cuantía de 480 euros para compensar el daño moral.

Sobre este punto la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, expresa lo que, por otra parte, es obvio: " El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el dañoso no genera gastos precisos ".

La jurisprudencia de la Sala Primera, por parte, entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.).

El daño moral, en casos como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (STS 1366/2002, de 22 de julio).

El motivo decae.

B) Recurso de Gumersindo Lorenzo .

Décimo.

Este recurrente supedita su recurso a que no prosperen los restantes, en la medida en que se vería beneficiado por ellos. No obstante, considera que también si fracasan habría que excluir su responsabilidad penal. A tal fin y en dos motivos encabezados con leyendas de cuestionable rigor casacional a la vista de su desarrollo (arts. 849.1 y 2 ; y 852 LECrim en relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia), y que vienen a solaparse y



www.civil-mercantil.com

duplicarse en sus argumentos, se invoca una doctrina extraída de la STS 19/2015, de 22 de enero que reputa aplicable sin matices a su situación. Tras recoger largos fragmentos de la citada resolución, y reprochando la forma en que la Audiencia ha interpretado su pasividad durante la acción del otro acusado, reclama la absolución: no le era exigible un comportamiento distinto y no existe prueba de que consintiese con la agresión que presencié. Habría sido tan sorpresiva, inopinada y rápida, según recoge la sentencia que no habría tenido posibilidad de reaccionar de ninguna forma.

Leemos en la sentencia invocada:

"Se trata del agente de la Guardia Civil que estando de servicio, junto con el anterior recurrente, cabo primero de la G.C., no intervino en los hechos pero los presencié sin hacer nada .

El recurrente fue considerado en la sentencia como autor de un delito del art. 176 Cpenal .

Formaliza su recurso a través de un único motivo por la vía del error iuris del art. 849-1.º LECriminal por indebida aplicación del art. 176 del Cpenal .

El factum, nos dice expresamente que "...por su parte, respecto del acusado Eulalio Miguel (que llevaba no mucho más de un mes ejerciendo sus funciones en el cuerpo) únicamente se ha probado que justo después de llegar con el cabo al lugar donde se hallaba Ceferino Romeo, procedió a cachearle superficialmente, hallando solamente los efectos personales que portaba, tales como las llaves de su domicilio, llaves de su moto y 20 euros en efectivo; dicho acusado no intervino en modo alguno para impedir las acciones anteriormente descritas, que sin embargo pudo presenciar y comprender perfectamente en todo su alcance, ni tampoco consta que manifestara desacuerdo o reparo alguno a su superior....".

El Tribunal sentenciador, justificó la aplicación de dicho tipo penal (art.176 CP) en los siguientes términos --f.jdco. segundo, apartado II, pág. 23--: "...La Sala tiene el convencimiento de que Eulalio Miguel no fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente, al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso y de la distancia con el recto proceder, y esta conciencia le impulsó a formular su propia diligencia de exposición de hechos.

Sin embargo, aunque no pueda ser valorada a efectos ortodoxos con la Teoría General del Delito, ni siquiera la rectificación de la conducta que inició Eulalio Miguel con posterioridad - en dicha diligencia de exposición- suponela llana denuncia de los hechos, sino que omite, dejando además un elocuente espacio en el texto, el suceso grave y principal. Independientemente, decimos por ello, de la consumación previa de la acción o de la omisión en este caso, es inevitable pensar que en cierto sentido, con su silencio no ya en el momento de cometerse el atropello (en caliente, de modo inopinado, con poco más de un mes de ejercicio profesional y frente a un cabo), sino después, de modo reflexivo en la diligencia de los hechos, el agente permitió y siguió permitiendo que despreciables acciones como éstas se perpetren y continúen perpetrándose....".

Como puede observarse, el Tribunal de un lado reconoce una cierta impotencia del recurrente en oponerse a la acción que llevó a cabo el anterior recurrente que, recordemos era cabo primero, y ello por dos razones :

1) Porque el autor del delito del art. 175 Cpenal tenía una graduación superior a la del recurrente, era cabo primero, y el recurrente simple número de la G.C., y

2) Porque llevaba "...no mucho más de un mes ejerciendo sus funciones en el cuerpo....". No obstante el Tribunal sentenciador justificó su condena vía art. 176 Cpenal porque si bien puede serle disculpable su actuación en el momento en el que se estaba



www.civil-mercantil.com

cometiendo el delito contra la integridad moral de Oscar Ruperto, es lo cierto que tampoco estuvo el recurrente al nivel de la actuación que le era exigible como agente de la autoridad ante la comisión de tales hechos en su presencia, cuando, más tarde, ya en el cuartel, y por tanto libre de la tensión ambiental que sin duda sufrió cuando se estaba en la playa, no denunció los hechos que había presenciado y tolerado por la presión a que se vio sometido.

Al respecto, como ya se ha recogido antes, el Tribunal de instancia reconoce que el recurrente omitió el suceso más grave en la propia exposición de hechos que efectuó en el cuartel.

En este control casacional verificamos la exactitud de la afirmación efectuada por el Tribunal sentenciador, pero de ahí no se deriva la comisión del delito por el que ha sido condenado como se razonará seguidamente.

En el atestado incoado por la Guardia Civil --Unidad Orgánica de Policía Judicial-- y que obra a los folios 1 y siguientes de la Instrucción, con motivo de un supuesto delito contra la integridad moral, en la exposición de los hechos se nos dice que del Puesto de la Guardia Civil de Palmanova se informa que en relación a la investigación efectuada en esclarecimiento de los hechos, se habían realizado tres informes :

Un primer informe --folio 34-- efectuado por el cabo primero T.I.P. NUM007 y primer recurrente, a las 11 horas del día 5 de Agosto en el que se decía que encontrándose de servicio dicho cabo y el Guardia Civil T.I.P. NUM008 -

--el actual recurrente-- en la playa de Magaluf, fueron requeridos por varias personas (uno de ellos en calzoncillos) y les dijeron que unos Guardias Civiles de paisano les acusaron de sustraer un bolso y que le golpearon. Que dieron una batida y nada vieron. Que el joven estaba en estado de embriaguez. Dicho informe fue firmado por los dos Guardias Civiles recurrentes.

Un segundo informe --folio 36--, efectuado a las 22'15 horas del 5 de Agosto exclusivamente por el actual recurrente, T.I.P. NUM009 en el que rectifica el anterior informe. Se dice en el informe que estando de servicio en Magaluf se encuentran con un vigilante --el tercer condenado, identificado como Chili --, y que observan a un joven que lleva un objeto en la mano y que iba a enterrarlo, que se trataba de un bolso, que se le acerca el vigilante y escucha al joven que se queja de porqué le había pegado; que el informante efectúa un cacheo superficial y el cabo le ordena al menor que se quite la ropa, y le acompaña a la orilla en unión del vigilante para lo que el informante pensaba iba a ser un cacheo más exhaustivo, que se recoge la ropa del menor y se deja encima de un contenedor y ve como el cabo y el vigilante volvían solos de la orilla. Que el cabo le dio a la persona que se encontraba medio desnuda las explicaciones oportunas, que su actuación había sido correcta y que nadie le había agredido.

Hubo un tercer informe efectuado por otros Guardias Civiles, a las 20 horas del día 6 de Agosto que se encuentra a los folios 38 y siguientes.

Es significativo a los efectos del examen que se está efectuando, referirnos a la declaración en sede policial del recurrente efectuada a las 12'15 horas del día 7 de Octubre --meses después de los hechos--, en donde, en lo que aquí interesa, se dice por el recurrente que:

"...En un momento dado y sin motivo aparente puede observar que el cabo primero y el vigilante de la playa tiraron a dicha persona al suelo, y después le dijeron que se quitara la ropa que iba a ir al agua. Ante tales órdenes la persona se desnuda, quedando en calzoncillos....".



www.civil-mercantil.com

Después de este relato, se dice en la declaración que cuando el cabo primero y el vigilante regresan a donde estaba el declarante oyó que entre ellos decían "...esto se arreglaba así, que era un ladrón....".

Considera esta Sala, que del relato fáctico de la sentencia, del que debemos partir dado el cauce casacional utilizado, y unido a ello de las argumentaciones de la sentencia, profundizando en ellas, debemos llegar a la conclusión ya anunciada de que no le es aplicable el art. 176 Cpenal del que se ha condenado a Eulalio Miguel, no porque carezca de antijuridicidad su silencio, sino porque en las concretas condiciones en las que fue mudo espectador pasivo del atentado no grave contra la integridad moral efectuado por el cabo primero, no puede serle exigible una conducta que incluso pudiera ser cercana al acto heroico, que como es obvio, nunca puede serle exigido a persona alguna bajo la presión de la imposición de una pena. Las circunstancias concretas en las que se produjeron los hechos son las siguientes :

- 1- El recurrente a la sazón tenía 22 años (exactamente menos un día).
- 2- Llevaba poco más de un mes ejerciendo sus funciones de miembro de la Guardia Civil.
- 3- El otro recurrente, Oscar Ruperto, tenía a la sazón tenía 38 años, y además era cabo primero de la G.C., cuestión relevante dada la rígida jerarquización de la Guardia Civil.
- 4- También Federico Santiago, vigilante de la playa era mayor en varios años al recurrente.
- 5- Los hechos ocurren estando los tres, a las dos de la madrugada en la playa de Magaluf, no constando que en las cercanías existiesen más personas.

En esta situación, la propia sentencia, como ya hemos dicho, reconoce que "...no fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso....".

Es de esta situación conflictiva y traumática de la que surge, en opinión de esta Sala, no le era exigible otra actuación en términos jurídicos. Dicho más claramente, se está ante una causa de exculpación en clave individual vana exigibilidad de otra conducta a la vista de las concretas circunstancias particulares a que se ha hecho referencia.

Estimamos, y en ello se coincide con el diagnóstico del Tribunal sentenciador que el recurrente se encontraba en una situación motivacional anormal en la que, a pesar de ser miembro de la Guardia Civil, dada su evidente bisoñez y falta de experiencia, y que el autor material del ilícito penal era su superior jerárquico, no le era exigible por la presión excepcional en que se encontraba demandarle otro comportamiento. Su actuación posterior, ya en el cuartel en base a la cual le condenó el Tribunal de instancia, se produjo en otro escenario y con quebrantamiento de otras normas jurídicas.

En definitiva las circunstancias que determinaron la anormalidad del proceso motivador --por tanto exógena a la persona concernida-- son las que justifican la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta.

Un derecho penal democrático es un derecho a la medida de la mayoría de los ciudadanos, no hay, como ya se ha dicho, una exigencia a la heroicidad. La no exigibilidad de otra conducta excluye la responsabilidad penal, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición. Es una situación límite en la que como tal, se "disculpa" a la persona concernida de la respuesta punitiva, y fue esa situación en la que se encontró el agente Eulalio Miguel .

La propia jurisprudencia de esta Sala no ha sido ajena a esta construcción, precisamente en relación al art. 176 del Cpenal .



www.civil-mercantil.com

La STS 1050/1997 de 18 de Julio de 1997, citada en la sentencia sometida al presente control casacional, consideró que para entender que el sujeto consiente en el verbo nuclear del tipo "...permitiera que otras personas..." es preciso que no tenga inferior rango que el sujeto principal, lo que es de especial significación en un cuerpo militar --a pesar de su nombre-- tan rígidamente jerarquizado como la Guardia Civil.

En el caso de dicha sentencia se trataba de la condena al Instructor y Secretario del atestado que consintieron las torturas infringidas al detenido por otros funcionarios. Se dice en dicha sentencia que el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican la equiparación punitiva prevista en el art. 176 Cpenal.

Ciertamente tal requisito de ser el sujeto del delito del art. 176 Cpenal de igual o superior categoría que el autor material del delito, no es exigido por el tipo penal y por otra parte la anterior sentencia quedó matizada en la posterior sentencia de esta Sala n.º 1809/2002 de 5 de Noviembre. También se trataba de un caso de torturas infringidas en Comisaría a un detenido a presencia de otros agentes de igual rango. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo del f.jdco. sexto:

"...La cuestión que en el presente caso se plantea en sí, con respecto a este acusado, concurren los requisitos que el dicho artículo 176 establece. Alguna resolución jurisprudencial de esta Sala --sentencia de 18 de Julio de 1997-- parece entender que, para poder "permitir", término que el texto legal utiliza, a alguien comisión de torturas es preciso ostentar superioridad jerárquica sobre el torturador. Sin embargo, el texto del artículo 176 del Código Penal no exige esa condición y habrá que atender en cada caso a observar si la conducta concreta ha consistido realmente en una actitud de permisividad respecto a los torturadores activos. Hay que señalar a este respecto que en el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, se define el verbo permitir como "no impedir lo que se debiera y pudiera impedir". Por tanto ha de observarse en este caso si el acusado que ahora recurre debió y pudo impedir lo que en su presencia se estaba realizando....".

"...Y también podía este acusado no permitir a sus compañeros realizar lo que hicieron mediante la simple indicación de su improcedencia y desacuerdo con las normas, actitud que le era posible y pudo haber sido eficaz entre compañeros no relacionados entre ellos jerárquicamente....".

En todo caso no hay que olvidar que la razón de ser de la equiparación de la pena del omitente con la del autor material está pensado, precisamente, en evitar espacios de impunidad en delitos de una gravedad y de muy difícil investigación, singularmente en relación al delito de torturas del que el artículo contra la integridad moral tiene un valor residual.

La situación del cuadro de torturas a que se refieren las dos sentencias, reflejan situaciones cualitativamente distintas del delito del art. 175 Cpenal, y de forma más acusada si tenemos en cuenta las concretas circunstancias del caso enjuiciado.

El art. 176 Cpenal constituye un delito de omisión propia ya que castiga no la mera infracción de un deber genérico, sino la cooperación omisiva en un hecho típico efectuado por otro fundado en la infracción de un deber específico, de ahí que la pena prevista sea la misma que al autor material dada su condición de garante, ya sea superior jerárquico el omitente --lo que será lo más normal--, en el caso de los jefes que consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especial garante dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica, ya, incluso, en el caso de igualdad de categoría entre los autores materiales y los omitentes o desubordinación de los omitentes a los autores materiales, si bien en estos casos



www.civil-mercantil.com

--como ocurre en el supuesto enjuiciado--, hay que analizar si en concreto el omitente se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba, su superior jerárquico.

En el presente caso, estimamos que el recurrente se encontró en una situación tal que no pudo impedir el atentado contra la integridad moralefectuado por su superior. No le era exigible jurídicamente tal deber específico, por lo que no puede ser condenado por tal delito del art. 176 del Cpenal.

La actuación claramente delictiva que cometió el recurrente, y que aparece expresada en la propia sentencia para justificar la condena del recurrente vía art. 176 Cpenal, fue la de no denunciar los hechos, cuando se vio libre de la presión ambiental en la playa, ya en el cuartel, primero firmó un informe, junto con el cabo primero, totalmente inexacto, y después cuando efectuó su propio informe ya referido, en el que, como ya se ha dicho "maquilló" los hechos ocultando la realidad de lo ocurrido, es decir nodenunciando los hechos presenciados. Dicho informe fue redactado por el recurrente a las 22'15 horas del día 5, --los hechos ocurrieron sobre las 5 horas del 5--, y cuando estaba en el cuartel, es en ese momento, cuando cometió el ilícito claramente penal de no denunciar los hechos que presenció respecto del que como agente de la autoridad estaba ineludiblemente obligado. Cometió el delito del art. 408 del Cpenal, relativo a la omisión del deber de perseguir delitos que se impone a la autoridad o funcionario que dejase de promover intencionalmente la persecución de los delitos de que tuviese conocimiento por razón de su cargo. Esa y no otra fue la acción antijurídica cometida por el recurrente.

Ahora bien, los hechos que integran este delito son diferentes de los del art. 176 del Cpenal del que ha sido condenado, y no siendo acusado de tal delito, es claro que esta Sala no puede en esta sede casacional imponerle una condena que vulneraría el principio acusatorio porque los elementos vertebradores de uno y otro delito no son iguales, y en todo caso procedería inexcusablemente la audiencia del recurrente, lo que no es posible en esta sede casacional como es bien sabido".

Hay parecidos y semejanzas en las situaciones pero no son ni simétricas, ni equivalentes. No ya solo por los datos externos que los diferencian (tiempo de servicio, veteranía...), sino sobre todo por la actitud interna sustancialmente distinta que se aprecia entre ambos sujetos. En un caso, sensación de impotencia y falta de reacción por la incapacidad interna de oponerse; en el otro, indiferencia e indolencia. En un caso resignación; en el otro, displicencia. Aquél caso estaba disculpado por el principio general de no exigibilidad; en este no hay base para excluir la reacción penal.

Los datos externos desde los que la Audiencia arriba a ese entendimiento del elemento subjetivo están suficientemente fundados: la actitud que revela el visionado de la grabación de absoluta pasividad arroja un dato elocuente. Podría argüirse que no hubo tiempo para reaccionar: pero es que ni siquiera se aprecia el más mínimo gesto o amago. Si la agresión no prosiguió fue por decisión de su protagonista que consideró suficiente el escarmiento y desahogo, no porque tropezase con ademán alguno de reproche o impedimento por parte de alguno de los presentes. No puede entenderse que esa pasividad era solo reflejo de su obligación de permanecer inmóvil custodiando al detenido: ¿qué tipo de custodia es esa que obliga a no inmutarse ante anomalías de este tenor?

Undécimo.

Hay que combinar estas percepciones con el episodio anterior que tuvo que ser presenciado por el recurrente y en que otro agente golpeó al detenido. No hay óbice procesal alguno para dar por probados esos hechos a los solos efectos perjudiciales. Que existiese un



www.civil-mercantil.com

auto de sobreseimiento provisional por no haberse identificado al autor no comporta que esos hechos no puedan evaluarse como ha hecho correctamente la Audiencia. Ese incidente inmediatamente anterior obligaba al recurrente a cierto estado de alerta y prevención. Y tampoco hubo reacción alguna: es ello base su suficiente para inferir racionalmente un sentimiento de no oposición, de permisión hacia ese tipo de conductas que justifica la aplicación del art. 176 CP .

Recordemos con la ya citada STS 205/2016 los rasgos que caracterizan la conducta nuclear del art. 176: permitir .

Tras recoger una panorámica de los precedentes jurisprudenciales sobre tal cuestión se concluye así:

"Volvamos al asunto que nos ocupa. De las dos opciones interpretativas presentes en los precedentes reseñados hemos de optar por lo que es la postura más reciente (abandonada ya la sostenida por las SSTS 294/2003, de 16 de abril ó 601/2013, de 11 de julio y por otra parte más acorde con la filosofía del precepto y sus antecedentes y vicisitudes legales: no es necesaria una relación jerárquica que sitúe al responsable del art. 176 por encima del autor directo del art. 174. Eso llevaría a convertir casi en superflua la previsión pues el superior siempre sería copartícipe del delito del art. 174. El legislador ha querido ensanchar con el art. 176 las conductas sancionables equiparando ex lege, por expresa disposición legal, la omisión a la acción. Serían menos las omisiones sancionables si se dejase jugar a los genéricos preceptos de la participación (arts. 28 y ss CP) y la fórmula general de la comisión por omisión (art. 11 CP). El art. 176 recoge conductas omisivas que no quedarían abarcadas por los dos artículos que le preceden ni siquiera en combinación con los arts. 11 y 28 y ss. CP .

El principio interpretativo de vigencia (un precepto debe tener algún específico ámbito de aplicación: un entendimiento que lo convierte en superfluo debe ceder ante otros que le otorgan sentido) invita a inclinarnos por la otra acepción del vocablo permitir: no impedir; y sus sinónimos (tolerar, no estorbar ni imposibilitar, permitir algo que no se tiene por lícito, aunque sin aprobarlo expresamente, dejar hacer: no es necesario aprobar, basta con tolerar). No es indispensable una aprobación interna o externa, o un asentimiento o refrendo. Basta con ser consciente de que se está desarrollando una conducta encajable en el art. 174 y, teniendo la cualidad pública de que habla el art. 176, no hacer deliberadamente nada por impedirla, aunque internamente pueda incluso reprobarse. Cosa distinta en que en determinadas circunstancias la falta de asentimiento unida a la incapacidad para una oposición eficaz pueda desembocar en una exención por falta de exigibilidad como contempla unos del reciente precedente jurisprudencial analizado (STS 19/2015).

Esta interpretación guarda armonía con el deber reforzado que se quiere imponer a todo miembro de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para impedir este tipo de conductas que el legislador está empeñado en erradicar. Por ello no es incoherente la asimilación penológica que se hace, lo que no obsta a diferenciaciones a través del art. 66 CP, como -se puede anunciar ya- haremos en este caso. La equiparación tiene sentido desde un prisma de política criminal. El deber de quien está integrado en alguna de las fuerzas y cuerpos de seguridad está intensificado y por eso no puede su conducta quedar relegada a la tipicidad genérica del art. 450 CP " .

Los razonamientos vertidos para justificar la penalidad son suficientes. También en ese extremo las peticiones del recurrente son inatendibles.

El recurso ha de ser desestimado pues la conducta encaja en el art. 176 así interpretado.

C) Recurso de Romualdo Narciso .



www.civil-mercantil.com

Duodécimo.

El primer motivo de este recurso invocando la presunción de inocencia así como los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 852 LECrim y 24 CE), argumenta que ninguna prueba justifica que se le atribuya la condición de superior de Remigio Porfirio .

La cuestión es irrelevante a los fines de la subsunción jurídica, como se deduce de la jurisprudencia expuesta. Puede prescindirse de tal elemento sin que se tambaleen en nada las conclusiones jurídicas de la sentencia.

Por otra parte, protesta por el hecho de que el juicio de faltas incoado fuese transformado de oficio a procedimiento abreviado. Supondría ello una modificación no consentida de una resolución judicial firme, la que había declarado falta los hechos.

La providencia de 21 de marzo de 2012 que declaró falta los hechos carecía de firmeza como explica la sentencia de la Audiencia en argumentación que reitera el Fiscal en su extenso y muy bien trabado dictamen:

a) La providencia no había sido comunicada a las partes, por lo que no había ganado firmeza.

b) Era una providencia y no un auto. Carece de fuerza de cosa juzgada. Las providencias, por otra parte, son reponibles de oficio según proclamación expresa del art. 141 LECrim .

c) Estaba abierta en todo caso la reconversión del juicio de faltas en diligencias previas (folios 150, 152, 166 y ss y 174 y 175).

Décimo tercero.

El art. 849.1.º LECrim proporciona base casacional al recurrente para discutir sobre la adecuada subsunción jurídico penal, pero lo hace traicionando los moldes de ese precepto pues indirectamente viene a cuestionar el hecho probado en abierta contradicción con la prescripción del art. 884.4.º reflejo de lo que ya viene enunciado en el art. 849.1 (dados los hechos que se declaren probados).

Podemos remitirnos a fundamentos anteriores para sostener que la total pasividad y actitud de complacencia de este recurrente según describe el factum colman cumplidamente las exigencias típicas del art. 176 CP . Ninguna reacción ante la agresión que presencié imperturbable. Si ante la primera patada eso pudiera explicarse por su aparición inopinada, tal disculpa se desmorona frente a los siguientes golpes. Su tácita connivencia queda corroborada sin margen alguno de duda por su acción de apartar la cámara para evitar que se perpetuase la escena que contemplaba mediante su grabación. ¡Tuvo capacidad y tiempo para hacer eso, pero no de abortar la agresión! La explicación que ofrece el recurrente de ese movimiento de la cámara no se compadece bien con la lógica. Por eso no ha merecido crédito al Tribunal.

El motivo no es estimable.

Décimo cuarto.

A través del art. 849.2 LECrim . se discrepa de la valoración realizada por la Audiencia a partir del visionado de la grabación.

Aunque pudiéramos convenir que una grabación videográfica en determinadas condiciones puede constituir el documento aludido en el art. 849.2 LECrim, en este caso de ella



www.civil-mercantil.com

no se deriva lo que pretende concluir el recurrente: que no hubo nuevas agresiones. Falta literosuficiencia. A lo más el argumento serviría a los fines de un motivo por presunción de inocencia: el art. 849.2 exige acreditar hechos y no introducir dudas. De la observación de la grabación no se deriva inequívocamente que no hubiese nueva agresión. El recurrente pone en duda que sea correcta la interpretación que de la grabación hace la Audiencia pero no introduce hechos positivos que puedan considerarse probados a partir de esa grabación: se desenfoca el sentido del art. 849.2 LECrim

El cuarto motivo de este recurrente (art. 851.1) no es formalizado con autonomía. No contiene una argumentación diferenciada que permita contestación. No se atisba contradicción alguna en el hecho probado, ni falta de claridad, ni predeterminación.

Los motivos son desestimables.

D) Recurso de Bartolome Ismael .

Décimo quinto.

Buscando la tutela del derecho a la presunción de inocencia el primer motivo de este recurso considera que no es posible declarar probado que el recurrente permaneció impasible mientras un agente, no enjuiciado, golpeaba al detenido.

No es tal el problema que el recurrente quiere detectar. No se podría nunca condenar a tal agente no enjuiciado por tal hecho probado: ni le puede afectar, ni vincula al Tribunal que pueda venir llamado a enjuiciarle que deberá resolver con arreglo a las pruebas y alegaciones que se efectúen en el proceso dirigido contra él. No existe eficacia prejudicial positiva o eficacia positiva de la cosa juzgada en el proceso penal.

Pero eso no impide que a efectos prejudiciales tenga que decidirse sobre estos hechos en este proceso como ha de decidirse sobre la existencia de un robo cuando se juzga la receptación posterior; o sobre el previo delito contra la salud pública cuando se enjuicia un blanqueo de capitales; o sobre unos hechos en que han intervenido varios cuando uno de los actores está rebelde.

Considera que se ha lesionado el principio acusatorio y, en definitiva, aunque no se mencione expresamente en la leyenda que encabeza el motivo, su derecho a ser informado de la acusación: porque la acusación introdujo en el escrito de calificación definitiva tales hechos no recogidos en la provisional. En opinión del recurrente esa modificación de conclusiones no está autorizada legalmente.

La inclusión en conclusiones definitivas de esos hechos no mermó el derecho de defensa. Era legítima desde el punto de vista tanto constitucional como procesal.

El razonamiento minusvalora el significado de la calificación definitiva, imponiendo unos límites a su alterabilidad que no derivan de la ley. Lo trascendente a efectos de principio acusatorio es lo que se imputa en el momento de la calificación definitiva. La sentencia ha de dar respuesta a las conclusiones definitivas y no a las provisionales. Aquéllas constituyen el instrumento real de la acusación.

La acusación estaba habilitada para la modificación de conclusiones que efectuó.

Las acusaciones en el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa ("los hechos punibles que resulten del sumario" art. 650 LECrim) pueden extender, con ciertos límites, la acusación a hechos distintos pero conectados. No sería posible más que con ciertas condiciones más estrictas la introducción de unos hechos nuevos ajenos a la fase de investigación. Pero si se trata de hechos investigados, objeto del proceso y no excluidos del mismo, no hay obstáculo para alteraciones de esa índole. Cosa diferente y complementaria es que ante esa novación o mutación de la pretensión, la defensa pueda activar el mecanismo que el legislador pone en sus manos para evitar toda indefensión: puede solicitar la suspensión



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

para plantear alguna prueba que no hubiese articulado pues se presentaba como innecesaria ante la acusación inicial pero se hace conveniente ante la definitiva; o para disponer del tiempo necesario para preparar la contestación a esa imputación. Hacer uso o no de esa posibilidad entra dentro de las facultades de la defensa. El art. 788.4 LECrim contempla también implícitamente las modificaciones fácticas que pueden ser relevantes. En eso concuerda la doctrina.

Las conclusiones provisionales -como razona de manera expresa y prolija la sentencia- pueden ser modificadas tras la práctica de la prueba (art.788.3 LECrim). En principio, las partes gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones las alteraciones que estimen convenientes. Tratándose de las partes activas han de fijarse algunos límites . No caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral. La rectificación que aquí se denuncia no representa en absoluto un cambio sustancial de la pretensión.

Tiene relevancia más probatoria que propiamente fáctica: no parecen ampliar el hecho por el que se acusaba, sino aportar un elemento fáctico que refuerza la tesis de la acusación sobre el tipo subjetivo del art. 176 CP . No se les condena por esos hechos anteriores. Se valoran y traen a colación para ponderar la actitud de permisión en el segundo episodio.

La STC 33/2003, de 13 de febrero enseña que "si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo). Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria" (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECri). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva



www.civil-mercantil.com

calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica".

Nótese como esta sentencia habla también de "hechos nuevos".

En la STS de 5 de diciembre de 2005 puede leerse "...carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 LECrim, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SSTS de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, entre las más recientes, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión - S. de esta Sala de 6 de abril de 1.995 - suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 793.7 LECrim, que concede al Juez o Tribunal, "cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena", la facultad de "conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes"».

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos afirmaciones semejantes (STC 20/1987 de 19 de febrero, STC 40/2004, de 22 de marzo).

Esos criterios relativamente amplios en lo relativo a la capacidad de modificar la conclusiones por parte de las acusaciones quedan compensados por la facultad de la defensa, reiteradamente aludida en muchos de los pronunciamientos citados, que reconoce el art. 788.4 LECrim . La eventual afectación del derecho de defensa se evita con esa posibilidad de suspensión que las partes expresamente rehusaron.

En una segunda vertiente el primer motivo incide en el argumento basado en la previa declaración de los hechos como falta que ya ha sido contestado al hilo del anterior recurso contestación que hay que dar aquí por reproducida.

El motivo es rechazable.

Décimo sexto.

El art. 849.1.º LECrim sirve de plataforma para impugnar la condena por el delito del art. 176 CP con una argumentación que evoca temas ya tratados:

www.civil-mercantil.com

a) El art. 176 CP según la más reciente jurisprudencia no exige relación de superioridad del agresor frente al agente que lo permite.

b) Que el inicio de la agresión fuese inopinado es compatible con la condena por el delito del art. 176. La previa indiferencia frente a una agresión anterior y la absoluta falta de reacción frente a esta segunda, sostienen la convicción de la sala de esa voluntad permisiva. No se le condena por no reprochar su conducta al superior; sino por permitirlo lo que, entre otras cosas, infiere la Sala de esa ausencia de un reproche posterior.

El motivo decae.

Décimo séptimo.

El penúltimo motivo de este recurso guardando el paralelismo con el anterior esgrime la grabación para un argumento que canaliza por la vía del art. 849.2.º LECrim . Merece igual contestación: no se ajusta ese esquema a la arquitectura del art. 849.2. El argumento tiene cabida, y allí debiera haber sido reconducido, en un motivo por presunción de inocencia, pero no en un motivo por error facti.

Décimo octavo.

El motivo final de este recurso es similar al cuarto de Romualdo Narciso y comparte con él la falta de fundamento. No hay contradicción gramatical o interna en el hecho probado y el motivo ha de ser repelido.

Décimo noveno.

Al haber sido estimado parcialmente procede declarar de oficio las costas del recurso de Remigio Porfirio . Los otros recurrentes deberán cargar con sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1- DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Remigio Porfirio, contra la Sentencia de fecha 7 de julio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que condenó a los recurrentes como autores responsables de un atentado no grave contra la integridad moral, por estimación de los motivos primero y séptimo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

2.º- DECLARAR NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Gumersindo Lorenzo, Romualdo Narciso y Bartolome Ismael contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en sus recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García



www.civil-mercantil.com

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García
1819/2015
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
Fallo: 24/05/2016
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N.º: 715/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

Presidente.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Tres de Palma, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), y que fue seguida por delitos de lesiones y contra la integridad moral contra Remigio Porfirio, Romualdo Narciso, Gumersindo Lorenzo y Bartolome Ismael, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se da por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia con la única salvedad de indicar que no está acreditado que el dolor mandibular sufrido por Severino Guillermo fuese fruto de los golpes propinados por Remigio Porfirio .



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia excepto en el particular relativo a la concreción de la pena privativa de libertad impuesta a Remigio Porfirio que habrá de fijarse en un año y tres meses de prisión por las razones expresadas en la anterior sentencia. Que se trate de un mando del cuerpo policial, y que sea el agente agresor lo que merece una valoración más grave que la de los otros intervinientes (art. 176 CP) invita a acudir a ese nivel máximo dentro de la mitad inferior del marco penológico total.

Segundo.

- No existiendo lesiones los golpes deben ser valorados como una falta del art. 617.2 CP vigente en el momento de los hechos, corrigiéndose en ese punto la sentencia de instancia. No es necesario adaptar la penalidad a tal nueva tipificación a la vista del antiguo art. 638 CP a cuya disciplina no se atuvo la Audiencia. Sí que debería reducirse la indemnización base de la atenuante de reparación y procedente aunque no obedezca a unas lesiones concretas.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido:

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia ha de reducirse la duración de la pena privativa de libertad impuesta a Remigio Porfirio a UN AÑO y TRES MESES (en lugar de 1 año y 6 meses) por el delito contra la integridad moral por el que fue condenado.

Igualmente, se sustituye la condena por la falta de lesiones del art. 617.1 por una condena por falta de maltrato de obra del art. 617.2, aunque manteniéndose la pena de multa de 10 días con una cuota de 6 euros y la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas; y reduciéndose asimismo la cifra de 480 euros fijada como indemnización a 100 euros.

En todo lo no afectado por estos pronunciamientos quedan ratificados los de la sentencia de la Audiencia .

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

PUBLICACIÓN - Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, 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,



www.civil-mercantil.com

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.