EL DELITO DE TORTURAS

EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER CONSTITUITUR

INDICE

EL DELITO DE TORTURAS
EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. EVOLUCION HISTÓRICA.

1. **INTRODUCCIÓN.**
2. **DERECHO ROMANO.**
   - a. **ANTECEDENTES.**
   - b. **EL CODIGO HERMOGENIANO.**
   - c. **CODEX THEODOSIANUS.**
3. **EDAD MEDIA.**
   - a. **EL BREVIARIO DE ALARICO.**
   - b. **EL LIBER IUDICIORUM.**
   - c. **EL DERECHO CASTELLANO.**
   - d. **EL ESPECULO.**
   - e. **LAS LEYES DE ESTILO.**
   - f. **LAS PARTIDAS.**
4. **EDAD MODERNA.**
5. **LA CODIFICACIÓN.**

II. INTRODUCCIÓN. TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

1. **REGULACIÓN.**
2. **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.**
3. **EL DELITO DE TORTURA.**
4. **DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL.**

III. EL TIPO PENAL DE TORTURA.

IV. ELEMENTOS OBJETIVOS.

V. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

VI. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

VII. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

VIII. CULPABILIDAD.

IX. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

X. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.

XI. LÍMITES A LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

XII. CONCURSOS.

XIII. EL DELITO DE TRATOS DEGRADANTES COMETIDO POR FUNCIONARIO.

XIV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL: LA INVESTIGACIÓN Y CASTIGO DE LOS RESPONSABLES.

XV. DERECHO INTERNACIONAL.

XVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2001.**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE ABRIL DE 2001.**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 2001.**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 2001.**
5. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2001.**
6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2001.**
7. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 2001.**
8. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 2001.**
9. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE OCTUBRE DE 2002.**
10. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE 2002.**
11. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2002.**
12. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2002.**
13. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2002.**

14. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2003.**
15. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2003.**
16. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2003.**
17. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2003.**
18. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2003.**
19. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2003.**
20. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2003.**
21. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003.**
22. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2004.**
23. **SENTENCIA DEL TRIBUNLLA SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2004.**
24. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2004.**

XVII. BILIOGRAFIA.

RESUMEN

La Tortura se define, junto con el trato degradante y los tratos inhumanos, como nociones graduadas de una misma escala, que entrañan padecimientos físicos y psíquicos, ilícitos de modo vejatorio y con la intención de doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral.

Se pueden distinguir los siguientes elementos: 1. Material: acción que inflige sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. 2. Sujeto activo: funcionario que abusa de la situación de sometimiento de la víctima. 3. Teleológico: finalidad de obtener confesión o información, o castigar a persona que ha cometido o se sospeche que ha cometido algún delito.

PALABRAS CLAVES

Acto vejatorio, trato inhumano, padecimiento físico o psiquico, degradante, humillante, integridad física, integridad moral, doblegar la voluntad, dignidad, lesión, sentimientos de terror, angustia e inferioridad.

EL DELITO DE TORTURAS
EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. EVOLUCION HISTÓRICA

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la tortura fue conocida y parcialmente regulada tanto en el Derecho Romano como por más antiguos ordenamientos, fue en la Baja Edad Media cuando se generaliza el uso de la tortura como pieza básica y consustancial del sistema procesal penal. Su generalización como medio de prueba significó, en un principio, un paso cuantitativo en cuanto vino a sustituir como medio de prueba a los ritos mágicos ordálicos, que consistían en invocar y en interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados y formales de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado.

La tortura fue sustituyendo a la ordalía en el Occidente medieval a partir de la recepción del derecho romano que se produjo durante la llamada revolución del siglo XII. La Iglesia fue la primera en introducir su uso durante los papados de Alejandro III (1159-1181) e Inocencio III (1198-1216), aunque su regulación definitiva no se produjo hasta la bula Ad extirpanda promulgada en 1252 por el papa Inocencio IV. En el derecho común fueron las comunas italianas las que empezaron a utilizar y a regular la tortura como medio de prueba en el proceso penal (el mos italicus) y luego se extendió por las diferentes monarquías, al mismo tiempo que se difundía el estudio del derecho romano en las Universidades. Entre 1263 y 1286 apareció en Bolonia una obra anónima y sin título que sería conocida como Tractatus de tormentis, el primer estudio sobre la

tortura, al que siguieron otros muchos hasta finales del siglo XVI, como la Praxis et theoricae criminalis de Farinaccio (1588).

La tortura introducía una mayor racionalidad que la ordalía respecto del método de prueba pues, como afirma Tomás y Valiente, "parece más cercana a la verdad material la autocondena, esto es, la confesión de culpa, que la condena en virtud de ritos mágicos". La tortura mantenía una analogía evidente con el sacramento de la penitencia pues en ambos casos la imposición del castigo se basaba exclusivamente en la autoinculpación, aunque manteniendo una diferencia fundamental: en la penitencia la confesión es libre y en la tortura es arrancada mediante la coacción. En este sentido la tortura se aproximaba a la ordalía, como ya destacaron los pensadores ilustrados. Beccaria afirmó que la diferencia entre la tortura y la ordalía "es sólo aparente y no real. Hay tan poca libertad ahora para decir la verdad entre espasmos y desgarros, como la había entonces para impedir sin fraude los efectos del fuego y del agua hirviente". Gaetano Filangieri escribió: "Si se considera la tortura como criterio de verdad, se encontrará algo tan falaz, algo tan absurdo, como lo eran los Juicios de Dios".

Tomás y Valiente, tras destacar la irracionalidad de ambos métodos de prueba y que la tortura es tan injusta y puede ser más cruel que la ordalía, afirma que la tortura "como procedimiento para averiguar la verdad, aunque ciertamente falle en muchos casos y pese a que provocará con toda seguridad más confesiones que confesiones veraces, es innegable que resulta más eficaz que cualquier rito mágico ordálico. Sobre todo teniendo en cuenta que su eficacia opera en un doble sentido: como medio para descubrir la verdad, y como instrumento para intimidar al torturado y a quienes se sienten potencialmente en su lugar. Si no fuera eficaz la tortura en su doble efecto inquisitivo e intimidativo… no habría pervivido durante siglos ni habría resurgido en el nuestro [siglo XX]".

Reino de Aragón.

En el Reino de Aragón no existió la tortura, ya que fue prohibida en 1325 por la Declaratio Privilegii generalis aprobada por el rey Jaime II en las Cortes de Aragón reunidas en Zaragoza, con la única excepción del delito de falsificación de moneda siempre que fuera cometido por «personas estranyas del reyno de Aragón, o vagagundos del rengno, que algunos bienes en el regno no ayan, o en hombre de vil condición de vida o de fama, y no en otros algunos». Como destacó el jurista Miguel de Molino en 1513: «Et ista est una de magnibus libertatibus Aragoniae».

La prohibición fue realmente efectiva gracias al derecho que poseían los aragoneses denominado "Manifestación de personas", anterior al Habeas Corpus del derecho inglés al que se asemeja, y que perseguía, según el jurista del siglo XVIII Juan Francisco La Ripa, l«ibrar a la persona detenida en sus cárceles [en las de los jueces reales] de la opresión que padeciese con tortura o [de] alguna prisión inmoderada». El derecho consistía en que el Justicia de Aragón podía ordenar a un juez o a cualquier otra autoridad que le entregara —«manifestara»— a una persona detenida con el fin de que no se cometiera ninguna violencia contra ella antes de dictarse la sentencia, y sólo tras dictarse ésta y haberse cerciorado de que la misma no estaba viciada, el Justicia devolvía al reo para que cumpliera su castigo. El juez u otra autoridad que se negaran a manifestar al preso incurrrían en contrafuero. De esta forma se evitaba que el reo fuera torturado.

Principado de Cataluña.

En el Principado de Cataluña la tortura no estaba prohibida pero la práctica judicial restringía su uso. En 1603 el gran jurista catalán Luis de Peguera publicó Practica criminalis obra en la que defendió la limitación en el uso de la tortura y en todo caso su interpretación del modo más beneficioso para el reo. Así decía que la tortura sólo debía aplicarse cuando no había otros medios de prueba, y cuando sobre el reo había sólidos indicios de culpabilidad. Cuando el reo no confesaba o no ratificaba su

confesión al día siguiente de ser torturado, hasta tres veces, debía ser absuelto, no pudiendo ser apresado de nuevo por el mismo delito aunque hubieran aparecido nuevas evidencias contra él. Además si el reo apelaba contra la tortura ésta debía ser suspendida hasta que se resolviera la misma.

Reino de Valencia.

En los Furs de Jaume I de 1240 hay un apartado De quaestionibus que se ocupa del tema. Un jurista valenciano sintetizó en 1580 su contenido: "De los tormentos. Sea puesto en tormento aquel que sea acusado de crimen, contra el que hay tales indicios y señales, que mostrarán presunciones que causan sospecha, para que se sepa la verdad del crimen del que será acusado, sino fuera persona honrada, a estimación de la Corte y prohombres. Y no sea atormentado el menor de dieciocho años. Ni puede ser atormentado esclavo contra su señor, ni liberto contra el patrón, ni el hijo contra el padre o madre; ni el padre o la madre contra el hijo; ni el hermano contra su hermano, sino fuera por crimen de lesa majestad, herejía o por falsificador de moneda. Ni puede ser atormentado hombre libre por hechos civiles, si no variaba su testimonio, o respondiera mal o de forma dudosa. Y el Gobernador no atormente a ningún habitante de Valencia, si no lo procesa y emite sentencia, bajo pena de dos mil florines, aplicados al Rey, y la desgracia del Rey".

Las Cortes del Reino de Valencia aprobaron en 1564 un Fur en el que se estableció que un reo acusado de un delito no debía prestar juramento antes de ser interrogado para evitar los frecuentes perjurios que se producían en tales casos (debía ser interrogado lisament e sense precehir jurament). Si el acusado rehusaba contestar o respondía con evasivas no se le aplicaba la tortura que se le amonestaba y si a la tercera vez no respondía o seguía contestando con evasivas se le declararía culpable (era la llamada ficta confessio).

Mucha mayor trascendencia tuvo el Fur aprobado por las Cortes valencianas en 1585 según el cual si un reo no confesaba al ser torturado debía ser declarado inocente. Según Francisco Tomás y Valiente este Fur "es de una capital importancia, ya que convirtió al sistema legal valenciano en uno de los más benignos de su tiempo", hasta entonces, como en otros lugares, el reo que no confesaba (reo negativo) era condenado, aunque a una pena menor pero arbitraria. La consecuencia fue que a partir de entonces el uso de la tortura se redujo en el Reino de Valencia. A ello también contribuyó, según el jurista valenciano Lorenzo Mateu y Sanz, partidario del uso de la tortura, que otro Fur, también de 1585, estableciera dos únicos métodos de tortura, según él poco dolorosos: el llamado lo guant del Emperador y el de corda y pedres, colgar al reo con los brazos atados a la espalda y una piedra sujeta a los pies-. Sin embargo, las Cortes de Valencia tuvieron que volver a insistir en 1624 en que estos eran los dos únicos métodos de tortura permitidos, lo que parece indicar que el Fur de 1585 no fue acatado sin más por los jueces.

No obstante los jueces valencianos aplicaban con frecuencia la tortura a los reos condenados a muerte para que confesaran otros delitos o para que delataran a sus cómplices. Como ya habían sido condenados no se les aplicaba el Fur de 1585. Se denominaba tanquam cadaver, "aludiendo a que el condenado a muerte se puede considerar que ya es cadáver antes de ser torturado, en el sentido de que precisamente por existir ya contra él una sentencia condenatoria y definitiva, los efectos purgativos de la tortura sufrida en silencio no le aprovechan; no se trata ya de averiguar o comprobar su culpa, y por consiguiente la tortura sin confesión no purga los indicios o las pruebas incompletas, puesto que la culpabilidad de este reo ya está demostrada", afirma Tomás y Valiente, quien concluye: "Se trataba de una forma de tortura completamente extralegal, praeter legem"

Corona de Castilla.

Como ha señalado Francisco Tomás y Valiente, "el Derecho real castellano es el que más amplia, más dura y más arbitrariamente (en el sentido de mayor margen de decisión confiado al arbitrio del tribunal) admitió la tortura". Tomás y Valiente pone como ejemplo que en la Corona de Castilla cuando el reo torturado no confesaba ("reo negativo") no era puesto en libertad como ocurría en Cataluña y en el Reino de Valencia, sino que se le imponía una pena menor a la correspondiente al delito del que se le acusaba, y en algunos supuestos incluso la misma. "Con lo cual el efecto probatorio desencadenado por la tortura no era bilateral, sino desigual; se admite de plano si el reo confiesa su culpa (y luego ratifica la confesión), pero es casi inoperante, al menos en determinados casos, si el reo no confiesa", concluye Tomás y Valiente. La razón de la mayor dureza del derecho castellano respecto a la tortura estriba, según este historiador del derecho, en que en la Corona de Castilla se impuso el absolutismo real y no hubo una "constitución" que limitara los poderes del rey, como sí la hubo en cada uno de los estados de la Corona de Aragón, como resultado de la doctrina pactista en las relaciones entre rey y reino que en ellos prevaleció.

El jurista valenciano Luis Mateo y Sanz justificaba así el uso indiscriminado y arbitrario que se hacía de la tortura en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte del Consejo de Castilla, del que él era miembro, en una fecha tan tardía como 1670: “Si amamos la vida tranquila, siempre habremos de considerar favorable a ella todo lo que proceda de los Príncipes y de sus Magistrados encaminado al recto gobierno de la República; y comoquiera que a la Corte afluyen hombres de todos los reinos de la Monarquía, como ríos a la mar, la mayor parte de los cuales suelen ser los desechos de su Patria, es necesario tomar precauciones con medidas especiales para que la Corte se vea limpia de aquellos malos hombres; lo cual no puede lograrse sino por el miedo a la pena y por el horror al rapidísimo castigo. […] Y así también la imposición de tortura con base en la instrucción sumaria [esto es, con base en indicios no definitivamente comprobados, y no comunicados al reo, que de este modo no sabía ni siquiera por qué se le atormentaba] en

sólo tres o cuatro casos de delitos muy atroces, ha evitado durante diez años muchas atrocidades”.

En el reino de Castilla todo un título de las Partidas (el 30 de la Partida VII) está dedicado a la tortura. Por su parte los juristas castellanos abordaron extensamente el tema de la tortura pero se limitaron a reproducir las conclusiones de otros tratadistas europeos. La excepción la constituyen Jerónimo Castillo de Bovadilla, que publica Política hacia 1597, y, sobre todo, Antonio Quevedo y Hoyos, que en 1632 publicó De indicios y tormentos.

En la Corona de Castilla, según Tomás y Valiente, "el tormento era una prueba del proceso penal, subsidiaria y reiterable, destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiera ciertos indicios; o dirigida, a veces, a obtener la acusación del reo contra sus cómplices, o también a forzar las declaraciones de los testigos". En teoría era un medio de prueba subsidiario para indagar la verdad (ad eruendam veritatem) pero como la finalidad real de la tortura era obtener la confesión del reo —considerada la prueba perfecta de la culpabilidad después de la cual no había que proceder a ulteriores averiguaciones— se abusaba de ella. "Así, el hecho de que los jueces insistieran al reo en el acto del suplicio para que dijera la verdad cuando éste se declaraba inocente; para el juez la verdad no podía ser otra que la confesión. De ahí también la escasa atención que los autores [castellanos] dedican a estudiar los efectos jurídicos derivados del silencio del reo".

La tortura sólo se aplicaba al reo sobre el que había indicios de culpabilidad —se necesitaba que al menos un testigo de buena fama que lo atestiguara— pero quedaba al arbitrio del juez la apreciación de que había presunciones o sospechas ciertas sobre el detenido para poder someterlo a tormento. También se aplicaba el tormento al reo condenado para que delatase a sus cómplices (tormento in caput aliena o tormento en

cabeza ajena), a pesar de que la ley no lo permitía expresamente, y también a los testigos en el caso de que se contradijeran o pretendieran ocultar la verdad.

Los nobles y las personas constituidas en dignidad (doctores, consejeros del rey, regidores municipales…) no podían ser torturados, así como los menores de catorce años y las mujeres embarazadas. Aunque la Partida no lo contemplaba, en la práctica también se incluía entre los exentos a los ancianos, aunque eran los jueces los que determinaban en cada caso a partir de qué edad se consideraba a una persona vieja. Y también solían incluir a los jueces, los abogados y los militares. Sin embargo, las exenciones no tenían validez si el delito del que se acusaba al reo era el de lesa majestad. Los jueces en ocasiones no tenían en cuenta estas exenciones como lo demuestran las quejas expuestas varias veces por las Cortes de Castilla sobre los hidalgos y caballeros que habían sido torturados por delitos que no eran el de lesa majestad.

Según la ley, el reo podía apelar una sentencia del tormento, pero como observó un jurista hacia 1570, «suelen algunos jueces no pronunciar públicamente la sentencia del tormento para que el reo no pueda apellar [sic]… Y ansi, por evitar la apellatio y puesto ya el reo en el potro del tormento y comenzándole a atar y ligar con las cuerdas, suelen en aquel instante pronunciar la sentencia del tormento y prontamente darle el dicho tormento». Las Cortes de Castilla protestaron en 1598 en contra de esta práctica ilegal pero ésta se mantuvo a pesar de ser combatida por las altas instancias judiciales.

La ejecución del tormento tenía que estar dirigida por el juez, sin que pudiera delegar en otra persona. Le acompañaba el verdugo y un escribano obligado a tomar nota de todo lo que se dijese o sucediera en el proceso, reproduciendo a menudo los lamentos e imprecaciones del torturado. En cuanto a las preguntas debían ser indirectas y no sugestivas, por no «darle carrera para decir mentira». La intensidad y duración del

tormento quedaban a arbitrio del juez, no derivándose ninguna responsabilidad si el reo moría o sufría lesiones graves si lo aplicaba debidamente.

Si el reo confesaba en el tormento debía ratificar la confesión al día siguiente. Si no lo hacía podía ser vuelto a torturar hasta tres veces, tal como establecían las Partidas. Si no confesaba nunca ("reo negativo") el juez de todas formas podía condenarlo, aunque a una pena menor y diferente que la del delito, porque generalmente antes de aplicarle el tormento hacía constar que cualquiera que fuese el resultado del mismo «quedaban en su vigor y fuerça las probanças, indicios y presunciones que de los autos resultan».

Los métodos de tortura establecidos en las Partidas eran dos: el de azotes, que se aplicó más como pena corporal que como tortura, y el "tormento de la garrucha", colgar al reo por los brazos y colocarle pesos en la espalda y en las piernas, que se reservaba para los delitos muy graves. Para el resto de delitos se utilizaba el tormento del fuego, que consistía en untar las plantas del pie del reo con grasa y acercarlas a la llama; el tormento del agua, echar agua por la nariz tapándole la boca, y el tormento de la toca, consistente en «meter al reo una toca por el gaznate… y con ella para que entre en el cuerpo, le echan algunos cuartillos de agua»; el tormento del ladrillo, que estribaba en colgar al reo con los brazos hacia atrás colocándole los pies sobre un ladrillo durante un día, pasado el cual «se le daba fuego en el dicho ladrillo algo encendido al dicho Fulano por las plantas de los pies»; el sueño italiano, en el que el reo era metido en un ataúd vertical cuyas paredes estaban revestidas con clavos puntiagudos, por lo que no podía moverse ni dormir, pues de lo contrario se le clavaban en la carne; el tormento de las tablillas, que consistía en colocar las puntas de los dedos de las manos y de los pies del reo en los estrechísimos agujeros de cuatro tablillas cuadradas, y a continuación se colocaban una cuñas en cada uno que eran golpeadas con un martillo aprisionando así los dedos entre la cuña y las paredes de cada agujero, produciéndose «tan penetrativo dolor…, que raras veces los jueces acaban de apretar las cuñas porque algunos desmayan, y otros confiesan luego el delito». El procedimiento más utilizado era el de cordeles o garrotes, que se ponían sobre los brazos y los muslos del reo y se iban dando

vueltas a las cuerdas a medida que el reo se negaba a contestar a las preguntas del juez; a veces se rociaban con agua durante el suplicio para hacer más profundas las heridas ya que las cuerdas eran de esparto y encogían.

Además de estos métodos de tortura probablemente se emplearon otros, como denunciaron las Cortes de Castilla de 1592-1598 que se lamentaban de que los jueces habían introducido «nuevos géneros de tormentos exquisitos y que por ser tan crueles y extraordinarios nunca jamás los imaginó la ley» y pedían al rey que se limitasen a cumplir la ley, «pues mucho más justo es que el juez, rindiendo su entendimiento a la ley yerre por ella, que no que procure acertar por su parecer, porque no puede haber buen gobierno en la república cuando la ley está sujeta a la voluntad del juez, sino cuando el juez ejecuta puntualmente lo que manda la ley».

La Inquisición.

Según Joseph Pérez, "como todos los tribunales del Antiguo Régimen, la Inquisición torturaba a los prisioneros para hacerlos confesar, pero mucho menos que los otros, y no por un sentimiento humanitario, porque le repugnara utilizar estos métodos, sino simplemente porque le parecía un procedimiento erróneo y poco eficaz. Quaestiones sunt fallaces et inefficaces, escribía Eymerich en su Manual de inquisidores". Pérez cita este pasaje del libro del inquisidor medieval catalán; “El tormento no es un medio seguro de conocer la verdad. Hay hombres débiles que, al primer dolor, confiesan incluso los crímenes que no han cometido; en cambio hay otros, más fuertes y obstinados, que soportan los mayores tormentos”.

Según la Instrucciones del inquisidor general Fernando de Valdés Salas los inquisidores tienen que asistir a la sesión de tortura, obligación de la que les habían eximido las Instrucciones de Torquemada. Junto a ellos estarán presentes únicamente, el escribano forense y el verdugo. Los nobles y el clero no están exentos como en la

justicia ordinaria. El privilegio que las leyes otorgan a las personas nobles de no poder ser procesadas en las otras causas no ha lugar en materia de herejía, se dice en el Manual de los inquisidores, y como con el resto de acusados, la decisión de torturar la debía tomar el tribunal al completo, y después de que un médico haya diagnosticado que el reo soportará la prueba. Las instrucciones prohíben que en las sesiones de tortura se mutile al acusado o se derrame sangre.

Los procedimientos de tortura más empleados por la Inquisición fueron tres: la «garrucha», la «toca» y el «potro». El tormento de la garrucha consistía en colgar al reo del techo con una polea por medio de una cuerda atada a las muñecas y con pesos atados a los tobillos, ir izándolo lentamente y soltar de repente, con lo cual brazos y piernas sufrían violentos tirones y en ocasiones se dislocaban. La toca, también llamada «tortura del agua», consistía en atar al prisionero a una escalera inclinada con la cabeza más baja que los pies e introducir una toca o un paño en la boca a la víctima, y obligarla a ingerir agua vertida desde un jarro para que tuviera la impresión de que se ahogaba, en una misma sesión se podían administrar hasta ocho cántaros de agua. En el potro el prisionero tenía las muñecas y los tobillos atados con cuerdas que se iban retorciendo progresivamente por medio de una palanca.

El escribano que estaba presente en la sesión de tortura recogía todos los detalles y "anotaba cada palabra y cada gesto, dando con ello una impresionante y macabra prueba de los sufrimientos de las víctimas de la Inquisición”.

Siglo XVIII.

Las críticas al uso de la tortura se remontan a Quintiliano y a San Agustín y en los siglos XVI y XVII fueron formuladas por pensadores y escritores como Luis Vives, Montaigne, Jean de la Bruyère o Pierre Bayle, y también por algunos juristas, pero la mayoría de estos últimos, aunque admitían sus "defectos", la consideraban un medio

«eficacísimo» para «descubrir los delinquentes y saber lo cierto de sus delitos», como escribió el jurista castellano Quevedo y Hoyos en 1632. Este mismo jurista reconocía que «la averiguación y probanza» por medio del tormento era «frágil, peligrosa y falaz» ya que los delincuentes que eran capaces de resistirlo se libraban del castigo y los inocentes «tímidos de sus dolores» confesaban crímenes que no habían cometido y levantaban «falsos testimonios», «pero como la experiencia ha mostrado la utilidad y importancia de este remedio en averiguar y descubrir los maleficios, tiénese por menos inconveniente que suceda algunas veces atormentar y aun castigar al inocente, que no el que cese, pues con perjuicio de pocos por él se evitan tantos daños con tanto provecho de la república, como vemos cada día».

Sin embargo, hasta que en la segunda mitad del siglo XVIII se cuestionó todo el sistema procesal-legal del que la tortura era una pieza esencial, las críticas contra ésta no surtieron ningún efecto, fue el caso de Benito Feijóo que criticó el tormento aduciendo su falibilidad ya que su resultado dependía de la flaqueza o valor del reo, y cuyas palabras no obtuvieron ningún eco. Ahí radica la importancia de la obra De los delitos y las penas publicada en 1764 en la que su autor Cesare Beccaria propone la reforma del sistema penal y procesal, lo que conlleva la abolición de la tortura.

El razonamiento de Beccaria comienza por considerar el tormento como una pena, en cuanto que es un padecimiento físico, por lo que como las penas sólo se aplican a los condenados, no es lícito imponerla a una persona que aún no ha sido declarada culpable. A continuación afirma que la tortura no deja al reo en libertad para declarar ya que, salvo unos pocos que sean capaces de aguantar el dolor, la mayoría se declarará culpable para que acabe el suplicio. Asimismo es antinatural obligar a una persona a convertirse en acusador de sí mismo y además en la tortura se coloca al inocente en peor situación que al culpable, ya que el primero habrá sufrido una pena indebida (el tormento), mientras el segundo, si consigue resistir el dolor puede librarse de la pena.

La influencia de la obra de Beccaria entre los juristas españoles ilustrados fue enorme, pero éstos no consiguieron vencer la resistencia de los que seguían defendiendo la validez de la tortura. En este sentido fue significativa la polémica que mantuvieron el jurista Alfonso María de Acevedo que publicó en 1770 Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento y el canónigo sevillano Pedro de Castro que le respondió con su Defensa de la tortura, obra publicada en 1778 y que contó con la aprobación del Colegio de Abogados de Madrid. En apoyo de la tesis de Acevedo favorable a la abolición de la tortura se manifestaron los reputados juristas ilustrados Juan Pablo Forner, Juan Meléndez Valdés y Gaspar Melchor de Jovellanos, y especialmente Manuel de Lardizábal y Uribe y Juan Sempere y Guarinos. Lardizábal en su refutación de la obra del canónigo Castro reprodujo los argumentos de Beccaria y afirmó que la tortura "«se usa hoy muy pocas veces en los Tribunales; y no estamos ya, gracias a Dios, en tiempo de que se aprecie tan poco la vida del hombre que aunque muera del tormento o se le destroce un brazo u otro miembro del cuerpo no se haga aprecio de ello»

2. DERECHO ROMANO

a. ANTECEDENTES.

Dentro del Derecho Romano la tortura judicial también sufrió una radical transformación que fuerza a distinguir netamente dos periodos: antes y después del Principado. No coincide esta división con la cronología más usual de los romanistas diseñada preferentemente para las instituciones de derecho privado; la tortura judicial está más ligada en su evolución a los diversos estadios del poder político y su transformación tuvo lugar antes que la del resto del derecho adelantándose a la época clásica. En el primitivo derecho republicano solo el esclavo era torturable, hasta la

compilación justinianea donde ni los senadores escapan a la tortura en el "crimen maiestatis".

Aparece regulada principalmente en el Digesto, 48, 18 (De quaestionibus), en el Código de Justiniano, 9, 41 (De quaestionibus) y en las Sentencias de Paulo, V, 14 (De quaestionibus habendis), V, 15 (De testibus) y V, 16 (De servorum quaestionibus). También aparece en diversas constituciones imperiales, recogidas en el Código Teodosiano.

b. EL CODIGO HERMOGENIANO

El Código Hermogeniano fue una compliación jurídica publicada en tiempos del emperador Diocleciano.

El número siempre creciente de Constituciones Imperiales, que se tiende siempre a considerar fuente de Derecho, la dificultad de conocerlas, el favor de que, en la práctica, gozaban, especialmente de los rescriptos, hicieron sentir la necesidad de colecciones que las recogiesen para el uso de la práctica y de la enseñanza, especialmente cuando viene a menos la Iurisprudencia (jurisprudencia, como labor creativa de los juristas) que, a partir del siglo II d. C., las recogía y elaboraba en sus propias obras. A esta exigencia se empezó a proveer ya en torno a finales del siglo III d. C. (alguna tentativa es más antigua como los XX libri de Constitutiones de Papirio Justo) por iniciativa privada; solo más tarde, con Teodosio II, tal competencia pasará al Estado. A la iniciativa privada son debidos el Codex Gregorianus, el más antiguo y el Codex Hermogenianus.

El Código Hermogeniano (291-323 d. C.) es una recopilación de leyes de carácter privado. Los compiladores extrajeron sus materiales de los archivos imperiales. El Codex Hermogenianus fue compilado en Oriente por Hermogeniano (de ahí su nombre) a identificar posiblemente con el contemporáneo jurista Hermogeniano, autor de los Libri sex iuris epitomarum, usados en el Digesto por Justiniano.

Al igual que el Código Gregoriano del cual, el Hermogeniano se cree como un mero complemento, es un trabajo privado, pero quizás un carácter oficioso no es totalmente excluible.

Contenido del Código.

Diocleciano-Valentiniano I.

El Código Hermogeniano comprendía, en cuanto se puede suponer por los materiales conservados en las diversas fuentes (mismas que sirven para la reconstrucción de Gregoriano), constituciones que van desde Diocleciano (291 d. C.) a Valentiniano I (365 d. C.), no en serie continua, sino en grupos interrumpidos por lagunas.

Diocleciano, rescriptos 293 d. C.-294 d. C.

El grupo más conspicuo de constituciones seguramente provenientes del Hermogeniano viene dado por los rescriptios dioclecianos del 293 d. C.-294 d. C., copiosísimo también en el Código de Justiniano, donde son, además distintos algunos concretos en la inscriptio, mientras son bastante escasas las constitutiones de los años siguientes.

Núcleo: Diocleciano, rescriptos 293 d. C.-294 d. C.

Se ha pensado además que el núcleo originario del código comprendía solamente las constituciones dioclecianas del 293 d. C.-294 d. C., y que las de los años posteriores fueron igualmente añadidas; no es, por lo tanto, conjetura excesivamente atrevida, pensar que el compilador tomase directamente las constituciones de los

archivos imperiales y que se limitase a disponer en orden sistemático los rescriptos de aquel bienio.

Rescriptos de Valentiniano I no incluidos.

Es seguro que los rescriptos occidentales de Valentiniano I, contenidos en la Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti, son una tardía agregación hecha en Occidente, porque ninguna otra fuente los conoce, especialmente las orientales.

Constituciones de Constantino: No incluidas.

Se puede añadir que las constituciones de Constantino están recogidas precisamente en el Código Theodosiano, señal de que ninguno de los códigos precedentes debía contenerlas.

Ediciones.

Sobre la base de una noticia, por otra parte poco segura, del poeta cristiano Sedulio, del siglo V d. C., se ha pensado en sucesivas ediciones del Código Hermogeniano por parte del compilador: pero más probablemente se trata de esporádicas añadiduras hechas por privados poseedores, como para el Gregoriano.

Estructura.

Libro único. El Código Hermogeniano debió de ser concebido como un complemento del Gregoriano, al que siempre se ha unido; quizás a esto es debida su característica de no estar dividido en libros, sino de comprender un solo libro, también más amplio de lo ordinario, dividido en numerosos títulos, ordenados bajo las mismas Rúbricas del Gregoriano, dentro de los que las constituciones (que se conservan inscriptio y subscriptio) se seguían en orden cronológico.

Número. Las constituciones debían ser bastante numerosas; el título 69 debía contener, al menos, 120 constituciones.

Sistemática. En cuanto al orden sistemático, dado el carácter aludido, es verosímil que el Código Hermogeniano se modelase según el Gregoriano.

Vigencia.

Theodosio II (quizá no exactamente) le confirió, junto al Gregoriano, valor oficial; Justiniano publicando su Código, quitó todo valor al Hermogeniano, pero se había servido mucho del mismo para la Compilación del propio Código, sea como fuente rica en materiales (con el Gregoriano es la única fuente para el período anterior al 312cD).

Vigencia oficial. En sentido oficial, el Código Hermogeniano estuvo en vigor desde el 439 d. C. hasta el 528 d. C.

Vigencia real. En sentido real, el Código Hermogeniano estuvo vigente desde el 295 d. C. hasta incluso más allá de publicado el Código de Justiniano (528 d. C.)

Eficacia.

El Código Hermogeniano (al igual que el Gregoriano) contenía prevalentemente rescriptos y tales rescriptos, tratándose de una colección privada, conservaban la eficacia que tenían sin adquirir el carácter de norma general.

Substancialmente, el Código Hermogeniano puede parangonarse exactamente con las colecciones de responsa de los juristas, en las cuales, notoriamente, se inspira, siendo redactado según el mismo plan sistemático.

c. CODEX THEODOSIANUS

El Código Teodosiano (Codex Theodosianus) es una compilación de las leyes vigentes en el Derecho Romano durante el Bajo Imperio. Este cuerpo legal era de carácter oficial ya que fue elaborado por iniciativa del Estado, más concretamente del Emperador que era el único legislador. Su redacción fue iniciada en 429 por orden de Teodosio II, bajo la dirección del Prefecto del Pretorio, Antíoco y promulgada en la parte oriental del imperio en 438 por el mismo Teodosio II. Un año después se promulgó en Occidente por orden del emperador Valentiniano III. Se estructura en 16 libros divididos en títulos dentro de los cuales aparecen las Constituciones Imperiales en orden cronológico. Los cinco primeros libros se refieren al derecho privado; el sexto, séptimo y octavo, al administrativo; el noveno al derecho penal; el décimo y undécimo al derecho fiscal; del duodécimo al decimoquinto, tratan del derecho comunal; y finalmente el decimosexto y último está dedicado al derecho canónico.

El Código está redactado en latín, la lengua oficial del Imperio. En su contenido predomina el derecho público sobre el privado y también aparecen normas orientadas a imponer la ortodoxia religiosa frente a las herejías, en especial la arriana profesada por muchos de los jefes bárbaros; por eso entre sus leyes el código contiene 65 decretos dirigidos contra los herejes.

El Código no tuvo una gran aplicación, particularmente en Oriente, y el Derecho romano fue reorganizado en el Corpus Iuris Civilis promulgado en época de Justiniano I. Fue publicado el 15 de febrero del año 438 d. C, y entró en vigor el 1 de enero del año siguiente. En el Imperio de Oriente, tuvo vigencia hasta Justiniano con la publicación del Codex Vetus, lo derogó el 17 de abril del 529 d. C. Sin embargo en Occidente, o en Italia frenó el paso a la introducción del derecho de Justiniano y en otros países de Europa Occidental duró mucho más, constituyó el núcleo principal de las leyes romanas de los Bárbaros.

Reconocía plena validez a las Constituciones recogidas en el Código Hermogeniano, sino también de aquellas obras de la jurisprudencia que no estuvieran en oposición con las Constitutiones. Se trata de un código intermedio entre el Hermogeniano y el Gregoriano, es incompleto tanto para fines científicos como para prácticos, pero sin embargo fue idóneo para satisfacer con la ayuda de ambos códigos y obras de jurisprudencia clásica las necesidades de los tribunales. Tiene algunos defectos como que el orden cronológico en los títulos no es perfectamente cronológico, hay muchas Constitutiones excluidas mientras que otras insignificantes fueron incluidas.

No menos de 21 constituciones imperiales de los años 312 al 423, recogidas en este cuerpo legal y distribuidas en 15 títulos diversos mencionan o reglamentan la tortura que por lo demás se supone ya existente y practicada normalmente en los procesos criminales.

La tortura de los esclavos usual ya en la Roma republicana se desenvolvía por cauces tan usuales que solo una única constitución se ocupa de ella para especificar que en las acusaciones de adulterio puede el marido interrogar por medio del tormento no solo a sus siervos sino también a los de su esposa con tal que estos estuvieren en la casa en el momento en que se supone cometido el adulterio. El mismo derecho se concede indistintamente a cada uno de los esposos en el caso de que uno de ellos haya atentado contra la vida del otro.

Las veinte leyes restantes se refieren a la tortura de los hombres libres o ciudadanos que introducida por los emperadores del siglo I fue circunscrita en los siglos II y III a los delitos más graves.

Ciertas inmunidades fueron otorgadas a los "honestiores", senadores y demas "clarissimi", "eminentissimi", "perfectissimi", decuriones, caballeros y soldados; pero de estas inmunidades fueron exceptuados total o parcialmente algunos delitos como el "crimen maiestatis", la magia, la falsificación de documento y la moneda falsa.

La tensión provocada entre]as mencionadas inmunidades y los casos "exceptos" aparece claramente reflejada si se ordena cronológicamente las Constituciones imperiales del Codex Theodosidnus referentes a la tortura judicial.

La inmunidad de los "eminentissimi" y "perfectissimi" y de sus descendientes hasta la tercera generación, así como la de los decuriones y sus hijos había quedado establecida sin limitaciones el año 290. El Codex Theodosianus no recogerá a partir del 314 la reacción imperial que recuerda ese mismo año como a los acusados del "crimen maiestatis" no les Libra de la tortura ningún privilegio y por lo tanto los acusadores deberán sufrir el mismo tormento si no llegan a probar su acusación. Los decuriones verán en 316 suprimido cualquier privilegio que les libere de la tortura cuando sean acusados de falsificación de documento público en el ejercicio de su fe notarial. El año 321 otra constitución insiste en la tortura de los falsificadores de moneda sin mencionar ninguna excepción: ". . . facti conscios per tormenta ilico prodituri". Por si pudiera existir alguna duda el año 334 se especifica que ningún privilegio frente a la "quaestio" alcanza a los funcionarios inferiores o "numerarii"' lo que vuelve a reiterarse el año 365 al mismo tiempo que se les cambia el nombre de "numerarii" por "tabularii"; y sometidos a la tortura judicial continuaran en la legislación teodosiana como to confirma otra constitución del año 423.

Siguen todavía las constituciones restrictivas de la inmunidad y el 358 se añade la magia a los crímenes a cuya investigación por la tortura no puede oponerse ningún privilegio, y eso aunque se trate de funcionarios del propio pretorio imperial. No podía faltar la reacción de los privilegiados que veían cada día reducidas sus inmunidades

aunque no pertenece a este movimiento de defensa la constitución del año 359 que reprime el empleo abusivo de penas corporales contra los decuriones de parte de algunos jueces, ya que en ella no se altera el orden legal anterior. La reacción es natural comenzara por los más poderosos: el orden senatorial, que el año 362 veía de nuevo garantizada su incolumidad hasta que el acusado convicto hubiese reconocido su crimen.

El año 369 una constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano trata de establecer una regulación de conjunto en esta materia. Los privilegiados tanto por razón de sangre, de oficio público o de milicia no serán torturables sin previa consulta al emperador, pero se exceptúan dos delitos: el “crimen maiestatis”. y la falsificación de la firma imperial en los que los acusados todos sin excepción podrán en el curso de la investigación ser sometidos al tormento, porque " . . . maiestatis causa, in qua sola omnibus aequa condicio est". En la misma línea se coloca otra constitución de los mismos emperadores fechada el 376, que só1o admite los "tormenta" en el caso de los decuriones si estos son reos, cómplices o conspiradores en el "crimen maiestatis".

El orden senatorial no podía resignarse a verse rebajado al mismo nivel que los decuriones y a que se afirmase que en la "maiestatis causa. . . omnibus aequa conditio est"; y el año 377 alcanzara una constitución de Valente, Graciano y Valentiniano en la que se afirma sin restricciones: "Severam indagationem per tormenta quaerendi a senatorio nomine submovemus".

Los presbíteros también alcanzaron el año 385 un privilegio, aunque reducido, frente a la tortura judicial. Al ser llamados como testigos no serán forzados a dar su testimonio bajo los tormentos pero este privilegio no se extiende a los clérigos inferiores a los presbíteros, según su orden o grado, que testigos en un proceso podían ser atormentados conforme a]as leyes comunes. A través de este privilegio se descubre otro

de los aspectos de la tortura judicial romana que no solo alcanzaba al reo, sino también a los mismos testigos cuando pertenecían a los "humiliores". Ese mismo aspecto de la tortura de los testigos aparece también reflejado en otra constitución teodosiana.

Una inmunidad de las aflicciones corporales en favor de las personas que "principalitatis sunt honore munitae" de alcance un tanto impreciso "ad inferendas iniurias corporales" aparece promulgada finalmente el año 399". Todavía se ocupa el código teodosiano de un aspecto formal que debía preceder a la tortura judicial, y que habría de hacer fortuna en la legislación del Liber Judiciorum: la "inscriptio". Toda acusación grave según ley del 383 debía siempre ir precedida por la "incriptio", por la que el acusador se comprometía a sufrir la pena pretendida para el acusado, caso de no llegar a probar la acusación.

Para pedir el tormento de los esclavos ajenos acusados debía comprometerse en la "inscriptio" a indemnizar al dueño con todos sus bienes o con la perdida de la propia cabeza caso de resultar inocentes los esclavos atormentados; sobre la necesidad absoluta de la "inscriptio" para iniciar la persecución del reo volverá a insistir otra constitución del año 423.

También regula el Codex Theodostanus la investigación de los naufragios por medio de la tortura de los marineros prescrita para la mitad de ellos según constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano promulgada entre los años 372-375. El ano 380 se autoriza al "praefectus annonae" a reducir a dos o tres el numero de los marineros que debían sufrir el tormento en la averiguación de las causas del naufragio.

3. EDAD MEDIA

a. EL BREVIARIO DE ALARICO

El Breviario de Alarico (o Lex Romana Visigothorum) es un cuerpo legal visigodo, en el cual se recoge el Derecho romano vigente en el reino visigodo de Tolosa, que fue elaborado durante el reinado de Alarico II (484–507 d. C.), siendo promulgado el 2 de febrero de 506 en Aduris (actual Aire-sur-l'Adour, en la región de Burdeos, Francia). También es denominado Breviarium Alarici, Breviarium Alaricianum, Código de Alarico, Breviario de Aniano, Lex Romana Visigothorum y Liber Legum.

Constituye fundamentalmente una obra recopilatoria de Derecho romano postclásico y vulgar, considerada la más importante realizada en un reino germánico. Por ello, y en atención a su forma de elaboración e influencia posterior, ha sido calificada, guardando las debidas proporciones, como el equivalente occidental del Corpus Iuris Civilis de Justiniano.

El breviario de Alarico es un texto de carácter práctico, basado en el derecho romano vulgar, y en su elaboración intervinieron numerosos juristas eclesiásticos y nobles. El Breviario contiene esencialmente normas de Derecho privado, puesto que las de Derecho público no tenían vigencia y aplicación práctica, tras la caída del Imperio romano. Al ser el Breviario de Alarico una compilación casi ciento por ciento de Derecho romano vulgar, se ha planteado la hipótesis de que con la promulgación de esta obra, el rey Alarico II pretendió atraer a la población romana y católica, en un momento particularmente difícil para la estabilidad del reino visigodo, como lo fue la víspera del avance del pueblo franco sobre la Aquitania goda. Este texto legal se habría concedido con una finalidad política ocasional. Mucho se ha discutido sobre si el Breviario de

Alarico era sólo aplicable a la población romana del reino godo o si su ámbito de vigencia se extendía también a los germanos. Habiendo sido unánime esta opinión hasta el siglo XVIII, los estudiosos, en gran parte por influjo de Savigny, pasaron a sostener comúnmente la teoría de la «personalidad», o de la vigencia simultánea de un Derecho romano para galos e hispanorromanos (Breviario de Alarico) junto a un Derecho «germánico» para los visigodos (Código de Eurico).

Hasta el renacimiento jurídico de Bolonia, el Breviario de Alarico fue tenido en Europa occidental como el auténtico Derecho romano, y su influencia sobrevivió en mucho al reino visigodo. Uno de los posibles objetivos del Breviario pudo haber sido la adhesión de la población galo-romana, presentándoles una legislación muy cercana a la suya al eliminar las costumbres germánicas (rescatadas en el Código de Eurico). Esto debido a que el avance del pueblo franco los amenazaba, y necesitaban el apoyo de los galo-romanos (que eran mayoría en las Galias). En contraste con este avance hacia el Sur, el pueblo visigodo empieza a sufrir de manos de francos y borgoñeses la pérdida de territorio y con esta presión del Norte pierden todas las Galias, razón por la que los visigodos para poder sobrevivir se extendieron por la Península Ibérica. Alarico II habría comprendido que la población no visigótica de las Galias, es decir, galorromana por origen y católica por religión, se inclina hacia la anexión al reino franco (pueblo germánico y católico), y trata de atraérsela ofreciéndole una buena compilación de Derecho romano, por el que tal población se regía.

A este fin de propaganda romanizaste hay que añadir otro de carácter técnico: aclarar el Derecho romano, suprimir de él textos inútiles y eliminar ambigüedades, ya que Alarico II está al tanto que el ordenamiento jurídico de los galos es obsoleto e ineficaz.

El Breviario de Alarico está redactado en latín y consta de cinco partes o secciones: las dos primeras contienen leges y las tres últimas iura; es preciso destacar

que tales fuentes no están refundidas sistemáticamente, sino que conservan en buena parte su autonomía. Además, el texto posee un commonitorium o advertencia del rey Alarico y una refrendación o suscripción oficial.

Las dos secciones de leges incluyen constituciones imperiales tomadas del Código Teodosiano (Codex Theodosianus), prácticamente una sexta parte de él, y de novelas post-teodosianas (novellae post-teodosianae), es decir, dictadas con posterioridad a dicho código, por los emperadores Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Mayoriano y Severo, entre 438 y 463.

Las tres secciones de iura contienen, parcialmente, el Liber Gai ('Epítome de Gayo', un epítome de las Instituciones de Gayo), una buena cantidad de textos provenientes de las Pauli Sententiae ('Sentencias de Paulo'), fragmentos del Libri responsorum o Responsa de Papiniano y constituciones imperiales tomadas de los Códigos Gregoriano (Codex Gregorianus) y Hermogeniano (Codex Hermogenianus) (esta últimas, aunque eran técnicamente leges, por proceder de tales códigos, que eran obras privadas o particulares, se incluyeron esta parte del Breviario).

El Breviario de Alarico va a dar cabida a nueve de las veintiuna leyes teodosianas referentes a la tortura judicial; en esta selección habrá sin duda un criterio y una nueva regulación según que se insista más en las inmunidades de los "honestiores" o en los crímenes a los que no alcanza ningún privilegio. Según el sistema de normas legales teodosianas recogidas en el Breviario no aparece ninguna inmunidad de la tortura judicial en favor de acusados "honestiores"; únicamente se ordena a los jueces guarden cierta diferencia con los miembros de la curia municipal, pero afirmándose expresamente que están sometidos a la tortura en las causas que se les sigan por falsificación de documento público; con mayor razón serán torturables los funcionarios inferiores y subalternos que han ayudado a los magistrados en la administración de la provincia.

La "quaestio" de los siervos de ambos cónyuges en las acusaciones de adulterio y de intento de asesinato de cualquiera de ellos se mantiene, así como la tortura de los testigos reflejada a través de la prohibición del desistimiento aun de mutuo acuerdo si los testigos han sido ya atormentados y del privilegio otorgado en favor de los presbíteros no de los clérigos inferiores, que sean llamados a declarar como testigos, apartando de ellos toda "quaestio" dolorosa.

Se recogen también las dos leyes relativas a la necesidad de la "inscriptio" previa a cualquier acusación, reforzadas por otra tercera cuya "Interpretatio" recalca y remacha la necesidad de la "inscriptio" . ". . .sed ipse qui crimen intendit praesens per se accuset inscriptione praemisa. Indices autem puniendi . . . si innocentenn nisi praemissa incriptione subdendum crediderint quaestioni", aunque la ley correspondiente no menciona directamente la "inscriptio".

El sistema normativo del Breviario es un sistema simplificado que refleja el ultimo estadio de evolución del instituto acercándose más a las ultimas constituciones recogidas en el Código Theodosiano que a las de los primeros emperadores cristianos, un sistema que omite las leyes de menos aplicación en España, como las relativas a las inmunidades senatoriales, e insiste en las más usuales, como las referentes a los curiales. Su tendencia por cuanto se refiere a la tortura judicial es más bien vulgarizadora que innovadora. En el Breviario la regulación jurídica de la tortura no se limita a las constituciones teodosianas. Serán las Sententiae Pauli las que regularan esta institución todavía con mayor detalle. En primer lugar, según Paulo, la tortura no se aplica en las causas civiles o pecuniarias, con excepción de las que versan sobre cuestiones de herencia; la tortura queda, pues, limitada a las causas criminales y hereditarias.

En las causas en las que se puede hacer use de los tormentos no debe el juez comenzar por estos, sino por otros argumentos y medios de prueba, y solo cuando el reo aparezca cubierto por la sospecha se podrá pasar a la tortura, interrogándole acerca de sus propios crímenes y de los posibles cómplices. Si son varios los reos torturables, debe comenzarse por el más tímido o más joven de quien se espera obtener la confesión más fácilmente. Pero se advierte que si alguien ha confesado ya su propio delito, no debe atormentarsele sobre los nombres de sus cómplices, no sea que, desesperado ya por la suerte que le espera, pretenda arrastrar consigo a otros inocentes. Todavía recordara Paulo que las mujeres, mientras dura la gestación, no solo no pueden ser condenadas, pero tampoco torturadas; ha de esperarse hasta después del parto. Finalmente, según otra sentencia del mismo autor, en el "crimen maiestatis" no vale ningún privilegio frente a la tortura.

La apelación, en otro tiempo al pueblo romano, cuando escribe Paulo, al Cesar, suspende el procedimiento criminal, incluso la tortura; pero esta apelación no es posible en una serie de casos que enumera.

Ademas de estas disposiciones relativas a la tortura de los hombres libres, todavía hay entre las "Sententiae" de Paulo recogidas en el Breviario, otras 17 referentes exclusivamente a los esclavos. Un grupo compacto lo constituye el título séptimo "Ad senatus consultum Silanianum" del Libro tercero, cuyas nueve primeras sentencias hacen referencia al tormento de los siervos en el caso de que el señor haya muerto violentamente y aquellos se encontraran con e1 o bajo su mismo techo.

Se prohíbe en las "Sententiae" de Paulo que el esclavo o el liberto sea atormentado buscando una acusación contra su dueño o patrono, lo que vuelve a repetirse y a ampliarse en favor de los ex dueños y de los condueños cuando son varios, en el libro quinto, titulo 18, "De servorum quaestionibus", íntegramente consagrado a la tortura de los siervos. Por lo demás, el siervo puede ser interrogado sobre sus propios

actos cuando su testimonio favorezca a su señor o en las causas hereditarias cuando existan dudas sobre el caudal relicto o problemas de filiación.

El siervo ajeno solo podrá ser atormentado en las causas contra un tercero si el dueño accede, o el acusador está dispuesto a abonar por el siervo lo que el dueño tasare, o a aceptar la tasación futura por las lesiones que el esclavo pudiera sufrir en los tormentos.

Otras dos leyes de ese mismo título previenen posible "fraudes legis": cuando se compra un esclavo para evitar que preste declaración contra el comprador, puede ser atormentado el siervo, devolviendo previamente lo que por él se pagó; lo mismo que tampoco se evita la "quaestio" mediante una manumision interesada, dirigida a ese fin. Otra sentencia del título "De servorum quaestionibus", pero que lo mismo podría aplicarse a los hombres libres, establece que cuando un ladrón, sometido a tormento, acuse al mismo que le persigue judicialmente, no se le preste fácil crédito.

El Breviario de Alarico ofrece, pues, una regulación bastante completa de la tortura judicial tanto si se trata de esclavos como de hombres libres, reflejando perfectamente el derecho romano vulgar en la España de comienzos del siglo VI.

Los germánicos aportaran una nueva concepción sobre la función social de la justicia fundada en una autonomía personal más amplia de los hombres libres frente al poder del Estado, limitando así la iniciativa del poder público en la investigación y represión penal. El delito era ante todo una ofensa personal, y el proceso, una relación social tenida de carácter privado; no era misión de la sociedad ni la represión ni mucho menos el descubrimiento del delito; al ofendido correspondía el llevar adelante la acusación, y el juez se limitaba a arbitrar el litigio judicial.

Por eso la tortura del hombre libre como instrumento de la autoridad para arrancar una prueba o forzar una confesión estaba muy lejos de las mentes germánicas. La tortura del esclavo, en cambio, era un asunto privado entre el acusador y el propietario del esclavo, cuya regulación afectaba únicamente a la esfera patrimonial.

Pero cuando los visigodos se instalan en el sur de las Galias y penetran en España, llevan ya un siglo, desde el 332, en contacto con la civilización romana y en relaciones federales con el Imperio. Si el Edictunt Theodorici ha de colocarse bajo la paternidad de Teodorico II o del prefecto del pretorio de las Galias 52, en los años de ese mismo rey (453-466) es todavía tema discutido; pero, en todo caso, las tres disposiciones que consigna acerca de la tortura judicial son típicamente romanas y encuentran su paralelo y quizás su fuente en otras tres sentencias de Paulo: el siervo ajeno solo sera atormentado si se paga al dueño el valor del mismo; el siervo comprado "in fraudem legis" para evitar su interrogatorio no escapara a la tortura, y otro tanto se diga del siervo manumitido con idéntico objeto. Los restos llegados hasta nosotros del Código o del Edicto de Eurico, así como los Fragmentos Gaudecianos no se ocupan para nada de la tortura judicial, lo que no puede extrañar dado su carácter residual y complementario respecto del ordenamiento jurídico romano.

b. EL LIBER IUDICIORUM

El Liber Iudiciorum (o Lex Visigothorum) fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto y promulgado probablemente el año 654. También es conocido como Código de Recesvinto, Libro de los Jueces, Liber Iudicum, Liber Gothorum, Fori Iudicum, Forum Iudicum y Forum Iudiciorum. Ha pasado a la historia como la gran obra legal del reino visigodo.

En 1241 fue traducido, con algunas modificaciones, del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III para ser concedido como fuero a ciertas localidades de la zona meridional de la península ibérica, siendo denominado Fuero Juzgo. Fue impreso por vez primera en lengua latina en París en 1579 bajo el título "Codicis Legum Wisighotorum Libri XII" y su primera impresión en traducción castellana, por Alfonso de Villadiego, se publicó en Madrid en el año 1600.

Sus normas se extendieron a la población goda y romana, tal vez a imitación del Código de Justiniano; El Liber Iudiciorum deroga las leyes anteriores (el Breviario de Alarico para los romanos y el Código de Leovigildo para los visigodos). No parece haber habido resistencia contra las nuevas leyes en la población romana, y ello se atribuye a dos causas fundamentales: en primer lugar, el nuevo Código recogía algunos aspectos de la anterior ley romana; en segundo, las leyes romanas no habían sufrido variación desde hacía siglos (no había una autoridad romana que pudiera cambiarlas) y estaban basadas en leyes del Bajo Imperio romano, por lo que seguramente estaban distanciadas de la realidad social. Por otra parte, un examen de las leyes nos permite apreciar que no eran para un uso amplio entre la población, especialmente entre los humildes, y parece que los pequeños pleitos civiles y delitos menores eran juzgados a menudo por los obispos, sacerdotes y árbitros, que actuaban como jueces extraoficiales y que además debían dictar sus fallos con arreglo a la lógica y a las antiguas leyes romanas, que estarían muy asumidas después de tantos siglos, acudiéndose sólo a la justicia oficial del rey en casos limitados.

Para los cargos políticos continuaba el monopolio de los visigodos. Por tanto, la ley para los godos, aunque experimentaba un cambio substancial, mantenía casi dos tercios de leyes antiguas. Pero para los romanos suponía una novedad completa. No obstante, también para los godos constituyó sin duda un cambio, pues algunas de las leyes antiguas fueron corregidas por Recesvinto (y una lo fue por Chindasvinto). Junto

al Código se publicaba una disposición especial por la cual se prohibía el uso del derecho extranjero (o sea principalmente romano) en los tribunales: si un juez usara para sus sentencias leyes sacadas de un Código distinto al de Recesvinto, pagaría una multa de treinta libras de oro (dos mil ciento sesenta sueldos). Los pleitos en curso aún no resueltos serían fallados según las leyes del nuevo Código, pero la ley en modo alguno tendría efectos retroactivos y los fallos anteriores basados en otras leyes que habían estado vigentes eran ratificados y se prohibía su reapertura. Los casos que no estuvieran previstos en el Código serían remitidos al rey (como ya se hacía) para que su decisión sentara jurisprudencia. El rey tendría derecho a añadir todas las leyes que creyese convenientes, tras consultar a los Obispos y a los principales cargos palatinos.

Después de su publicación fue preciso añadir una nueva ley transitoria: como la demanda de ejemplares del Código era tan alta, los precios por las copias aumentaron, y el rey hubo de prohibir que se cobrara o pagara más de seis sueldos por una copia; el que incumpliere, fuere copista o adquirente, recibiría cien latigazos.

Se dividía en un título preliminar y doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Contenía trescientas veinticuatro leyes del anterior Código godo (que en el texto se califican de antiquae), noventa y nueve leyes elaboradas por Chindasvinto (o en vida de éste) y ochenta y siete leyes propias de Recesvinto (las del padre se encabezan en el texto con el nombre Flavius Chindasvintus Rex y las del hijo con Flavius Reccesvintus Rex). Finalmente había tres leyes de Recaredo y dos de Sisebuto.

Su estructura es la siguiente:

Libro 1: El legislador y la ley.

Libro 2. Administración de justicia, escrituras y testamentos.

Libro 3: Los matrimonios y los divorcios.

Libro 4: Sucesiones, herencias y tutelas.

Libro 5: Donaciones. ventas y otros contratos.

Libro 6: Derecho penal: crímenes y torturas.

Libro 7: Derecho penal: robo y fraude.

Libro 8: Derecho penal: actos de violencia y lesiones.

Libro 9: El ejército y el derecho de asilo eclesiástico.

Libro 10: Derecho de propiedad y prescripción.

Libro 11: Médicos y enfermos; mercaderes extranjeros.

Libro 12: Herejes y judíos.

Con Ervigio varias leyes del Código fueron parcialmente modificadas, por lo que, desde esta época, se conoce también como Código de Ervigio.

Libro 6, 7 y 8. Derecho penal

En derecho penal el Juez podía ser recusado. Si un juez era sospechoso debía juzgar acompañado del Obispo, y el litigante podría apelar ante el rey en caso de estimar injusta la sentencia. Se regulaban las denuncias y acusaciones de delitos graves susceptibles de pena de muerte o confiscación de bienes, para las que el cargo de la prueba era para el denunciante; si la acusación resultaba no probada o se demostraba falsa el acusador era sometido a la Ley del Talión, o era convertido en esclavo del que había sido acusado sin pruebas o falsamente.

Juicios de Dios

En los casos criminales surgen los llamados Juicios de Dios, pero limitados al tormento y al juramento compurgatorio. Los casos de duelos, agua hirviente y fuego u ordalía prácticamente no existieron.

Penas

Las penas más frecuentes eran las pecuniarias y las de azotes. Las penas por hurto, falsedad y otras son establecidas detalladamente.

Las multas eran muy frecuentes. Aquel que no podía pagar una multa se convertía en esclavo del perjudicado.

El homicidio y el perjurio conllevaban penas muy graves (en concreto el homicidio, salvo el involuntario, era castigado con la pena de muerte; y el perjurio suponía azotes, infamia para el perjuro, inhabilitación para hacer de testigo y confiscación de una cuarta parte de los bienes que pasaban al agraviado).

La pena de muerte se aplicaba también a los que provocaban abortos, a los asesinos de un pariente próximo, a los homicidas que actuaban con premeditación, a los hombres armados que penetraban en casa de otro y le daban muerte, a los oficiales que enviaban a los soldados a luchar y ellos eludían el combate, a los esclavos que saqueaban tumbas (muerte en la hoguera), a los incendiarios de casas en la ciudad (muerte en la hoguera), a la mujer adúltera o que intentaba casarse con un esclavo o liberto (muerte en la hoguera), al esclavo que violaba a una mujer libre (también muerte en la hoguera), a la mujer que daba muerte a un niño de poca edad y al marido si era cómplice o había dado la orden (la pena podía cambiarse, por decisión del juez, y en tal

caso la acusada o acusado declarados culpables eran cegados), al hombre que ordenara a su esclavo que matara a otro hombre libre, y algunos casos de traición.

El adulterio era castigado con la esclavitud del adúltero respecto al cónyuge inocente, pero en caso de ser adúltera la mujer el marido podía darle muerte, pudiendo matar también al amante si los sorprendía "in fraganti". Los delitos de lesiones o daños personales eran castigados con el talión, pero sólo en casos de lesiones premeditadas.

La decalvación y las marcas ofensivas en la piel (con cualquier instrumento y en cualquier punto), las mutilaciones, ataque o detenciones ilegales, se castigaban también con el talión (salvo para los golpes en la cabeza, cuando el talión podía comportar la muerte, mientras ésta no había sido causado a la víctima; los golpes en la cabeza tenían una sanción económica), pero la víctima podía aceptar un acuerdo. La decalvación del esclavo de un hombre libre por otro hombre libre estaba sancionada con multa de diez sueldos, y si el esclavo era doméstico recibía además cien latigazos.

Las lesiones a causa de una pelea o no premeditadas solo tenían sanciones económicas. Las multas llegaban hasta los cien sueldos según el lugar de la lesión.

El comportamiento irreverente de un esclavo para con un Vir Illustris estaba castigado con cuarenta latigazos para un esclavo idoneus (doméstico) y cincuenta para un esclavo vilior (rústico), salvo que la provocación partiera del noble (en cuyo caso no había castigo).

El insulto u ofensa al esclavo de otro (realizado por un hombre libre o un esclavo) era castigado con azotes o con multas. Los insultos u ofensas entre hombres libres, eran castigadas con multas; las ofensas o injurias realizadas por esclavos

dependían de si se hacían con conocimiento del amo o sin él. No había distinción entre ofensas o injurias a un hombre o a una mujer. El juez que no impusiera las penas pertinentes sería destituido por el Obispo o el dux.

Cuando un demandante presentara una acusación contra un miembro de la nobleza palatina que no pudiera ser probada debía entregar al rey o al juez una declaración escrita ratificada por la firma de tres testigos (inscriptio) y entonces se sometía al acusado a tortura; si no confesaba el acusador era entregado al acusado como esclavo, pero el nuevo amo no podía matarlo (más tarde Ervigio permitió que el demandante pagara una compensación económica fijada por el acusado inocente).En todo caso las confesiones del acusado debían ser coincidentes con las que figuraban en la inscriptio (que el acusado no conocía), pues si no eran coincidentes equivalía a la no existencia de confesión y regía la misma pena. Si el acusado había sido informado del contenido de la inscriptio (se supone que por el acusador, los testigos o el juez) ya no podía ser sometido a tortura.

El sistema de inscriptio y tortura se extendía a otros delitos menores, como el robo por valor de más de trescientos sueldos, para “los demás hombres libres” (Ervigio aclaró que la nobleza estaba excluida y los demás hombres libres eran aquellos que no eran nobles, y éstos podrían librarse mediante prestar juramento de que eran inocentes; el límite del robo se elevaba a los quinientos sueldos, y por debajo de dicha suma era un robo menor).

Para los robos menores se establecía que debía devolverse nueve veces el valor de lo robado a la víctima, salvo si el ladrón era esclavo, en cuyo caso el dueño pagaría seis veces el valor de lo robado. Esclavo o libre el ladrón era castigado además con cien latigazos. Si el dueño del esclavo no quería pagar el esclavo pasaba a ser propiedad del perjudicado, y si el hombre libre no quería pagar se convertía en esclavo de la víctima

del robo (que debía ser el caso más habitual). Si no había pruebas del robo, bastaba con que el acusado jurara que era inocente.

La tortura se desarrollaba durante tres días como máximo, en presencia del juez y de otros hombres invitados de éste. El juez que a sabiendas o por soborno provocara la muerte de un torturado sería entregado a los parientes del muerto para ser torturado por éstos, pero podía librarse si prestaba juramento de que era inocente y los invitados testificaban su actuación correcta; en todo caso estaría obligado a pagar a los herederos del torturado fallecido una compensación de trescientos sueldos. Si la causa de la muerte fuera el soborno del demandante, éste sería ejecutado.

La falsificación de documentos reales estaba castigada con la amputación de un dedo, decalvación y doscientos latigazos. La homosexualidad era castigada con la castración y el destierro; cuando el homosexual estuviera casado sus bienes pasarían a sus herederos, su matrimonio se anularía y su mujer recobraría la dote. Si el culpable era obispo, sacerdote o diácono sería secularizado y desterrado.

Un hombre libre que copulara con una esclava de otro hombre en casa del dueño de la esclava, recibiría cien latigazos (cincuenta si la esclava era rústica). Si era esclavo recibiría ciento cincuenta latigazos. La violación también era castigada. Así por ejemplo se regulaba la violación por hombres libres y por esclavos, dirigida contra esclavas, libertas y mujeres libres; cuando el delito era cometido por esclavos la sanción era mayor para el esclavo rústico que para el doméstico.

Se estableció que para matar a un esclavo debería ser culpable de un delito grave y debería obtenerse el permiso del juez local o Thiufadi, el conde o el dux, tras demostrarse que era culpable (Ervigio permitió después que el esclavo fuera ejecutado y a posteriori se acudiera a los tribunales, debiendo demostrarse no obstante que era

culpable). El amo podía matar al esclavo en defensa propia pero debía demostrarlo mediante testigos o a falta de ellos prestando juramento. El esclavo que robara a otro esclavo o a su dueño era castigado por el amo sin intervención judicial como anteriormente pero no podía ser ejecutado (A menudo el esclavo era ejecutado, y no solo por casos de robos, sino que a menudo lo era sin causa justificada). El hombre que matara a su esclavo sin causa justificada sería exiliado de por vida y debería hacerse penitente; además perdería sus bienes que pasarían a sus herederos (Ervigio modificó la sanción por multa de setenta y dos sueldos y pérdida perpetua del derecho a testificar). El hombre que mataba al esclavo de otro hombre debía entregar dos esclavos de igual valor al propietario del esclavo muerto, y además quedaría sometido a la pena de exilio prevista por matar a un esclavo (Ervigio suprimió el exilio para estos casos).

El hombre que mataba a un esclavo propio o de otro, en represalia por alguna injuria u ofensa, y podía probar la causa del crimen mediante testigos o mediante juramento, quedaba libre. Un esclavo que (bajo tortura) confesara haber matado a un hombre por orden de su amo, recibiría cien latigazos y la decalvación, y su dueño quedaría sujeto a las penas de homicidio (Ervigio estableció que si el amo acusado por el esclavo, juraba que era inocente, quedaría libre y podría disponer de la vida del esclavo que había cometido el crimen y le había acusado de instigarlo; para ser creído él esclavo debería presentar un testigo, o bien el amo debería confesar).

El hombre que mutilaba o lisiaba a un esclavo al castigarle, o incluso le provocaba la muerte, quedaba libre si los hechos ocurrieron para imponer una justa disciplina; pero si la mutilación era injustificada era penada con destierro durante tres años y la penitencia ante el obispo local; los bienes del desterrado serían administrados en su ausencia por sus descendientes o próximos parientes (todas estas normas fueron suprimidas por Ervigio pero después se restablecieron).

El que consultaba a un adivino para saber el futuro de cualquier persona incluyendo al rey, sería azotado, sus bienes confiscados y se convertiría en esclavo; el adivino correría igual suerte. Si el culpable fuera un esclavo sería torturado y vendido fuera del reino.

Las penas de Alarico II contra los magos, que antes solo se aplicaban a los romanos, se extendieron también a los godos, aunque se eliminó la pena de muerte. Aquellos que realizaran prácticas de magia recibirían doscientos latigazos (Ervigio los aumentó a quinientos como mínimo para los adivinos y extendió los efectos del resto de la Ley a los jueces, que descubrió que a menudo consultaban adivinos) y decalvación pública. Los que recurrieran a sortilegios (predicciones basadas en la interpretación de un pasaje de la Biblia seleccionado al azar) y adivinos o practicaran la magia, perdían el derecho a testificar (también lo perdían los convictos de homicidio, robo, envenenamiento, estupro o perjurio).

El Liber Iudiciorum trasciende al órgano que lo creó, el reino hispano-visigodo. Pervive durante la España musulmana como derecho común de los mozárabes hasta el siglo XIII en algunas regiones. Durante la reconquista, su traducción a lengua romance, el Fuero Juzgo, es utilizado en varias ciudades del sur peninsular. Fue conocido y aplicado durante la Edad Media, influyó en la legislación visigótica en la formación del derecho castellano, además fue usado en la redacción del Decreto de Graciano, obra cumbre del derecho canónico. El Fuero Juzgo ha estado presente en España hasta las codificaciones del s. XIX. Tal es su trascendencia que se considera como la perduración del derecho romano en su forma vulgar tras la caída del reino visigodo.

El caso del "Liber Judiciorum" aspira a ser una regulación jurídica completa. En no menos de trece leyes aborda el problema de la tortura judicial: cuatro "Antiquae", siete leyes de Chindasvinto, una de Recesvinto y una Novella de Egica. Dos de las "Antiqua" no hacen sino recordar la necesidad de la "inscriptio", ya mencionada en

Brev. 9, 1, 8 (C. Theod. 9, 1, 14) y Brev. 9, 1, 11 (C. Theod. 9, 1, i9), antes de proceder a la "quaestio" y que obligaba al acusador a sufrir la misma pena que amenazaba al reo si no llegaba a probar la culpabilidad de este. La misma institución de la "inscriptio" es la que aparece en la ley Recesvindiana 7, 2, 23 contra el siervo acusado de haber dado muerte ocultamente a un caballo, buey u otro animal ajeno. Pero si estas tres leyes no modifican en nada las disposiciones teodosianas, no se puede decir to mismo de las otras dos "antiqua" referentes a la tortura de los siervos "in capite dominorum". Prohibida está en el Breviario, (Sent. Pauli 5, i8, 5), sin registrar ni una sola excepción: "Servi in caput domini neque a praeside, neque a procuratore, neque in pecuniariis, neque in capitalibus causis interrogari possunt" va a ser, en cambio, ampliamente autorizada por Leovigildo, al menos para cinco delitos: adulterio, alta traición, falsificación de moneda, homicidio maleficio: "Servus seu ancilla in capite domini vel domine non propter aliut torqueantur nisi tanturn in crimine adulterii, aut si contra regnum, gentem vel patriam aliquid dictum vel dispositum fuerit, seu falsam monetam quique confixerit, aut etiam si causam homicidii y el maleficii querendam esse constiterit".

A continuación determina la ley la pena que corresponderá al esclavo, diversa según cada una de las tres hipótesis: que haya acusado a su señor espontáneamente, que sea su cómplice en el delito, o que acusado el siervo directamente haya complicado y descubierto la coautoria de su señor.

La otra "Antigua", 7, 6, 1, no es más que un caso particular de la anterior; la falsificación de moneda, delito que permite la "quaestio" de los siervos cuando sus señores son acusados del mismo: "De torquendis servis in dominorunt capite pro corruptione monete et eorum mercede, qui hoc visi extiterint revelasse". Pero sera Chindasvinto el que con amplitud y originalidad legislara sobre la tortura judicial; siete de sus leyes se ocupan de este instituto; pero entre todas ellas destaca la 6, I, 2, que por si sola basta para configurar la institución entera en to que atañe a los hombres libres. Del fondo romano solo quedara la existencia de la tortura misma, porque los detalles de

su regulación aparecen de tal modo reelaborados que más bien puede hablarse de una normatividad enteramente original.

Todos los hombres libres eran torturables, pero los nobles y dignatarios de palacio solo podían ser atormentados si el acusador y demandante del tormento era de su mismo rango o superior. Los inferiores no podían alcanzar fuera aplicado el tormento en sus acusaciones o reclamaciones contra una persona de rango superior; a esta le bastaba acudir al juramento purgatorio para verse libre de la acusación, y obligar al acusador a indemnizarle con la composición establecida. Otro privilegio de los nobles era que el acusador no podía proceder por medio de mandatario, sino que tenía que presentarse al procedimiento personalmente.

La tortura solo era aplicable contra los hombres libres si eran acusados de uno de los tres delitos capitales: lesa majestad, adulterio u homicidio, y en las causas pecuniarias fundadas en el robo u otro delito de cuantía superior a trescientos sueldos. Por debajo de esta suma el acusador no podía exigir la aplicación de la tortura para obtener la confesión del reo y debía contentarse con otras pruebas o exigirle el juramento purgatorio. Si llegaba a prestarlo podía reclamar la correspondiente composición de parte del acusador.

Ademas de una acusación capital o pecuniaria de mayor cuantía, la aplicación de la tortura judicial requería en la de legislación Chindasvinto una serie de requisitos formales. En primer lugar, era necesaria una petición expresa del demandante, la llamada "inscriptio", que debía ir suscrita por tres testigos. Ya vimos la existencia de la "inscriptio" en la legislación teodosiana y en el Breviario de Alarico; en estos cuerpos legales la "incriptio" era, por así decirlo, la demanda acusatoria, y sin ella no se iniciaba el procedimiento judicial. Puesto en marcha el proceso por la "inscriptio", la pena del delito caería sobre el acusado si era convicto o confeso de su crimen con o sin tortura, o sobre el acusador si no llegaba a probar su acusación. La "inscriptio", pues, era un

vínculo que ligaba al reo y al demandante al litigio judicial, en el que el vencido recibiría la pena establecida.

En cambio, en la "Antiqua" la "inscriptio" ya no aparece como la demanda acusatoria sin la cual no se comienza ningún proceso criminal, sino como uno de los dos caminos de llevar adelante una acusación:

a) por "indices", esto es, denunciadores que responden personalmente de la veracidad de lo que afirman y dejan cubierta la responsabilidad del acusador.

b) por "inscriptio", que compromete al acusador a sufrir la pena que amenazaba al reo sí no alcanza la victoria en el litigio criminal.

La tortura parece ser que solo podía aplicarse en este segundo caso. La evolución y transformación de la "inscriptio" aparece ya acabada en las leyes de Chindasvinto, donde técnicamente se ha reducido a una demanda complementaria por escrito para proceder a la tortura del acusado. Según la 6, I, 2, puede haber acusación y prueba del delito sin "inscriptio" : mas aún, normalmente la "inscriptio" solo tendrá lugar cuando el acusador no pueda probar el delito por otros medios de prueba : "Quod si probare non potuerit, coram Principe vel his, quos sua princeps auctoritate preceperit, trium testium suscriptione robarata inscriptio fiat, et sic questionis examen incipiat". Y estas frases que se refieren directamente a los procesos contra los nobles o miembros de palacio comprenden igualmente a los hombres libres todos según se dice en la misma ley: "Similis quoque et de ceteris personis ingenuis ordo servandus est".

El acusador no podía lanzarse temerariamente a la "inscriptio" ya que Chindasvinto establece una doble garantía para evitar toda ligereza en la demanda de

tortura. Primeramente la "inscriptio", debía hacerse por escrito con la firma de tres testigos y contener la relación circunstanciada del delito con todos sus detalles; el contenido de la "inscriptio" se mantenía secreto frente al acusado. Bastaba que el acusador por sí o por tercera persona hiciese conocer al reo el contenido de la "inscriptio" para que ya la tortura fuera inaplicable.

La confesión de culpabilidad del acusado só1o podía tener valor juridico y ser tomada en cuenta si coincidía con los hechos narrados en la "inscriptio". Pero si la confesión del reo no coincidía o resistía a la tortura sin confesar, el acusador perdía automáticamente la libertad y era entregado al acusado, que podía disponer de él a su antojo, salva siempre la vida. La garantía de verdad que significaba la confrontación de la "inscriptio" con la "professio" del reo, desconocida del derecho romano, así como la terrible sanción que amenazaba al acusador que no lograba su intento, reducían de hecho drásticamente el campo de aplicación de la tortura, que quedaba así limitada a una prueba supletoria a la que só1o el acusador osaría arriesgarse si estaba muy seguro de su resultado.

Aparece, pues, claramente el enorme progreso que significa la legislación de Chindasvinto sobre el derecho romano, en garantías de acierto y verdad en la aplicación de la tortura, así como el carácter restrictivo que frente a este instituto adopta el rey godo en el mismo preámbulo de su ley 6, 1, 2 : "Si in criminalibus causis discretionis modus amittitur, criminatorum (delatores) malitia nequaquam frenatur".

Todavía exigirá el mismo rey Chindasvinto otro requisito previo, absolutamente necesario, para poder someter a la "quaestio" a cualquier hombre libre o siervo: juramento del acusador en presencia del juez, o de su sayón, de que, según su conciencia, no acusaba a un inocente, movido por maldad, por engaño o por dolo.

Si la "inscriptio" ha sido aprobada por el juez y este declara haber lugar a la "quaestio", no por eso queda el acusado al arbitrio del poder judicial; el procedimiento, con sus requisitos formales, continua protegiéndolo. La tortura solo podrá tener lugar delante del juez y asistiendo como testigos algunos varones honrados cuando el acusado es un hombre libre; el tormento secreto o las violencias caprichosas del acusador o de los subalternos están totalmente desterradas en la ley.

El plazo durante el cual el acusado estaba sujeto a la “quaestio” era relativamente breve y no podía superar los tres días; pasado este plazo, si no había admitido el crimen, era considerado como inocente, y no podía volver a ser molestado.

Acerca de la clase e intensidad de los tormentos que se aplicaban en las "questiones" nada precisa la legislación de Chindasvinto, que encomendaba este cometido al mismo acusador. El juez debía velar para que las violencias corporales no fueran tales que ocasionaran la muerte del reo; si por una tropelía o descuido del juez el acusado moría en la tortura, el acusador era entregado a la familia del muerto para que esta le quitase la vida, y e1 juez, si había procedido con malicia o dolo, sufría era misma pena.

Si el juez purgaba mediante juramento la sospecha de malicia y dolo y los testigos confirmaban que se trataba de un descuido o, negligencia, salvaba su vida, pero debía pagar a la familia del difunto trescientos sueldos coma composición. Las penas establecidas para salvaguardar la vida del torturado son terribles y suficientes en la practica para disuadir tanto al juez como al acusador de cualquier exceso peligroso.

La regulación de la tortura del hombre libre, según Chindasvinto, queda completa con la ley 2, 3, 4, que prohíbe la "inscriptio" contra un noble por medio de mandatario, pero la autoriza contra el ingenuo no noble con tal que el mandatario sea

también hombre libre, el mandato venga firmado por tres testigos, y el mandatario se comprometa subsidiariamente a las resultas de la "quaestio" si su mandante eludiese las consecuencias.

Chindasvinto no solo promulga una regulación de la tortura más humana, más suave y con mayores garantías para el hombre libre; sus leyes se ocupan también y con mayor amplitud de la aplicación de la "quaestio" a los siervos desde la 6, 5, 12, que supone meramente la existencia de la tortura hasta la 6, 5, 1, que lleva como rubrica: "Pro quantis rebus et qualiter servus aut libertus tormenta portabunt".

Los hombres libres solo pueden ser torturados como reos, no como testigos; en cambio, a los siervos ordinarios solo se les prestara fe en los procesos criminales contra su dueño o contra terceros si sus declaraciones han sido confirmadas en los tormentos.

Los siervos palatinos podían testificar del mismo modo y bajo las mismas condiciones que los hombres libres. Cambien, en calidad de testigos, los siervos de ambos cónyuges podían ser sometidos a la tortura en las acusaciones de adulterio si faltaban testigos libres para probar el crimen. Como acusado, el siervo podía ser sometido a la tortura en cualquier delito; no había para el una cuantía mínima como los trescientos sueldos del hombre libre, o los ciento cincuenta del liberto, pero su señor podía tomar su defensa aun antes del tormento, y si probaba la inocencia del siervo, el acusador debía pagar como composición otro siervo del mismo valor; también podía el señor evitar el tormento del siervo pagando la composición correspondiente al delito de que era acusado este.

Cambien el siervo, al igual que el hombre libre, estaba protegido frente a la tortura caprichosa por dos requisitos previos:

- la "inscriptio", y,

- el juramento del acusador de no proceder por dolo, fraude o malicia.

Únicamente la pena que amenazaba al acusador, caso de no conseguir la prueba del delito, era mucho más reducida, sin afectar a su libertad personal y limitada al ámbito pecuniario: la entrega de un siervo del mismo valor que el acusado.

Si el siervo moría en los tormentos sin confesar el crimen o resultaba invalido como consecuencia de los mismos, el acusador debía pagar al dueño dos siervos y el juez otro más; el siervo invalido quedaba manumitido bajo el patrocinio de su señor. La falta de capacidad económica para pagar esta composición por el siervo muerto en la tortura significaría para el acusador la pérdida del estado de libertad.

La "quaestio" contra el siervo podía llevarse adelante por mandato, aun cuando el mandatario fuera también de condición servil, pero el responsable de la "quaestio" y obligado a la composición en su caso sería siempre el mandante.

Hasta aquí el sistema jurídico organizado por Chindasvinto humanizando y suavizando el instituto de la tortura judicial, herencia del derecho romano. Ervigio, sin promulgar ninguna nueva disposición, va a retocar y reformar las dos leyes fundamentales de Chindasvinto: 6, 1, 2 y 6, 1, 5, en un sentido todavía más restrictivo.

Los nobles y sus hijos no podrán ser atormentados en las causas, pecuniarias, sea cual fuere el valor del supuesto delito; fuera de las causas capitales, les bastará el juramento purgatorio para librarse de cualquier acusación si esta no fuera probada por el acusador.

Tambien los hombres libres del pueblo veían mejorada su condición frente a la tortura al elevar Ervigio de trescientos a quinientos sueldos la cuantía mínima de la causa en la que era admisible una "inscriptio".

Los libertos cuyas acusaciones exigían en la legislación de Chindasvinto una cuantía mínima de ciento cincuenta sueldos para que .fuera viable la "inscriptio", se veían clasificados por Ervigio en dos categorías los libertos "idóneos", inmunes frente a la tortura en causas inferiores a doscientos cincuenta sueldos, y los libertos "inferiores", "rusticani", cuya inmunidad se veía reducida a las causas inferiores a los cien sueldos.

También refuerza Ervigio las garantías del acusado frente a una tortura abusiva. En primer lugar, no solo se prohíbe, como en la ley de Chindasvinto, cualquier tormento que pueda acarrear la muerte, pero se amplía la prohibición hasta "quamcumque ipse, qui questioni supiciendus est, membrorum debilitationem in, currat". La sanción contra el juez que por negligencia haya autorizado tormentos mortales en un hombre libre se eleva de trescientos a quinientos sueldos y expresamente se declara que si no puede pagar esa suma, será entregado en calidad de esclavo a la familia de la víctima.

En la tortura de los libertos idóneos la sanción pecuniaria que debe abonar e1 juez y el acusador, caso de muerte o invalidez del acusado, se eleva a doscientos y trescientos sueldos, respectivamente; y si- se tratara de "inferioribus illis libertis", la composición quedaba reducida a cien sueldos el juez negligente y ciento cincuenta el acusador.

Una interpolación ervigiana a la ley de Chindasvinto, 6, 1, 2, autoriza expresamente al acusado que sufre victoriosamente la prueba de la tortura y que por lo mismo tenía derecho a que su acusador le fuese entregado como esclavo, a que pueda respetar a su enemigo el estado de libertad a cambio de la compensación acordada entre ambos; no creemos que se trate de ninguna innovación, ya que las normas de Chindasvinto, aunque no la mencionaran, la daban por supuesta si ambas partes se avenían a ella, y no excluían esa posible composición.

La ley ervigiana 2, 4, 4 supone, en cambio, una gran restricción en la capacidad de testificar atribuida a los siervos. Mientras Chindasvinto admitía el testimonio de un siervo si venia confirmado en la tortura, Ervigio la excluye en todo caso, lo que equivale prácticamente a la abolición de la tortura de los siervos testigos.

Los siervos palatinos veían respetados sus privilegios que les equiparaban a los hombres libres a la hora de testificar. Así Ervigio restringía en todos los campos la aplicación de la tortura, suprimiéndola prácticamente para los testigos, aun siervos, elevando la cuantía mínima en las causas pecuniarias y reforzando las sanciones en caso de abuso. Así la "inscriptio" de un acusado resultaba una operación tan arriesgada que nadie, salvo casos extremos, podía lanzarse a solicitar la "quaestio".

Por esta vía indirecta, Chindasvinto y Ervigio iban avanzando hacia la total abolición o al menos hacia un abandono práctico de esta institución tomada del derecho romano.

Durante el mismo reinado de Ervigio, obispos, palatinos y gardingos reforzaban su inmunidad frente a la tortura con un privilegio judicial: sus causal solo podían verse ante la asamblea de sus iguales y antes de la condena no serían molestados bajo ningún concepto: ". . . ut nullus deinceps ex palatini ordinis gradu vel religionis sanctae

conventu . . . non antea vinculorum nexibus illigetur, non quaestioni subdatur, non quibuslibet tormentorum vel flagellorum generibus maceretur, non rebus privetur . . . (quam) in publica sacerdotum, seniorum atque etiam gardingorum discussione deductus et justissime perquisites. . .".

La linea evolutiva de la legislaci6n visigoda tendente a la abolición o restricción de la tortura judicial vino a romperse bruscamente en el reinado de Egica-Vitiza (698-702) con la Novella 6, I, 3, más famosa todavía por haber admitido, contra toda la tradición del "Liber Judiciorum", la prueba del agua caliente. Esta celebre Novella, considerada como típicamente germánica en su aceptación de una ordalía o juicio de Dios como medio de prueba, aparece no menos romana en su brutal regresión a la tortura judicial.

La primera frase "Multas cognovimus querelas, et ab ingenuis multa mala pati, credentes in trecentis solidis questionem agitare" resulta de no fácil interpretación y aparece rebosante de notables variantes en los diversos códices, ninguna de las cuales ofrece un sentido claro y nítido, prueba indudable de la oscuridad del texto primitivo, manteniendo la suma de 300 sueldos del resto de los códices. En este caso el sentido de la ley seria, poco más o menos, el siguiente: "Hemos recibido muchas protestas y tropezado con dificultades de parte de los hombres libres que piensan que la tortura solo puede aplicarse a partir de los 300 sueldos. Ahora Nos juzgamos conveniente que aunque se trate de cualquier delito de poca monta el reo sea obligado por el juez a pasar por la prueba "caldaria" y si así quedare probada su fechoría no dude el juez en someterle a la tortura, y su confesión deberá ser conforme a lo prescrito en la ley anterior (6, I, 2).

Si apareciere inocente en la prueba caldaria el acusador no tiene por qué temer ninguna sanción. Lo mismo se observara (prueba caldaria) con los sospechosos que vinieren a prestar declaración".

Segun esta versión Egica habría comenzado por destruir la reforma ervigiana que fijaba en 500 sueldos la cuantía mínima de las causas en las que podía practicarse la "inscriptio" y aplicado la tortura a causas, de muy inferior cuantía. Los hombres libres afectados se habían quejado reiteradamente pretendiendo al menos mantener la inmunidad tradicional desde los años de Chindasvinto, para las causas inferiores a 300 sueldos.

El rey Egica no había cedido y al fin de su reinado en los años de corregencia con su hijo Vitiza promulgaba la Novella 6, 1, 3 que venía a revolucionar todo el ordenamiento procesal. Se suprimía cualquier límite de cuantía y en todas las causas criminales sin distinción debía comenzarse por la prueba "caldaria"; si esta resultaba desfavorable entonces debía pasarse a la tortura pasta lograr la confesión del acusado, pero para que la confesión surtiese efectos jurídicos debía conformarse a lo prescrito en la ley 6, I, 2, esto es ser confrontada y coincidir con las circunstancias expresadas en la "inscriptio" . Caso de no lograrse la confesión apetecida el acusador se veía amenazado por las penas de la ley de Chindasvinto.

Cuando la prueba "caldaria" fuese favorable al reo ni el acusador tenia nada que temer por su fracaso ni el reo podía ser molestado ulteriormente. Los testigos sospechosos debían ser sometidos a la misma prueba caldaria para juzgar de la veracidad de su testimonio.

La regresión hacia una mayor extensión de la tortura judicial que significa la Novella de Egica no tuvo, mucho espacio de tiempo para arraigar y ser aplicada. Como norma legal de facción y marcada por su sello antiervigiano pudo muy bien ser abolida y derogada ya desde la subida al trono de Rodrigo.

Aún en los territorios no dominados por los musulmanes la invasión islamica vino a modificar radicalmente las relaciones entre la realeza y los súbditos. La tendencia restrictiva que se venía dibujando desde Chindasvinto, pasando por Ervigio y las protestas populares de que habla Egica triunfan plenamente en el abolicionismo total que caracteriza sin excepción todos los fueros de todos los reinos que brotan en la Reconquista cristiana. Dos factores históricos explican la desaparición de la tortura al hundirse el reino visigodo:

a) El carácter más popular y la mayor importancia del hombre libre en los diminutos principados cristianos obliga a los reyes a respetar una serie de privilegios que el ciudadano ha afirmado y defiende frente a una realeza debilitada, y entre estos privilegios y no en último lugar figuran las garantías procesales comenzando por la inmunidad frente a la tortura.

b) La tortura era una creación refinada del derecho romano que requería una serie de formalismos como la "inscriptio". El primitivismo de la dura sociedad del Norte cristiano se avenía mal con ciertas instituciones que significaban complicación y formalismos, y la administración de una justicia simplificada dejara de lado la tortura judicial romano-visigoda.

c. EL DERECHO CASTELLANO

El derecho popular y consuetudinario de la Alta Edad Media ignora por completo la tortura. Ni en los Fueros breves ni en las refundiciones de los siglos XII y

XIII o Fueros extensos es posible encontrar una sola alusión a este instituto judicial a pesar del interés que consagran al derecho procesal y penal.

En Castilla las redacciones de fueros generales aun en sus refundiciones más tardías como los Pseudos Ordenamientos de Najera, Libro de los Fueros de Castilla, Fuero viejo de Castilla siguen ignorando la tortura judicial. Lo mismo se diga de la obra alfonsina "Fuero Real", de inspiración tradicional, fiel también en este punto al espíritu del derecho consuetudinario castellano.

d. EL ESPECULO

La reaparición de la tortura judicial va a ser la obra del derecho culto y romanizante de Alfonso X y sus juristas de formación boloniense. Ya en el primer cuerpo legislativo de este tipo, el Especulo, promulgado parar los tribunales del Rey, de su Corte, o de sus oficiales, adelantados, alcaldes del rey, etc.- se restaura la tortura en los tribunales tanto para los siervos que dan testimonio como para los acusados aunque sean hombres libres.

El Espéculo es un cuerpo legal compuesto de cinco libros, en los que se alude a leyes de otros posteriores que no conocemos. Cabe así pensar que, sobre un plan inicial de nueve libros, el código no llegó a ser concluido, o bien simplemente que se extraviaran los libros siguientes.

Esta obra, también conocida como El espejo de las leyes o El reflejo de las leyes fue redactada en torno a 1255-1260 y forma parte de la obra jurídica de Alfonso X el Sabio, Alfonso X cuando comienza su reinado, al igual que su padre Fernando III había llevado a cabo, otorgó los fueros del sur y norte, intentará redactar un Derecho Real,

para toda la corona de Castilla, que redactó él mismo junto con sus consejeros: El Espéculo de las leyes, que tras quedar incompleto, le llevó a redactar su obra más ambiciosa, Las Siete Partidas.

Alfonso X quiso dotar a sus tribunales de un derecho común al que confrontó con el derecho castellano-leonés y que tuvo carácter territorial general al que tuvieron que remitirse los jueces.

Se conservan cinco libros de un total de siete o nueve. El hecho de que no llegase a ser terminado fue debido al Fecho del Imperio (Alfonso X pretendía convertirse en emperador del imperio romano germánico por herencia materna; empresa en la que fracasó) olvidándose así del Espéculo y comenzando con la redacción de Las Partidas, obra más completa que sí se ha conservado.

Pretende recoger lo mejor y más aprovechable de los fueros anteriores. El propósito de Alfonso X era dar a Castilla un derecho único y territorial. Los cinco libros tratan de las siguientes materias:

(1) de la ley y el legislador y de materias religiosas

(2) de la Constitución política del Reino

(3) de la Constitución de Derecho Militar

(4) de la organización de la Justicia

(5) del procedimiento

A pesar de no haber tenido sanción oficial fue muy respetado y adquirió gran autoridad en el siglo XIV. Lo demuestra que fuera estudiado y citado por los

jurisconsultos con la frecuencia que el Fuero Juzgo, Fuero Real o el Ordenamiento de Alcalá.

Según el Especulo los siervos "deven seer creydos quando lo dixieren por algun tormento que les den, porque los siervos son asi como desamparados por la servidumbre en que son e deve ome sospechar que dirien mas auna mentira, e encobrerien la verdat, si alguna premia no les diesen. E esta pena dezimos, que deve seer fecha de manera, que non sepa porque que la dan, asi como dixiemos en el titulo de los tormentos".

Esta ley lo mismo pudiera haberse inspirado en el Fuero Juzgo, 2,4,2, que en el Digesto 22,5,21 . El tenor literal más la aproxima al Fuero Juzgo; en todo caso coincide enteramente con las partidas 33, 16, 13. También el tormento de los hombres libres es recogido en el Especulo: "E otrosi deve guardar, que non de a ninguno pena nin tormento de qual manera quier que sea, por facerle conoscer alguna cosa de que fuese acusado, si non fuere ome de mala fama, o fallasen contra el algunas senales daquel fecho, o sil acusasen de alguna cosa que fuese contra el rey, o al regno en que fuese y do el fecho o en conseio. E esto dezimos aim, que quando pena oviese a dar por alguna destas maneras, que non to deve fazer a menos de seer omes buenos delante, que oyan comol pregunta, e lo que dixiere, porque sean pesquisas en aquel fecho, para fazer en 6l justicia, o por lo soltar".

Aquí el sello romanista es evidente, de las tres hipótesis en que se decreta la tortura, mala fama, indicios, o alta traición, las dos primeras no figuran en el Fuero Juzgo que prescinde de ellas en favor del automatismo de la "inscriptio" frenado por la responsabilidad del acusador caso de no lograrse una confesión coincidente en todo con la "inscriptio" secreta. En cambio indicios y mala fama son elementos característicos del Derecho Común desarrollado en Bolonia.

Indicio suficiente para proceder a la tortura podían ser las declaraciones femeninas a falta de testigos varone : "Otrosi dezimos, que no pueden testiguar en pleito que sea de justicia de muerte, nin de lision en cuerpo de ome o de mujer, o porque perdiese lo que oviese, o fuese desterrado, sinon se acaesciese que el mal fecho se feziere en tal lugar que non podiesen aver varones que testiguasen, e oviere a preguntar a las mugieres para aver entrada de sabiduria, porque metiesen a pena o a tormento, a aquellos enfamados para saber la verdat de aquel fecho".

En las Leyes de los Adelantados Mayores se copian literalmente los párrafos del Especulo referentes a la tortura de los hombres libres, lo que no puede extrañar ya que el Adelantado, como oficial del Rey, debía regirse en su tribunal por el Especulo, y no por ningún fuero local ni siquiera por el Fuero Real: "Otrosi deve guardar que non de a ninguno pena nin tormento de qual manera quier que sea por facerle conoscer alguna cosa de que fuese acusado, si non si fuere ome de mala fama e fallasen contra el algunas sennales de aquel fecho, o sil acusaren de alguna cosa que fuere contra el rey o al regno en que oviese seydo en fecho o en conseio ; et decimos aunque quando pena oviere a dar en alguna destas maheras, que non lo deve facer, a menos que sean onnes bonos delantre, que oyan lo quel pregunta. el que dixiere. . .".

Este criterio restrictivo de la aplicación de la tortura, fuera de los delitos de alta traición, solo a hombres de mala fama sobre los que recaían indicios acusadores es mas verosímil en un momento en que se trataba de introducir este desagradable e inhumano instituto en 1a practica de los tribunales.

e. LAS LEYES DE ESTILO

Las Leyes del Estilo en el derecho castellano, más ajustadamente llamadas Declaraciones de las leyes del Fuero Real, son un grupo de usos u observancias judiciales (estilo) emanadas de la corte de Alfonso X el Sabio y sucesores en la Baja Edad Media. Se trata de una serie de interpretaciones, aclaraciones y advertencias relativas al Fuero Real junto a normas de derecho procesal para administrar justicia. Contienen las reglas principales de todos los procedimientos en la Baja Edad Media con objeto de poder acudir a las otras fuentes establecidas en el orden marcado en el Ordenamiento de Alcalá, posteriormente, esto es, en 1348, y por las Leyes de Toro de 1505. Una de las más importantes es la Ley CCXXXVIII: "Cuantas cosas embargan el derecho escripto. Otro si es a saber que cinco cosas son que embargan los derechos escriptos. La primera la costumbre usada que es llamada consuetudo en Latín, si es razonable. La segunda, es postura que hayan las partes puesto entre sí. La tercera es perdón del rey cuando perdona la justicia. La quarta es cuando face ley de nuevo que contraría el otro derecho escripto con volunta de facer ley. La quinta, es cuando el derecho natural es contra el derecho positivo que fisieron los hombres. Ca el derecho natural se debe guardar, en lo que no fallaron en el derecho natural escribieron y pusieron los hombres leyes.

También las Leyes del Estilo o decisiones del tribunal real de Alfonso X y Sancho IV abordan el tema en cuatro de sus leyes al menos. Una de ellas no duda en ordenar el tormento de los hombres y mujeres, posibles testigos de una violación: "Aquella mujer que querella que la forzo fulano. . . los Oficiales deven seguir la su querella en facer pesquisa, y en saber la verdad del fecho, prendidos los hombres; y las mugeres que se acertaron entonces en la casa do fizo .la fuerza, y si menester fuere, meterlos a tormento; y facer pesquisa en la verdad".

Si e1 tormento se ha extendido ya hasta los posibles testigos hombres libres, no puede extrañar la tortura de los siervos, igualmente posibles testigos o sabedores de adulterio: "e los hombres del señor de la casa seran rescebidos en testimonio, e los siervos atormentados en pleyto de adulterio", “e los hombres libres como el que ha amenazado a una persona si esta muere asesinada”.

Otra de las Leyes de Esti1o, aunque de redacción un tanto oscura, parece excluir la tortura cuando solo se tiene como único indicio un testigo de oídas: "E otrosi, si en la pesquisa hay alguno que dixere, que e1 oyo a Fulano que habia fecho este fecho de que pesquieren, o que que lo habia oido a el, por esto no 1o atormentaran; maquer el otro niegue que esto no se lo dixo".

Las leyes del Estilo pues atestiguan que en los últimos años del siglo XIII el uso de la tortura en los tribunales reales introducido por el Especulo había arraigado de hecho, e incluso extendido el campo de su aplicación más allá de los casos enumerados en este primer cuerpo legal.

f. LAS PARTIDAS

Las Siete Partidas (o simplemente Partidas) es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia. Incluso se le ha calificado de «enciclopedia humanista», pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente grecolatina), aunque el propio texto

confirma el carácter legislativo de la obra, al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara. Según la teoría tradicional, las Siete Partidas fueron redactadas por una comisión de juristas (o por la cancillería real), y la intervención del rey Alfonso X se habría limitado a indicar la finalidad del texto y las materias a tratar, además de encargarse de revisar y enmendar personalmente el trabajo de la comisión. Habrían integrado esta comisión: el Maestro Jacobo, el de las leyes; Juan Alfonso, un notario leonés; el Maestro Roldán; y Fernando Martínez de Zamora (uno de los primeros juristas castellanos). En el siglo XVIII, incluso se llegó a postular, por Andrés Marcos Burriel (Padre Burriel), que era una obra exclusiva del rey. Esta posición está hoy prácticamente descartada. Sin embargo, debido a la existencia de otros textos atribuidos habitualmente a Alfonso X (el Setenario, el Fuero Real y el Espéculo), que habrían sido elaborados dentro del mismo periodo (1254 a 1256) y que presentan importantes coincidencias entre sí y con las Partidas, más la imprecisión de las denominaciones utilizadas para éstas en la época, ha surgido un importante debate científico en torno a las obras alfonsinas.

En cuanto a su finalidad, se ha sostenido que las Partidas se otorgaron como texto legislativo y no como obra doctrinal, a pesar de su contenido, a veces, más filosófico que legal, lo que se confirmaría por lo expresado en su prólogo (que indica que se dictaron sólo para que por ellas se juzgara). García-Gallo sostuvo que, resistida la aplicación de las Siete Partidas especialmente por la nobleza castellana, se relegó su aplicación, tras las Cortes de Zamora de 1274, a los pleitos del rey, es decir, a los casos reservados al exclusivo conocimiento de la corte real, mientras que los demás serían resueltos conforme al derecho foral (los pleitos foreros). Por ello, en la práctica habría quedado como una obra doctrinal hasta la "promulgación tardía" de 1348, realizada por Alfonso XI.

Además, esta oposición a su texto explicaría las diferencias entre las distintas versiones de la primera partida. De todas maneras, si fue redactada con la finalidad de ser un código legal, se ha discutido cuál habría sido realmente su objetivo. Crucial

importancia tiene el llamado Fecho del Imperio, es decir, el intento de Alfonso X de obtener la corona del Sacro Imperio Romano Germánico, pues el propósito de Alfonso X, en relación a las Siete Partidas, habría sido redactar un texto aplicable a todo el Imperio, es decir, un Derecho de validez universal, un denominador jurídico común de la empresa imperial.

Se desconoce si las Siete Partidas fueron promulgadas por Alfonso X. Algunos autores así lo creen y afirman que el destronamiento del rey sabio por su hijo Sancho IV habría suspendido su vigencia. En esa línea, Gaspar Melchor de Jovellanos sostuvo en 1797 que los descendientes de Sancho IV hicieron desaparecer el documento de promulgación porque las disposiciones de las Partidas colocaban en entredicho sus derechos a la corona, ya que ellas establecen el derecho de representación en la sucesión al trono.

Las Partidas abarcan todo el saber jurídico de la época dentro de una visión unitaria, por ello se le ha considerado una summa de derecho. Trata, entre otras materias, de derecho constitucional, civil, mercantil, penal y procesal, tanto civil como penal.

Están redactadas en castellano, de un pulcro estilo literario, e inspiradas en una visión teologal del mundo. Posee un prólogo, que señala el objeto de la obra, y siete partes o libros llamados partidas, las cuales comienzan con una letra del nombre del rey sabio, componiendo un acróstico (A-L-F-ON-S-O). Cada partida se divide en títulos (182 en total), y éstos en leyes (2.683 en total).

Sus disposiciones acostumbran ir acompañadas de citas a autores y obras, alegorías y ejemplos y, especialmente, de una exposición razonada de sus orígenes y

fundamentos (etimológicos, religiosos, filosóficos e históricos), por lo que no son meramente prescriptivas.

Las contradicciones existentes entre algunas disposiciones serían producto del esquema de trabajo utilizado en su elaboración, donde cada partida habría sido redactada por una persona distinta.

Partida Séptima

La séptima y última partida posee 34 títulos y 363 leyes. Se dedica al derecho penal y procesal penal, es decir, a los delitos y al procedimiento penal (de carácter inquisitivo). Además incluye referencias al estatuto jurídico de los musulmanes y judíos.

Admite el tormento ante la insuficiencia de otras pruebas del delito, estableciendo los requisitos de procedencia o exclusión (7, 1, 26 y 7, 30, 1).

Gran parte está dedicada a tratar diversos delitos (que denomina yerros), entre ellos: la traición contra el rey (falta de fidelidad); la falsedad y los homicidios, distinguiendo tres situaciones: homicidio delito (doloso), accidental y en defensa propia; los delitos contra la honra; los robos, hurtos y daños, distinguiendo claramente el robo del hurto; los engaños y estafas; el adulterio, el incesto, la violación, la sodomía, la alcahuetería y la hechicería; la herejía, el suicidio y la blasfemia.

Distingue el hecho cometido por un inimputable (entre otros, el loco y el menor de diez años) del realizado por una persona que posee imputabilidad. Además, reconoce

la figura de la tentativa y del delito consumado (7, 31, 2) y prevé ciertas formas de instigación y complicidad. Asimismo, contempla circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes (7, 31, 8) y se ocupa de la prisión, estableciendo normas para el alcaide (7, 29, 8).

Establece que la finalidad de la pena (7, 31, 1) es la retribución (castigo por lo hecho) y la prevención general (medio de intimidación general, para que el hecho no se repita). Contempla siete especies de penas (7, 31, 4), consagrado el carácter público de la actividad represiva (las cuatro primeras para los yerros mayores y las otras para los yerros menores): pena de muerte o pérdida de un miembro; trabajo perpetuo; destierro perpetuo con confiscación de bienes; prisión perpetua; destierro perpetuo sin confiscación de bienes; infamia o pérdida de algún oficio; y azotes o heridas públicas, o exposición desnudo y untado en miel para sufrir las molestias de las moscas.

Las Partidas, imitando al Digesto y a las Decretales, termina con un título sobre reglas de derecho.

Corresponderá a las Partidas el desarrollar la regulación de este instituto hasta el último detalle siguiendo en todo los preceptos del Derecho Común, tal como los habían elaborado romanistas y canonistas de los siglos XII y XIII. No solo dedican la Partida séptima, el titulo 30 con nueve leyes a los tormentos; otras trece leyes más configuraran todavía los diversos aspectos de la tortura judicial y sus prescripciones, van a regir durante casi quinientos años en los tribunales castellanos. Atendiendo a esta prolongada vigencia vamos a tratar de sistematizar las normas jurídicas de las Partidas referentes al instituto que venimos estudiando.

Ante todo destaca la aprobación sin reservas de la tortura judicial, inspirada en la ciega admiración por el Derecho Romano, de espaldas a las tradiciones jurídicas nacionales y en contradicción incluso con la moderación cristiana que empapa todas las

Partidas "Cometen los omes a fazer grandes yerros, e malos encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos, nin provados. E porende tovieron por bier los Sabios antiguos, que fiziessen tormentar a los omes, porque pudiessen saber la verdad ende dellos'". "Tormento es una manera de prueva que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodrinar, e saber si es verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin provados por otra manera. E tiene muy gran pro para complir la justicia. Ca por los tormentos los Judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos, que non se podrian saber de otra guisa".

No todos los libres eran iguales ante el tormento, existían una serie de inmunidades fundadas en la nobleza, posición social, estudios, edad, etc.: "Otrosi, dezimos, que non deven meter a tormento, a ninguno que sea menor de catorze años, nin a Cavallero, nin a Maestro de Leyes, o de otro saber, nin a ome que fuesse Consejero o Villa del Rey, nin a los fijos destos sobredichos, seyendo los fijos de buena fama, nin a muger que fuesse prenada, fasta que para, maguer que fallen senaladas sospechas contra ellos. Esto es por la honra de la sciencia, e por la nobleza que ha en si e a la muger, por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal". Se exceptuá conforme a C. 9,22,21 al Consejero que hubiese sido escribano si se le acusa de falsedad en su fe pública: "Pero dezimos, que si alguno de los Consejeros sobredichos oviesse seydo Escrivano del Rey, o de algun Concejo, e le acusassen despues de alguna carta falsa que oviesse fecha ante que llegase a la honrra de ser Consejero, que bien lo pueden poner a tormento para saber la vedad, si es assi aquello de que to acusan, o non; si fuere fallada sospecha contra el".

La inmunidad de estas personas, salvo la de la mujer encinta por su carácter temporal, no era absoluta pues en caso de acusación de alta traición, ni tan siquiera los caballeros se veían libres del tormento: "Otrosi, quando acaesciese que algun Cavallero fuesse acusado en juyzio de algund yerro que oviesse fecho, maguer fallasen contra e1 senales, o sospechas de las que fallan contra otros ome, que merescia ser tormentado,

non deven a el meter a tormento. Fueras ende por. fecho de trayzion, que tanxere al Rey, cuyo natural, o vasallo fuesse, o al Reyno do morasse, por razon de a1guna naturaleza que y oviesse".

El tormento no solo se practicaba contra los reos no privilegiados en las causas criminales: ". . . el pleyto criminal, que non se pudiesse averiguar. . ., deve dar por quito al acusado, pues que acabada prueva non falla contra el. Fueras ende, si fuesse ome vil, o de mala fama, o sospechoso, que por tales senales o una prueva, que fuesse sin sospecha, que testiguasse contra el, deve ser metido en tormento", si no que se les aplicaba también en las causal civiles o criminales donde actuaban como testigos si a juicio del juez incurrían en alguna contradicción o falsedad: "Aducho seyendo algun ome para testigo delante de judgador para firmar sobre algun fecho si el Judgador entendiere, que anda desvariando en sus dichos o se mueve maliciosamente para dezir mentira; desque entendiere esto, bien to puede meter a tormento; porque diga la verdad, e que no se cambie della en ninguna manera. Fueras ende, si fuere de aquellas personas, que de suso diximos, que non deven ser atormentadas", "Mas otorgamos por esta ley lleno pbderio a todos los Judgadores, que han poder de fazer justicia, que quando entendieren, que los: testigos que aduzen ante ellos, van desvariando sus palabras, e cambiandolas; si fueren viles omes aquellos que esto fizieren, que los puedan atormentar,-de guisa que puedan sacar la verdad dellos".

Más aún, si son hombres de mala fama solo pueden ser oídos como testigos en las causas de alta traición, en medio de los tormentos aunque nada haya sospechoso en su testimonio: "Ome que es conocidamente de mala fama ca este tal non puede ser testigo en ningun pleyto. Fueras ende en pleyo de traycion que quisiessen fazer, o fuere ya fecha contra el Rey, o contra el Reino. Pero es tonce non deve ser cabido su testimonio a menos de tormentarle primeramente".

Naturalmente todos aquellos testigos que por razones de parentesco estaban dispensados de su obligación de testimoniar con mayor razon no podían ser urgidos con la tortura: "E pues que a ninguno dellos non pueden apremiar que vengan a dar testimonio contra tales parientes; mucho menos los pueden meter a, tormenento i que digan contra ellos. Esso mismo dezimos que no puederi apremiar, nin meter a tormento, a la muger, que de testimonio contra su marido".

La tortura no podía ser aplicada sin expreso mandamiento del Juez, que necesitaba para ello presunciones o sospechas ciertas "Tormentar los presos non deve ninguno sin mandamiento de los Judgadores ordinarios que han poder de fazer justicia. E aun los Judgadores nos les deven tormentar luego que sean acusados, a menos de saber ante presunciones, o sospechas ciertas, de los yerros sobre que fueron presos".

Los ministros ejecutores, como los a1guaciles, solo podrán proceder por mandato de Juez y siempre en presencia de este que hará tomar constancia por escrito de cuanto se dijere durante la tortura.

Contra el mandamiento judicial que ordena la tortura, la legislación de las Partidas admite la "alzada" o apelación a pesar de tratarse de una sentencia interlocutoria: "ante que diesse sentencia diffinitiva sobre el principal, non se puede nin deve ninguno alzar. Fueras ende, quando el Judgador mandasse por juyzio, dar tormento a alguno, por razon de saber la verdad de algun yerro, o de algun pleyto, que era movido antel".

Las partidas no se apartaban del Especulo y de las Leyes de los Adelantados y exigían para el tormento del hombre libre la concurrencia de la doble circunstancia: mala fama e indicios. Quizás en la practica la exigencia de la doble condición: mala fama e indicios, a un mismo tiempo tuviera poca importancia desde el momento que

otra ley de las Partidas asimila al "ome de mala fama, o vil", significando por vil, el no hidalgo o privilegiado.

4. EDAD MODERNA

El contexto socio-político de la Baja Edad Media permite justificar claramente la generalización de la tortura como medio de prueba del proceso penal. Nos encontramos, de una parte, con la presencia viva de las ideas religiosas en una sociedad que identifica delito con pecado y pena con penitencia; ello hace explicable que no se considerara nada extraño, que se creyera que nada mejor para saber si un hombre es culpable, que su propia confesión. Y, de otra, con la sensibilidad general de los hombres de entonces, que no se escandalizaban de la horrorosa vida de los presos, ni de las crueles formas de ejecución de la pena de muerte, por lo que no era de extrañar que se aceptase el mero dolor, pasajero, del reo atormentado como un mal necesario por su utilidad para la sociedad.

Su abolición se enmarca en la construcción de un nuevo sistema penal, que parte de una nueva consideración del delincuente, de otra idea del delito, de otros principios de política-criminal y de otros principios ordenadores del proceso penal. Este sistema es implantado por los regímenes liberales que materializan las ideas de la Ilustración. De aquí que la abolición de la tortura se presenta como un capítulo más de la empresa abordada por casi todos los juristas ilustrados: la reforma del sistema penal y procesal. Una de las ideas básicas del liberalismo era las garantías individuales y no cabe duda de que uno de los modos de proteger al individuo era asegurarlo contra el uso de la tortura. Así el avance del liberalismo en la segunda mitad del siglo XVIII hizo que se derrumbara la institución de la tortura en Europa.

En España las ideas de la Revolución francesa se plasman en la Constitución de Bayona, que será el primer texto legal que declara la abolición de la tortura.

La tortura fue abolida en España por la Constitución de Bayona de 1808 de la Monarquía de Jose I Bonaparte. Su artículo 133, que reprodujo casi textualmente el artículo 82 de la Constitución francesa del año VIII, decía: “El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito”.

Así quedó abolida la tortura en la España napoleónica mientras que en la España "patriota" se produjo tres años más tarde por obra de las Cortes de Cádiz. La proposición de ley la presentó el liberal Agustín Argüelles el 2 de abril de 1811. Se discutió primero si se debían mencionar los "apremios", una forma de tortura indirecta para arrancar al reo la confesión que consistía en encerrarlo en un calabozo cargado de grilletes donde era sometido a otras coacciones físicas, o se sobreentendía que estaban incluidos. Después se reunió la Comisión de Justicia que el 21 de abril presentó el proyecto de decreto, que abolía la tortura y también los apremios, mencionados expresamente. Durante la discusión el barón de Antella propuso que como desagravio a los jueces «se hiciera mención en esta ley de que a pesar de la que regía en contrario, de veinte años a esta parte no se había usado en España la tortura»

El mismo espíritu inspiró a las Cortes de Cádiz, que en 1811 aprobaban por unanimidad un decreto aboliendo la tortura. El decreto fue aprobado por unanimidad el 22 de abril de 1811: “Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta conformidad y unanimidad de todos los votos, declaran por abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica de afligir y molestar a los reos, por los que ilegal y abusivamente llamaban apremios; prohíben los que se

conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualesquiera que fuese su denominación y uso, sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea , pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios bajo responsabilidad y la pena por el mismo hecho de mandarlo de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas, leyes, órdenes y disposiciones que se hayan dado y publicado en contrario".

Tal prohibición se recogió en el art. 303 de la Constitución de Cádiz de 1812. El artículo 303 decía: "No se usará nunca del tormento ni de los apremios".

La posterior derogación de toda la normativa anterior por Fernando VII no va a suponer la restauración de la tortura, sino que la prohibición se mantuvo por medio de una Real Cédula de 25 de julio de 1814.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se ocupó de establecer medidas para impedir que se utilizase ninguna clase de tortura o de medios coactivos contra el imputado o los testigos por parte del juez o de otros funcionarios.

A partir de este momento se puede decir que queda excluida legalmente la tortura en España. Y ello, a pesar de que a nivel constitucional sigue una larga etapa de silencio hasta que la Constitución de 1978 declara expresamente en su art. 15 la prohibición de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Durante este periodo de prohibición de la tortura, la protección que ofrece el ordenamiento frente a ella es insuficiente e inadecuada. En efecto, sí bien en el ámbito procesal la LECr. de 1882 se vino a asegurar las garantías procesales al detenido

durante el curso de la investigación policial o judicial, los códigos penales españoles no ofrecieron un tratamiento de las conductas de tortura adecuado a su naturaleza.

Los primeros códigos otorgaron a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes una cierta regulación específica, pues si bien no tipificaban expresamente el delito de tortura se incriminaba los malos tratos o violencias que el funcionario público cometiera en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la pena que le correspondiera por el delito común cometido. Estos preceptos permitían subsumir en ellos la mayoría de los supuestos de tratos inhumanos o degradantes y de tortura.

5. LA CODIFICACIÓN

Así el Código penal de 1822 castigaba con la pena de privación de empleo y sueldo, más la pena que pudiera corresponderle al autor por razón del delito común cometido, al funcionario que maltratara de palabra o de obra o que aplicara violencias sobre las personas que «tuvieran que tratar con él por razón de su empleo o cargo público».

El Código penal de 1848 mantuvo esta prohibición en el art. 291, incriminando al empleado público que en el desempeño de sus actos de servicio «cometiere cualquier vejación injusta contra las personas, o usare apremios ilegítimos o innecesarios…». Se entiende que la pena que imponía era sin perjuicio de la que correspondiera por el delito común que en su caso cometiera.

Junto a esta disposición, el art. 287, 3 proscribía el uso de privaciones indebidas o rigor innecesario de presos o sentenciados. Este precepto, que ha perdurado hasta el Código penal actual, es de alcance más limitado, pues restringe su aplicación a los

funcionarios penitenciarios; además, ha sido objeto de una interpretación demasiado amplia e interesada de los términos «debido» y «necesario», conduciendo a una práctica escasa y poco afortunada.

En el Código penal de 1928 desapareció la figura de las privaciones indebidas o rigor innecesario, pero se mantuvo una disposición que castigaba con pena de inhabilitación especial, «sin perjuicio de las demás penas en que incurra si los actos de violencia fueran constitutivos de delitos» al funcionario público que «en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, empleare o haga emplear sin motivo legítimo, violencias innecesarias para la ejecución de los actos propios de su cargo».

Los restantes códigos, por el contrario, no dieron un tratamiento específico a las conductas de tortura, ya que a partir del Código penal de 1870 las disposiciones que en los códigos anteriores permitían subsumir los supuestos de tortura resultan inaplicables a dichos actos, al exigirse que la vejación injusta contra las personas fuera cometida por el funcionario público «con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano». Sólo se mantuvieron los preceptos que castigaban el uso de privaciones indebidas o rigor innecesario, cuyo ámbito de aplicación quedaba circunscrito a los funcionarios de prisiones.

Con esta regulación, los comportamientos de tortura o tratos inhumanos o degradantes sólo podían sancionarse si daban lugar a un resultado de un delito común. No existía, por tanto, un tratamiento específico del delito de tortura.

Este vacío legislativo se va a colmar en 1987 con la introducción del art. 204 bis, que tipifica como figura independiente el delito de tortura. Algunos autores, sin embargo, descartaron que con este precepto se cubriera tal laguna, sino que señalaron que las funciones que cumplía eran otras: intentar «plasmar la ruptura política con el pasado», «realizar un gesto político», o cumplir una «función pedagógica de la

conciencia colectiva». Es posible que el legislador tuviera tales intenciones, pero, sin lugar a dudas, la función fundamental que cumplió fue ofrecer una regulación expresa del delito de tortura.

Sistemáticamente este delito se incluyó entre las infracciones cometidas por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, y castigaba la conducta de la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de una investigación policial o judicial y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometieran algunos de los delitos contra la vida, la integridad o la libertad de las personas, o las faltas de lesiones, amenazas o coacciones contenidas en los artículos 582 y 585; o bien sometiere al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o le violenten su voluntad; las conductas de las autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias que realizaran esos delitos o esas faltas respecto de detenidos o presos; y, por último a la autoridad o funcionario que faltando a los deberes de su cargo, permitiese que otras personas ejecutaran los hechos anteriores.

Esta regulación, con una modificación del párrafo 2º que se realizó en la reforma de 1989, se ha mantenido hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995.

II. INTRODUCCIÓN. TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

1. REGULACIÓN

El Título VII, Libro II del Código Penal (artículos 173 a 177 del Código Penal) describe una serie de delitos que se caracterizan por proteger la dignidad humana, entendida como el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, en concordancia con lo previsto en el artículo 15 de la

Constitución Española, en el que se garantiza el derecho de todos a la integridad física y moral, sin que en ningún momento puedan ser sometidas a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

El citado título recoge los siguientes delitos: en el artículo 173.1 CP se tipifica el tipo básico de trato degradante y en el artículo 173.2 se recoge el delito de violencia doméstica habitual. En el artículo 174 CP se describe la tortura y en el artículo 175 CP se tipifican los demás atentados contra la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público. En el artículo 176 CP se prevé el castigo de la omisión determinante o favorecedora de la comisión de los anteriores delitos y en el artículo 177 CP se prevé la regla de concurso de esos delitos con las lesiones y demás daños que se pudieren causar por consecuencia de los mismos.

2. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

El artículo 173.1 CP fue modificado por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, incriminando las conductas de acoso laboral y acoso inmobiliario y dispone que "el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda."

En este delito, de carácter genérico, se tipifican como delito aquellos comportamientos que supongan un atentado contra la integridad física, que tengan un efecto inmediato sobre su esfera corporal y que además supongan la sumisión de la víctima a ciertas condiciones que conlleven una humillación grave. Se trata de un tipo residual que se aplica cuando la conducta no es subsumible en otro tipo delictivo o que, aún siéndolo, dicho tipo no es suficiente para castigar el aspecto denigrante de dicha conducta. Así se han castigado al amparo de este precepto conductas como rapar el pelo, obligar a vestir ropas ridículas, introducir objetos en el año etc.

Se entiende por acoso laboral el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno.

El problema de esta figura es que la acción típica es muy poco precisa y resulta difícil determinar cuándo se debe aplicar. En concreto se plantea el problema de aplicar o no esta figura como delito autónomo o aplicar para cada delito la agravante de ensañamiento. Esta cuestión se analizó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001 en la que se había producido una agresión sexual y el

agresor además había orinado sobre la víctima y le había pasado un pañal con heces por la cara.

Se discutió si junto a la agresión sexual debía añadirse un delito contra la integridad moral o si, por el contrario, lo procedente era castigar el delito de agresión sexual con la agravante de ensañamiento. En la sentencia se optó por esta última solución, reseñando las imprecisiones y dificultades interpretativas del artículo 173.1. La solución se razonó de la siguiente forma: "Como es sabido durante el debate parlamentario se oyeron autorizadas voces que consideraron superfluo este tipo penal y que subrayaron la imprecisión de su contenido. Es evidente que el hecho de que el artículo 15 de la Constitución Española garantice la interdicción de tratos degradantes, no constituye todavía una justificación de un tipo penal específico, dado que el reconocimiento de un derecho fundamental no es considerado como un mandato constitucional de protección penal, sin más.

Sobre todo porque es preciso tener en cuenta que ya los delitos contra el honor contienen una respuesta penal a comportamientos que comportan una afrenta a la dignidad de la persona y que las expresiones integridad moral no son precisamente una elección afortunada del legislador, dado que se refieren a un bien que no es fácil concebir como objeto de ataques ajenos, pues parece referirse en primera línea a una condición de la persona que sólo podría ser afectada por la propia conducta del sujeto.

Por estas razones la doctrina ha tenido serias dificultades en caracterizar la conducta típica constitutiva del presupuesto de hecho de la pena prevista en el artículo 173 del Código Penal. Por un lado se han propuesto interpretaciones que no pueden lograr una adecuada diferenciación conceptual entre la integridad moral y la libertad, como cuando se dice que la lesión de la integridad moral se produce cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir o cuando se afirma que ello tiene lugar cuando la persona es utilizada como medio, dado que siempre que una persona

es sometida a una vis compulsiva es utilizada como medio y lo que caracteriza los delitos contra la libertad es precisamente la eliminación de la capacidad de decidir por sí.

Por otro lado se han sostenido interpretaciones que no pueden ocultar una superposición de la integridad moral con el honor, como cuando se sostiene que dar un trato degradante es humillar, deshonrar, despreciar o envilecer, afectando la dignidad de la persona. La identidad de las palabras utilizadas con las que sirven ahora para definir el delito de injurias y con las que se empleaban en el artículo 457 del Código Penal de 1973 con la misma finalidad, revelan que tales conceptos no son inidóneos para precisar un tipo penal carente de paralelos en el derecho comparado. Estas consideraciones valen también para el fundamento del apoyo del Ministerio Fiscal que, se basa en el ánimo injurioso o de humillación sobreañadida que se percibe en la acción de los acusados.

Esta dificultad de caracterización del objeto de protección pone de manifiesto que el carácter injurioso de la acción o la privación de la libertad de decisión, por sí mismos, no son conceptos dotados de suficiente fuerza explicativa de la diferencia de gravedad de las penas previstas para el delito de injurias y las que se amenazan en el artículo 173 del Código Penal. Por tal motivo cuando las conductas que estamos considerando dan lugar a un aumento de la gravedad del hecho y esta gravedad puede ser perfectamente captada por alguna circunstancia agravante, en particular por la del artículo 22.5 del Código Penal, (aumento deliberado e inhumano del sufrimiento infligido a la víctima), el delito del artículo 173 del Código Penal no será aplicable y el mayor disvalor de la acción deberá encontrar expresión en la individualización de la pena. Consecuentemente, el ámbito de aplicación del artículo 173 del Código Penal quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias".

3. EL DELITO DE TORTURA

El artículo 174 recoge el delito de torturas en congruencia con los Tratados Internacionales ratificados por España. En concreto la tortura es definida a nivel internacional por la Convención contra la tortura y otros tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. En su artículo 1 se define la tortura en los siguientes términos: "se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas."

En el artículo 174 del Código Penal se dispone que: "1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho

a 12 años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior."

El delito de tortura se caracteriza, por tanto, por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Un elemento material constituido por una conducta o acción que produzca sufrimientos físicos o mentales, o produzca la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o la sumisión a otros actos atentatorios contra la dignidad moral. Para definir esta conducta el Código describe que en la tortura la víctima es "sometida a condiciones o procedimientos". Por sumisión de la víctima ha de entenderse una conducta coactiva por la que se somete a alguien mediante la violencia o por la fuerza bajo la autoridad o dominio de otra y por "condiciones o procedimientos" debe entenderse aquellas operaciones sucesivas o métodos coactivos que tienden a conseguir un resultado predeterminado.

b) Un elemento final o teleológico en cuanto la tortura persigue obtener una información del sujeto pasivo o castigarla anticipadamente por cualquier hecho que haya cometido o que se suponga que ha cometido.

c) Por último el tipo requiere una cualificación del sujeto activo en cuanto que éste tiene que ser autoridad o funcionario público que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

La regulación del delito de tortura se complementa con otros tres preceptos. En el artículo 175 CP se castiga de forma más leve cualquier otro atentado contra la

integridad moral de las autoridades y funcionarios públicos, cometidas con abuso de funciones, estableciéndose distinta pena según que tales atentados sean graves o leves. En el artículo 176 CP se describe un delito de comisión por omisión en cuanto que extiende las penas de las torturas a aquellas autoridades o funcionarios que por dejación de sus deberes hayan permitido que otras personas realicen los actos de tortura o demás atentados contra la integridad moral. Por último, el artículo 177 CP dispone que: "si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley". Es decir, además de castigar el atentado contra la integridad moral se castiga de forma autónoma cualquier daño o menoscabo físico que se pueda haber cometido con ocasión de dicho atentado. La existencia de esta regla de concurso de delitos, refuerza la autonomía del bien jurídico de los delitos de torturas y demás delitos contra la integridad moral.

4. DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL

La violencia doméstica y la violencia de género son una lacra que azota nuestra sociedad desde siempre y a la que se pretende poner coto de una forma decidida en los últimos tiempos. Se han sucedido las reformas para mejorar la protección de las personas afectadas por este tipo de conductas y precisamente la regulación penal y, en concreto, la definición de qué debe entenderse por "violencia habitual" ha sido uno de los centros de atención de los legisladores, de ahí que se hayan producido distintas y sucesivas revisiones de los tipos penales para castigar de forma severa y eficaz la violencia doméstica habitual. En el nuevo tipo penal se abandona toda consideración de este delito como privado y el bien jurídico que se protege es la paz familiar.

En el delito de maltrato familiar, tal y como ha señalado la jurisprudencia, constituye un aliud y un plus distinto cada uno de los concretos actos de agresión sobre los miembros de la familia. Los concretos actos de agresión acreditan la conducta del agresor, la habitualidad de su actuación y son objeto además de sanción independiente, de ahí que el bien jurídico protegido no sea la integridad física, sino la protección de la pacífica convivencia familiar.

En el artículo 173.2 CP se castiga lo siguiente: "2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada."

En este tipo penal se trata de sancionar la conducta del "maltratador" según terminología usual. Para ello se ha construido un tipo penal con los siguientes componentes:

a) Uso de violencia física o psíquica. El concepto de violencia física no plantea problemas en cuanto que ha de comprenderse en ella cualquier tipo de agresión. En cambio, el concepto de violencia psíquica es menos preciso y de más difícil prueba, pero ha de comprenderse en él todo tipo de presiones, coacciones, vejaciones, insultos y demás comportamientos sobre la víctima que supongan un menoscabo en la integridad psicológica del sujeto pasivo. Precisamente la reiteración en las conductas de presión resulta determinante para valorar la existencia de la violencia psíquica.

b) Se requiere que el uso de la violencia sea habitual y a ello se refiere el artículo 173.3 CP en el que se afirma que para valorar la habitualidad ha de atenderse al número de actos y la proximidad temporal de los mismos. El precepto además añade dos precisiones importantes en cuanto que los actos no necesariamente deben recaer sobre el sujeto pasivo y que no es preciso para valorar la reiteración o habitualidad que los actos de violencia hayan sido previamente enjuiciados. La referencia a actos de violencia sobre terceros indica que se valorará la habitualidad cuando la violencia se ejerza sobre distintas personas del mismo ámbito familiar y la advertencia legal de que para apreciar los actos de violencia previos no se requiere su enjuiciamiento previo, debe ser compatible con el principio de presunción de inocencia, por lo tales actos deberán ser objeto de cumplida prueba.

c) La violencia puede obedecer a cualquier fin.

d) Debe ejercerse sobre el elenco de familiares reseñados en el precepto y destaca, en relación con las relaciones de pareja que el sujeto pasivo puede ser el cónyuge y cualquier persona que haya estado ligada de forma análoga, aún sin convivencia, lo que plantea el difícil problema de aplicar esta figura a relaciones ocasionales o poco consistentes.

La conducta se encuentra agravada cuando la violencia se ejerce en presencia de menores o con uso de armas, y también cuando se cometa en el domicilio de la víctima o quebrantando una medida cautelar o pena de alejamiento.

Para concluir el comentario a este precepto resta por realizar una cita jurisprudencial que muestra con claridad la protección que pretende dispensar la norma y a qué supuestos debe aplicarse. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 18 de octubre de 2007 dispone en uno de sus fundamentos que: "como ya ha expuesto este Tribunal en anteriores resoluciones, ha de tenerse en cuenta, ante todo, que la violencia física o psíquica a la que se refiere el mencionado delito, es algo distinto de los concretos actos de agresión, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad física o psíquica, afectando a valores constitucionales de primer orden como es el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -artículo 10 de la Constitución Española-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral, con prohibición de los tratos inhumanos o degradantes -artículo 15 de la Constitución Española-, y en el derecho a la seguridad -artículo 17 de la Constitución Española-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39 de la Constitución Española.

Por ello, como hemos dicho, este tipo penal constituye una infracción distinta a los concretos actos de violencia, actos que sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y por tanto, ni el anterior enjuiciamiento de los mismos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (artículo 77 CP) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de julio de 2000 (Hechos Probados. El día 8 de octubre de 1997, sobre las 22 horas y estando la citada Concepción embarazada de 5 meses, tras una fuerte discusión, el acusado luego de insultarla reiteradamente, comenzó a darle bofetadas en la cara, y patadas en la espalda y hombros, una vez que la tiró en el suelo, causándole diversas contusiones en el labio superior, en zona medio-lumbar baja, en hombro derecho y región occipital, de las que curó tras primera asistencia facultativa en 5 días. Sobre las 23:30 del día 5 de enero de 1998, cuando el acusado en un estado de ira, similar a los anteriores, llegó al domicilio ya citado, y como quiera que tras golpear en la puerta y amenazar de muerte a su compañera (a la que creía dentro de la casa) no conseguía entrar, prendió fuego al felpudo situado ante la puerta, que se extendió a la propia puerta del domicilio y pudo alcanzar mayores y más graves dimensiones y consecuencias de no ser extinguido por Agentes del Cuerpo Nacional de Policía que acudieron alertados y por vecinos del inmueble que acudieron de inmediato). Señala que para apreciar la habitualidad, más que al número de acciones violentas, debe atenderse a la existencia de un estado continuado de agresión o violencia física o psíquica en que viva la víctima; y en esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. En conclusión, para la apreciación de este tipo penal no es necesaria siquiera la existencia de previas denuncias y previos partes de lesiones, bastando que con el adecuado material probatorio existente se acredite esa permanente situación de menosprecio y amenaza, evidentemente atentatorio tanto al derecho a la dignidad personal como a lo que constituye el normal desarrollo de la vida familiar; situación que, en el presente caso,

entendemos ha quedado debidamente acreditada, por las sucesivas agresiones que ha soportado la víctima a lo largo de los años de convivencia con el acusado, sujeto activo de la infracción, como ha puesto de manifiesto en el plenario la referida víctima, viniendo a ratificar lo declarado en la fase de instrucción y ante la Policía, insistiendo en que desde su llegada a España, en el año 2001, ha sido objeto de múltiples amenazas y golpes, tanto con las manos y piernas del agresor, como con toallas mojadas, que utilizaba éste, según declaró la testigo, para no dejar marcas.

III. EL TIPO PENAL DE TORTURA

El tipo penal de tortura tiene un carácter especial respecto del genérico de trato degradante, pues implica una finalidad concreta, y que su comisión sea realizada por una determinada clase de sujeto activo.

Efectivamente exige su comisión por autoridad o funcionario público y la finalidad del maltrato ha de ser el de «obtener una confesión o información de cualquier persona o castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche haya cometido».

La tortura, recogida en nuestro Código penal, ha sido definida por la Convención contra la Tortura y los Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, como todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona, dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, con el fin de castigarla por un acto que haya cometido, o también para intimidar o coaccionar a esa persona o a otros.

Tal definición se corresponde con la idea iniciada por el V Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1 de septiembre de 1975. Ideas también acogidas por el viejo artículo 204 bis del Código Penal que ha de analizarse en todo caso de acuerdo con los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Nueva York (RCL 1977\893 y ApNDL 3630), 3 del Convenio de Roma (RCL 1979\2421 y 6 de la Ley General Penitenciaria.

Los elementos que integran el delito de torturas previsto en el artículo 174 del Código penal se desglosan de la siguiente manera:

1) En un elemento material constituido por someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan alguno de los resultados siguientes: sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad.

2) La especial cualificación del sujeto activo, autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

3) El elemento teleológico que consiste en que la acción, condiciones o procedimientos ejecutados por el sujeto activo, lo sean con la finalidad de obtener una confesión o información o de castigar por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido el sujeto pasivo.

STS de 17/12/2003. Delito de torturas. Tortura vindicativa o de castigo: Concurre el elemento teleológico o finalista consistente en que la conducta del policía esté motivada por ánimo de castigo o represalia. Elementos:

a) Un elemento material constituido por someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan alguno de los resultados descritos a continuación, sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad.

b) La especial cualificación del sujeto activo, autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) Un elemento teleológico que consiste en que la acción, condiciones o procedimientos ejecutados por el sujeto activo, lo sean con la finalidad de obtener una confesión o información o de castigar por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido el sujeto pasivo.

Sometimiento a condiciones o procedimientos atentatorios contra la integridad moral. No se aprecia: La sumisión a estas condiciones o procedimientos comporta algo más que una actuación policial puntual y abusiva, como la consistente en un cabezazo en la cara y un puñetazo y un golpe en la cadera con la defensa policial, exigiéndose una actuación de cierta contumacia y persistencia en la acción delictiva por el funcionario público, y en ello consiste la diferencia entre este delito autónomo y el de lesiones con la agravante de prevalerse el culpable de su carácter público.

STS de 18 de enero de 1999 (RJ 1999\393). Reiterando lo señalado en la Sentencia de 2 de marzo de 1998, y tal y como se dice también en las Sentencias de 6 de junio de 1997 y 22 de septiembre de 1995 existe ya un estudio genérico sobre la tortura y los malos tratos. La tortura ha sido definida por la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, como todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella, o de un tercero, información o una confesión, o con el fin de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, también para intimidar o coaccionar a esa persona o a otros. Tal definición se corresponde con la idea iniciada por el V Congreso de la O.N.U. para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1 de septiembre de 1975. Ideas también acogidas por el viejo artículo 204 bis del Código Penal que ha de analizarse en todo caso de acuerdo con los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Nueva York, 3 del Convenio de Roma y 6 de la Ley General Penitenciaria. Y ha de analizarse teniendo en cuenta que el párrafo 2º del citado artículo 204 bis fue establecido por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, después de que la Constitución Española y los Tribunales hubieran demandado la necesidad de perfeccionar una figura delictiva totalmente incompatible con el espíritu democrático. Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un "plus" de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 y 28 de enero de 1979), conducta

repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física. Que había una investigación oficial en marcha, para investigar y averiguar unas "extensiones" producidas sobre determinados empresarios, está fuera de toda duda, como lo está también que, cuando los hechos acontecieron, se estaba esperando a la persona que iba a recoger un paquete con dinero en la Cafetería que se cita. Como quiera que la agresión brutal es manifiesta, solo cabe decidir si la misma tuvo como origen "obtener una confusión o testimonio" por parte de la víctima y en relación a lo investigado. Con lo cual queda claro que el delito no existe si la paliza recibida no guarda relación con tal finalidad, bien porque para nada se mencionara esa posibilidad cuando la agresión se produjo, bien porque las preguntas tendentes a la confesión o al testimonio se produjeran después del ataque físico. Es de lamentar sin embargo que la parquedad del hecho probado en ésta cuestión impida llegar a un delito que quizás devendría como lógica consecuencia a la brutalidad de lo acaecido, brutalidad que si no hay la finalidad antes dicha, resulta realmente incomprensible.

STS de 2 de marzo de 1998 (RJ 1998\1759). La tortura, los malos tratos o el trato degradante, ya sea en el ámbito doméstico, ya sea desde el punto de vista funcionarial, político, terrorista o, más concretamente, penitenciario, constituye sin duda un tema de palpitante actualidad porque los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución, por encima de cualquier disquisición jurídica, representan los pilares básicos del proceso justo amparado por la Carta Magna. De otro lado es evidente que el mantenimiento de las exigencias constitucionales, en su ya mas amplio significado, obliga antes, durante y después del proceso penal, con lo que, obviamente, también la ejecución de las condenas han de estar dentro de la órbita constitucional y del amparo que la misma supone cuando de los derechos de los reclusos se trata. Lo que en un principio fue una reivindicación y un clamor social en defensa de la dignidad humana, asumida en lo justo por la doctrina jurídica y por los

Tribunales, pasó después a ser un encomiable avance legislativo que a través del primitivo artículo 204 bis se fue depurando con la Ley Orgánica 3 de 1989 primero y con el ahora vigente artículo 174 del Código de 1995 después, aunque en todo caso no puede desconocerse la influencia que, a nivel internacional, representaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de Roma y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. El artículo 174 es distinto al primitivo artículo 204 bis porque su contenido es más claro, y a la vez, más amplio. No solamente se elimina la referencia a la investigación policial o judicial dentro de la cual el hecho delictivo tiene lugar, sino que establece como finalidad perseguida por el sujeto activo de la infracción, además de la de obtener una confesión o información, el castigar por cualquier hecho que hubiere o se sospechase haber cometido. Más sin embargo, cuando se alude en uno y otro texto al funcionario de instituciones penitenciarias que cometa los actos anteriores, queda siempre la duda de cuál fue la verdadera intención del legislador, concretamente si el delito por éstos cometido exige necesariamente las finalidades antes dichas que, sobre todo en el anterior Código, escapan de la común actividad desarrollada por funcionarios y reclusos en el ámbito de los Centros Penitenciarios. Es pues muy difícil en el contexto del anterior Código, asumir para los funcionarios de prisiones la investigación judicial o policial, con el fin de obtener la confesión o el testimonio al que aquel se refiere. Alrededor de tales supuestos, y por lo que al caso de ahora compete, es el artículo 187.5 del Código de 1973 el que establece, como figura delictiva, la imposición, a presos o sentenciados, de privaciones indebidas o rigor innecesario, precepto hoy asumido por el artículo 533 que únicamente añade, como manifestaciones del tipo, la imposición de sanciones también indebidas. Ya fuera del ámbito penitenciario, y ahora como creación "ex novo" del legislador, el artículo 173 vigente se refiere, en infracción abierta a cualquier tipo de sujeto activo, al trato degradante que menoscaba gravemente la integridad moral de la persona humana. Tal y como se dice en las Sentencias de 6 de junio de 1997 y 22 de septiembre de 1995 existe ya un estudio genérico sobre la tortura y los malos tratos. La tortura ha sido definida por la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, como todo acto por el cual se inflinjan intencionadamente a una

persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella, o de un tercero, información o una confesión, o con el fin de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, también para intimidar o coaccionar a esa persona o a otros. Tal definición se corresponde con la idea iniciada por el V Congreso de la O.N.U. para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1 de septiembre de 1975. Ideas también acogidas por el viejo artículo 204 bis del Código Penal que ha de analizarse en todo caso de acuerdo con los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Nueva York, 3 del Convenio de Roma y 6 de la Ley General Penitenciaria. Y ha de analizarse teniendo en cuenta que el párrafo 2º del citado artículo 204 bis fue establecido por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, después de que la Constitución Española y los Tribunales hubieran demandado la necesidad de perfeccionar una figura delictiva totalmente incompatible con el espíritu democrático. Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un "plus" de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 y 28 de enero de 1979), conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física. El artículo 187.5, que se corresponde con el artículo 533 del Código actual, supone, de

acuerdo con la Sentencia de 5 de julio de 1985, usar con los reclusos un rigor innecesario, como lo es la dureza y severidad desproporcionada con la normativa del régimen penitenciario, por lo que es imprescindible, para poderse apreciar la figura delictiva, que ésta severidad, dureza o rigor esté en conexión con la actividad desarrollada por los reclusos, lo que significa, una vez más dentro de la proporcionalidad, que el rigor devendrá en innecesario cuando el funcionario sea consciente de que las medidas acordadas son excesivas, innecesarias, desproporcionadas e injustas por cuanto que la actividad o conducta de los reclusos, dentro de la normalidad, no las hacia precisas. Medidas que, tampoco puede olvidarse, afectaban a trece reclusos de entre una población de mil quinientos. Se trata de una norma penal incompleta que obliga a acudir a otras normas complementarias, tales la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981 (hoy de fecha 9 de febrero de 1996). En cualquier caso este delito especial, porque como el anterior solo puede cometerse por quien sea funcionario de los Centros que el legislador indica, obliga, más que otros, a examinar cada supuesto de caso concreto. Habrá pues que analizar si los presos o sentenciados (reclusos o internos en la actual terminología) sufrieron ese rigor innecesario que se denuncia. El motivo se ha de desestimar. Si "usar de rigor innecesario" se refiere a la aplicación de medidas cuya severidad no resulte necesaria para el Derecho, en relación a la proporcionalidad de los bienes jurídicos a defender antes expuesta o al respeto de las normas penitenciarias, si eso es así, repítase, no se ha consumado tal delito, porque el trágico historial reseñado justificaba las restricciones que no implicaron la ausencia de la asistencia más elemental. Las facultades que la Ley y el Reglamento conceden a los funcionarios y las obligaciones de los reclusos, en un todo para la mejor convivencia del colectivo, avalan unas decisiones en las que lo que hay que examinar es si hubo, o no, un plus agravatorio en las medidas que había necesidad de adoptar (ver la Sentencia de 2 de febrero de 1996).

STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997\4594). De otra parte el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es cierto que establece la obligación que pesa sobre

los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticias de algún delito público, para denunciarlos inmediatamente al Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de Instrucción. Más carece de fundamento la denuncia que, en tal dirección, aquí se hace recaer sobre el médico forense, el propio Juez y la misma Sala sentenciadora (sic). Consta en las actuaciones que el Juez de Instrucción, ante la protesta formulada sobre malos tratos, hizo examinar al acusado por el perito forense que no apreció objetivamente ningún tipo de lesión, razón por la cual no se adoptó ninguna medida en orden a la investigación que en caso contrario hubiere sido obligado. El motivo se ha de rechazar. 1 La representación del acusado tuvo siempre a su alcance el ejercicio de cualquier denuncia o querella independiente por esos supuestos hechos delictivos en tanto no transcurriera el término de prescripción. 2 Ante los fines políticos y desacreditadores que muchas veces se persigue con alusiones o manifestaciones de esta naturaleza, lo único evidente ahora es la falta de prueba objetiva sobre la realidad de esos malos tratos constitutivos de un posible delito del artículo 204 bis (ver las Sentencias de 19 de diciembre y 23 de marzo de 1996, 30 de noviembre de 1995, 13 de diciembre y 15 de octubre de 1993).

STS de 22 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6743). El sexto motivo plantea el verdadero problema de fondo aquí debatido, por cuanto que a través del artículo 849.1 procesal denuncia la indebida aplicación del artículo 204 bis del Código. Como ha sido dicho en las Sentencias de 11 de junio y 10 de marzo de 1992, la tortura ha sido ya definida por la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, como todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella, o de un tercero, información o una confesión, o con el fin de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, también para intimidar o coaccionar a esa persona o a otros. Tal definición se corresponde con la idea iniciada por el V Congreso de la O.N.U. para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1 de septiembre de 1975. Ideas también acogidas por el actual artículo 204 bis antes citado que ha de analizarse en todo caso de acuerdo con los artículos 5 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Nueva York, 3 del Convenio de Roma y 6 de la Ley General Penitenciaria. Y ha de analizarse teniendo en cuenta que el párrafo segundo del precepto, precisamente el asumido en la instancia por el Fiscal, fue establecido por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, después de que la Constitución y los Tribunales hubieran demandado la necesidad de perfeccionar una figura delictiva totalmente incompatible con el espíritu democrático. Como valor derivado del artículo 15 constitucional aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un "plus" de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad (Sentencias del Tribunal Europeo de 25 de febrero de 1982 y 28 de enero de 1978), conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física. El delito de torturas del artículo 204 bis no constituye en principio más que un tipo cualificado y agravado de otras infracciones. El delito y sus distintas modalidades exige: a) un sujeto activo, Autoridad o funcionario público; b) una actividad específica producida en el curso de una investigación oficial o judicial; y c) un ánimo tendencial que pretende conseguir del sujeto pasivo una confesión o un testimonio determinado. Pero, tal ha sido antes indicado, si los tres primeros párrafos relacionan los malos tratos con otra infracción a la que la conducta incriminada está especialmente vinculada, el cuarto párrafo, por el contrario, mantiene una autonomía propia en cuanto castiga la intimidación y la

violencia torturante sin relación más que con un genérico procedimiento en curso, o investigación de un delito. El motivo ha de rechazarse porque toda la doctrina antes expuesta, necesaria de otro lado si se quiere la mejor comprensión, carece de aplicación concreta a los hechos probados que, como es sabido, han de ser respetados si no se quiere incurrir en la inadmisión del artículo 884.3 procesal. Las actuaciones acreditadas y asumidas por los jueces de la Audiencia no permiten asegurar la comisión de alguna de las infracciones que el precepto señala, tampoco el interrogatorio intimidatorio o violentamente contrario a la voluntad de la supuesta víctima. Para ello el Tribunal se cuida de señalar determinadas afirmaciones basadas en los informes médicos así como las dudas que le ofrecen las declaraciones o las secuelas físicas aparentemente incriminatorias.

IV. ELEMENTOS OBJETIVOS

El art. 174 recoge el delito de tortura, la única figura delictiva del presente Título con precedente en el Código penal de 1973. Se configura como la forma más grave de los atentados contra la integridad moral, es preciso detenerse en la estructura típica.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos

específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, si no a las circunstancia de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

La mayor gravedad de la pena se ha justificado en la doctrina atendiendo a diversas razones que ponen de manifiesto distintas concepciones del delito de tortura. Un sector doctrinal, basándose en la doctrina elaborada en el Derecho internacional, justifica la mayor intensidad de la reacción punitiva en la mayor gravedad del sufrimiento. Se concibe la tortura como una forma agravada de tratos inhumanos y degradantes que ocasiona sufrimientos físicos o psíquicos muy graves y crueles. En mi opinión, no se puede trasladar esta doctrina internacional a nuestro Derecho interno, porque en el Código penal la distinción entre los tratos degradantes del art. 173 y la tortura del art. 174 no reside en el criterio de la intensidad del sufrimiento infligido, sino que el legislador ha incluido en el delito de tratos degradantes los atentados graves contra la integridad moral cometidos por particulares mientras que en el art. 174 se subsumen tanto los atentados graves como los no graves a la integridad moral perpetrados por la autoridad o los funcionarios públicos con una determinada finalidad.

Otros autores, sin embargo, fundamentan la mayor pena del delito de tortura en base a la cualidad del sujeto activo y a la finalidad perseguida. Lo que da sustantividad a este delito es que el atentado a la integridad moral es realizado por una autoridad o funcionario público con el fin de obtener una confesión o información, o de castigarlo. Supone, por tanto, además del atentado a la integridad moral, un abuso de poder y una

violación de las garantías constitucionales y legales del detenido. Esto significa que la mayor gravedad del delito de tortura se justifica, por un lado, porque el ataque a la integridad moral se configura como un ataque cualificado por la condición funcionarial del sujeto activo y, por otro, por la finalidad perseguida por el funcionario. Sólo existirá tortura si el funcionario público realiza tal atentado con la finalidad de obtener una confesión o información, castigarlo, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.

De lo anterior se puede deducir que el mayor injusto y la consiguiente mayor pena del art. 174 en relación con el art. 173 vienen determinados por la infracción de ciertos deberes especiales que aparecen vinculados a las normas que rigen el proceso de investigación policial o judicial o la custodia de los detenidos. Si se tratara de cualquier otro deber ligado a la función pública estaríamos ante el tipo penal del art. 175.

Desde esta perspectiva se puede afirmar con la doctrina dominante que el delito de tortura es un delito especial impropio, pues la infracción de esos deberes especiales no fundamenta la punibilidad sino la agravación de la pena. Pero esta afirmación, es cierta sólo en parte. Efectivamente, los atentados graves a la integridad moral si son realizados por quien no posee la condición personal exigida realizan el art. 173; pero no se puede decir lo mismo de los atentados no graves a la integridad moral que sólo serán típicos cuando sean realizados por una autoridad o funcionario público. Por tanto, respecto de los atentados graves, aquella circunstancia fundamenta la agravación, característica que lo configura como un delito especial impropio, pero respecto de los atentados no graves, la circunstancia fundamenta su punibilidad, lo que impide afirmar su estructura como delito especial impropio.

En cualquier caso, sujeto activo del párrafo 1º del artículo 174 sólo puede ser la autoridad o los funcionarios públicos. Pero no se trata de cualquier persona que reúna los requisitos del art. 24 del Código penal, sino que un análisis de los restantes

elementos del tipo y una interpretación sistemática nos obliga a una mayor concreción de la clase de autoridad o funcionario público de la que se trata.

De la redacción del tipo se deduce una importante concreción: se deberá de tratar de una autoridad o funcionario que por razón de su función participe en la investigación judicial o policial o en la custodia de los detenidos. Tal precisión se deriva de la conexión de los dos requisitos exigidos por el tipo: Por una parte se alude a que la autoridad o funcionario actúe con «abuso de su cargo» y, por otra, que lo haga con «el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». La primera exigencia de abuso de su cargo significa que éste utilice las atribuciones o facultades que la función pública le atribuye, aprovechándose de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, para ejecutar la acción que suponga un atentado a la integridad moral. Pero estas atribuciones o facultades deben estar enderezadas a las finalidades exigidas por el tipo, lo que implica que se refiere sólo a aquellas funciones que le permitan al funcionario detener o practicar otras diligencias dirigidas a esclarecer los hechos o a identificar al autor, o bien custodiar al detenido. Y ello sólo compete a los funcionarios que tienen encomendada la función de investigación y persecución de delitos o la custodia de los detenidos.

Como consecuencia de lo anterior, sujetos activos serán no sólo los funcionarios que participen en la investigación judicial o policial, como ocurría con arreglo al Código penal derogado, sino también los funcionarios que en el ejercicio de sus funciones tengan encomendada la custodia del detenido.

En ambos casos se trata de autoridades o funcionarios públicos que tienen un deber especial respecto de la integridad moral de los detenidos, pues en el ejercicio de sus funciones cuentan con un poder de hecho sobre los mismos.

Esta concreción viene confirmada por una interpretación sistemática, pues el párrafo 2º del art. 174 incluye, además, como sujetos activos del delito de tortura a la autoridad y funcionarios públicos de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, respecto de detenidos, internos o presos, y el art. 175 castiga como responsables de delito distinto a las restantes autoridades o funcionarios públicos que atenten contra la integridad moral: Lo que viene a confirmar que el delito de tortura del párrafo 1º del artículo 174 no se refiere a todo tipo de funcionarios públicos, sino sólo a aquellos que participan en la investigación judicial o policial o en la custodia de los detenidos.

Esta interpretación nos permite incluir como sujeto activo del delito de tortura al funcionario médico encargado de un centro de detención o de un centro penitenciario, pues en el ejercicio de sus funciones puede tener un poder de disposición sobre el detenido o preso. No cabe incluir, por el contrario, a los vigilantes privados de seguridad, pues ni son autoridad ni funcionarios públicos. Su inclusión supondría ensanchar el concepto de funcionario público establecido en el art. 24 del Código penal. Con la nueva configuración del delito de tortura como un tipo agravado del delito de atentado a la integridad moral del art. 173, se cierran las puertas al debate sobre si deben ser sujetos activos también los particulares.

Un sector doctrinal amplía el círculo de sujetos activos a toda autoridad o funcionario que tenga competencia «genérica» en las actividades indagatorias y sancionadoras del Estado, incluyendo también a los funcionarios que sean competentes para llevar a cabo o participar en procedimientos administrativos en los que haya de obtenerse una confesión o información o dirigidos a imponer una sanción. En mi opinión, no cabe en estos funcionarios fundamentar un deber especial de garantizar la integridad moral de la víctima, en cuanto que no existe un poder de disposición sobre la víctima.

Por último, se ha propugnado por un sector doctrinal que se prescinda de la mención a la autoridad, puesto que toda autoridad es también funcionario público a efectos penales. En efecto, el concepto de autoridad entraña siempre participación de la función pública y se vincula al ejercicio de un poder.

Desde la interpretación que aquí sostenemos se puede explicar el sentido del párrafo 2º del artículo 174, sin necesidad de entender que es un precepto superfluo ni de forzar su tenor literal para concebirlo como delito autónomo y distinto al delito de tortura.

En efecto, para el sector doctrinal que parte de que sujeto activo del delito de tortura puede ser toda autoridad o funcionario público se ha de concluir, lógicamente, que el párrafo 2º del artículo 174 es un precepto superfluo, pues los funcionarios de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores también son funcionarios públicos y caben perfectamente en el tipo previsto en el párrafo 1º del citado precepto.

Otro sector doctrinal califica esta última interpretación de absurda y estima que el citado párrafo 2º no se refiere a las torturas infligidas en el ámbito penitenciario sino que tiene su sentido porque sanciona como delito autónomo las mismas conductas del delito de tortura cuando son realizadas con fines distintos a los que integran el elemento subjetivo de lo injusto de este delito. Sin embargo la exclusión de las finalidades del delito de tortura de los «actos» a los que alude este párrafo 2º no encuentra apoyo ni en el tenor literal del precepto ni en la finalidad de la norma. Al contrario, supone, en primer lugar, forzar el tenor literal, pues interpretar la expresión «actos a los que se refiere apartado anterior» como referido sólo a los elementos objetivos y no a los subjetivos implica dar un sentido a tal expresión que difícilmente encaja en su tenor literal. Por otro lado, supone sacar del delito de tortura un comportamiento que aparece regulado en otro lugar del mismo artículo 174, siendo más acorde con una interpretación sistemática entenderlo en el mismo sentido del apartado 1º, como una modalidad de

tortura. Y por último, no existe ninguna razón que explique por qué se habría de castigar con más pena los atentados a la integridad moral cometidos por los funcionarios de instituciones penitenciarias sin las finalidades aludidas que los mismos atentados cometidos por otros funcionarios con tales finalidades respecto de un detenido.

A partir de lo anterior, creo más correcto interpretar este apartado 2º como un delito de tortura infligida en el ámbito penitenciario. De manera que si un funcionario de instituciones penitenciarias realizara atentados contra la integridad moral del interno con finalidades distintas a las que caracterizan el delito de tortura su conducta se subsumiría en el tipo penal del artículo 175.

Cabe señalar, de acuerdo con la interpretación que aquí ofrecemos del reiterado párrafo 2º del artículo 174, que, además de las autoridades o funcionarios públicos que en el ejercicio de su función participen en la investigación judicial o policial o en la custodia de los detenidos, son sujetos activos las autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores en relación a los detenidos, internos o presos. En ambos casos se puede fundamentar un deber especial de garantizar la integridad moral del privado de libertad y pueden asimismo en el ejercicio de su función buscar una información o castigarlos. Por funcionarios penitenciarios, en sentido estricto, se ha de entender a los funcionarios encargados de las instituciones donde se ejecutan las penas o medidas de seguridad privativas de libertad, que se regulan en la Ley General penitenciaria. Se incluyen aquí, si seguimos esta interpretación estricta, los funcionarios que realizan sus funciones en los establecimientos de preventivos, de cumplimiento de penas y en los establecimientos especiales, quedando fuera del tipo los funcionarios, municipales, que se encargan de la custodia de los que se encuentran en los depósitos municipales en cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana. Estos funcionarios tampoco se incluirían en el apartado 1º, pues no se trata de funcionarios en el ejercicio de funciones de investigación judicial o policial o de custodia de detenidos, sino funcionarios que ejercen funciones de custodia de condenados a una pena privativa de libertad. A la vista

de las conclusiones obtenidas con la interpretación estricta, parece más conveniente realizar una interpretación material que permita la inclusión de estos últimos supuestos. Un concepto material de institución penitenciaria entendiendo por tal «toda aquella que se ocupe de la retención o custodia de personas privadas de libertad por imposición de una pena o medida de seguridad o porque se encuentren a disposición judicial». Este concepto permite incluir a los funcionarios municipales cuando realicen funciones de custodia de condenados a la pena de arresto de fin de semana y también a los funcionarios de los centros de internamiento de extranjeros pendientes de expulsión, pues una vez transcurridas las primeras 72 horas están a disposición judicial. Resulta, por último, acertada la mención realizada por el legislador a los funcionarios de centros de protección o corrección de menores, pues estos se encuentran en la misma situación de sujeción que los adultos detenidos o privados de libertad.

En suma, tras las observaciones precedentes cabe señalar que sólo podrán ser sujetos activos del delito de tortura del art. 174 las autoridades o funcionarios públicos que tengan un deber especial respecto de la integridad moral de los detenidos o presos. Se incluyen aquí no sólo los funcionarios que participan en una investigación judicial o policial, como ocurría con arreglo al Código penal derogado, sino también los funcionarios que en el ejercicio de sus funciones cuenten con un poder de hecho sobre un privado de libertad, es decir, cualquier funcionario público que en el ejercicio de sus funciones pueda tener a su disposición a una persona detenida o presa.

Se plantea a continuación la necesidad de delimitar estos dos preceptos relativos al delito de tortura, sobre todo el párrafo 2º conforme a la interpretación que aquí sostenemos, del delito de privaciones indebidas o rigor innecesario del artículo 533.

La jurisprudencia ha seguido con el viejo Código un criterio teleológico, indicando que la diferencia entre los dos delitos «descansa en el fin que impele a la conducta, consistente en el deseo de rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario en el primer precepto (art. 187. 5), y la finalidad de aumentar o

agravar el estado de los reclusos en la segunda infracción punitiva (art. 204 bis)». Este criterio no ha sido aceptado por la doctrina. Los autores han propuesto tres criterios diferentes de delimitación.

Una opinión doctrinal atiende a la distinta naturaleza de los delitos. Así en el delito de rigor innecesario estamos ante una detención ilegal, que se caracteriza porque el internamiento del sentenciado o preso tiene lugar bajo un régimen excesivamente riguroso, mientras que en el delito de tortura se regulan supuestos distintos de comisión de determinados hechos punibles con un determinado fin.

Otro sector doctrinal delimita estas dos figuras en función de los hechos cometidos por el funcionario. Se señala que si los hechos cometidos no son por sí solo punibles o si el resultado se produce por imprudencia se aplicará el antiguo artículo 187.5 y en los demás casos el párrafo 3º del artículo 204 bis.

Por último, otra dirección, basándose en la legislación penitenciaria, liga el tipo de rigor innecesario a la aplicación de las normas penitenciarias, de modo que el artículo 187.5 recogería aquellos supuestos de aplicación de las normas penitenciarias por los funcionarios que dolosamente causen al recluso lesiones de los bienes jurídicos del interno en grado superior a lo permitido por las leyes penitenciarias, así como las privaciones indebidas de cualquier otro derecho que legítimamente le corresponda.

La nueva regulación del delito de tortura permite una más clara delimitación entre el párrafo 2º del artículo 174 y el artículo 533. Conforme a la orientación que aquí sostenemos, el ámbito de aplicación de la tortura penitenciaria sería los atentados a la integridad moral cometidos con el fin de castigar o de intentar obtener información o confesión, mientras que el artículo 533 se aplicaría a los supuestos de infracción de otras garantías que la legislación penitenciaria establece para los reclusos. Si la infracción de estas garantías supusiera ya un atentado a la integridad moral, cabe

plantearse un concurso de normas con el apartado 2º del artículo 174, siempre que la finalidad perseguida sea la exigida en el delito de tortura, o con el artículo 175, cuando se realice con cualquier otra finalidad. En ambos casos se ha de entender que el tipo de privaciones indebidas o rigor innecesario quedaría consumido en los delitos contra la integridad moral.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona privada de libertad de la que se pretenda obtener una confesión o información propia o de un tercero, o a quien se quiera castigar. Aunque la nueva regulación no exige que sea un «interrogado», como hacía el antiguo art. 204 bis, sí se requiere que sea alguien privado de libertad, es decir, una persona detenida o presa, ya que el tipo exige que esté bajo el poder de hecho de la autoridad o funcionario público. Por otro lado, puede que el sujeto pasivo no coincida con la persona sobre quien se realizan los actos, lo que sucederá en los casos de tortura oblicua, donde para conseguir la confesión o información se somete, en su presencia, a otra persona a procedimientos o condiciones inhumanas o degradantes.

En cuanto al contenido objetivo típico, la nueva regulación del delito de tortura presenta novedades muy significativas. Novedades que se inspiran en la voluntad del legislador de asumir plenamente el compromiso internacional de abolir la tortura y en la confirmación de la autonomía propia del delito de tortura.

Lo primero que llama la atención es que el artículo 174 utiliza el término de tortura y ofrece su definición, a diferencia del Código penal anterior que ni utilizaba el término de tortura ni contenía dicho concepto, limitándose a agravar determinados comportamientos típicos cuando fueran realizados por autoridad o funcionario público en el curso de una investigación judicial o policial y con el fin de obtener una confesión o testimonio.

Esa definición se identifica con el concepto de la doctrina dominante y se corresponde con el acuñado en el Derecho internacional, que se recoge en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, elaborada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

De todas formas, y por lo que se refiere al contenido objetivo típico, el concepto legal es más amplio que el contemplado en el artículo 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas, pues abarca no sólo el sometimiento a condiciones o procedimientos que causen sufrimientos físicos o mentales, sino también a los que sean aptos para suprimir o disminuir sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o a los que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral y, además, no se precisa que los dolores o sufrimientos causados sean graves. En este último aspecto, el legislador español ha roto con la tradición internacional de distinguir tortura y trato degradante con arreglo al criterio de la gravedad o intensidad, considerando tortura cualquier atentado contra la integridad moral infligido por autoridad o funcionario público en las circunstancias o situaciones típicas previstas en el artículo 174, configurándose la gravedad del atentado como una circunstancia cualificadora de un subtipo agravado. La acción, en cualquier caso, debe poseer una determinada magnitud o aptitud general para lesionar el bien jurídico protegido, la integridad moral; si el hecho no tiene entidad suficiente para ser calificado como atentado a la integridad moral sino sólo como un rigor innecesario sería de aplicación, en su caso, el tipo penal previsto en el artículo 533.

Esta amplitud de los comportamientos abarcados por el tipo ha sido criticada por la doctrina. Este aspecto no es censurable, al contrario, todo atentado a la integridad moral cometido por autoridad o funcionario público con fines de obtener información o confesión o de castigar es perfectamente incluible en el concepto de tortura, sobre todo si tenemos en cuenta que es distinta la pena según la gravedad del atentado.

El contenido objetivo típico consiste en someter a una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que de otro modo atenten a su integridad moral. Se está aludiendo, pues, a cualquier acción que por sus circunstancias sea capaz de causar un atentado a la integridad moral.

La indeterminación de los medios de la acción típica se deduce de la cláusula de cierre que utiliza el legislador para aludir a la acción, «o de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral». Tal formulación permite incluir en el tipo muy diversos comportamientos. No existe duda de la inclusión de los comportamientos violentos, entendiendo como tales aquellos que utilicen fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como los golpes, maltratos físicos etc. Estamos aludiendo en estos casos a la denominada tortura física, ya sea empleada como castigo o para lograr una declaración o información. En este último caso se tratará de una «puesta en escena» a través de la cual se pretende crear en el detenido una situación de temor derivada del ambiente de presión y agresión física originados.

También son incluibles comportamientos que, sin ejercer fuerza física sobre el detenido, tienen virtualidad para incidir sobre su integridad moral. Este es el caso de los medios psíquicos o químicos que supongan la merma de la capacidad del detenido, como son las técnicas de desorientación sensorial, el suministro de narcóticos, el suero de la verdad, el ejercicio de violencia sobre otras personas con las que se tiene una cierta relación de afectividad, la amenaza a familiares, el suministro de noticias falsas, el sometimiento a situaciones de presión psíquica como la de presenciar el cadáver de la víctima.

Estos medios psíquicos o químicos dan lugar a la conocida como tortura mental.

Estas dos clases de tortura pueden ser, a su vez, directas, si existe identidad entre el torturado y aquél cuya confesión o información se trata de conseguir o se trata de castigar, y oblicuas, cuando a través del sufrimiento infligido directamente a un tercero se causa indirectamente un sufrimiento mental a otro, que es de quien se espera obtener, debido a su sufrimiento, el resultado buscado por el funcionario. Esta última modalidad de tortura queda excluida del tipo del artículo 174 por entender que las expresiones utilizadas en la descripción de la conducta -«la sometiere», «le supongan» y «su integridad moral»- determinan la exigencia de identidad entre el torturado y aquél del que se trata de conseguir una información o confesión. En mi opinión, el tipo no excluye la tortura oblicua porque, si bien es verdad que las alusiones al resultado típico van referidas a la persona de quien se trata de conseguir la información o declaración o el castigo, como por lo demás no podía ser de otro modo, ello no impide que en los casos de la tortura oblicua se den todos los elementos exigidos por el tipo. Veamos un ejemplo: un policía que trata de obtener una declaración de un detenido y para obligarle a ello golpea a un familiar o amigo, también detenido, en una sala contigua con el fin de que el primero tenga conocimiento de los sufrimientos que se le están infligiendo. Aquí se puede afirmar que el detenido cuya declaración se quiere obtener ha sido sometido a condiciones que le suponen un sufrimiento mental o, en cualquier caso, que atentan contra su integridad moral.

En cuanto a la situación típica en la que debe darse el resultado, el Código anterior circunscribía el presente delito al marco estrecho del curso de una investigación judicial o policial. La nueva regulación ha suprimido esa referencia situacional, permitiendo con ello ampliar el campo de aplicación del delito de tortura. Pero tal eliminación no conduce a considerar que este delito sea de aplicación a todo funcionario público que en cualquier situación atente contra la integridad moral de otra persona, sino que el tipo alude sólo a las situaciones en las que el funcionario ejerce funciones de investigación o persecución de delitos o de custodia del detenido. Esta restricción viene sugerida por la referencia al abuso de su cargo y a la finalidad de obtener una confesión o información o de castigar por cualquier hecho, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.

Por lo que se refiere al resultado típico, un sector doctrinal ha señalado, con razón, que la alusión a los sufrimientos físicos o mentales y a la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión no son sino modalidades ejemplificativas de agresiones a la integridad moral. Por tanto, el resultado típico viene determinado por un atentado a la integridad moral que, a diferencia del delito de tratos degradantes, no se exige que sea grave.

El delito de tortura puede ser cometido también por omisión de una autoridad o funcionario público. No cabe duda de que mediante una omisión se puede someter a un detenido a condiciones que le reporten sufrimientos físicos. Así se califica como tortura el no suministro al detenido de los alimentos necesarios para vivir. Por otra parte, el hecho de que estemos ante un delito de resultado material con indeterminación de los medios hace que se admita, sin reservas, por parte de la doctrina la comisión por omisión de este delito.

Tal posibilidad ha sido prevista expresamente en el artículo 176, que sanciona a la autoridad o funcionario público que faltando a los deberes de su cargo permita que otros atenten contra la integridad moral ajena. La doctrina de forma unánime y la jurisprudencia han calificado este precepto como un supuesto de atentado a la integridad moral en comisión por omisión expresamente tipificado.

La tipificación expresa de un delito de comisión por omisión tiene como función mostrar la equivalencia desde el punto de vista de lo injusto de la omisión con la acción en los supuestos a los que alude. Así, conforme a este precepto los atentados a la integridad moral cometidos por otras personas se le imputan a título de autor a la autoridad o funcionario público que los hayan permitido faltando a los deberes de su cargo. La autoridad o funcionario público responderán por estos hechos como si hubieran sido realizados materialmente por ellos mismos.

Se podría afirmar que si ésta es la función a cumplir por el artículo 176 este precepto es superfluo porque a la misma conclusión se puede llegar aplicando el artículo 11 en relación con los artículos correspondientes de los delitos contra la integridad moral. Pero ello no es así por varias razones. En primer lugar, porque sirve para aclarar las dudas que puedan existir sobre si las conductas descritas en los artículos 174 y 175 son o no susceptibles de comisión por omisión.

En segundo lugar, no es superfluo el precepto porque, contempla no sólo supuestos de autoría omisiva, comportamientos pasivos de no-impedimento de los actos punibles, sino que permite resolver satisfactoriamente problemas de autoría y participación que presenta este delito, extendiendo la pena a supuestos de autoría mediata con instrumento no cualificado y a la autoridad o funcionario público que por no haber realizado actos de ejecución típica en comisión por omisión ni directa ni mediatamente no resultan autores, pero su conducta de cooperación omisiva a un hecho típico con infracción de un deber específico justifica su tratamiento al nivel de la autoría.

No parece que este tipo, sin embargo, cumpla la función de incluir supuestos donde la autoridad o funcionario público que tolera o permite no tiene la posición de garante respecto de la integridad moral de que se trata. Esto ocurre, por ejemplo cuando un guardia civil tiene conocimiento de que su comandante, responsable de la investigación de un determinado detenido, está practicando torturas para conseguir una declaración. El guardia civil tiene el deber de impedir cualquier práctica que entrañe violencias físicas o morales, pero no tiene entre sus funciones específicas garantizar el respeto de los derechos de ese detenido. En este sentido no tiene la posición de garante aunque sí la obligación de impedir que se cometa el delito o de ponerlo en conocimiento de la autoridad. La existencia o no de la posición de garante determinará que se le castigue con la misma pena que si hubiera realizado por sí mismo la tortura, artículo 176, o, por el contrario, ante una omisión que constituya sólo el tipo penal del artículo.

De lo acabado de decir se deriva una limitación típica referida al sujeto activo. Este sólo puede ser una autoridad o funcionario público que tenga en el ejercicio de sus funciones el deber de garantizar la integridad moral de la persona sobre la que se realizan atentados a su integridad moral. Este deber de garantía surge, en general, para todos los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que impone a ellos el deber de impedir prácticas que impliquen violencia física o moral, y para los funcionarios de instituciones penitenciarias del artículo 34 de la Ley General Penitenciaria que establece para ellos el deber de velar por la integridad de los internos.

Comete el delito del artículo 176 en relación con el artículo 174 aquella autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su cargo hayan asumido la investigación judicial o policial o la custodia del detenido, es decir, que hayan asumido la dirección y organización del ámbito donde se encuentra el detenido y permitan que otra persona atente contra su integridad moral para conseguir una confesión o información o para castigarlo. Me refiero a aquellos casos en los que el funcionario responsable de la investigación permite que otros funcionarios o particulares realicen torturas al detenido. Aquí la posición de garante del funcionario queda suficientemente acreditada, ya sea desde una perspectiva formal, basándose en que la ley atribuye a estos funcionarios el deber de garantizar la integridad del detenido, bien desde una perspectiva material, que funde la posición de garante en el control o dominio de la causa fundamental del resultado, ya que estos funcionarios tienen el dominio sobre el ámbito en el que se ha producido el resultado. La situación de dependencia del detenido de estos funcionarios fundamenta ese deber especial de salvaguarda de su integridad.

La jurisprudencia sólo ha aplicado este delito de comisión por omisión respecto de funcionarios que por su cargo tienen la función de dirigir la investigación del detenido. Cuando se trata de cualquier otro funcionario que no tiene una función específica respecto de la investigación del detenido pero que, teniendo conocimiento de

las torturas practicadas por otros compañeros, no hace nada para impedirlo ni realiza actividad alguna de denuncia o persecución de sus autores, aplica el delito de prevaricación del antiguo artículo 359.

En la doctrina se discute si caben otros profesionales, como los médicos de los centros policiales y penitenciarios que conociendo que un detenido o preso ha sido objeto de tortura no lo denuncian o lo ocultan en su informe, o los inspectores médicos o de enseñanza que pudieran tener conocimiento de tratos degradantes o tortura en centros públicos o privados y los consintieren.

El delito de tortura en comisión por omisión sólo puede ser cometido por la misma categoría de funcionarios que puedan realizar el tipo del artículo 174, es decir, los que por razón de su función están encargados de la investigación judicial o policial de los detenidos o los que en el ejercicio de sus funciones cuentan con un poder de hecho sobre el detenido o preso y permitan el atentado a la integridad moral con el fin de obtener una confesión, información o de castigarlo. Ejemplo típico sería el funcionario de policía responsable de la instrucción del atestado de un detenido que no impidiese que otra persona sometiera al detenido a condiciones o procedimientos atentatorios contra la integridad moral para conseguir una confesión. Cabe incluir también aquí, a título de cooperación omisiva, al médico de un centro policial o penitenciario que teniendo conocimiento de que un preso o detenido está siendo torturado, lo ocultase y no lo denunciase. Todas las demás autoridades o funcionarios públicos que tenga un deber específico de salvaguardar la integridad de los detenidos o presos a su cargo y, fuera de los casos anteriores, permitiesen, pudiendo evitarlo, un atentado a la integridad moral serán responsables del delito previsto en el artículo 176 en relación con el delito del artículo 175. Se subsumen aquí tanto los funcionarios a los que alude el delito de tortura que permitiesen que otros atenten contra la integridad moral del detenido o preso que se encuentra bajo su responsabilidad, pero con una finalidad distinta a la exigida en el tipo legal del artículo 174, como cualquier otra autoridad o funcionario, distinto de los incluidos en el delito de tortura, que no

impidiesen, pudiendo hacerlo, los atentados a la integridad moral de un detenido o preso. Por último, la autoridad o funcionario público que en el ejercicio de sus funciones tuviera conocimiento de que un particular inflige a otro un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral y no lo impidiese será responsable de un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408, pero no se le podrá imputar el delito de trato degradante en comisión por omisión en virtud del artículo 176, pues el funcionario no tiene una posición de garante específica respecto de la integridad moral de la víctima.

La acción típica del artículo 176 viene descrita con el verbo «permitir». Permitir equivale a no impedir que se realicen los hechos descritos en los artículos anteriores, es decir, consentir, tolerar que se realicen los atentados a la integridad moral. Pero en la medida que se trata de permitir violando los deberes de su cargo se concreta siempre en supuestos donde la autoridad o el funcionario público tiene un dominio potencial del hecho en tanto que puede con su intervención impedir la acción típica o su continuación. De ahí, sin embargo, no creo correcto deducir, como hace un sector doctrinal, que siempre deba existir una relación de superioridad de la autoridad o funcionario sobre el que realiza los hechos. Lo que se deduce de la descripción de la acción típica, en mi opinión, es que la autoridad o funcionario público posee el control de la situación o ámbito donde existe el peligro para la integridad moral, de ahí su posición de garante. Esta asunción o control del ámbito donde se realiza la acción conlleva generalmente una preeminencia jerárquica, pero no necesariamente, sobre todo en relación con los supuestos de hecho abarcados por el artículo 175.

El tipo objetivo exige, además, que concurra la relación de causalidad y la imputación objetiva, elementos que no presentan peculiaridades en este delito.

El consentimiento opera en el presente delito como causa de exclusión de la tipicidad. Ello se deriva del propio bien jurídico protegido y de la estructura típica que presenta el delito. En efecto, la integridad moral contiene aspectos objetivos y

subjetivos, de modo que no se podrá afirmar que concurre un atentado a ésta cuando, concurriendo objetivamente, la voluntad del afectado sea favorable al sometimiento a tales condiciones o procedimientos. Por otro lado, la estructura típica como delito de resultado cortado o de tendencia, por exigirse que el autor bien oriente su acción a un resultado trascendente, en este caso la confesión, información, que está más allá del tipo objetivo o bien que se dé una determinada tendencia, el castigo, hace que sean incompatibles con el tipo supuestos donde el afectado preste su consentimiento.

V. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el Código penal anterior el delito de tortura se ubicaba en los delitos contra la seguridad interior del Estado, en la sección dedicada a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes. Ubicación que denotaba que la característica fundamental de las conductas tipificadas en el delito de tortura era el «abuso de poder» por parte de los funcionarios. Desde esta perspectiva, el sector mayoritario de la doctrina, con razón, sostenía que el bien jurídico protegido eran las «garantías constitucionales y legales» del ciudadano frente al Estado. El bien jurídico protegido por el art. 204 bis del Código penal anterior era la garantía de la dignidad de la persona y la Administración de Justicia. En esta dirección se definía el bien jurídico protegido como «las garantías personales más básicas, reconocidas por la Constitución (vida, incolumidad personal, libertad, en cuanto plasmación de los valores constitucionales «humanidad» y «dignidad»), de los afectados por las tres vertientes básicas, la policial, la judicial y la penitenciaria, del funcionamiento de la Justicia».

Para otros autores, sin embargo, el delito de tortura protegía un bien jurídico propio, la dignidad de las personas.

Con la nueva regulación, el legislador ha agrupado la tortura y otros tratos degradantes bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral en el Título VII del Libro II. Tal ubicación sistemática ha llevado a que la doctrina sostenga que estamos ante unas figuras delictivas autónomas que protegen un bien jurídico independiente de otros como la vida, la integridad física, la libertad o el honor. Esta opción legislativa se ve confirmada en el art. 177, que permite penar por separado los eventuales ataques a la vida, integridad física o libertad sexual.

En la actualidad el debate sobre el bien jurídico se ha centrado en el significado de la integridad moral. La opinión mayoritaria, aun admitiendo que el concepto de integridad moral es de difícil precisión, que es un término «vago», «poco adecuado», «abstracto», «complejo», sostiene que es esta realidad normativa la que trata de proteger el Título VII del Código penal. De ahí que los esfuerzos de la doctrina se hayan dirigido a concretar su contenido.

Se recoge en la STS de 19/11/2003.Aunque el bien jurídico protegido en el delito de torturas, es tanto la integridad física y moral como la dignidad de la persona, no hay duda que su rasgo más característico es el de tratarse de un comportamiento que, por lo general, procede de los aparatos de investigación del Estado. Por consecuencia también debe velarse porque la organización estatal, en su conjunto, se responsabilice política o penalmente, en su caso, de los actos de tortura que hayan podido cometerse por sus funcionarios. No es el proceso penal un cauce para exigir responsabilidades políticas y, por otro lado, el derecho penal no puede generalizarse de manera indiscriminada a un colectivo de funcionarios sin vulnerar los principios de culpabilidad y de responsabilidad debidamente individualizada. En el tipo de torturas, el legislador, es consciente que, cuando se desarrollan en el ámbito de una investigación policial, como sucede en el caso presente, no es normal, aunque no se pueda descartar absolutamente, que la responsabilidad pueda recaer sobre una sola persona. Por su propia forma de actuación y por su integración en equipos, el interrogatorio se lleva a cabo en dependencias policiales, en las que el Estado adquiera

la responsabilidad de garantizar la indemnidad física y moral de los detenidos. Por consiguiente la responsabilidad que se tipifica en el artículo 204 bis del Código Penal de 1973 y se reproduce sustancialmente en el de 1995 abarca las varias actuaciones que pueden producirse. Por un lado se establece una responsabilidad individualizada, para cada uno de aquellos agentes policiales que materialmente y activamente practican los tratos inhumanos y degradantes de tortura física o mora, pero amplia la responsabilidad a los que por omisión las consienten, facilitan o las permiten infringiendo su consideración de garante. Esta participación colectiva, no hace sino reflejar la realidad sobre la que se pretende actuar, ya que es prácticamente imposible la tortura por iniciativa personal y aislada del contexto, en el que actúan los equipos de investigación, con funciones diversas, entre las que, el punto culminante, donde se debe extremar el cumplimiento de la legalidad es precisamente en la redacción del atestado recogiendo las manifestaciones de los detenidos. La naturaleza de las cosas hace inverosímil que los funcionarios que tuvieron la misión de pasar a texto escrito las declaraciones de los detenidos, no hayan participado en el interrogatorio previo, ya que, sostener lo contrario sería tanto como admitir que actúan como una especie de buzón, sin conocimiento ni de los hechos ni de las manifestaciones verbales, que necesariamente deben preceder su transcripción escrita. Si no se declara probado, como sucede en el caso presente, que de ninguna manera participaron en las tareas previas del interrogatorio preceptivo, es evidente que estaban presentes cuando los detenidos fueron maltratados o, en todo caso percibieron claramente los signos de tortura de los que prestaban declaración.

En Sentencia de esta Sala de 31 de Mayo de 1999 se condena a dos funcionarios policiales que actuaron respectivamente como Instructor y Secretario en la investigación policial faltando a la obligación de su cargo y permitiendo, por lo menos, que otras personas ejecutaran los actos materiales de maltrato físico o mental. La ilicitud del hecho como se dice en la sentencia de 2 de Junio de 1998, no depende de la función que se ostenta durante la investigación sino que se deriva de la participación en todo el proceso de la misma. Cualquier funcionario de policía que interroga a un detenido en el que se observan, de forma notoria, como sucede en el caso presente,

huellas de malos tratos y que realiza su labor cerrando la investigación con la redacción del atestado está incurso en la previsión típica del legislador. Sostener lo contrario sería prestarse a un fraude u ocultación de la responsabilidad, diluyendo o difuminando la autoría: la responsabilidad es no solo del que golpea o degrada sino también de todo el aparato social involucrado en la investigación. Los centros de detención policial deben ser un lugar en el que se respeten escrupulosamente los derechos fundamentales de la persona detenida. Su transparencia y control, recae sobre los propios funcionarios responsables y sus jefes. Cuando no se actúa de esta forma se está degradando la confianza en el Estado de derecho y justificando practicas degradantes que no tienen cabida en su sistema democrático.

Podemos distinguir varias interpretaciones de este concepto. Un sector doctrinal realiza una interpretación restrictiva identificándolo con una parte integrante del concepto más general de la integridad personal, y aludiría al derecho de la persona a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos vejatorios. Otra opinión determina el contenido de la integridad de forma extensiva, identificándola con la indemnidad o incolumidad personales. Así, se define desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana como el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano. Por último, también se sostiene que por integridad moral debe entenderse integridad psíquica y salud en general.

La nueva ubicación sistemática y de la agrupación del delito de tortura con otros tratos degradantes se deduce que el legislador ha querido proteger, como un bien jurídico autónomo, la integridad moral.

No se puede seguir sosteniendo, pues sería desconocer la realidad normativa, que el bien jurídico protegido por los delitos del Título VII del Libro II del Código penal sean las garantías constitucionales y legales del privado de libertad. En primer lugar, porque en el Título VII no sólo se castigan conductas realizadas por autoridad o funcionarios públicos, que son las personas a las que se exige el respeto de tales

garantías, sino que también se tipifican conductas realizadas por particulares. Y, en segundo lugar y fundamentalmente, porque si bien es cierto que en el delito de tortura del art. 174 la conducta punible requiere que la autoridad o funcionario infrinja una garantía legal, esto es, que actúe con abuso de su cargo, tal infracción por sí sola dará lugar, en su caso, a una detención ilegal de los artículos 530-532, siendo preciso, para que además realice el tipo de tortura que atente contra la integridad moral. Es evidente, pues, que es la integridad moral el interés básico que se pretende tutelar, sin perjuicio de reconocer que en los delitos de los artículos 174 y 175 se protejan también las garantías constitucionales y legales del privado de libertad, junto al correcto y legítimo ejercicio de la función pública.

Tampoco puede configurarse como bien jurídico protegido a la dignidad humana. Es una opinión muy extendida en la doctrina que la idea de la dignidad humana no es un bien jurídico específico y diferenciado, sino que constituye «una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana» que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. De ahí que se configure como un principio regulativo que funcionaliza a todos y cada uno de los derechos fundamentales. Así un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquella se manifiesta, sin que haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico. En este sentido la idea de la dignidad humana no puede desempeñar el papel de bien jurídico en los delitos objeto de estudio, sino que más bien es la idea inspiradora de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes. Es decir, el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes es corolario lógico y derivación directa de la dignidad de la persona humana.

Si sostenemos que el bien jurídico es la integridad moral nos hemos de plantear cuál es el contenido y alcance de este concepto. Es rechazable, una interpretación extensiva de la integridad moral que la identifique con la indemnidad, incolumidad o inviolabilidad personales. Son estos unos conceptos tan amplios e imprecisos que no

pueden desempeñar el papel asignado al bien jurídico. El concepto de incolumidad o indemnidad personales, abarca una pluralidad de derechos, el derecho a la integridad física, esto es, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal, el derecho a la salud, es decir, el derecho a no ser sometido a procesos de enfermedad, el derecho de la persona a que no se le haga sentir sensaciones de dolor o sufrimiento y el derecho a la propia apariencia personal, es decir, a no ser desfigurado en su imagen externa. Si partimos de este concepto, sin ninguna duda podemos afirmar que no es éste el objeto de protección de los delitos que tratamos, pues es evidente que la integridad física y psíquica y la salud son bienes tutelados por los delitos de lesiones y no juegan ningún papel en estos preceptos, hasta el punto que su lesión, como expresa el art. 177, llevaría a imponer la pena correspondiente a esos delitos.

Por otro lado, parece que lo más correcto es pensar que con la inclusión de este Título se quiere llenar un vacío de protección frente a las agresiones que, sin suponer un delito de lesiones o malos tratos, impliquen crueldad, brutalidad y provocación de sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. A esta realidad, falta de protección, es a la que alude el legislador con el término integridad moral. De manera que si a la integridad física y psíquica y a la salud, bien jurídico en los delitos de lesiones y de malos tratos, añadimos la integridad moral, así entendida, se cerraría el ámbito de protección de la integridad personal.

Así pues, el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.

La STS de 14 de noviembre de 2001 ha criticado esta interpretación al entender que supone «una superposición de la integridad moral con el honor», señalando «la identidad de las palabras utilizadas con las que sirven ahora para definir el delito de injurias». En mi opinión, la caracterización aquí ofrecida no se identifica con el concepto de honor. Es cierto que tanto el derecho a no sufrir sensaciones de dolor o

sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores como el derecho al honor son colorarios lógicos y derivación directa de la dignidad de la persona humana, pero no es menos cierto que se refieren a aspectos diferentes. Con el honor se trata de tutelar la fama o reputación social de la persona, mientras que los delitos contra la integridad moral protegen a las personas frente a tratos humillantes, vejatorios o envilecedores, situación ésta que no se predica de los atentados contra el honor. Así, por ejemplo, el imputar hechos falsos o formular juicios de valor insultantes, sin duda, constituyen un atentado al honor; sin embargo, tales expresiones no producen en la víctima sentimientos de temor, de angustia, de inferioridad, susceptibles de humillarlas o envilecerles. De ahí que en la definición que aquí se ofrece no se utilicen las mismas palabras con las que se definen el ataque al honor, pues en ningún momento se alude a «deshonrar» o «menoscabar la fama», sino a «sentimientos de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores».

VI. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

El delito de tortura presenta la problemática propia de los delitos especiales, que suponen una importante restricción de acceso a la autoría al exigirse una determinada cualidad personal para ser autor. Restricción que se incrementa por la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto en el apartado 1º del artículo 174.

En efecto, la cualificación personal, autoridad o funcionario público, típicamente exigida para ser autor y la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la finalidad de obtener una declaración o de castigar a la víctima originan una importante limitación del círculo de autores del citado apartado. Si en cualquier delito se puede ser autor realizando los elementos del tipo de forma directa, por medio de otro o conjuntamente con otras personas, los dos elementos acabados de señalar sólo pueden

ser realizados de forma directa y completa. Esto es, no se puede acceder a la cualidad personal a través de otro ni poseerla repartida con otro, ni se puede dar el elemento subjetivo por medio de otro ni repartir sus componentes entre varios de los intervinientes.

Conforme a esto, autor sólo podrá ser la autoridad o funcionario público que por razón de su función participe en la investigación judicial o policial o en la custodia de los detenidos y que atente a la integridad moral con la finalidad de obtener una declaración o de castigar a la víctima y las autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores con relación a los detenidos, internos o presos. Esta limitación de la autoría tiene importantes consecuencias cuando en la realización del tipo intervienen personas distintas de las descritas en el tipo penal.

La primera consecuencia es que quien no posea esa cualidad personal (extraneus) no realiza el tipo, ni siquiera cuando utiliza a una autoridad o funcionario público como instrumento. Si un extraneus utiliza a un intraneus como instrumento no será autor mediato del delito del artículo 174, pues, por un lado, no se puede acceder a la cualidad personal a través de otro y, además, sin ser autoridad o funcionario difícilmente podrá controlar el curso causal que dé lugar al injusto específico. Se señala en la doctrina que en los delitos especiales propios el extraneus queda impune por no realizar el instrumento un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad, y en los delitos especiales impropios no hay inconveniente en considerarlo autor mediato del delito común relacionado con el delito especial. Ello nos conduce en relación con el delito de tortura a afirmar que el extraneus queda impune si la autoridad o funcionario realizan un atentado contra la integridad moral no grave, pues en ese caso no realiza ningún hecho punible, ya que el artículo 173, tipo básico común, da relevancia penal sólo a los atentados graves a la integridad moral, mientras que podría ser castigado como autor mediato de este precepto si se comete por parte del instrumento un atentado grave a la integridad moral, pues esta conducta sí puede subsumirse en el artículo 173.

En todo caso, si el funcionario actuase antijurídicamente, sería él mismo autor del delito de tortura y el extraneus sería inductor de ese delito.

Nada impide, por el contrario, que el intraneus pueda ser autor mediato si utiliza a un instrumento para realizar los restantes elementos típicos. El policía, por ejemplo, que, aprovechándose del error en que se encuentra un experto en tortura, lo utiliza para que aplique sus técnicas a un detenido a su cargo, sin que sea consciente de ello. Pero estos supuestos no son frecuentes en la práctica, lo más usual será que el experto en torturas actúe dolosamente. Con ello estaríamos ante lo que se ha denominado instrumento doloso no cualificado, supuesto que ha sido solucionado por la doctrina de diversas formas. Una opinión doctrinal califica la conducta del intraneus como inducción a un delito de tortura y la del extraneus como autoría del delito común correspondiente, lo que presupone romper el título de imputación. Desde la perspectiva del mantenimiento de la unidad del título de imputación se considera que el extraneus sería autor del delito común, siendo el intraneus partícipe de ese delito. Y finalmente se entiende que se trata de un supuesto de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. En mi opinión si el extraneus actúa dolosamente no se puede considerar instrumento por mantener el control del hecho, y el único delito cometido, en su caso, sería el tipo común del artículo 173, conforme al cual se le deberá exigir responsabilidad al intraneus. Pero si no se realiza el artículo 173, porque no se ha causado un atentado grave a la integridad moral, tanto el intraneus como el extraneus quedarían impunes por no existir hecho principal punible.

Otra consecuencia es que el extraneus no podrá ser coautor. En el caso de una ejecución conjunta del delito de tortura entre un intraneus y un extraneus, se dan las condiciones para calificar al primero como coautor, pues realiza parte de los elementos del tipo conjuntamente con otro y tiene un control compartido, pero el extraneus, por su parte, no puede ser coautor ya que no posee la cualidad personal exigida, aunque controle el hecho conjuntamente; su conducta deberá calificarse de cooperación necesaria.

Estas restricciones en el ámbito de la autoría mediata y de la coautoría son coherentes con la especial significación que para el injusto específico tiene el deber específico y con la idea de que sin la cualificación personal difícilmente se podrá determinar el curso causal que da lugar al injusto específico.

El tratamiento poco adecuado que se deriva para el funcionario público en los supuestos anteriores se ha solventado por un sector doctrinal acudiendo al antiguo párrafo V del artículo 204 bis, que tipificaba los supuestos de comisión por omisión. Tal solución parece aceptable en la medida en que todos los supuestos contienen, aunque se manifiesten con intervenciones activas, omisiones que implican claramente una infracción de su deber específico por parte del funcionario, lo que permite subsumir estas conductas ahora en el tipo del artículo 176, que se considera de preferente aplicación sobre las normas de autoría y participación de la Parte general.

VII. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La redacción actual del artículo 174 exige que la conducta típica sea llevada a cabo con la finalidad de obtener una confesión o información, de castigar a la víctima, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación. La anterior redacción del antiguo artículo 204 bis sólo incluía aquellas conductas que fueran realizadas con el fin de obtener una «confesión o un testimonio». La nueva configuración del elemento teleológico dada por el Código penal de 1995 supuso la adición de nuevas motivaciones y una mayor adecuación al concepto internacional de tortura. Por un lado, sustituyó el obtener «testimonio» por la expresión más amplia y menos técnica de obtener «información», permitiendo con ello la inclusión en el tipo de tortura no sólo de los casos en que se pretende conseguir un testimonio en las diligencias judiciales o

policiales, sino también de todos los casos en que lo pretendido sea obtener cualquier información. Por otro lado, se incluyó una nueva motivación, la de infligir un castigo por el hecho cometido o que se sospecha que ha cometido. Con la ley orgánica 15/2003 se incluye otra motivación, por razón basada en algún tipo de discriminación. Se puede observar que la nueva redacción acoge, aunque sólo en parte, las motivaciones a las que alude el concepto de tortura de la Convención de las Naciones Unidas.

Parece un acierto la inclusión de la tortura con el fin de castigar, pues ésta es una práctica muy frecuente. El hecho de que el tipo penal no mencione el fin de intimidar o coaccionar puede explicarse porque generalmente estos supuestos se podrán incluir en las otras finalidades típicas. Así, el intimidar o coaccionar a un detenido tiene un escaso marco de aplicación fuera de los casos en los que se pretende crear una situación de temor en el detenido para conseguir una confesión o información o bien castigarlo. Respecto a la inclusión de las razones basadas en algún tipo de discriminación supone también un acierto, pues permite incluir supuestos que sólo con una interpretación amplia de la finalidad de castigar se podían considerar incluidos. Cuando la razón de los sufrimientos ocasionados es sólo por pertenecer a una determinada raza, etnia, religión o sexo, o por su ideología o inclinaciones sexuales, se podía interpretar que se trataba de castigar por el hecho de pertenecer a esa raza, etnia, religión o sexo, o tener esa ideología o inclinación sexual, lo que encajaba forzadamente en la expresión «castigar por algún hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido», pues no se trata de un hecho cometido, sino por motivos discriminatorios.

La exigencia de estos fines viene justificada por la propia esencia del delito de tortura. El abuso de poder que representa el delito de tortura hace que sean éstos los fines típicos y no otros, en cuanto constituyen los vinculados a la función propia de los funcionarios que realizan tareas de investigación judicial o policial o custodia de los detenidos o presos. De ahí que el legislador de 1995 haya incluido los atentados a la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario sin esas finalidades en otro tipo penal, el artículo 175, que es sancionado con menor pena.

La presencia de este elemento subjetivo fundamentador de lo injusto convierte el delito de tortura en un delito de intención o de tendencia. La doctrina lo configura como un delito de intención, en el subtipo de los delitos de resultado cortado, por entender que los fines aludidos son resultados externos, trascendentes, que están más allá del tipo objetivo y cuya efectiva producción no depende del autor. En mi opinión, la nueva regulación del delito de tortura, que ha incluido junto a la finalidad de obtener información o confesión la de castigar a la víctima y la de por razones basadas en la discriminación, hace necesario que se distinga según cual sea su finalidad para determinar su estructura típica. En efecto, cuando se trata de conseguir una confesión o información estamos ante un delito de resultado cortado porque la declaración o confesión es un resultado externo trascendente que no depende del propio autor, sino de la voluntad ajena. Si, por el contrario, la finalidad perseguida es castigar a la víctima o razones basadas en la discriminación no podemos hablar de un resultado ulterior que escapa al autor sino más bien de una determinada motivación que le confiere una impronta particular. En este caso más que ante un delito de resultado cortado se estará frente a un delito de tendencia o también denominado de tendencia interna intensificada.

La presencia de este elemento subjetivo determina que el delito de tortura se haya de cometer con dolo directo. Si el atentado a la integridad moral no se comete con dolo directo no se entiende que pueda cometerse para obtener una confesión, declaración, para castigarlo, o por razones basadas en la discriminación. Otra cosa distinta es que, queriendo atentar contra su integridad moral, el resultado producido sea mayor que el querido por el autor. Por ejemplo, se somete al detenido a condiciones que le causan la muerte, cuando la intención del autor era sólo que le ocasionaran graves dolores físicos. En estos casos existe un dolo directo respecto del tipo objetivo del artículo 174 y un dolo eventual o imprudencia, según el caso, respecto del resultado más grave ocasionado. El resultado más grave dará lugar a un delito doloso o imprudente de homicidio, que estará en concurso de delitos con el delito de tortura.

VIII. CULPABILIDAD

En cuanto a la culpabilidad, cabe aplicar, en principio, en el delito de tortura, como en cualquier otro delito todas las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad previstas en el artículo 20.

En relación con la inimputabilidad hay que descartar, ante todo, la idea de que el torturador sea un enfermo que tenga alterada gravemente su capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento.

Pero las causas de inimputabilidad previstas en nuestro Código penal son de difícil apreciación en el delito de tortura. La mayoría de ellas son inaplicables por resultar incompatibles con la condición de autoridad o funcionario público exigida para el sujeto activo. Así la minoría de edad y las alteraciones de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia impiden adquirir la condición de funcionario público y las anomalías o alteraciones psíquicas son incompatibles con el ejercicio de la función pública. Sólo serían de aplicación, aunque en la práctica serán poco frecuentes, las anomalías o alteraciones psíquicas de carácter transitorio y las intoxicaciones plenas presentes en el momento de realización de la acción.

Es prácticamente inimaginable un error directo sobre la prohibición de la tortura, pues se trata no sólo de una prohibición constitucional y penal, sino también de una exigencia del orden ético-social de un Estado democrático de Derecho, cuya ignorancia sería más difícil de asumir si tenemos en cuenta que el autor es una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Más fácil y frecuente será que el error tenga por objeto los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Me refiero a aquellos casos en que el funcionario actúa con un error sobre la situación de necesidad o que cree actuar en el cumplimiento de un deber. También en estos casos será difícil apreciar un error relevante, pues no puede fácilmente invocarse el error sobre los principios básicos que informan su cometido profesional.

En relación con las causas de inculpabilidad, en principio, no existe dificultad alguna para su apreciación. Una situación de necesidad o un miedo insuperable pueden llevar a que no le sea exigible al funcionario obrar conforme a la norma que prohíbe la tortura.

En la práctica será difícil que se den estos supuestos, bien por no concurrir los requisitos exigidos legalmente para el estado de necesidad, bien porque será poco frecuente la insuperabilidad del miedo, al tener el funcionario otros medios para hacer frente al mal con que se le amenaza.

Finalmente queda por analizar si son compatibles o no con el delito de tortura circunstancias modificativas de la responsabilidad que se basan en una mayor o menor gravedad de la culpabilidad, en concreto, la atenuante de arrebato u obcecación y la agravante de ensañamiento.

La situación de tensión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares donde existe una actividad terrorista intensa permite plantear en algunos casos si es de aplicación la atenuante de arrebato u obcecación. Se discute si el asesinato de un compañero por parte de un grupo terrorista, que coincide en el tiempo y lugar con el interrogatorio del detenido presuntamente perteneciente a ese grupo armado, puede ser motivo suficiente para apreciar la citada atenuante. El Tribunal Supremo ha negado la aplicación de la atenuante, argumentando que la tensión existente debió de evitarse al

realizar los interrogatorios y que los estímulos no procedían de quien fue víctima del comportamiento de los procesados. En mi opinión, cabe apreciar esta atenuante, siempre que el estado emotivo o pasional haya sido provocado por estímulos suficientes y que sea de tal intensidad que disminuya la posibilidad del sujeto de obrar de otro modo, con independencia de que el funcionario debía de haber evitado la tensión en el momento del interrogatorio, pues es precisamente el estado emotivo lo que fundamenta que en esos momentos le fuera menos exigible actuar conforme a su deber.

La doctrina no considera aplicable la agravante de ensañamiento, por considerarla inherente a la tortura. Sin embargo, el ensañamiento no es consustancial al delito de tortura. Es cierto que, si por ensañamiento entendemos, conforme al nº 5 del artículo 22, el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima que es innecesario para la ejecución del delito, en el delito de tortura generalmente el sufrimiento causado es necesario para la ejecución del delito. El policía, por ejemplo, que realiza una descarga eléctrica sobre el detenido para obligarle a declarar o para castigarlo no está causando unos sufrimientos innecesarios para la ejecución del delito. Pero no impide que haya casos donde el funcionario cause sufrimientos más allá de los necesarios para conseguir sus fines, y que en ellos se le aplique la citada agravante. Lo que puede apreciarse con más frecuencia en los casos en que la finalidad del funcionario sea sólo castigar a la víctima, y lo hace con el propósito deliberado de incrementar innecesaria e inhumanamente el dolor de la víctima.

IX. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

El análisis de la posible justificación de la conducta típica ha venido precedido y determinado por el análisis de las normas que a nivel internacional y constitucional establecen la prohibición de la tortura.

Los textos internacionales que proclaman la prohibición de la tortura se han ocupado, a su vez, de señalar expresamente que no se permiten derogaciones de tal prohibición en situaciones excepcionales. Esta limitación a la justificación penal de la tortura ha tenido reflejo expreso en nuestra Constitución, al proclamarse en el artículo 15 que «en ningún caso» se puede someter a una persona a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Estas expresiones han sido interpretadas por la mayoría de la doctrina en un sentido amplio, entendiendo que de ellas se deduce una prohibición absoluta de la tortura, de manera que se niega cualquier justificación. Existen razones para inclinarse por una interpretación estricta del artículo 2.2 de la Convención, los restantes textos internacionales sólo permiten una interpretación en el sentido realizado por la doctrina mayoritaria. De ahí que podamos afirmar que en el ámbito europeo la prohibición de la tortura es absoluta y no cabe ninguna justificación. Conforme a este sentido debe ser interpretada la expresión constitucional «en ningún caso». De manera que la prohibición constitucional de la tortura determina ya la no posible justificación de la conducta típica. La doctrina estima que las distintas causas de justificación son incompatibles con la práctica de la tortura y que no se darían en ningún caso sus requisitos. Tal inaplicabilidad ha sido defendida por la doctrina con carácter general para todas las causas de justificación, por entender que la violencia característica de la tortura se opone a los principios de necesidad y menor lesividad posible que rigen en el marco de la justificación, además se ha indicado que las distintas causas de justificación no son de aplicación por no concurrir sus requisitos.

Respecto a la legítima defensa, la situación típica requerida por el tipo, de que la víctima se halle bajo el poder del autor y la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la finalidad de obtener una declaración o de castigar a la víctima hacen que sea difícil imaginar una situación de actuación en defensa propia o de terceros. Y en situaciones en las que exista la necesidad de la defensa del funcionario

público ante una posible agresión del detenido o privado de libertad faltará el requisito de la necesidad racional del medio empleado, pues el empleo de los procedimientos que se describen en el delito de tortura no serán, en ningún caso, los medios menos lesivos y supondrán ir más allá de lo estrictamente necesario, pues no podemos olvidar que la víctima se encuentra en una situación de indefensión. Por tanto, hay que convenir que la práctica de la tortura resulta incompatible con los principios de necesidad y menor lesividad posible que rigen la legítima defensa. Por otro lado, dado que se trata de funcionarios en el ejercicio de sus funciones, no cabe aplicar la legítima defensa sino, en su caso el cumplimiento de un deber, oficio o cargo.

Tampoco parece fácil fundamentar que la autoridad o funcionario público pueda actuar en el cumplimiento de un deber, pues, no existe ninguna norma que autorice a los funcionarios a realizar tortura; al contrario, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Ley General Penitenciaria establecen la obligación de velar por la integridad de los detenidos o internos. Por otro lado, el obtener una información o confesión de los detenidos no figura entre los deberes asignados a los funcionarios encargados de la investigación de un delito o de la custodia de un detenido. Más problemática se presenta la posible aplicación del estado de necesidad. En principio, la aplicación de esta eximente no se presenta como incompatible con el delito de tortura. Al contrario, parece factible que la autoridad o un funcionario público torturen a un detenido con el fin de evitar un mal superior al atentado a la integridad moral que supone la tortura. Por ejemplo, el policía que tortura a un presunto terrorista para que declare el lugar donde se encuentra el secuestrado por su organización, siendo así que se cumple el plazo dado por la organización para dar muerte al secuestrado si no se satisfacen ciertas exigencias de la organización terrorista. Sin embargo, en estos casos la doctrina ha rechazado la aplicación del estado de necesidad. La fundamentación de este rechazo se mueve en dos niveles. Por un lado se niega la aplicación del estado de necesidad por razones de sistemática legal, es decir, por entender que esta eximente no es de aplicación a las intervenciones estatales que afectan a derechos individuales y, por otro, se destaca la falta de los requisitos legales del estado de necesidad.

En mi opinión la tortura no puede justificarse por la aplicación del estado de necesidad, ya que supondría autorizar al Estado a vulnerar las garantías y los derechos fundamentales de los individuos siempre que con ello se salven otros intereses superiores. Se sustituiría así la valoración legal de intereses que sirve de base a las disposiciones que prohíben la tortura como medio de investigación, por una ponderación de intereses realizada judicialmente en el marco del artículo 20.5. Y, por otra parte, aunque admitiéramos tal aplicabilidad, no quedaría justificada la tortura mediante el estado de necesidad por no darse los requisitos exigidos legalmente.

Ciertamente en algunos casos se puede afirmar la existencia de una situación de necesidad por concurrir un peligro actual para un bien jurídico; así en el supuesto que hemos citado existe el peligro actual para la vida del secuestrado. Pero en la mayoría de los casos, en los que con la tortura sólo se pretenderá obtener datos necesarios para la investigación, se puede poner en duda que el peligro de que fracase la investigación judicial o policial sea real porque sólo existe la presunción de que el detenido tiene los conocimientos que se le atribuyen por los funcionarios. Y en cualquier caso la policía podría haber impedido el peligro de que fracase la investigación judicial o policial mediante otras técnicas de investigación.

Y en los casos en que exista una situación de necesidad, como el caso citado, faltará el requisito exigido legalmente de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. El mal que se trata de evitar no es mayor que el causado, bien porque se lesionan bienes personalismos de la víctima como su integridad moral o física que no son ponderables, en el sentido de que en ningún caso pueden instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio para salvar la vida de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada, bien porque en la ponderación hay que tener en cuenta que en la tortura no sólo se lesiona el bien jurídico personal de la víctima, sino también los principios que inspiran el Estado de derecho.

X. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Dada la intangibilidad del bien jurídico, la necesidad del carácter grave de la afección para demostrar su concurrencia, adquiere trascendencia dilucidar si estamos ante un delito de mera actividad o de resultado. Tal como ya se ha advertido, hay torturas o malos tratos que no dejan huella, por lo que si se refiere a resultado físico constituyente de delitos, no puede considerarse como un elemento constitutivo. Abunda en esta interpretación la regla de los concursos del art. 177 CP que establece la autonomía de los delitos contra la integridad moral, respecto de los otros delitos que se pudieran ocasionar: homicidio, lesiones, injurias, violaciones, etc. Es decir, estamos ante delitos con sustantividad propia al margen del resultado típico constitutivo de delito. No obstante, no estamos ante un delito de peligro, ni ante un delito de mera actividad, sino ante un delito de lesión: significa que la afección al bien jurídico requerirá un resultado típico, que no necesariamente es observable como un resultado material constitutivo de delito, pero sí supondrá una lesión al bien jurídico integridad moral, en tanto que se trata de padecimientos físicos o psíquicos de carácter vejatorio, que afecta a la dignidad humana, la mayoría de veces con connotaciones discriminatorias y que en última instancia doblega la voluntad de la persona al obligarle a hacer o no hacer algo que no decide libremente. Todos estos elementos pueden servir para detectar conductas atentatorias contra la integridad moral que supongan la afección al bien jurídico; elementos que no necesariamente deben concurrir conjuntamente. En todo caso, como lo dicho respecto a la gravedad, la motivación de la sentencia tendrá que valorar todos estos extremos.

La configuración del delito de tortura como un delito de resultado material permite determinar, sin dificultad, el momento de la consumación y afirmar que caben las formas imperfectas de ejecución.

El delito se consuma en el momento en que como consecuencia de la acción típica se produzca el resultado típico, esto es, el atentado a la integridad moral. La discusión que tuvo lugar con arreglo al Código penal anterior sobre el momento consumativo venía determinada porque algunos autores sostenían que el tipo del artículo 204 bis era un delito de mera actividad. Para esta opinión el delito se perfeccionaba con la mera actividad del agente, bastaba con que el autor realizase la acción dirigida a intimidar o violentar la voluntad del sujeto pasivo. Hoy existe unanimidad en la doctrina sobre su naturaleza de delito de resultado material y no plantea problemas el momento de la consumación. Además, el presente delito se estructura como un delito de intención o de tendencia interna trascendente, pues exige, como vimos, que el autor persiga la finalidad de obtener una declaración o de castigar a la víctima, finalidad que va más allá (trasciende) de la realización del tipo. Ello hace que la obtención o no de la declaración o del castigo sea irrelevante a los efectos de entender consumado el delito.

Cabe también la ejecución en grado de tentativa inacabada o acabada. Esta última se dará cuando el autor someta a la víctima a procedimientos o condiciones que si no fuera por una causa ajena a su voluntad producirían un atentado a la integridad moral. Piénsese, por ejemplo, en el funcionario que con el fin de obtener una declaración encierra al detenido sin proporcionarle agua ni bebida, pero antes de que pase el tiempo necesario para que esta situación le cause sufrimientos físicos otro funcionario le proporciona los alimentos necesarios.

Más elocuente en la práctica es la problemática de la relación de causalidad, no en relación a las torturas, sino entre éstas y otro resultado típico, como lesiones u homicidios, Así por ejemplo, la STS 2051/2002 (RJ 2003,1117): “declara que no se comprobó la relación de causalidad entre los golpes de la detención y la muerte del detenido”, pese a que en los hechos probados se comprueba «que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos una vez que los habían reducido como castigo del intento de fuga y de los golpes que recibieron los agentes al realizar la

acción evasiva. Las lesiones presentadas por los detenidos, imputados a los procesados, consistían en contusiones y erosiones diversas por el cuerpo, que no precisaban para su curación más que una primera asistencia facultativa» en afirmaciones fácticas de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, se niega la relación causal entre el fallecimiento del interfecto y los golpes que le propinaron, pero reconocen que le produjeron, y también al otro detenido, contusiones y erosiones varias.

STS 2051/2002 (RJ 2003,1117). Los Guardias Civiles procesados, procedieron a la detención de Felipe y Millán a los que trasladaron a pie hasta las dependencias del Cuartel, debidamente esposados, y controlando cada Guardia Civil al correspondiente detenido, sujetándoles por las esposas, y por la ropa a la altura del cuello. Hacia la mitad de camino, en el cruce formado por las calles doctor Pujol y Francesc Layret, Millán dio una patada al guardia que le custodiaba, el cual creyó que intentaba huir, por lo que inmediatamente le redujo, tirándole al suelo, su compañero hizo lo mismo con Felipe, el cual también dio una patada y realizó un ademán que fue interpretado como intento de huida. Una vez en el suelo los detenidos, los Guardias Civiles, al detenido que respectivamente custodiaban, le propinaron una serie de golpes, por diversas partes del cuerpo. Resuelto el incidente, se dirigieron al Cuartel. Una vez en el mismo, y dado que carece de todo tipo de instalaciones que permitan albergar a los detenidos con un mínimo de garantías respecto a la comodidad personal, como para la seguridad que requiere toda detención. Felipe y Millán fueron sentados en un banco y sujetados a una barandilla con las esposas y como en esta situación armaban jaleo, decidieron tumbarlos en el suelo esposados con las manos en la espalda. Sobre las 3'30 horas Millán comenzó a encontrarse mal, presentaba sudores y se quejaba. Sobre las 5'30 horas llegó el comandante y en ese momento la doctora, que había examinado a Millán dijo que estaba grave, y que entonces sí era urgente el traslado a un Centro hospitalario, lo que se efectuó rápidamente. Siendo trasladado al Hospital Parc Taulí de Sabadell, donde ingresó en coma; posteriormente fue trasladado a Mutua de Terrasa, donde falleció a las 12 horas el día 20 de agosto. La autopsia practicada determinó que la causa de la muerte fue una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda,

por delante del pabellón auricular, que no causó lesión superficial del pabellón auricular, que no causó lesión superficial en forma de contusión cutánea. Por lo que el instrumento causante del impacto debía ser de superficie blanda y masa densa.

Así las cosas la sentencia, considerada como un todo integrado, niega que el golpe sufrido por Millán que le produjo la hemorragia epidural y, en definitiva, la muerte, se pudiera atribuir a ninguno de los guardias civiles, ampliando para fundar su negativa los razonamientos de su motivación, como había ordenado esta Sala. El recurso, como antes se expuso, no puede prosperar en este extremo capital del dramático desenlace y ha de mantenerse la sentencia absolutoria. La Sala a quo no pudo superar la barrera infranqueable de la presunción de inocencia. No ocurre igual con las lesiones, no causantes de la muerte, que los dos guardias civiles infligieron a los dos detenidos. La sentencia recurrida distingue con nitidez dos momentos en la agresión: a) los guardias civiles golpean a los dos detenidos, cuando tiene lugar el intercambio de golpes al producirse la detención y el intento de fuga, que la Sala a quo con acierto considera atípicos y b) los golpes que se producen después, pues según el fundamento octavo "lo único que ha quedado probado es que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos una vez que los habían reducido y como castigo del intento de fuga y de los golpes que recibieron los agentes al realizar tal acción evasiva. Las lesiones presentadas por los detenidos, imputadas a los procesados, consistían en contusiones y erosiones diversas por el cuerpo, que no precisaban para su curación más que una primera asistencia facultativa". Las lesiones causadas a los dos detenidos por golpes innecesarios, excediéndose los guardias civiles en el ejercicio de sus atribuciones, son constitutivas de sendas faltas de lesiones previstas y penadas en el art. 582, párrafo primero, del CP de 1973 del que son autores los dos procesados, sin que sea obstáculo insalvable ni el principio acusatorio, ni las exigencias dogmáticas que configuran la coautoría. El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución constituye, desde luego, una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92, 358/93 y STS 784/2002 de 3 de mayo). "El debate procesal -dice la STC 95/95 citando el F.J 2 de la STC 205/89 que, a su vez, había reiterado la STC 161/94-, vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no

han sido objeto de consideración por la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse". En este caso no hubo indefensión porque la acusación particular, representada por los padres del interfecto Juan Antonio y Baltasar, entre otros, calificó los hechos contra los dos procesados como un delito del art. 204 bis en relación el art. 582, ambos del CP de 1973. La inexistencia del delito de torturas, por la falta del elemento normativo de haberse perpetrado las lesiones con la finalidad de obtener una confesión, no impedía condenar por una infracción penal constitutiva de falta por las lesiones causadas sin aquella específica finalidad, pues el relato fáctico de la acusación comprendía las lesiones causadas (aunque incluyera también otra más grave que, a su juicio, causó la muerte de uno de los detenidos y fue calificada de asesinato). Tampoco puede ser impedimento, en lo dogmático, para condenar por falta, la vacilación de la Sala a quo en la imputación individualizada de la autoría material de cada procesado en las lesiones causadas a cada uno de los dos detenidos. La autoría accesoria es perfectamente posible cuando uno de los autores actúa y el otro, como garante, omite impedir el resultado, dado el carácter de guardia civil de ambos acusados y más, en un caso como el enjuiciado, pues los dos estaban en posición de garantes y más todavía cuando la sentencia dice taxativamente "que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos".

XI. LÍMITES A DETENCIÓN PREVENTIVA.

De las causas de justificación que pueden aducirse la más problemática es la del posible ejercicio de la violencia durante una detención. Varios supuestos de denuncias penales por torturas, malos tratos, incluso muertes que han llegado al Tribunal Supremo, se trata de hechos acaecidos durante el transcurso de la propia detención. Es decir, de detenciones ilegales por el uso ilegítimo por excesivo de la violencia física para reducir al sospechoso de cometer un delito:

- STS 2051/2002 (RJ 2003\1117): “no se comprobó la relación de causalidad entre los golpes de la detención y la muerte del detenido”.

- STS 1725/2001 (RJ 2001\8851): “agentes de la Guardia Civil de paisano, que tras montar el arma dos veces, la colocan en la nuca de una persona, le obligan a bajarse los pantalones en presencia de otras personas y a buscar una colilla por el suelo”.

Los recurrentes, aceptando -dada la naturaleza del motivo- la forma en que los hechos probados se encuentran redactados, cuestionan que la acción de montar dos veces el arma y la subsiguiente aplicación de la misma a la nuca de una persona, para obligarla a bajarse los pantalones y a permanecer así a presencia de otros, pueda merecer el calificativo de "constricción anímica inhumana"; y también que ese modo de obrar haya sido calificado de atentatorio contra la integridad moral. Asimismo, entienden que, en todo caso, nunca habría motivo para aplicar la modalidad agravada del delito del art. 175 C penal. El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribe 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, fin 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 un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto. Así las cosas, no cabe duda de que el perjudicado en esta causa fue usado por los ahora recurrentes con un fin carente de todo amparo legal, tanto al limitar arbitraria y drásticamente su libertad, como al utilizar con él medios aptos para producir miedo e incluso terror, y, en fin, al imponerle gratuitamente un comportamiento denigrante. Por tanto, es evidente que la integridad moral de aquél se vio realmente comprometida. Siendo así, se trata de determinar si, además, ese atentado fue o no grave. Y la respuesta sólo puede ser la que ha dado el tribunal de instancia en la sentencia recurrida. Primero, porque lo aquí empleado al margen de la ley fue una fuerza física cuyo uso ésta reserva,

como última ratio para situaciones-límite, a las que no cabría hacer frente de otro modo. Además, porque esa violencia se vio intensificada en sus efectos sobre la víctima por la utilización de un arma de fuego, empleada de modo que se hizo ver a aquélla que su vida podía correr un riesgo real (no es otro el efecto que produce la aplicación de una pistola previamente montada, a la nuca de un muchacho). Y, en fin, porque éste coaccionado de esa forma, fue obligado a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas. Se dio, por tanto, en el caso examinado no sólo la imposición arbitraria y violenta de la conducta descrita a una persona, sino, además, por eso, una abierta y aparatosa desviación en el uso del poder de coerción atribuido por la ley a los funcionarios encausados, precisamente en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que aquí resultaron seriamente conculcados. En consecuencia, hubo directa afectación negativa al bien jurídico protegido por el precepto, y ello mediante abuso de la función policial, justamente calificado de grave. Por lo demás, en la sentencia impugnada se ha discurrido con rigor argumental sobre todos estos aspectos. Es por lo que este motivo debe asimismo desestimarse.

- STS 701/2001 (RJ 2001\3567): “guardia civil que en el ejercicio de sus funciones golpea a los detenidos por los incidentes que presuntamente habían protagonizado en un pub”.

El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o

decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. En su estructura típica concurren los siguientes elementos: a) El elemento material constituida por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral. b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo. c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido. El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo. El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo. En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido. Ciertamente, el primer elemento está presente, en cuanto el acusado infligió a los tres detenidos sufrimientos físicos y mentales. A Carlos Daniel, cuando llegó al acuartelamiento de la policía, en condición de detenido, le insultó y golpeó en la cara provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral que le provocó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria y fue diagnosticado de síndrome por estrés postraumático. A Roberto le propinó un codazo en el mentón izquierdo al tiempo que le insultaba cuando era trasladado en el vehículo policial e igualmente sufrió golpes en la cara cuando se encontraba en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas. Y

Alejandro fue insultado por el acusado cuando era trasladado a las dependencias policiales y una vez en dichas dependencias fue golpeado en la cara cuando se encontraba con sus manos inmovilizadas con las esposas. Igualmente concurre el segundo elemento ya que el acusado, cuando realizó las conductas antes referidas, actuó en su condición de Guardia Civil, encontrándose de servicio y vistiendo el uniforme reglamentario. Resulta bien patente que hizo abuso de su cargo en cuanto se aprovechó de la situación de dependencia en que se encontraban los detenidos de los que era garante de su seguridad e integridad. Y, por último, concurre igualmente el elemento teleológico, ya que este comportamiento, como se dice expresamente en la sentencia de instancia, estuvo motivado por los incidentes que previamente se habían producido en el interior del Pub "DIRECCION000" donde había acudido el acusado en compañía de otro Guardia Civil para comprobar determinados requisitos administrativos que debía reunir el establecimiento para permanecer abierto. Y con mayor precisión, en el fundamento de derecho cuarto, completando el relato fáctico, se dice que el acusado, "con evidente infracción de las funciones propias de su cargo actuó motivado por los hechos ocurridos anteriormente en el Pub" y en el mismo fundamento jurídico se añade que "que actuó movido por ánimo de venganza personal ante los hechos ocurridos momentos antes en el interior del "Pub" propinándole un golpe a Carlos Daniel .....". La conducta del acusado, que tan abiertamente atentó contra la integridad física y moral de los detenidos de cuya custodia era responsable, estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia por los sucesos acabados de ocurrir, cumpliéndose, por consiguiente, el tercer elemento antes expresado. Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiéndoles a condiciones o procedimientos previstos en este precepto. El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, si no a las circunstancia de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. En el supuesto que examinamos, aunque

como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un años por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado. La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos. En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obran quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos falta de lesiones de las que fueron víctimas Carlos Daniel e Roberto que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

- STS 1326/ 1998 (RJ 1998\8569): “meter la cabeza del detenido varias veces en el inodoro mientras le pegaban golpes, que no le ocasionaron lesiones”.

En la legislación vigente en el momento de suceder los hechos contemplados en la sentencia impugnada, Código Penal de 1973, con la modificación introducida por la LO. 3/89, se tipificaba la tortura de forma distinta a como lo hacía la Convención Internacional de 1984. Las notas que caracterizan el delito en el art. 204 bis son: 1º) Requerimiento o exigencia por Autoridad o funcionario público a un inculpado o testigo en el curso de una investigación policial o judicial de una confesión o testimonio; 2º) Empleo para ello de medios constitutivos de los delitos comprendidos en los capítulos I y IV del Tít. VIII o en el capítulo VI del Tít. XII, o en el art. 582 ó en el art. 585 del CP. y; 3º) Dolo dirigido a conseguir una determinada declaración. No está previsto en el

tipo, como caracterizadora de la tortura la originación de dolor o sufrimiento físico o mental, que contempla la Convención de 1984, ni tampoco se contempla el dolo vindicativo, o intimidatorio o coactivo de carácter general, o el basado en cualquier tipo de discriminación. Ahora bien, los hechos declarados probados en la sentencia impugnada son claramente subsumibles en el párrafo segundo del art. 204 bis del CP. de 1973, en su inciso primero, en que se sanciona como delito de tortura la comisión de hechos comprendidos en el art. 582 del CP. para obtener una confesión o testimonio. En el párrafo segundo del art. 582 se sanciona, como autor de una falta al que golpease o maltratase de obra a otro sin causarle lesión. En tal tipo es incluible la actuación de José Pablo y de Juan Manuel, respecto a Ángel Jesús, al constar que le metieron la cabeza varias veces en el inodoro, mientras le pegaban golpes en el cuerpo y que ello no originó lesiones, y al estar dicho ataque dirigido a obtener una respuesta del maltratado sobre las circunstancias y partícipes en un robo, la actuación de los policías es subsumible en el párrafo segundo, inciso primero del art. 204 bis del CP. de 1973.

- STS 1644/2002 (RJ 2002\8881): por excesos de violencia durante el control de alcoholemia: “agente que empujó, pateó y golpeó por distintas partes del cuerpo y llevó arrastrando al coche policial al denunciante”. “Jaime sopló, es decir, intentó someterse a la prueba de alcoholemia unas cuatro o cinco veces, pero el alcoholímetro daba como resultado error, siendo advertido de que la negativa a realizar dicha prueba podía constituir un delito de desobediencia a lo que él contestó de forma correcta que no se oponía a ser conducido a comisaría o a un hospital para someterse a otras pruebas, pero que él ya no soplaba más porque no podía, que no tenía suficiente capacidad pulmonar. En esta tesitura, el acusado que atendía a otro vehículo pero que se estaba percatando de los hechos, interrumpió lo que estaba haciendo y acercándose preguntó si todavía no había hecho la prueba y contestándole sus compañeros que no, pensado que Jaime , de complexión física menuda, que pesa unos 50 kg. se burlaba de los agentes de policía y que estaba incurriendo en un delito de desobediencia por no querer hacer la prueba de alcoholemia, se dirigió al chico bruscamente y lo agarró, y ante la sorpresa de sus compañeros también agentes policiales, lo empujó, lo pateó y golpeó por distintas partes

del cuerpo y lo llevó arrastrando al coche policial donde lo introdujo a la fuerza. El chico se dio contra el bastidor de la puerta del vehículo, agarrándose donde pudo para no caerse, rompiéndole en tal momento la ropa al acusado, quien dentro del coche también le pegó "una piña" en la cara al perjudicado".

Centrándonos ya, por consiguiente, en el análisis del motivo realmente planteado y reiterando, de nuevo, que la naturaleza de su sustento hace obligadamente incuestionable el relato de Hechos Probados, se advierte la plena cobertura que estos hechos ofrecen para la calificación jurídica de la conducta del recurrente como un delito de Torturas. En efecto, en esa narración consta: a) la agresión física, en forma de empujones, patadas, golpes por distintas partes del cuerpo y arrastre del cuerpo del agredido, de complexión menuda, hasta el vehículo policial en el que el recurrente le introdujo a la fuerza, golpeándole también en el interior, desgarrándole la ropa; b) el móvil y la finalidad con que se relaciona esa agresión, que no es otra, según claramente se aprecia con la lectura de esos hechos y, más aún, a la vista de los Fundamentos jurídicos que les sirven también de complemento, que más aún que forzarle a someterse a la práctica de la prueba de alcoholemia que el agresor entendía que Jaime eludía mofándose de los agentes, consistía en aplicarle un castigo por esa supuesta actitud; c) las consecuencias lesivas de esos hechos para el agredido, literalmente consistentes en "...hematomas en tórax, contusiones en cara, tórax y zona lumbar y contusión en labio inferior de las que tardó en curar 14 días, estando diez días imposibilitado para realizar su trabajo y precisando para su curación una asistencia facultativa..." De ese modo, los elementos típicos del delito previsto en el artículo 174 del Código Penal, que el Tribunal aplica, quedan exhaustivamente recogidos en los Hechos probados, del mismo modo que no puede hablarse de escasa entidad de la gravedad de los mismos, tras la lectura de esos mismos hechos. Lo que se corresponde con la cumplida motivación que en la Resolución recurrida se ofrece acerca de la individualización de la pena que impone, con criterio que, en modo alguno, merece ser aquí corregido (tercer y último párrafo del Fundamento Jurídico Cuarto), cuando aplica la pena mínima prevista para el supuesto de atentado grave contra la víctima, calificación ésta que, a su vez, deriva de la "brutalidad" empleada, a que se refiere el párrafo quinto del Fundamento Jurídico

Primero. Razones, en definitiva, por las que procede la, ya adelantada, desestimación del único motivo de casación y, por tanto, la del Recurso interpuesto.

En un Estado democrático el uso del ejercicio de la violencia por parte de los miembros de fuerzas de seguridad está reglado por el principio de proporcionalidad. La coacción del Estado debe ejercerse con la mínima restricción de derechos fundamentales posible para salvaguardar un bien común, el ejercicio de la violencia no puede ser desproporcionado, porque deviene en ilegítimo. La detención puede convertirse en un acto violento, sobre todo si hay oposición por parte del detenido. Sólo se admite la restricción de derechos fundamentales, en casos como la detención con el uso de la fuerza, cuando ésta es proporcionada para salvaguardar un interés general que es preponderante, esto es para evitar "un daño grave, inmediato e irreparable". Así lo contempla la propia Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 5.2.c, en adelante LFCSE). Además establece las siguientes reglas de la detención:

- art. 5.1.a: la actuación de los cuerpos de seguridad del Estado debe ceñirse a la Constitución.

- Art. 5.2.c: los principios de necesidad, oportunidad y proporcionalidad deben regir el uso de la coacción directa.

- Art. 5.3.b: en el tratamiento de los detenidos los cuerpos de seguridad deben respetar la vida, integridad física, honor y dignidad de la persona; por tanto, están prohibidos los malos tratos y, por supuesto, la tortura.

En suma, para que el uso de la fuerza sea legítima en una detención debe respetar los siguientes principios:

A) Principio de oportunidad: adecuación o idoneidad: el agente de policía debe elegir el instrumento menos lesivo posible.

B) Principio de necesidad: El uso de la violencia ha de ser necesaria para ser legítima; debe ser el único instrumento posible para reducir el detenido.

C) Principio de proporcionalidad estricta: El quantum de la violencia debe ser proporcional al mal que se pretende evitar: cuando se trata de delincuentes peligrosos y constituye un delito grave.

D) El uso de las armas de fuego también está regulada por las leyes, por lo que también se puede establecer cuándo es ilegítima su utilización.

En consecuencia, el uso de la violencia en la detención debe regirse por los principios de necesidad, oportunidad y proporcionalidad para ser legítima, sino estamos ante unas detenciones ilegales y, en su caso, puede consistir un delito de malos tratos del art. 173 o unas torturas del art. 174.

La detención constituye de por sí una grave restricción de derechos fundamentales, en la que a la persona se le priva de la libertad y con ella de su autodeterminación. Como se ha dicho, se trata de una restricción de derechos fundamentales sólo justificable cuando se trata de una medida proporcionada para salvaguardar un interés general que es preponderante, esto es para evitar "un daño grave, inmediato e irreparable". De ahí que en la propia CE, art. 17 se establezca unas garantías, controles, para que el ejercicio de esa potestad de los poderes públicos sea legítima y el detenido no quede en una situación de indefensión, favorecedora de situaciones de malos tratos y torturas. La propia Constitución, como se ha visto, ha exceptuado de estas garantías a los detenidos por terrorismo, en el art. 55.2 CE y su desarrollo, el art. 520 bis LECrim.

Según estas disposiciones, la regla del plazo de la detención preventiva que es de 72 horas (en otros países es de 24 horas), para los detenidos por delitos de terrorismo, se pueden prorrogar por dos días más con autorización judicial. El art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal contempla que dicho plazo pueda darse en estos casos bajo régimen de incomunicación (art. 527 LECrim.). Este régimen de incomunicación consistente en una situación jurídica de mayores restricciones de los derechos de defensa, supone en la práctica que el detenido no tiene comunicación libre con su abogado defensor (sólo está asistido por un abogado de oficio), ni con sus familiares a los que no se comunica ni el lugar ni el hecho de la detención, tampoco tiene acceso a un médico de su elección, por tanto no puede organizar su defensa y se convierte en un sujeto especialmente vulnerable a los malos tratos, puesto que está totalmente privado del mundo exterior. El Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, recomienda en España la implementación de las tres reglas básicas que los poderes públicos deben ofrecer a las personas que se encuentran bajo su custodia: derecho al acceso de un abogado en todo momento que dure la situación de privación de libertad, derecho a ser notificado de su detención a un familiar o persona de su elección y derecho a ser examinado por un médico de su elección (además del médico forense designado por ley). Amnistía Internacional también ha solicitado en reiterados informes la derogación del régimen de incomunicación por ser el caldo de cultivo de los malos tratos. En estos momentos, en contra de todas estas recomendaciones, el gobierno ha aprobado un Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, según el cual se prolongaría por cinco días más el plazo de la incomunicación. Conviene recordar los fundamentos del TC al respecto en la STC 199/1987 que declaró inconstitucional los arts. 13 y 15.1 de la Ley Antiterrorista de entonces, la cual estipulaba un plazo de incomunicación de 10 días: “siguen siendo puntos necesarios de referencia tanto el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial “en el plazo más breve posible”. En otro extremo argumenta: “... esa amplitud de la detención preventiva que permite el art. 13, en cuanto excede de los límites antes señalados, puede suponer una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e

injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable...”.

Desde el ámbito académico también se ha cuestionado el plazo excesivo de la detención para presuntos terroristas y, en especial, el régimen de incomunicación, no sólo porque afecta desproporcionadamente los derechos fundamentales y favorece los malos tratos y las torturas, sino también porque resulta innecesario, inútil e ineficaz. El plazo ordinario de 72 horas es más que suficiente para que el detenido declare o se acoja a su derecho de no declarar contra sí mismo y, por tanto, debe ser puesto inmediatamente a disposición judicial.

Todo exceso a dicho plazo resulta una situación legal favorecedora de los malos tratos y por tanto un factor criminógeno para los abusos y excesos de las fuerzas del orden, sin que con ello se alcance una mejor investigación de los hechos. De ahí que desde diversas aproximaciones al tema del terrorismo se propugne un tratamiento penal del mismo dentro de los cánones de la normalidad y se considere que debe derogarse la excepcionalidad legislativa para el tratamiento del terrorismo, no sólo por infringir diversos principios: igualdad, presunción de inocencia, derecho de defensa, dignidad de la persona, sino también por resultar una normativa poco eficaz para afrontar un fenómeno criminal tan complejo como es el terrorismo69. Incluso, puede decirse que el tratamiento excepcional resulta contraproducente para la lucha política antiterrorista que debe tratar de convencer de la legitimidad de la actuación del Estado a aquellos que no están atrapados en el mensaje de los grupos terroristas. El tratamiento excepcional fomenta el victimismo con el cual se nutre el terrorismo y, por lo tanto, atiza el fuego de la violencia incontrolada de las fuerzas no democráticas.

XII. CONCURSOS

El art. 177 CP establece una regla concursal, según la cual, se sanciona con las reglas del concurso ideal, cuando además del atentado a la integridad moral, se producen otros delitos: detenciones ilegales, lesiones, homicidios, etc. En principio, cuando se producen estos resultados constitutivos de delitos graves deben, pues, acumularse las penas. Pero no deja de plantear problemas la absorción de algunas figuras delictivas como las injurias leves o las lesiones leves, porque las conductas de atentados contra la integridad moral consisten en infligir padecimientos físicos o psíquicos de carácter vejatorio, es decir, conductas que de por sí constituyen coacciones, amenazas o malos tratos de obra. Nuevamente el juez tendrá que valorar las circunstancias del caso para dilucidar si las conductas de violencia física o psíquica vejatorias, deben integrarse o no en el atentado contra la integridad moral.

Al respecto el TS ha resuelto en STS 3433/1999 (RJ 2001\3567) que "el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales y otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidos por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas...". Esto es, la jurisprudencia suele considerar que los padecimientos psíquicos, las violencias morales, constituyen parte de la figura de tortura, puesto que se trata de atentados contra la integridad moral, mientras que las lesiones, aunque sean leves, no forman parte de estos delitos.

Se puede dar el caso uno o varios sujetos activos, que no tengan la condición de autoridad o funcionario, cometan la acción típica, torturen a un detenido y lo hacen porque quienes tienen la condición de autoridad o funcionario lo permiten. Si es un particular el que realiza la tortura, no puede ser castigado con arreglo al 174, pero lo

que se puede hacer es aplicar el 173.1 CP y que en el caso de que existan lesiones habrá un concurso con un delito de lesiones, por lo que ese particular será castigado como autor del delito tipificado en el 173 en concurso con lesiones si las hubiera. En cuanto al funcionario público que se ha servido, que ha utilizado los servicios de un particular responderá con arreglo al 176 que prevé expresamente ese supuesto.

En caso de conflicto armado, pudiera darse el concurso con en el art.609 CP donde se establece que "El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos".

XIII. EL DELITO DE TRATOS DEGRADANTES COMETIDO POR FUNCIONARIO

El artículo 175 creó un nuevo tipo penal que regula los atentados a la integridad moral cometidos por funcionarios que no lleguen a ser tortura en sentido estricto.

Con este precepto se cierra el círculo de los atentados a la integridad moral típicos, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas de 1984, donde se establece el compromiso para todo Estado Parte de prohibir

los tratos inhumanos y degradantes cometidos por funcionarios que no constituyan tortura.

Estamos, pues, ante un tipo cuya función es castigar los otros atentados contra la integridad moral cometidos por los funcionarios. De ahí que haya sido considerado como el tipo básico de los delitos contra la integridad moral cometidos por los funcionarios o como un tipo subsidiario o residual del delito de tortura. Desde luego no puede concebirse como un delito de tortura, ya que lo que caracteriza y fundamenta el mayor injusto del delito de tortura es que, junto al atentado a la integridad moral, se de una infracción de ciertos deberes especiales que aparecen vinculados a las normas que regulan el proceso de investigación judicial o policial o la custodia de los detenidos o presos). Infracción específica de un deber que no concurre en los supuestos tipificados en el artículo 175, ya que aquí el atentado a la integridad moral se anuda a la infracción de un deber general ligado a la función pública. Tal configuración permite explicar que la pena que se imponga sea mayor que la establecida en el artículo 173 y menor que la que corresponde al delito de tortura.

En realidad este delito presenta la estructura típica de un delito especial impropio cuya figura correlativa común es la prevista en el artículo 173, donde se castigan las mismas conductas cometidas por particulares. Con todo, ello es así sólo en parte, pues en el tipo del artículo 173 se castigan los atentados graves a la integridad moral, mientras que el tipo del artículo 175 recoge tanto los atentados graves como los no graves a la integridad moral.

A partir de estas consideraciones parece más correcto considerar a esta figura delictiva un delito de tratos degradantes cometido por funcionarios públicos.

Al igual que en el delito de tortura el funcionario público ha de actuar «abusando de su cargo», esto es, utilizando las facultades que la función pública le atribuye para

ejercitar la acción que suponga un atentado a la integridad moral, pero no se exige que el funcionario tenga un poder de hecho sobre la víctima como ocurre con el artículo 174.

En la descripción de la conducta típica el legislador se ha limitado a una referencia genérica a la lesión del bien jurídico y a establecer un elemento negativo del tipo. Se castiga cualquier atentado (grave o no) a la integridad moral cuando no constituya un supuesto de los previstos en el delito de tortura.

La doctrina ha criticado con razón la vaga descripción de la conducta típica, hasta el punto de considerarla «un exponente de la desgraciada técnica legislativa empleada en este Título». Se hace necesaria, por tanto, una labor de interpretación dirigida a la concreción y delimitación de los contornos de lo que deba entenderse como atentado a la integridad moral. Para ello es necesario acudir a dos elementos, la correcta definición del bien jurídico de la integridad moral y el elemento negativo de que no constituya tortura en sentido estricto.

Por lo que se refiere a la definición del bien jurídico de la integridad moral nos remitimos al concepto aquí mantenido, que entiende la integridad moral como el derecho del sujeto a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. De este concepto deducimos que la acción típica consistirá en toda acción capaz de dar lugar a un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento, ante los demás o ante sí mismo. Se incluyen, por consiguiente, en este tipo las conductas tipificadas en el artículo 173 cuando sean realizadas por un funcionario con abuso de su cargo. Además, son típicos también los atentados no graves a la integridad moral si son realizados por funcionarios.

Por otro lado, la expresión «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior» supone que se incluyen asimismo los supuestos previstos en el artículo 174, es

decir, «el sometimiento de una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias les supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión» siempre que el funcionario actúe con una finalidad distinta de la de obtener una confesión o información o de castigar.

STS de 2 de febrero de 1996. Con independencia de que sí es posible hablar de comisión por omisión en los delitos de simple actividad, en contra de lo que aduce el motivo, porque el delito puede hallarse configurado de forma que el solo hacer alcance ya al objeto de la acción, el motivo debe ser acogido parcialmente, por las razones que se expresan a continuación. El tipo penal del art. 187,5º se refiere al funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos de un rigor innecesario y supone un delito especial propio, en cuanto el sujeto activo de la infracción tan solo puede ser el funcionario de prisiones o sea, un miembro de los diversos Cuerpos de Instituciones Penitenciarias. La acción consiste en la imposición de privaciones indebidas, en el uso con ellos de un rigor innecesario, por lo que la tipicidad exige determinar, si las privaciones fueron debidas o no y se usó de un innecesario rigor, porque la acción será atípica a todas luces cuando la privación impuesta a los reclusos sea debida o cuando el rigor usado sea el preciso. Para determinar tales extremos, en el obligado respeto al hecho probado que esta vía casacional impone, habrá que acudir a la legislación penitenciaria. El hecho probado describe una muy grave alteración del orden interior del Centro Penitenciario motivada por la conducta de un interno, Paulino, que persiguió a otro y produjo desperfectos en el televisor existente en la planta de la Galería, teniendo que ser sujetado por dos funcionarios por ambas extremidades para poder ser reducido y al gritar este interno: "Fuego", espontáneamente y sin que conste previo acuerdo de los reclusos de la dependencia, arrojaron a los funcionarios que habían reducido a Paulino y a los que habían acudido para auxiliarles, botes de café y diversos y variados objetos, algunos contundentes y varios cubos de basura llenos, uno de los cuales impactó a un funcionario y otros varios resultaron lesionados, en

total seis, debiendo ser asistidos de sus heridas en diversos centros. Tales datos se complementan con otros fácticos de los fundamentos jurídicos, que añaden que tal grave desorden motivó, aunque fuera por corto lapso de tiempo, la pérdida de control sobre 640 internos alojados en la 4ª Galería, que contagiados se unieron al incidente de resistencia, lanzando hasta 6 cubos de basura, botes de cristal, garrafas de lejía, alcanzando a seis funcionarios, tres de ellos de forma importante, que precisaron de asistencia médica fuera del recinto carcelario, "lo que puso en grave peligro la seguridad de los internos y funcionarios, así como la convivencia ordenada del recinto carcelario". El hecho probado añade también que se generó "una situación de desorden en la galería con gritos, insultos y abucheos hacia los profesionales actuantes". También indica el probatum que después de ser conducido Paulino a la 5ª Galería, aplicándosele la medida de aislamiento provisional, "seguidamente y con un esfuerzo superior al usual, sobre las 9,30 se procedió al recuento de los internos que pasaron a sus celdas respectivas y al cierre de las galerías". El acusado recurrente era mando de incidencias y director en funciones y se limitó a ordenar "la identificación y el aislamiento provisional de los internos responsables, así como su traslado a celdas de aislamiento ubicadas en la 5ª Galería, al DIRECCION000 de Servicios, el acusado Isidro", quien previamente al cierre de la Galería había dicho: "Estoy harto de tanto paño caliente y de tanto tratamiento, esto se va a cerrar por encima de todo y nos vamos a meter". La conducta del impugnante debe estimarse, en principio, razonable, correcta y totalmente ajustada a la normativa penitenciaria. la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior (art. 4 b), sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios (art. 4 c), señalando que "el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada" (art. 41,1) y el propio Reglamento aprobado por Real Decreto 120/1981, de 8 de mayo, atribuye al director, entre otras funciones, la de "adoptar las medidas reglamentarias urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el Establecimiento, dando cuenta inmediata al Centro directivo". Todo es así y es justo consignarlo, pero la ejecución de tal cometido en la que sí participó de forma intermitente el acusado, le permitió comprobar que se vencía la resistencia activa o

pasiva de los internos con empleo excesivo de fuerza, cuyo uso estaba justificado ciertamente, pero no el plus aplicado en la ejecución del acuerdo. Así ocurrió con relación al recluso Mauricio y pudo, por ello, percatarse de que no era el único caso. Ello determina, que si bien existe el delito expresado, concurre la semieximente 11ª del art. 8, en relación con el art. 9,1 del Código Penal, que aún en las legítimas actuaciones de las Fuerzas del Orden Público y funcionarios en el ámbito penitenciario, exige la proporcionalidad y veda las extralimitaciones.

Entiende que golpear levemente con las manos, empleo de un mínimo de fuerza a un preso que se resiste al traslado no es constitutivo de un rigor innecesario y si existió algún rigor era necesario para salvaguardar la disciplina interna. El motivo debe ser parcialmente acogido. No es preciso repetir una vez mas, la alteración del orden producida con la actuación de los internos. La obligatoriedad del mandato del traslado de los reconocidos como responsables dada por el director en funciones del Centro Penitenciario, la situación de desorden, el recuento de los internos con un esfuerzo superior al normal debido al clima de tensión, la situación de excitación y agresividad de los internos, el traslado de éstos a las celdas de aislamiento, oponiendo resistencia en mayor o menor medida, para determinar, que si el empleo de la fuerza, si no legitimó de forma total su utilización en las circunstancias del caso, por la pluralidad de funcionarios encargados del traslado, se convierte en eximente incompleta o semieximente la circunstancia 11ª del art. 8º del Código Penal en este hecho. Como ha señalado la doctrina de esta Sala -sentencias de 9 de diciembre de 1986, 2 de julio de 1987 y 19 de abril de 1988- es preciso que exista necesidad de empleo de la fuerza, precisando la resistencia por parte de la víctima - sentencias de 23 de febrero y 19 de abril de 1988-. Ello concurre en este caso, pero ha habido exceso, en este concreto supuesto han golpeado tres funcionarios al interno, el exceso de hematomas y pluralidad de agresores excluye la exención total pretendida. Como señaló la sentencia de 25 de marzo de 1992, el agente tiene que actuar ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad y el uso de la fuerza debe ser el exclusivamente necesario. Si no fuera precisa la fuerza faltaría el requisito de la necesidad, pero puede suceder que se haya empleado cualquier género que resulte

excesiva y es la ausencia de proporcionalidad la que determina la semieximente. El motivo debe ser estimado en la forma expresada.

XIV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL: LA INVESTIGACIÓN Y CASTIGO DE LOS RESPONSABLES

La Convención para la prevención de la Tortura prevé que los Estados deben cumplir con los requisitos de exhaustividad, prontitud e imparcialidad de las investigaciones sobre malos tratos y torturas denunciadas. La mejor reparación de una víctima de torturas es ver a su torturador sometido a un castigo ejemplar, para que otras potenciales víctimas no sufran lo que ellas han sufrido. Para ellas no vale una reparación económica, puesto que el daño es un daño moral, a la integridad del ser de la persona misma. Además, los sujetos activos de delitos de torturas por su condición de agentes públicos del orden, temen mucho una pena privativa de libertad, por lo que el efecto intimidante de esta sanción puede tener efectos disuasivos.

Escasas investigaciones y sanciones penales

De la escasa jurisprudencia que llega a los Tribunales –siendo que ya llegan muy pocos casos a juzgarse- se puede concluir que en la mayoría de supuestos no suelen declararse la culpabilidad y sancionarse los delitos de torturas 75. Las razones aducidas son diversas:

- Falta del elemento intencional (STS de 18 de mayo de 1993). La existencia de un elemento teleológico, un especial elemento subjetivo puede dificultar la calificación por torturas. No obstante, cabe recalcar que el dolo que se exige no es del resultado producido, sino de atentar contra la integridad moral.

STS de 18 de mayo de 1993. Tanto en la definición de Tortura dada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 9 de Diciembre de 1.975, como en la definición del delito previsto y sancionado en el artículo 204 bis del Código Penal, se exige que los actos merecedores de tal calificación hayan sido realizados por Autoridad o funcionario público, con un ánimo tendencial, cual es, el de ir dirigidos a obtener una confesión o testimonio, por lo que aun prescindiendo del elemento objetivo del delito, es lo cierto que, como se dice en la sentencia recurrida, de los hechos probados aunque resultase acreditada la relación de causalidad entre los actos de los inculpados y los resultados lesivos lo que no quedó probada fue la concurrencia del ánimo tendencial exigido como elemento integrante del tipo del delito que fue objeto de acusación, de manera que, cuando no concurre el referido elemento intencional en los delitos o faltas a las que se refieren los distintos párrafos del precitado artículo 204 bis del Código Penal las respectivas infracciones penales únicamente serán sancionables de conformidad con lo previsto para las infracciones punibles ordinarias de que se trate.

- Falta de relación de causalidad. En varios casos se comprueba que las lesiones, la violación o la muerte se han producido cuando el sujeto se encontraba bajo custodia policial, pero como no se ha podido comprobar que la agresión de un determinado agente es la causante del resultado se ha producido la absolución.

Especialmente destacable es el caso resuelto por la STS 2051/2002 (RJ 2003\1117), en el que se comprueba la existencia de lesiones producidas durante la detención, ocasionadas por golpes a los detenidos por intento de fuga y la muerte de uno de ellos, pero se considera no probada la relación de causalidad entre unas y otras, pese a que la autopsia practicada determinó que la causa de la muerte fue una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda. La absolución se fundamenta en la inexistencia de dolo, pero no plantea la posibilidad de un concurso ideal con un homicidio imprudente, ya que existe una imputación objetiva entre las lesiones y la muerte, como en varios casos similares ha resuelto el TS. En este caso, el TS condena a una pena de quince días de arresto menor, por unas faltas de lesiones y al

pago conjunto de sesenta mil pesetas (360 euros), a pagar por responsabilidad civil a los herederos del occiso.

- Falta de pruebas. Como es lógico, si un médico forense no certifica inmediatamente el hecho es difícil de probar, no sólo porque en muchos casos la tortura no deja huellas (la bolsa en la cabeza, la privación del sueño, etc.), sino también porque muchas se consideran propias del acto mismo de la detención, cuando el detenido opone resistencia, o se consideran autolesiones. Por eso el Comité para la Prevención de la Tortura establece como un requisito preventivo prioritario el examen médico del detenido privado de libertad por un médico de su libre elección. El juez de instrucción debe, incluso, solicitar otros informes médicos para contrastarlos en caso de duda. El argumento "falta de pruebas", en realidad es un cajón de sastre para denotar que la investigación judicial no ha conseguido esclarecer los hechos. En un Estado de Derecho de un país desarrollado del siglo XXI, no puede admitirse que unos casos de torturas o malos tratos consumados no puedan condenarse porque no hay pruebas suficientes para determinar la responsabilidad de sus autores. Corresponde al juez y al fiscal extremar la investigación para esclarecer casos tan graves como corresponde a estos atentados contra la dignidad de las personas, ejercidos por las fuerzas del orden. De no extremarse el celo en la investigación, el Estado, por medio de sus operadores jurídicos, estaría infringiendo el Convenio contra la Tortura que obliga a la exhaustividad en la investigación y sanción de los responsables. De ahí que se considere muy importante la motivación de la sentencia. La única manera de controlar la decisión judicial es la exigencia del mandato constitucional de motivación de las sentencias, tanto si son de absolución como de condena. En ambos casos, el juez debe realizar una argumentación jurídica de los hechos y de la aplicación del Derecho que justifique su decisión. Sobre todo, debe explicar "por qué se sirve o renuncia al uso de determinado medio de prueba, por qué confiere o niega valor a sus resultados, o privilegia algunos de éstos sobre otros; y qué criterios de ponderación habrá empleado en cada caso". En un ámbito tan importante como es la protección de un derecho fundamental básico para el Estado de Derecho, el juez debe establecer un especial celo en investigar exhaustivamente el caso, agotando todos los medios de prueba posibles.

En este sentido, es muy importante el precedente sentado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en la Demanda núm. 32574/1996, STEDH de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003\47911) contra la República de Turquía: "El Estado es responsable de toda persona detenida, ya que ésta está en manos de los funcionarios de policía, está en situación de vulnerabilidad y las autoridades tienen el deber de protegerla". "Cuando una persona es lesionada en el transcurso de una detención preventiva, cuando se encontraba totalmente bajo control de la policía, cualquier lesión acaecida durante dicho período da lugar a serias presunciones de hecho... corresponde por tanto al Gobierno facilitar una explicación plausible sobre los orígenes de dichas lesiones y presentar pruebas que establezcan hechos que hagan dudar de las alegaciones de la víctima". En este caso resuelto, el TEDH sienta doctrina sobre lo que denominamos "posición de garante" del Estado respecto del detenido durante una detención, esto es un deber jurídico de salvaguardar la vida, la salud, la integridad del mismo, porque el sujeto se encuentra totalmente sometido a su control y pierde capacidad de autodeterminación. En estos casos, la presunción de inocencia cede a la obligación del Estado de probar ante una muerte o lesiones probadas médicamente, producidas durante el transcurso de una detención, que no fueron los agentes de policía los causantes de los mismos. Esta misma doctrina ya ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en los supuestos desaparición forzada de personas.

XV. DERECHO INTERNACIONAL

Debido a que la idea que fundamenta y da razón de ser a la agrupación de estos delitos en el Título VII del Código penal es el reconocimiento de un bien jurídico que deriva directamente del derecho constitucional a la integridad moral y la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, y que el legislador para determinar el contenido de estos derechos suele remitirse a la legislación internacional, es oportuno,

antes de abordar el análisis de las diferentes figuras delictivas que comprenden este Título, ocuparnos del contenido que la legislación internacional otorga a la tortura, a los tratos inhumanos y a los degradantes.

Esta técnica interpretativa, además, nos viene impuesta por el apartado 2 del art. 10 de la Constitución, que establece que «las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos ratificados por España». Cláusula que debe entenderse en el sentido de que las dificultades interpretativas de los derechos y libertades fundamentales deben salvarse inicialmente a favor de la interpretación que suministran los referidos tratados o convenios y que es concretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el órgano competente para interpretar y aplicar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Desde un principio las normas internacionales se ocuparon de prohibir expresamente la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, aunque los primeros textos no aportan nada en la tarea de delimitación conceptual, pues se limitan a la mera prohibición y no ofrecen definiciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su art. 5 establece por primera vez la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Prohibición que se reitera, en parecidos términos, en el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 195058, y en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 196659. Junto a estos textos internacionales existen otros muchos que directa o indirectamente prohíben la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. A nivel regional hay que destacar el art.

5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, y el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 22 de junio de 1981.

A partir de estos textos queda prohibida la tortura y los tratos inhumanos y degradantes por el Derecho internacional. Sin embargo, estas normas no ofrecen un concepto de tortura ni su delimitación de otros malos tratos prohibidos.

Será con posterioridad y en normas internacionales referidas a la protección específica de la tortura donde se ofrecerá un concepto de tortura y se diferenciará ésta de los otros tratos inhumanos y degradantes.

Así la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Asamblea de las Naciones Unidas, aprobada el 9 de diciembre de 1975, en su art. 1 define la tortura y nos ofrece un criterio de delimitación de ésta de los demás malos tratos: «1. A los efectos de la presente Declaración se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionadamente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida que estén en consonancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante».

A partir de esta Declaración la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el 10 de diciembre de 1984 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, donde se perfila aún más el concepto de

tortura. El art. 1 de esta Convención dice: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores sean infligidos por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o su aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas». Además en el art. 16 se insiste en la separación entre tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Interesa, por último, aludir a la definición de tortura que se ofrece en el art. 2 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura: «Se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica».

De la lectura de estos textos internacionales deducimos un concepto claro de tortura y que entre ésta y los demás tratos ilícitos existe una identidad conceptual con una diferencia de grado en la intensidad requerida para los dolores o sufrimientos físicos o mentales.

Pero, por lo que se refiere a Europa, ha sido fundamentalmente la resolución de los casos planteados a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo que ha ido creando un cuerpo doctrinal y jurisprudencial acerca de las nociones a las que se

refiere el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Los órganos de Estrasburgo configuran la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes como tres formas de tratamiento ilícito, cuyo elemento material común es el dolor o sufrimiento físico o psíquico infligido a una persona, viniendo determinada su diferencia por la gravedad del sufrimiento. Son tres conceptos autónomos, íntimamente relacionados y jerarquizados dentro de una escala, cuya parte inferior estaría formada por los tratos degradantes, la intermedia por los tratos inhumanos y la superior por la tortura.

Esta doctrina ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 120/1990, de 27 de junio de 1990, donde afirma que «la tortura y los tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien les sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente».

Sin embargo, los citados órganos europeos no han realizado en la práctica una apreciación en abstracto del umbral de intensidad de sufrimiento que corresponde a cada una de estas categorías, sino que han recurrido a dos parámetros de «apreciación relativa»; por un lado se atiende a lo que se ha denominado datos variables de orden interno, donde se tienen en cuenta los datos que se detallan en cada asunto sometido a su consideración y, por otro lado, se atiende al dato sociológico, donde se valora el contexto socio-político en el que se realiza el hecho que se trate, condicionando la calificación a las necesidades que plantean otros intereses generales de la sociedad en las circunstancias en las que se producen.

La utilización de estos criterios relativizadores han llevado a invalidar el principio básico de inderogabilidad del derecho a la integridad física y moral de las personas, convirtiendo la escala gradual en una «escala móvil» que baja o sube los niveles mínimos de cada una de las categorías en función de otras exigencias de interés social, y a hacer inaplicable el concepto de tortura en los países donde rige una democracia formal.

En este contexto el Tribunal europeo concibe la tortura como una forma agravada de trato inhumano que ocasiona sufrimientos físicos o psíquicos muy graves y crueles. En el caso Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18 de febrero de 1978, afirma que el Convenio europeo, al distinguir la tortura de los tratos inhumanos y degradantes, «ha querido con el primer término estigmatizar especialmente a los tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles». En cuanto a posibles supuestos concretos de tortura poco aporta el Tribunal, pues sólo en un caso la ha apreciado.

Por lo que respecta a los tratos inhumanos, el Tribunal europeo los concibe como una escala intermedia entre la tortura y los tratos degradantes. De ahí que exija que el trato conlleve sufrimientos físicos o psíquicos graves, sin alcanzar el nivel de gravedad que caracteriza a la tortura. Esta noción pone en primer plano la intensidad del dolor físico o psíquico infligido y la crueldad del comportamiento. Para determinar la gravedad de los sufrimientos nos remitimos a los casos que han sido calificados como tratos inhumanos por el Tribunal europeo. Así nos encontramos que han merecido tal calificación los siguientes supuestos: el empleo de las cinco técnicas de interrogatorio antes citadas, la amenaza de torturar a alguien, en determinadas circunstancias, golpear con un bastón con mucha fuerza y en varias ocasiones a un hijastro de nueve años y los golpes dados en un interrogatorio. Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que «cierto tipo de aislamiento en celdas negras, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve conductas manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes».

Más elaborado y preciso se presenta el concepto de trato degradante elaborado por la jurisprudencia europea. El Tribunal define estos tratos como aquellos que pueden «crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral». Lo que caracteriza a este concepto no es el grado de dolor o sufrimiento, como ocurría respecto a la tortura y a los tratos inhumanos, sino la humillación o sensación de envilecimiento que provoque la acción en el interesado. Por consiguiente, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso. No se trata sólo del sentimiento que la acción pueda crear en la víctima, de manera que si la víctima no experimenta sentimiento alguno o cuando muestre su consentimiento no se pueda hablar de trato degradante, sino que basta con que la acción produzca objetivamente humillación o envilecimiento de las personas.

XVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2001

El Juzgado de Instrucción número 1 de Martorell instruyó Procedimiento Abreviado con el número 539/93, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 26 de abril de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Se declara probado que en la tarde del día 27 de

febrero de 1993, D. Gaspar, interno en el Centro Penitenciario Brians, fue trasladado al departamento especial, en celda NUM000, a fin de que cumpliera con la sanción impuesta. Sobre las 22 horas, mediante el interfono que comunica la celda con el "búnker" que ocupa el funcionario vigilante de ese departamento, solicitó medicación psicotrópica. La solicitud se trasladó al acusado D. Eusebio mayor de edad y sin antecedentes penales, a la sazón DIRECCION000 de Centro del establecimiento, quien consultó con el médico de la prisión y éste, a la vista de su historia médica, desestimó la petición pues ya tenía pautada medicación y no había razones sólidas para elevar la dosis, lo que se comunicó al interno. No obstante el interno insistió con continuos gritos, y mediante utensilio de comida trabó el timbre del interfono para que sonara en la oficina de manera continua. Sobre las 2,15 horas, el DIRECCION000 de Centro señalado, acompañado por los funcionarios, también acusados, D. Domingo, Jose Luis, Rodrigo y Soledad, todos mayores de edad y sin antecedentes penales, iniciaron una ronda y provistos de las defensas reglamentarias fueron al señalado departamento especial.- Tras abrir la puerta de la celda, se introdujo en la misma el acusado Eusebio, y con la finalidad de trasladarlo a una celda especial le obligó a salir al interno al pasillo. Allí, al tratar de ponerle grilletes en sus muñecas, el recluso se opuso, comenzando un forcejo con el acusado Eusebio.

Los demás acusados se abalanzaron sobre él con la finalidad de reducirlo, pero éste ofrecía fuerte resistencia y, sobre todo, unía sus manos fuertemente y de manera que se pegaban su cuerpo impidiendo que se las pusieran tras su cuerpo. En el transcurso del forcejo, cuando otros funcionarios sujetaban al preso y trataban de desasir sus manos, Eusebio propinó con su puño varios golpes en la cara del recluso, cayendo finalmente éste al suelo junto a alguno de los funcionarios; como consecuencia de los puñetazos recibidos y de la caída al suelo, el interno sufrió erosiones y contusiones en la cara y cabeza, con contusión nasal con epistaxis, sin fractura, de las que curó a los quince días precisando única asistencia facultativa.- Seguidamente se trasladó al interno a una celda especial , en la que fue esposado de pies y manos en lecho sin colchón, lugar donde minutos más tarde fue examinado por el médico de la prisión, que no detectó otras lesiones que las descritas".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Primero: Que debemos absolver y absolvemos a D. Eusebio, R. José Luis, Doña Soledad y D. Rodrigo del delito de torturas, del art, 204 bis 3º del C.P. y del delito de lesiones, del art. 421.1 y 3 del C.P., del que eran acusados, por la acusación particular.- Asimismo, debemos absolver y absolvemos a D. Domingo del delito de torturas, del art. 240 bis 5º, y del delito de impedir la comisión de determinados delitos, de los que era acusado por la acusación particular.- Segundo.- Igualmente, debemos absolver y absolvemos a los acusados D. Eusebio, D. José Luis, Doña Soledad, D. Rodrigo y D. Domingo del delito de utilización de rigor innecesario con presos, de los que eran acusados por el Ministerio Fiscal.- Debemos absolver y absolvemos a los acusados D. Jose Luis Doña Soledad D. Rodrigo y D. Domingo de la falta de lesiones de las que eran acusados por el Ministerio Fiscal.- Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Eusebio como autor criminalmente responsable de una falta de lesiones, ya definida, concurriendo la agravante descrita, a la pena de DOS MESES MULTA, con cuota día de cuatro mil pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, que abonará en sendos plazos mensuales el primer día hábil de los meses siguientes a la firmeza de la sentencia, igualmente se le impone el pago de la quinceava parte de las costas del juicio, sin inclusión de las que de la acusación particular.- En concepto de responsabilidad civil indemnizará a D. Gaspar en la cantidad de setenta y cinco mil pesetas.- Notifíquese la presente resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma puede interponerse recurso de casación, por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por Gaspar se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca

quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos que se declaran probados. Segundo.- En el segundo cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con relación al artículo 221.1 de la Constitución se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 582 del Código Penal de 1973 (617.1 del Código Penal de 1995) por indebida aplicación e infracción del artículo 421.1 del Código Penal vigente, por falta de aplicación.

El recurso interpuesto por Eusebio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 617.1 del Código Penal vigente y del artículo 10.8 del derogado Código Penal. Segundo En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 10.8 del Código Penal de 1973.- Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento el vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la votación prevenida el día 15 de febrero de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO INTERPUESTO POR Gaspar

PRIMERO. - En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos que se declaran probados.

Se alega que existe contradicción en cuanto se dice que Gaspar fue introducido en una celda especial y posteriormente se afirma que con la finalidad de trasladarlo a una celda especial se le obligó a salir al pasillo.

Es decir, que resulta contradictorio que fuera a ser trasladado a una celda especial cuando ya se encontraba en una celda de esa clase.

El motivo no puede ser estimado.

Tiene declarado esta Sala que la manifiesta contradicción ha de ser tal que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles y que los extremos fácticos que se señalen se encuentren enfrentados en oposición o antítesis manifiesta y que afecte a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo.

Nada de eso sucede en el caso que examinamos. No existe contradicción alguna por el hecho de que se diga que de una celda especial fuese trasladado a otra celda asimismo especial. Las circunstancias en las que se encontraba el interno aconsejaron el traslado a una celda de especiales características para evitar que se auto lesionara o pudiera lesionar a otros y esas condiciones parece ser que no las reunía la primera celda aunque también fuera especial.

No existe, pues, la manifiesta contradicción que ha sido invocada.

SEGUNDO.- En el segundo cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con relación al artículo 24.1 de la Constitución se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran

en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al afirmar, como hecho probado, que curó a los quince días precisando única asistencia facultativa y designa como documentos, para acreditar el error, el informe pericial médico forense que obra al folio 237 de las actuaciones en el que puede constatarse que no sólo precisó de una asistencia facultativa sino además de tratamiento médico dermatológico. Y ello también resulta del propio informe emitido por el médico del centro Dr. Manuel que obra al folio 44 y en el que se recoge la necesidad de dicho tratamiento. Y entiende que debió apreciarse el delito de lesiones previsto en el artículo 420 del Código Penal derogado.

El motivo no puede estimarse.

Es reiterada la doctrina de esta Sala que niega el carácter de documentos, a estos efectos casacionales, a los dictámenes periciales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentados en las actuaciones, sin que los mencionados en el motivo constituyan uno de los supuestos que con carácter excepcional esta Sala ha considerado prueba documental cuando de pericial se trata ya que requiere que sea única y que el Tribunal de instancia la haya incorporado fragmentariamente o haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por el perito. Y eso no sucede en el supuesto que examinamos, muy al contrario, en el relato histórico se recoge las lesiones padecidas, la asistencia médica precisada, el tiempo que necesitó para curar, todo ello acorde con los informes periciales emitidos por el médico que emitió el primer parte de asistencia y el informe médico forense, y especialmente por la ampliación que del primer informe de asistencia se hizo en el acto del juicio oral por Don. Manuel.

Ciertamente, el primer parte de asistencia que obra al folio 44 de las actuaciones se limita a consignar que el interno Gaspar ha sufrido contusión nasal con epistaxis y contusiones múltiples al golpearse causalmente contra la pared cuando se procedía a su reducción. Y como tratamiento se dice cura tópica. No se especifica que precise tratamiento médico que exceda de la simple vigilancia o seguimiento facultativo del

curso de las lesiones. Y al folio 237 obra informe emitido por la médico forense Dra. María Rosa , emitido once meses después de los hechos, en el que se expresa que en el momento del reconocimiento no se objetiviza ninguna lesión y que a la vista del parte de asistencia las lesiones tienen un periodo aproximado de curación de 15 días, precisando una asistencia facultativa y respecto al tratamiento dermatólogico a que se hace referencia hay que señalar que, según el historial médico que obra unido a las actuaciones -véanse folios 10,13, 177 y siguientes, 185, 256 y 258 de la pieza que contiene la documental médica y folios 60 y 71 del rollo de Sala- ese tratamiento le venía siendo prestado con anterioridad a los hechos enjuiciados, sin que el que se menciona en el informe médico forense se diga que guarda relación con la agresión objeto de acusación. Es más, en el acto del juicio oral, Don Manuel, a preguntas de las partes, tras ratificarse en su informe de asistencia, aclaró que las lesiones fueron leves y que precisó una única asistencia sin que necesitara de cura posterior.

Así las cosas, no ha existido el error que se invoca por el recurrente.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 582 del Código Penal de 1973 (617.1 del Código Penal de 1995) por indebida aplicación e infracción del artículo 421.1 del Código Penal vigente, por falta de aplicación. E igualmente se dicen infringidos los artículos 204 bis 3º y 5º y 338 bis, ambos del Código Penal, aunque de este último nada se expresa en el desarrollo del motivo, y referido asimismo al acusado Domingo.

Respecto al delito de lesiones que según el recurrente debió ser apreciado, el cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el interno sufrió erosiones y contusiones en la cara y cabeza, con contusión nasal con epistaxis, sin fractura, de la que curó a los quince días precisando única asistencia facultativa, conducta que se subsume en la falta de lesiones prevista en el artículo 617.1 del Código Penal vigente, correctamente apreciada por el Tribunal sentenciador, sin que, por el contrario, concurran los elementos objetivos que tipifican el delito de lesiones solicitado por el recurrente.

Y en lo que concierne a los delitos de tortura y omisión del deber de impedir determinados delitos, la mención que se hace, sin razonamiento alguna, se presenta en franca contradicción con el relato histórico de la sentencia de instancia ya que en él no existe la menor base o elemento que permita construir estas figuras delictivas.

El Tribunal de instancia ha dado puntual respuesta a todas las peticiones jurídicas formuladas por la acusación particular, dando cumplido acatamiento al derecho a la tutela judicial efectiva que es un derecho complejo que incluye -entre otros- la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, al derecho a obtener una resolución con motivación suficiente, y el derecho a que el fallo se cumpla.

El motivo, por todo lo expuesto, no puede ser estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR Eusebio

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 617.1del Código Penal vigente y del artículo 10.8 del derogado Código Penal.

Se dice, en defensa del motivo, que no concurren todos los elementos que caracterizan la falta de lesiones y en concreto alude al ánimo de lesionar, ya que se limitó a reducir al interno que salió de la celda muy agitado y las lesiones se las causó el interno por la propia resistencia que ofreció al ser esposado.

El ánimo o intención de lesionar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito o falta de lesiones, normalmente hay que deducirlo mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración de hecho, y, en este caso, el agresor, al golpear con los puños en la cara y cabeza del interno tuvo perfecto conocimiento de que estaba realizando el elemento objetivo propio de la lesión, y el resultado se corresponde con esa necesaria representación. El ánimo de lesionar fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia.

La circunstancia agravante de abuso de superioridad, cuya presencia se niega por el recurrente, se caracteriza, como se expresa en las Sentencias de esta Sala de 2 de febrero de 1988; 29 de octubre de 1989; 25 de diciembre de 1991; 5 de abril de 1994;

30 de noviembre de 1994, 5 de junio de 1995, 27 de abril de 1996, 9 de julio de 1997 y 17 de noviembre de 2000, por la concurrencia de estos requisitos: 1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado".

3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos épicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso que nos ocupa la superioridad resulta bien patente cuando se agrede a un preso en el momento en el que estaba sujeto por varios funcionarios. Ha existido un evidente desequilibrio de fuerzas en perjuicio del agredido y el agresor era perfectamente consciente de esa situación de superioridad.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 10.8 del Código Penal de 1973.

Se vuelve a negar la presencia de los elementos que caracterizan la agravante de abuso de superioridad, reiterando que no hubo agresión y que lo único que hizo fue

reducirlo porque estaba muy alterado y trasladarlo a otra celda denominada "cangrejo" y que tampoco ha quedado probado que estuviera cogido por los otros funcionarios.

El motivo se ofrece en franca contradicción con el relato fáctico que debe ser respetado y la agravante de abuso de superioridad ha concurrido por las razones que se han dejado expresadas al examinar el anterior motivo. Este tampoco puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega, en defensa del motivo, que hubiera existido prueba de cargo que enerve el principio de presunción de inocencia y en concreto que acredite el ánimo de lesionar.

Las declaraciones del interno, de los funcionarios presentes y los informes médicos son los elementos que ha podido valorar el Tribunal sentenciador para alcanzar su convicción sobre el modo en el que se produjeron los hechos enjuiciados y el ánimo presente en el agresor. Convicción acorde con las reglas de la lógica y la experiencia. Ha contado, pues, con pruebas de cargo legítimamente obtenidas en el acto del juicio oral que contrarresta el derecho de presunción de inocencia y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se pretende acreditar el error del Tribunal sentenciador con base a las declaraciones del propio interno y por el hecho de que no hubiese denunciado los hechos.

La doctrina de esta Sala condiciona la apreciación del error de hecho invocado al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido; 2º) que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y

haya sido aducido por el recurrente; 3º) que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

Las declaraciones del agredido y la ausencia inicial de denuncia en modo alguno acreditan error en el Tribunal sentenciador que ha contado, como antes se ha expresado, con las declaraciones del agredido en el acto del juicio oral así como la de los testigos que presenciaron los hechos y los informes médicos sobre el alcance de las lesiones, y el relato fáctico se ajusta y en modo alguno contradice tales elementos de prueba.

No ha existido el error que se denuncia y el motivo no puede prosperar.

FALLO:

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por Eusebio y Gaspar, contra sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 26 de abril de 1999, en causa seguida por lesiones. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas respectivas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE ABRIL DE 2001

1.- El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Bilbao, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 2/96 contra A.P.-.B., D.S.S. y J.J.V.F., J.M.S.S., P.B.G., J.M.F.L., J.J.B.M., J.L.P.D., siendo responsable civil subsidiario el Estado, y como Acusación Particular F.P.C., X.A.G. y J.R.R.G., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 2ª, rollo 108/96) que, con fecha 4 de Marzo

de mil novecientos noventa y nueve dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Como consecuencia de investigaciones encaminadas a desarticular la estructura de la organización terrorista ETA en Vizcaya, el día 29 de Enero de 1992, agentes de la Guardia civil desplegaron un operativo encaminado a la captura de elementos liberados de dicha organización, así como a la detención de otros colaboradores y a la localización y neutralización de diversa infraestructura. Dicha operación estuvo coordinada desde el centro de mando del Cuartel de la Salve, y, en todo momento - tanto en las diligencias llevadas a cabo en," Bilbao, como en las que posteriormente se desarrollaron en dependencias de la Dirección General de la Guardia civil en Madrid - tuvo como Instructor y Secretario de las mismas, respectivamente, a n. A.P.-.B. - mayor de edad, sin antecedentes penales capitán de dicho cuerpo - y a D. D.S.S. - mayor de edad, sin antecedentes penales y teniente de dicho cuerpo.

En el citado contexto, sobre las 4'10 h. en un domicilio de la localidad de Basauri detuvieron, entre otros, a D. J.J.R.G., elemento liberado de dicha organización, a quien trasladaron al cuartel de La Salve, y ulteriormente, ese mismo día, sobre las 11'45 h., a las dependencias de la Dirección General de la Guardia civil de Madrid.

Sobre las 8'45 h., y en su domicilio en Santurtzi, detuvieron a D. F.P.C., a quien trasladaron, asimismo al cuartel de La Salve, y más tarde, sobre las 12'45 h. a Madrid. Por último, y sobre las 11'45 h., en el caserío XXX, detuvieron. a D. X.A.G.. Tras levantar dos zulos que este último indicó, a primeras horas de la tarde, fue trasladado al Cuartel de La Salve, y de éste, sobre las 18'50 h. fue trasladado a Madrid a las dependencias ya indicadas de la Guardia Civil.

Los detenidos permanecieron en dichas dependencias de la Dirección General de la Guardia civil en Madrid, hasta el día 2 4e Febrero, fecha en que fueron puestos a disposición de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. D. J.R.R.G. el día 3 de Febrero, a su ingreso en el Centro Penitenciario Madrid-2; fue sometido a un examen médico, comprobándose que presentaba las lesiones siguientes: hemorragia subconjuntival en ojo derecho, con visión y movilidad conservadas; erosión y equimosis en cara externa de codo derecho; equimosis de aproximadamente 3 x 2 cm.

en flanco izquierdo; hematoma en región parietal anterior derecha; equimosis de aproximadamente 2 cm. en cara externa de rodilla derecha; erosión en cara lateral de pié derecho, de aproximadamente 1 cm. de diámetro; erosión a nivel de articulación interfalángica proximal de segundo dedo de pié derecho; dolor a nivel de hemitórax izquierdo; cervicalgia, atralgia rodilla izquierda; y fractura de décima costilla sin desplazamiento. Todas las lesiones presentaban una evolución de entre 3 y 5 día,, y requirieron de una única asistencia facultativa, curando sin secuelas en 30 días habiéndole impedido durante 15 de ellos dedicarse a SUS ocupaciones habituales.

D. F.P.C. el día 3 de Febrero, a su ingreso en el Centro Penitenciario Madrid-2, fue sometido a un examen médico, comprobándose que presentaba las lesiones siguientes: tumefacción de 1 cm. de diámetro en región occipito-parietal; escoriación de O'5 x 1 cm de superficie en flanco renal derecho; equimosis de 0'5 cm. de diámetro en cara interna de codo derecho; cefalea y dolor generalizado; y equimosis tenues en ambas muñecas. Todas las lesiones presentaban una evolución de entre 3 y S días, y requirieron de una única asistencia facultativa, curando sin secuelas en 5 días sin haberle impedido ninguno de ellos dedicarse a sus ocupaciones habituales.

D. X.A.G., el día 3 de Febrero, a su ingreso en el Centro Penitenciario Madrid-2, fue sometido a un examen médico, comprobándose que presentaba las lesiones siguientes: equimosis en región lateral izquierda del apéndice nasal; escoriación de 1 cm. de diámetro y equimosis de 7 x 5 cm. en hombro derecho; dolor en costado derecho; dos equimosis lineales de 7 x 0'5 cm. en hemitórax derecho, región submamilar; escoriaciones en tercio superior de pierna izquierda; y hematomas de 0'5 cm. en región occipital. Todas las lesiones presentaban una evolución de entre 3 y 5 días, y requirieron de una única asistencia facultativa, curando sin secuelas y sin haberle impedido ningún día dedicarse a sus, ocupaciones habituales.

Las lesiones que presentaban los detenidos en el momento de su ingreso en prisión, eran consecuencia de malos tratos que les fueron infligidos fundamentalmente en Madrid, aunque no es excluible que algunos se produjeran en el cuartel de La Salve - por agentes de la Guardia Civil cuya identidad no ha podido ser determinada, con el fin de obtener, de ellos información relativa a la organización terrorista ETA a la que estaban vinculados. De dichos malos tratos, y de la finalidad perseguida con los

mismos, fueron perfectamente 'conocedores D. A.P.-.B., capitán de la guardia Civil, y a D. D.S.S., teniente de dicho cuerpo, que actuaron como Instructor y Secretario del atentado tanto en Bilbao como en Madrid, siendo los responsables del mismo durante todo el transcurso de la operación.

No ha quedado acreditado en buena y debida forma que D. J.J.V.F., D. J.M.S.S., D. P.B.G., D. J.M.F.L., D. J.J.B.M. y D. J.L.P.D., que fueron los agentes que efectuaron el traslado a Madrid de las tres personas citadas en los párrafos anteriores en Madrid, les hicieran objeto de maltrato de cualquier clase durante el trayecto"

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados a D. J.J.V.F., D. J.M.S.S., D. P.B.G., D. J.M.F.L., D. J.J.B.M., y D. J.L.P.D. del delito de torturas del que hasta aquí venían siendo acusados, declarándose de oficio 6/8 de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. A.P.-.B. y a D. D.S.S. como autores responsables de tres delitos de torturas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena - a cada uno de ellos - de seis meses y un día de prisión menor y seis años y un día de inhabilitación especial por cada uno de ellos - de seis meses y un día de prisión menor y seis años y un día de inhabilitación especial por cada uno de los tres delitos, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales; así como a que abonen conjunta y solidariamente a D. J.R.R.G. la cantidad de un millón de pesetas (1.000.000.- ptas.), y a D. X.A.G., y a D. F.P.C., respectivamente, la cantidad de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.) por idéntico concepto. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Declaramos la solvencia de dichos acusados aprobando el Auto que a este fín dictó el Instructor con fecha 18 de Junio de 1.996".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por los recurrentes A.P.-.B. y D.S.S., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de A.P.-.B. y D.S.S., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la valoración de la prueba padecido por el Tribunal de instancia.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de las garantías constitucionales y, concretamente, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución que establece el principio de presunción de inocencia y por infracción del artículo 9.3 de la Constitución.

TERCERO.- Con infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 204 bis del Código Penal.

CUARTO.- Por infracción de Ley al amparo del 849 primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del artículo 565 del Código Penal.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la Vista, ésta se celebró el 28 de Febrero de 2.001, con asistencia del letrado recurrente D. Carlos AGUILAR FERNANDEZ, por A.P.-.B.., y por D.S.S.., conforme a su escrito de formalización ; informando.

El Letrado recurrido, D. Pedro María LAUDA F., por F.P.C., J.A.G.., y por J.R.R.G.., impugnó todos los motivos, informando.

El MINISTERIO FISCAL, apoyó el segundo motivo del recurso y apoyó el motivo alegado en escrito independiente de fecha 26 de Octubre de 1.999, denunciando vulneración, por inaplicación indebida, del artículo 26.6° del vigente Código Penal, e impugnó el resto; informando.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

U N I C O .- En segundo lugar entre los cinco motivos que se utilizan en el recurso, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se introduce un motivo que alega infracción de los artículos 24,2 y 9.3 de la Constitución, garantizadores, respectivamente, del derecho a la presunción de inocencia y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se razona en el motivo la falta de lógica en las inferencias realizadas por el tribunal de instancia para llegar arbitrariamente a la conclusión de la culpabilidad de los recurrentes en los hechos enjuiciados.

La valoración de las pruebas de cargo para dictar sentencia es función que en exclusiva corresponde al juzgador de instancia, sin que esta Sala de casación esté facultada ni pueda realizar una nueva apreciación y valoración de esas pruebas, que no se han practicado en su presencia, como consecuencia de que, en vía casacional, se alegue infracción del derecho a la presunción de inocencia. Por el contrario, cuando la infracción del derecho a esa presunción es utilizado como motivo de casación, sí corresponde a este tribunal verificar y cerciorarse de la corrección con que se ha producido en el caso concreto enjuiciado la destrucción de esa presunción con respecto a las personas imputadas, atendiendo para ello a tres aspectos: 1º) comprobar, ante todo, si contó el tribunal juzgador con medios de prueba de signo acusatorio o de cargo que recaigan sobre la existencia y realidad del hecho y sobre si en él participó el acusado, 2º) observar si la prueba de cargo ha sido obtenida en adecuadas condiciones de publicidad, inmediación y real posibilidad de contradicción y si su procedencia está libre de que se funde directa, o incluso indirectamente, en actividades violadoras de derechos o libertades fundamentales, porque, si tuviera esa mácula, quedaría la prueba invalidada para operar como tal, y 3º) someter a análisis crítico el razonamiento seguido por el tribunal, que habrá de explicitar en la motivación de su resolución, para valorar las pruebas, que habrá de plegarse a las exigencias de la lógica y de la experiencia, sin que sean admisibles valoraciones caprichosas, ilógicas o arbitrarias. La importancia de comprobación de este tercer aspecto es mayormente exigible cuando el tribunal, careciendo de prueba directa de los hechos, se ha de valer de razonamientos inferenciales para establecer la prueba de la realidad de hechos precisos para la

subsunción, a partir de prueba indiciaria, que ha de estar plenamente probada, surgir de plurales indicios concatenados y relacionados entre sí, reforzándose recíprocamente en su función probatoria y, a su vez, unidos por criterios de impecable lógica los indicios con las conclusiones a que, partiendo de ellos, el juzgador llegue. A este respecto conviene señalar dos prevenciones: que no se entre en casación a valorar las pruebas y testimonios que el juzgador de instancia haya acogido, ni tampoco la valoración de las pruebas indiciarias enfrentada a la prueba de descargo que el tribunal hubiera manejado. La verificación que se realice en casación deberá limitarse a evaluar la racionalidad lógica de la inferencia. Numerosas son las sentencias de esta Sala que han repetidamente recogido las anteriores circunstancias pudiendo tan solo mencionar algunas entre las más recientes (sentencias de 15 de Marzo, 9 de Julio, 25 de Octubre, 26 de Noviembre y 22 de Diciembre de 1.999).

Aplicando al caso presente la actividad verificadora de este Tribunal, teniendo en cuenta las antedichas precisiones, se observa: 1º) que sobre la base de los varios informes médicos obrantes en autos, y cuyos autores concurrieron al juicio oral dando abundantes explicaciones sobre los mismos, el tribunal estima probado que tres de los detenidos en una operación de represión del terrorismo iniciada el 29 de Enero de 1.992, fueron objeto de malos tratos durante la detención, que fueron apreciados en los exámenes médicos que se les practicaron al ingresar en prisión el día 2 de Febrero siguiente, 2º) el tribunal, sin embargo, teniendo en cuenta la incredibilidad subjetiva de las tres personas víctimas de malos tratos y la ausencia inicial de manifestaciones a órganos judiciales de esos malos tratos, de los que, poco a poco, van aumentando la referencia de datos hasta el momento del juicio oral, estima no poder afirmar acreditados los hechos que los causaron, con la consecuencia de deber absolver a los que eran acusados de su directa causación, 3º) de los dos actuales recurrente el tribunal, sobre la base de que fueron respectivamente instructor y secretario del atestado confeccionado por las fuerzas de Guardia Civil intervinientes en el operativo anti-terrorista, recordando lo apreciado en otra anterior sentencia del Tribunal Supremo sobre hechos similares en el sentido de que los malos tratos "no pudieron ocurrir en silencio" y de que las señales que dejaron sobre los cuerpos de los maltratados, a dos de los que los recurrentes tomaron declaración, respectivamente a uno cada uno de ellos,

concluye que tuvieron claro conocimiento de los malos tratos que se estaban produciendo sobre esos tres detenidos, sin que hicieran nada para impedirlos. Los varios datos que se manejan por el tribunal de instancia sin embargo, no permiten en pura lógica llegar a esta conclusión, porque no se describe el lugar y circunstancias temporales y de los locales donde se aplicaran los malos tratos, de tal modo que se pueda saber si, por las condiciones de esos locales, tuviera necesariamente que apreciarse por todos los que en ellos estuvieran, y entre ellos los dos acusados que recurren, la actividad de los que los daban y oir posibles quejas de los que los sufrían. Tampoco puede afirmarse que, al tomarles declaración a dos de ellos, respectivamente a uno cada uno de los recurrentes, hubieron de apreciar que habían sufrido maltrato, debiendo atenderse para poder afirmar como necesaria que esa apreciación hubiera de constituir una evidencia de su causación, porque las señales que, en los respectivos interrogatorios, podían ser visibles eran tan solo: una equimosis en región lateral izquierda en el apéndice nasal de X.A., que en informe dado coetáneamente por la médico-forense la calificó de "discreta", o sea, poco apreciable, estando todas las demás lesiones que se le apreciaron en sitios del cuerpo cubiertos por la ropa (hombro, costado, hemitórax derecho, tercio superior de pierna izquierda) o el cabello (hematomas en región occipital), y, en el cuerpo de J.R., interrogado por el recurrente A.P., en localizaciones similares, pudiendo solo verse una hemorragia subconjuntiva en el ojo derecho y el porte de un collarín, a los que no prestó especial atención el interrogante al saber que al ser detenido, el interrogado había ofrecido resistencia y al no hacerse denuncia alguna de malos tratos por el mismo interrogado, que estaba en la ocasión asistido de letrado, y de cuyo porte del collarín da explicación la misma médico-forense, que le atendió el mismo día de su llegada a Madrid, en que dice le refirió el detenido tener una vértebra cervical abierta determinada por una antigua lesión laboral, añadiendo la misma doctora en el momento del juicio oral, que , desde su llegada a Madrid, ese detenido solicitaba el porte de collarín para su lesión cervical. Con tan escueta e insegura base indiciaria no puede, empleándose la lógica propia del criterio humano, afirmarse que los acusados que ahora recurren tuvieron necesariamente que conocer la realización por personal a sus órdenes de malos tratos a los detenidos, base fáctica precisa para la posterior apreciación de su conducta en la sentencia como un delito de torturas cometido por omisión. La imposibilidad racional de que el tribunal

apreciara como necesarios el conocimiento de los malos tratos por los actuales recurrentes ha determinado que, en el caso, se vulneren sus derechos a ser considerados inocentes al estimar su culpabilidad por vía inferencial mediante una argumentación carente de lógica.

El motivo ha de ser apreciado, y su acogida hace ya innecesaria la consideración de los otros del recurso, a la vez que determina la procedencia de casar la sentencia recurrida.

FALLO:

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por A.P.-.B. y D.S.S. contra sentencia dictada el cuatro de Marzo de mil novecientos noventa y nueve por la Audiencia Provincial de Bilbao, sección segunda, en causa contra ambos seguida por delito de torturas, acogiendo para ello el segundo motivo, por infracción de precepto constitucional, del recurso. Y, en su virtud, CASAMOS Y ANULAMOS dicha sentencia con declaración de oficio de las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta, a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos y con devolución a la misma de la causa que, en su día, remitió.

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

VOTO PARTICULAR:

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 dos de Abril de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número seis de Bilbao, sección segunda, por delito de torturas contra: 1º) A.P.-.B., hijo de A. y C., de 36 años

de edad, natural de Elche, 2º) D.S.S., hijo de J. y M.C., de 35 años de edad, natural de Vega de Liébana, 3º) J.V.F., de 33 años de edad, hijo de J.D. y de M.J., natural de Granada, 4º) J.M.S.S., hijo de L. y de A., de 33 años de edad, natural de Madrid, 5º) P.B.G., hijo de M. y de M., de 41 años de edad, natural de Cádiz, 6º) J.M.F.L., hijo de J. y B., de 46 años de edad, natural de Guernica-Luno, 7º) J.J.B.M., hijo de J. y A., de 33 años de edad, natural de Huesca, y 8º) J.L.P.D., hijo de J. y A., de 47 años de edad, natural de Sober, provincia de Lugo; apareciendo como Responsable Civil Subsidiario, el Estado, representado por el Sr. Letrado del Estado, siendo parte acusadora, ejerciendo la Acusación Particular, F.P.C., X.A.G. y J.R.R.G., y en la que por mencionada Audiencia Provincial y sección, en fecha cuatro de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, se dictó sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA por la dictada hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín MARTIN CANIVELL, hace constar lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

U N I C O.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia recurrida, a excepción de la frase "De dichos malos tratos, y de la finalidad perseguida por los mismos fueron perfectamente conocedores" del final del penúltimo párrafo de los hechos probados, que se rechaza y debe entenderse no puesta en el relato fáctico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

U N I C O .- Igualmente se acoge y da por reproducido el primero de los de la sentencia objeto de recurso, con excepción de todas las referencias en él a la participación en los hechos de los acusados A.P.-.B. y D.S.S., que se rechazan, al igual que la totalidad de los fundamentos segundo a quinto, ambos inclusive, sustituyéndose lo que se suprime por lo razonado en la precedente sentencia de casación, como base para acordar la absolución por los hechos enjuiciados de los acusados A.P.-.B. y D.S.S..

FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a A.P.-.B. y D.S.S. de los tres delitos de torturas de que han sido acusados por la acusación particular ejercitada en esta causa, con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia, absolución

que sustituye a la condena que por los tres delitos les imponía la sentencia recurrida, la cual debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS en la totalidad de sus restantes pronunciamientos.

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

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 2001

El Juzgado de Instrucción de Salas de los Infantes instruyó Procedimiento Abreviado con el número 77/97 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Burgos que, con fecha 7 de junio de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que el día 13 de marzo de 1997 sobre las 21#10 horas Gabriel en su condición de Guardia Civil adscrito al Puesto que dicho Cuerpo tiene ubicado en la localidad de Salas de los Infantes, se personó junto con su compañero de servicio en el interior del Pub "DIRECCION000" de dicha localidad donde surgió un incidente con los propietarios del establecimiento a causa de la comprobación que efectuaba el agente sobre determinados requisitos administrativos que debía reunir el establecimiento para poder permanecer abierto. Como consecuencia de dicho incidente -que ha sido objeto de enjuiciamiento en distinto procedimiento sin que por tanto afecte a la presente resolución- uno de los propietarios llamado Alejandro, su hermano Carlos Daniel y el agente Gabriel cayeron al suelo tomando el agente la decisión de detener a Carlos Daniel lo cual provocó la oposición de los clientes del local que se acercaron a Gabriel quien desenfundó su arma corta reglamentaria, y haciendo ademán de accionar la corredera de la misma, conminó a los clientes a que se abstuvieran de impedir la detención que se proponía efectuar.- Tanto Gabriel como su compañero de profesión se encontraban en ese momento de servicio y vestían el

uniforme reglamentario de la Guardia Civil.- Lograda la detención de Carlos Daniel fue conducido al vehículo policial, matrícula RVP-....-R , introduciéndolo en la parte trasera del mismo y encaminándose hacia el Cuartel de la Guardia Civil de Salas de los Infantes. En el momento de subir al vehículo policial Carlos Daniel no tenía lesión alguna en la cara.- Una vez llegado a citado acuartelamiento el vehículo fue parcialmente introducido en el mismo y apeado Carlos Daniel fue insultado y golpeado en la cara por Gabriel provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral razón por la cual, y ya en el interior de las dependencias policiales, se le cortó la misma mediante un pañuelo de papel.- A continuación, Gabriel , junto con otros dos Guardias Civiles se dirigieron nuevamente al Pub "DIRECCION000" con la intención de proceder a la detención de Roberto quien había tenido igualmente participación en los incidentes antes citados el cual fue inmovilizado mediante grilletes y trasladado al vehículo policial par a su posterior traslado al Cuartel siéndole propinado por Gabriel en el interior del vehículo un codazo en su mentón izquierdo al tiempo que le insultaba con palabras tales como "hijo de puta", "cabrón", "me cago en tu madre".- Gabriel regresó por tercera vez acompañado de los mismos Guardias que habían intervenido en la detención de Iván al Pub "DIRECCION000" con el fin de detener a Alejandro que también había intervenido en los incidentes previos procediendo igualmente a inmovilizarlo mediante grilletes para lo cual fue necesario vencer la resistencia que oponía a su detención siendo el grupo objeto de empujones y golpes por parte de los clientes del local en el momento de abandonar el mismo. Durante el traslado a las dependencias policiales el detenido fue insultado por el agente Gabriel. Los tres detenidos permanecieron toda la noche en las dependencias del acuartelamiento de Salas de los Infantes y, concretamente, en la correspondiente al despacho del jefe de línea de la que únicamente salieron para prestar declaración ante agentes de un equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil con sede en la localidad de Aranda de Duero.- Alejandro e Roberto fueron golpeados en la cara-sin que se les causara lesión alguna- por el agente Gabriel cuando se encontraban en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.- Los tres detenidos, al ser informados de sus derechos en el mismo instante de su detención, solicitaron ser reconocidos por un Médico no siendo trasladados al ambulatorio de la Seguridad Social de dicha localidad, por separado, sino hasta las 1,45 horas, 2,20 horas y 3,20 horas. Con anterioridad a

efectuarse dicho traslado por los agentes, un Médico perteneciente a dicho ambulatorio se había personado en el acuartelamiento al ser avisado de que tenía que reconocer a unos detenidos si bien al llegar al mismo fue informado que el objeto de su reconocimiento eran unos Guardias Civiles que habían resultado lesionados. Tras efectuar la oportuna exploración abandonó el acuartelamiento al ser informado de que no había más personas a quienes reconocer. Las diligencias de lecturas de derechos se extendieron a las 21,15 horas respecto de Carlos Daniel a las 21#20 horas respecto de Roberto, y a las 21,30 horas respecto de Alejandro. Los detenidos resultaron con las siguientes lesiones: a) Carlos Daniel sufrió policontusiones en tórax, zona lumbar derecha, brazo derecho, erosiones múltiples en brazo izquierdo, contusión nasal y epixtasis bilateral que ocasionó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria. Igualmente le fue diagnosticado un síndrome por estrés postraumático. Tales padecimientos requirieron para su curación de una primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico consistente en cura local, tratamiento psiquiátrico con tranxilium y stilnox, así como revisiones diagnósticas por parte del servicio de otorrinolaringología donde -en un primer momento- le fue recomendado tratamiento quirúrgico corrector de la desviación del tabique nasal que padece siendo contraindicada la intervención con posterioridad.- Dichas lesiones le impidieron dedicarse a sus ocupaciones habituales durante trece días.- Como secuela persiste una desviación del tabique nasal con dificultar respiratoria.- b) Roberto sufrió lesiones consistentes en eritema en zona posterior del cuello y arañazo, contusión en zona malar izquierda y contusión en pierna izquierda, requiriendo para su curación de una primera asistencia facultativa no seguida de tratamiento médico ni quirúrgico curando sin secuelas a los cinco días ninguno de los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales.- c) Alejandro no sufrió lesiones. Le fue diagnosticado síndrome por estrés postraumático que requirió para su curación tratamiento médico de tipo psiquiátrico con administración de tranxilium y stilnox así como con aplicación de psicoterapia.

Tardó en curar de dicho padecimiento ciento cinco días estando incapacitado para sus ocupaciones habituales durante los dieciocho primeros".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Gabriel como autor criminalmente responsable

de: a) una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1º del Código Penal y de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2º del Código Penal causadas en la persona de Carlos Daniel , b) de una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1º del Código Penal así como de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2º de citado texto legal y de una falta de mal trato de obra sin causar lesión prevista y penada en el artículo 617.2º respecto de Roberto , y c) de una falta de mal trato de obra sin causar lesión prevista y penada en el artículo 617.2º del Código Penal así como de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2º de citado texto legal respecto de Alejandro , imponiéndole las siguientes penas: por cada una de las dos faltas de lesiones la pena de arresto de seis fines de semana, por cada una de las tres falta s de injurias la pena de multa de veinte días con una cuota diaria de cinco mil pesetas que se podrá abonarse en cuatro plazos mensuales de veinticinco mil pesetas, y por la falta de mal trato de obra sin causar lesión, la pena de arresto de tres fines de semana. Si el imputado no satisficiese voluntariamente la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de diez días.- Gabriel como responsable civil directo indemnizará a Carlos Daniel en cincuenta y dos mil pesetas (52.000) por la lesiones, así como en un millón veintinueve mil ochocientas pesetas (1.029.8000) por la secuela padecida, y a Roberto en veinte mil pesetas (20.0000) por las lesiones. - Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración del Estado.- Se impone al condenado el abono de las costas procesales causadas incluyendo las de las acusaciones particulares.- Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro y remítase al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos. Notifíquese con información de los recursos de que la presente es susceptible.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado a

amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 175 y 177 del Código Penal.

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Roberto , Carlos Daniel y Alejandro se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 174 del Código Penal. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exclusivamente en nombre del perjudicado Roberto, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 167, en relación con el artículo 163, ambos del vigente Código Penal y en relación con el artículo 184 del derogado Código Penal.

El recurso interpuesto por el Sr. Abogado del estado se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 109, 113 y 115 del Código Penal y artículo 24 de la Constitución por vulneración del principio acusatorio.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal, el Sr. Abogado del Estado, la acusación particular y la parte recurrida de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la votación prevenida el día 17 de abril de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACION PARTICULAR EN NOMBRE DE Roberto, Carlos Daniel y Alejandro.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 174 del Código Penal.

El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

En su estructura típica concurren los siguientes elementos: a) El elemento material constituida por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el

artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido.

Ciertamente, el primer elemento está presente, en cuanto el acusado infligió a los tres detenidos sufrimientos físicos y mentales.

A Carlos Daniel, cuando llegó al acuartelamiento de la policía, en condición de detenido, le insultó y golpeó en la cara provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral que le provocó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria y fue diagnosticado de síndrome por estrés postraumático.

A Roberto le propinó un codazo en el mentón izquierdo al tiempo que le insultaba cuando era trasladado en el vehículo policial e igualmente sufrió golpes en la cara cuando se encontraba en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.

Y Alejandro fue insultado por el acusado cuando era trasladado a las dependencias policiales y una vez en dichas dependencias fue golpeado en la cara cuando se encontraba con sus manos inmovilizadas con las esposas.

Igualmente concurre el segundo elemento ya que el acusado, cuando realizó las conductas antes referidas, actuó en su condición de Guardia Civil, encontrándose de servicio y vistiendo el uniforme reglamentario. Resulta bien patente que hizo abuso de su cargo en cuanto se aprovechó de la situación de dependencia en que se encontraban los detenidos de los que era garante de su seguridad e integridad.

Y, por último, concurre igualmente el elemento teleológico, ya que este comportamiento, como se dice expresamente en la sentencia de instancia, estuvo motivado por los incidentes que previamente se habían producido en el interior del Pub "DIRECCION000" donde había acudido el acusado en compañía de otro Guardia Civil para comprobar determinados requisitos administrativos que debía reunir el

establecimiento para permanecer abierto. Y con mayor precisión, en el fundamento de derecho cuarto, completando el relato fáctico, se dice que el acusado, "con evidente infracción de las funciones propias de su cargo actuó motivado por los hechos ocurridos anteriormente en el Pub" y en el mismo fundamento jurídico se añade que "que actuó movido por ánimo de venganza personal ante los hechos ocurridos momentos antes en el interior del "Pub" propinándole un golpe a Carlos Daniel".

La conducta del acusado, que tan abiertamente atentó contra la integridad física y moral de los detenidos de cuya custodia era responsable, estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia por los sucesos acabados de ocurrir, cumpliéndose, por consiguiente, el tercer elemento antes expresado.

Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiéndoles a condiciones o procedimientos previstos en este precepto.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, si no a las circunstancia de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida,

integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos.

En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obran quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos falta de lesiones de las que fueron víctimas Carlos Daniel e Roberto que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

Con este alcance, el primer motivo del recurso de las acusaciones particulares debe ser parcialmente estimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exclusivamente en nombre del perjudicado Roberto, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 167, en relación con el artículo 163, ambos del vigente Código Penal y en relación con el artículo 184 del derogado Código Penal.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él no se cuestiona la legalidad de la detención por presuntos hechos delictivos en los que hubieran podido incurrir los que después fueron víctimas del delito de torturas. La detención se produjo mediando causa por delito, sin que este condicionamiento se considere incumplido por el hecho de que alguno de los detenidos no fuera posteriormente acusado u obtuviera una sentencia absolutoria, siempre que inicialmente no pueda descartarse su participación en un presunto delito. Y eso es lo que ha sucedido en el presente caso.

Los tres recurrentes fueron detenidos por presunto delito de atentado a agentes de la autoridad y dos de ellos fueron condenados por ese delito sin que la absolución de Roberto implique que su detención devenga típica y quienes le detuvieron deban ser sancionados por el artículo 167 que se denuncia como indebidamente inaplicado.

Tampoco surge la ilicitud de la detención por el hecho de que los detenidos sufrieran tortura durante su privación de libertad. Ello constituye un delito

independiente y no convierte en delictiva una detención que puede estar perfectamente justificada, y que responde a un comportamiento presuntamente delictivo acaecido con anterioridad.

Este motivo no puede ser estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL UNICO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 175 y 177 del Código Penal.

Se dice, al defender el motivo, que el Ministerio Fiscal había acusado de tres delitos de atentado a la integridad moral previsto en los artículos que se dicen indebidamente inaplicados y el Tribunal sentenciador no contiene pronunciamiento alguno sobre tal calificación y se limita a condenar por las faltas de los artículos 617 y 620 y se entiende, por el contenido del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que el acusado ha sido absuelto de esos delitos.

Ciertamente ha sido absuelto de esos delitos como igualmente lo fue de los delitos de tortura de que le acusaba la acusación particular.

La protección de la integridad moral frente a los abusos de autoridades y funcionarios constituye una conducta típica subsidiaria del artículo 174 ya que expresamente se dice "fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior". Y esa situación típica surgirá cuando estando presentes los elementos previstos en el artículo 174 falta el elemento teleológico que diferencia al delito de tortura.

Al dar respuesta al primer motivo de las acusaciones particulares se ha estimado la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan al delito de tortura por lo que procede reiterar lo allí expresado para rechazar este recurso del Ministerio Fiscal.

RECURSO INTERPUESTO POR EL SR. ABOGADO DEL ESTADO.

UNICO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los

artículos 109, 113 y 115 del Código Penal y artículo 24 de la Constitución por vulneración del principio acusatorio.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que esta Sala tiene declarado, como son exponentes, entre otras, sus Sentencias de 9 de diciembre de 1975, 5 de noviembre de 1977, 16 de mayo de 1978 y 30 de abril de 1986, que los Tribunales de instancia son soberanos para fijar el quantum de las indemnizaciones correspondientes a los daños y perjuicios causados por la infracción criminal sin más limitación que la de no sobrepasar las cantidades máximas pedidas por las acusaciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1991). En efecto, lo verdaderamente importante en esta materia es que la Sentencia no puede conceder más de lo pedido, en aras del respeto a los principios acusatorios y de congruencia, ya que la acción civil ex delicto no pierde su especial naturaleza por el hecho de ser deducida en el proceso penal, por lo cual la misma debe quedar sometida a los principios de rogación y de congruencia, lo cual implica la necesidad de determinar su cuantía y la exigencia de no condenar por mayor responsabilidad de la pedida (Sentencia de 21 de enero de 1990 y 5 de junio de 1998).

Y si examinamos el escrito de calificación de la acusación particular ejercida en nombre de Carlos Daniel puede comprobarse que se solicitaron como indemnizaciones a abonar por el acusado a este perjudicado las siguientes: un millón de pesetas por las secuelas físicas padecidas; un millón de pesetas por las secuelas psíquicas; 91.000 pesetas por el tiempo de baja; por los días que tardó en curar 636.000 pesetas y por gastos farmacéuticos 703 pesetas.

Así las cosas, la cantidad fijada por indemnización en modo alguno supera la solicitada por la acusación particular, sin que pueda olvidarse que la cuantía señalada a favor de este perjudicado por secuelas padecidas incluye los daños morales.

FALLO:

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley interpuesto por la acusación particular en nombre de Roberto, Carlos Daniel y Alejandro, contra

sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 7 de junio de 1999, en causa seguida por delito de tortura, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas.

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Sr. Abogado del Estado.

Remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dita a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Salas de los Infantes con el número 77/97 y seguida ante la Audiencia Provincial de Burgos por delito de torturas y otras contra Gabriel y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 7 de junio de 1999, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez hace constar lo siguiente: I. ANTECEDENTES UNICO. Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del segundo y cuarto que se sustituyen por el fundamento jurídico primero de la sentencia de casación, en relación al recurso interpuesto por las acusaciones particulares.

SEGUNDO.- El acusado es condenado por tres delito de torturas previstos y sancionados en el artículo 174 del Código Penal a la pena, por cada delito, de un año de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta, así como las faltas de lesiones ya apreciadas por el Tribunal de instancia, dejándose sin efecto las demás faltas apreciadas por dicho Tribunal.

III. FALLO Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada no afectados por la presente, debemos condenar y condenamos al

acusado Gabriel como autor criminalmente responsable de tres delitos de tortura a la pena, por cada uno de ellos, de UN AÑO DE PRISION y OCHO AÑOS DE INHABILITACION ABSOLUTA, y al pago de las costas correspondientes. Se deja sin efecto la condena impuesta por el Tribunal de instancia de tres faltas de injurias leves y dos faltas de maltratos de obra.

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

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 2001

El Juzgado de Instrucción de Salas de los Infantes instruyó Procedimiento Abreviado con el número 77/97 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Burgos que, con fecha 7 de junio de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que el día 13 de marzo de 1997 sobre las 21´10 horas M.R.V. en su condición de Guardia Civil adscrito al Puesto que dicho Cuerpo tiene ubicado en la localidad de Salas de los Infantes, se personó junto con su compañero de servicio en el interior del Pub "El Pozo" de dicha localidad donde surgió un incidente con los propietarios del establecimiento a causa de la comprobación que efectuaba el agente sobre determinados requisitos administrativos que debía reunir el establecimiento para poder permanecer abierto. Como consecuencia de dicho incidente -que ha sido objeto de enjuiciamiento en distinto procedimiento sin que por tanto afecte a la presente resolución- uno de los propietarios llamado F.J.H.C., su hermano R. y el agente M.R.V. cayeron al suelo tomando el agente la decisión de detener a R.H.C. lo cual provocó la oposición de los clientes del local que se acercaron a M.R.V. quien desenfundó su arma corta reglamentaria, y haciendo ademán de accionar la corredera de la misma, conminó a los clientes a que se abstuvieran de impedir la detención que se proponía efectuar. Tanto M.R.V. como su compañero de profesión se encontraban en ese momento de servicio y vestían el uniforme reglamentario de la Guardia Civil.-

Lograda la detención de R.H.C. fue conducido al vehículo policial, matrícula PGC-XXX-T, introduciéndolo en la parte trasera del mismo y encaminándose hacia el Cuartel de la Guardia Civil de Salas de los Infantes. En el momento de subir al vehículo policial R. no tenía lesión alguna en la cara.- Una vez llegado a citado acuartelamiento el vehículo fue parcialmente introducido en el mismo y apeado R.H.C. fue insultado y golpeado en la cara por M.R.V. provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral razón por la cual, y ya en el interior de las dependencias policiales, se le cortó la misma mediante un pañuelo de papel.- A continuación, M.R.V., junto con otros dos Guardias Civiles se dirigieron nuevamente al Pub "El Pozo" con la intención de proceder a la detención de I.G.G. quien había tenido igualmente participación en los incidentes antes citados el cual fue inmovilizado mediante grilletes y trasladado al vehículo policial par a su posterior traslado al Cuartel siéndole propinado por M.R.V. en el interior del vehículo un codazo en su mentón izquierdo al tiempo que le insultaba con palabras tales como "hijo de puta", "cabrón", "me cago en tu madre".- M.R.V. regresó por tercera vez acompañado de los mismos Guardias que habían intervenido en la detención de I. al Pub "El Pozo" con el fin de detener a F.J.H.C. que también había intervenido en los incidentes previos procediendo igualmente a inmovilizarlo mediante grilletes para lo cual fue necesario vencer la resistencia que oponía a su detención siendo el grupo objeto de empujones y golpes por parte de los clientes del local en el momento de abandonar el mismo. Durante el traslado a las dependencia policiales el detenido fue insultado por el agente M.R.V.- Los tres detenidos permanecieron toda la noche en las dependencias del acuartelamiento de Salas de los Infantes y, concretamente, en la correspondiente al despacho del jefe de línea de la que únicamente salieron para prestar declaración ante agentes de un equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil con sede en la localidad de Aranda de Duero. F.J.H.C. e I.G.G. fueron golpeados en la cara-sin que se les causara lesión alguna- por el agente M.R.V. cuando se encontraban en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.- Los tres detenidos, al ser informados de sus derechos en el mismo instante de su detención, solicitaron ser reconocidos por un Médico no siendo trasladados al ambulatorio de la Seguridad Social de dicha localidad, por separado, sino hasta las 1,45 horas, 2´20 horas y 3'20 horas. Con anterioridad a efectuarse dicho traslado por los agentes, un Médico perteneciente a dicho ambulatorio se había personado en el

acuartelamiento al ser avisado de que tenía que reconocer a unos detenidos si bien al llegar al mismo fue informado que el objeto de su reconocimiento eran unos Guardias Civiles que habían resultado lesionados. Tras efectuar la oportuna exploración abandonó el acuartelamiento al ser informado de que no había más personas a quienes reconocer.- Las diligencias de lecturas de derechos se extendieron a las 21´15 horas respecto de R.H.C. a las 21´20 horas respecto de I.G.G., y a las 21´30 horas respecto de F.J.H.C..- Los detenidos resultaron con las siguientes lesiones: a) R.H.C. sufrió policontusiones en tórax, zona lumbar derecha, brazo derecho, erosiones múltiples en brazo izquierdo, contusión nasal y epixtasis bilateral que ocasionó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria. Igualmente le fue diagnosticado un síndrome por estrés postraumático. Tales padecimientos requirieron para su curación de una primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico consistente en cura local, tratamiento psiquiátrico con tranxilium y stilnox, así como revisiones diagnósticas por parte del servicio de otorrinolaringología donde -en un primer momento- le fue recomendado tratamiento quirúrgico corrector de la desviación del tabique nasal que padece siendo contraindicada la intervención con posterioridad.- Dichas lesiones le impidieron dedicarse a sus ocupaciones habituales durante trece días.- Como secuela persiste una desviación del tabique nasal con dificultar respiratoria.- b) I.G.G. sufrió lesiones consistentes en eritema en zona posterior del cuello y arañazo, contusión en zona malar izquierda y contusión en pierna izquierda, requiriendo para su curación de una primera asistencia facultativa no seguida de tratamiento médico ni quirúrgico curando sin secuelas a los cinco días ninguno de los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales.- c) F.J.H.C. no sufrió lesiones.- Le fue diagnosticado síndrome por estrés postraumático que requirió para su curación tratamiento médico de tipo psiquiátrico con administración de tranxilium y stilnox así como con aplicación de psicoterapia. Tardó en curar de dicho padecimiento ciento cinco días estando incapacitado para sus ocupaciones habituales durante los dieciocho primeros".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a M.R.V. como autor criminalmente responsable de: a) una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1° del Código Penal y de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2° del Código Penal

causadas en la persona de R.H.C., b) de una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1° del Código Penal así como de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2° de citado texto legal y de una falta de mal trato de obra sin causar lesión prevista y penada en el artículo 617.2° respecto de I.G.G., y c) de una falta de mal trato de obra sin causar lesión prevista y penada en el artículo 617.2° del Código Penal así como de otra falta de injurias leves prevista y penada en el artículo 620.2° de citado texto legal respecto de F.J.H.C., imponiéndole las siguientes penas: por cada una de las dos faltas de lesiones la pena de arresto de seis fines de semana, por cada una de las tres falta s de injurias la pena de multa de veinte días con una cuota diaria de cinco mil pesetas que se podrá abonarse en cuatro plazos mensuales de veinticinco mil pesetas, y por la falta de mal trato de obra sin causar lesión, la pena de arresto de tres fines de semana. Si el imputado no satisficiese voluntariamente la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de diez días.- M.R.V. como responsable civil directo indemnizará a R.H.C. en cincuenta y dos mil pesetas (52.000) por la lesiones, así como en un millón veintinueve mil ochocientas pesetas (1.029.8000) por la secuela padecida, y a I.G.G. en veinte mil pesetas (20.0000) por las lesiones. - Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración del Estado.- Se impone al condenado el abono de las costas procesales causadas incluyendo las de las acusaciones particulares.- Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro y remítase al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos. Notifíquese con información de los recursos de que la presente es susceptible.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único. En el único motivo del recurso, formalizado a amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 175 y 177 del Código Penal.

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de I.G.G., R.H.C. y F.J.H.C. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 174 del Código Penal. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exclusivamente en nombre del perjudicado I.G.G., se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 167, en relación con el artículo 163, ambos del vigente Código Penal y en relación con el artículo 184 del derogado Código Penal.

El recurso interpuesto por el Sr. Abogado del estado se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 109,113 y 115 del Código Penal y artículo 24 de la Constitución por vulneración del principio acusatorio.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal, el Sr. Abogado del Estado, la acusación particular y la parte recurrida de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la votación prevenida el día 17 de abril de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACION PARTICULAR EN NOMBRE DE I.G.G., R.H.C. y F.J.H.C.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 174 del Código Penal.

El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas

Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

En su estructura típica concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material constituida por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido.

Ciertamente, el primer elemento está presente, en cuanto el acusado infligió a los tres detenidos sufrimientos físicos y mentales.

A R.H.C., cuando llegó al acuartelamiento de la policía, en condición de detenido, le insultó y golpeó en la cara provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral que le provocó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria y fue diagnosticado de síndrome por estrés postraumático.

A I.G.G. le propinó un codazo en el mentón izquierdo al tiempo que le insultaba cuando era trasladado en el vehículo policial e igualmente sufrió golpes en la cara cuando se encontraba en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.

Y F.J.H.C. fue insultado por el acusado cuando era trasladado a las dependencias policiales y una vez en dichas dependencias fue golpeado en la cara cuando se encontraba con sus manos inmovilizadas con las esposas.

Igualmente concurre el segundo elemento ya que el acusado, cuando realizó las conductas antes referidas, actuó en su condición de Guardia Civil, encontrándose de servicio y vistiendo el uniforme reglamentario. Resulta bien patente que hizo abuso de su cargo en cuanto se aprovechó de la situación de dependencia en que se encontraban los detenidos de los que era garante de su seguridad e integridad.

Y, por último, concurre igualmente el elemento teleológico, ya que este comportamiento, como se dice expresamente en la sentencia de instancia, estuvo motivado por los incidentes que previamente se habían producido en el interior del Pub "El Pozo" donde había acudido el acusado en compañía de otro Guardia Civil para comprobar determinados requisitos administrativos que debía reunir el establecimiento para permanecer abierto. Y con mayor precisión, en el fundamento de derecho cuarto, completando el relato fáctico, se dice que el acusado, "con evidente infracción de las funciones propias de su cargo actuó motivado por los hechos ocurridos anteriormente en el Pub" y en el mismo fundamento jurídico se añade que "que actuó movido por ánimo

de venganza personal ante los hechos ocurridos momentos antes en el interior del "Pub" propinándole un golpe a R.....".

La conducta del acusado, que tan abiertamente atentó contra la integridad física y moral de los detenidos de cuya custodia era responsable, estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia por los sucesos acabados de ocurrir, cumpliéndose, por consiguiente, el tercer elemento antes expresado.

Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiéndoles a condiciones o procedimientos previstos en este precepto.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, si no a las circunstancia de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos.

En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias

leves y maltratos de obran quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas R.H.C. e I.G.G. que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

Con este alcance, el primer motivo del recurso de las acusaciones particulares debe ser parcialmente estimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exclusivamente en nombre del perjudicado I.G.G., se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 167, en relación con el artículo 163, ambos del vigente Código Penal y en relación con el artículo 184 del derogado Código Penal.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él no se cuestiona la legalidad de la detención por presuntos hechos delictivos en los que hubieran podido incurrir los que después fueron víctimas del delito de torturas. La detención se produjo mediando causa por delito, sin que este condicionamiento se considere incumplido por el hecho de que alguno de los detenidos no fuera posteriormente acusado u obtuviera una sentencia absolutoria, siempre que inicialmente no pueda descartarse su participación en un presunto delito. Y eso es lo que ha sucedido en el presente caso.

Los tres recurrentes fueron detenidos por presunto delito de atentado a agentes de la autoridad y dos de ellos fueron condenados por ese delito sin que la absolución de Iván implique que su detención devenga típica y quienes le detuvieron deban ser sancionados por el artículo 167 que se denuncia como indebidamente inaplicado.

Tampoco surge la ilicitud de la detención por el hecho de que los detenidos sufrieran tortura durante su privación de libertad. Ello constituye un delito independiente y no convierte en delictiva una detención que puede estar perfectamente justificada, y que responde a un comportamiento presuntamente delictivo acaecido con anterioridad.

Este motivo no puede ser estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

UNICO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 175 y 177 del Código Penal.

Se dice, al defender el motivo, que el Ministerio Fiscal había acusado de tres delitos de atentado a la integridad moral previsto en los artículos que se dicen indebidamente inaplicados y el Tribunal sentenciador no contiene pronunciamiento alguno sobre tal calificación y se limita a condenar por las faltas de los artículos 617 y 620 y se entiende, por el contenido del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que el acusado ha sido absuelto de esos delitos.

Ciertamente ha sido absuelto de esos delitos como igualmente lo fue de los delitos de tortura de que le acusaba la acusación particular.

La protección de la integridad moral frente a los abusos de autoridades y funcionarios constituye una conducta típica subsidiaria del artículo 174 ya que expresamente se dice "fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior". Y esa situación típica surgirá cuando estando presentes los elementos previstos en el artículo 174 falta el elemento teleológico que diferencia al delito de tortura.

Al dar respuesta al primer motivo de las acusaciones particulares se ha estimado la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan al delito de tortura por lo que procede reiterar lo allí expresado para rechazar este recurso del Ministerio Fiscal.

RECURSO INTERPUESTO POR EL SR. ABOGADO DEL ESTADO.

UNICO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 109, 113 y 115 del Código Penal y artículo 24 de la Constitución por vulneración del principio acusatorio.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que esta Sala tiene declarado, como son exponentes, entre otras, sus Sentencias de 9 de diciembre de 1975, 5 de noviembre de 1977, 16 de mayo de 1978 y

30 de abril de 1986, que los Tribunales de instancia son soberanos para fijar el quantum de las indemnizaciones correspondientes a los daños y perjuicios causados por la infracción criminal sin más limitación que la de no sobrepasar las cantidades máximas pedidas por las acusaciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1991). En efecto, lo verdaderamente importante en esta materia es que la Sentencia no puede conceder más de lo pedido, en aras del respeto a los principios acusatorios y de congruencia, ya que la acción civil ex delicto no pierde su especial naturaleza por el hecho de ser deducida en el proceso penal, por lo cual la misma debe quedar sometida a los principios de rogación y de congruencia, lo cual implica la necesidad de determinar su cuantía y la exigencia de no condenar por mayor responsabilidad de la pedida (Sentencia de 21 de enero de 1990 y 5 de junio de 1998).

Y si examinamos el escrito de calificación de la acusación particular ejercida en nombre de R.H.C. puede comprobarse que se solicitaron como indemnizaciones a abonar por el acusado a este perjudicado las siguientes: un millón de pesetas por las secuelas físicas padecidas; un millón de pesetas por las secuelas psíquicas; 91.000 pesetas por el tiempo de baja; por los días que tardó en curar 636.000 pesetas y por gastos farmacéuticos 703 pesetas.

Así las cosas, la cantidad fijada por indemnización en modo alguno supera la solicitada por la acusación particular, sin que pueda olvidarse que la cuantía señalada a favor de este perjudicado por secuelas padecidas incluye los daños morales.

FALLO:

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley interpuesto por la acusación particular en nombre de I.G.G., R.H.C. y F.J.H.C., contra sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 7 de junio de 1999, en causa seguida por delito de tortura, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas.

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Sr. Abogado del Estado.

Remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dita a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

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

VOTO PARTICULAR:

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 veintitrés de Abril de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Salas de los Infantes con el número 77/97 y seguida ante la Audiencia Provincial de Burgos por delito de torturas y otras contra M.R.V. y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 7 de junio de 1999, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del segundo y cuarto que se sustituyen por el fundamento jurídico primero de la sentencia de casación, en relación al recurso interpuesto por las acusaciones particulares.

SEGUNDO.- El acusado es condenado por tres delito de torturas previstos y sancionados en el artículo 174 del Código Penal a la pena, por cada delito, de un año de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta, así como las faltas de lesiones ya apreciadas por el Tribunal de instancia, dejándose sin efecto las demás faltas apreciadas por dicho Tribunal.

FALLO

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada no afectados por la presente, debemos condenar y condenamos al acusado M.R.V. como autor criminalmente responsable de tres delitos de tortura a la pena, por cada uno de ellos, de UN AÑO DE PRISION y OCHO AÑOS DE INHABILITACION ABSOLUTA, y al pago de las costas correspondientes. Se deja sin efecto la condena impuesta por el Tribunal de instancia de tres faltas de injurias leves y dos faltas de maltratos de obra.

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

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2001

El Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid incoó procedimiento abreviado con el nº 1.216 de 1.992 contra A.G.H., M.J.C., F.V.N., P.A.A., J.B.M., E.H.C., F.L.C.D. y otros, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, que con fecha 25 de enero de 1.999, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: 1. En la madrugada del día 1 de enero de 1990 se encontraban en la zona de la Puerta del Sol, hacia la Carrera XXX, A.Y.U. (de 45 años de edad en aquella fecha), A.J.K. (37 años), S.Y.K. (17 años), A.Y.K. (15 años), J.A.K.J. (14 años) y J.K.J. (11 años), todos ellos integrantes de la misma familia. Habían estado trabajando en la calle, en las horas que precedieron a las indicadas, como músicos que eran. Entre las 3,30 y las 4 horas se produjo un incidente entre unos músicos callejeros y los empleados de limpieza del Ayuntamiento J.A.M.M., R.O. y T.T. (dedicados también a sus tareas profesionales) cuyas circunstancias concretas no están claras, salvo que se inició con una discusión en torno a si los músicos dejaban o no trabajar a los empleados de la limpieza o si éstos habían regado a alguno de aquéllos o a sus instrumentos musicales.

No se ha probado en absoluto que alguno de los miembros de la familia Y.U. antes indicados insultase o agrediese a los limpiadores, en concreto a J.M., quien fue posteriormente asistido, a las 4,25 horas, en la casa de socorro, con una contusión en región ocular izquierda. Avisados del incidente callejero (fuese el que fuese) se personó en el lugar de los hechos la dotación policial identificada con el indicativo G-E-XXX, compuesta por el oficial E.H.C. (nº XXX) y los policías J.B.M. (nº XXX) y F.L.C.D. (nº XXX). Sin haber visto los hechos y sin recibir más que una noticia genérica de lo acontecido, es decir, no concretada en hechos puntuales y en sujetos identificados por los limpiadores, los mencionados policías detuvieron a los cuatro varones de la familia de músicos y los introdujeron en el furgón policial para conducirlos a la Comisaría de Centro, donde estaban destinados. De igual modo, las mujeres fueron obligadas a meterse en el furgón y llevadas a la comisaría. También fue trasladado a la comisaría, en el citado vehículo, J.A.H.S. (34 años) quien se encontraba paseando por el lugar, había visto la intervención policial y, estando en completo desacuerdo con la forma en que se desarrolló, decidió no dejar solos a los detenidos, a quienes no conocía en absoluto. 2. Ya en Comisaría de Centro, los policías citados desembarcaron a todas las personas que habían llevado en el furgón y las introdujeron en las dependencias policiales, donde separan a los miembros de la familia, poniendo a los varones en un calabozo situado en la planta baja del edificio (conocido como "precalabozo"), ya que era donde los funcionarios que hacían una detención dejaban a los detenidos antes de que se realizaran las diligencias policiales correspondientes y éstos fueran asumidos por los funcionarios de servicio en la comisaría) y dejando a las mujeres en otra dependencia. Al Sr. D.H. le dejaron apartado de todos los demás, en principio, sólo, en un pasillo o habitación. Pasado un lapso de tiempo no concretado, alguno de los policías sacan del calabozo a J.K.J. y le llevan con las mujeres, con lo que en el calabozo quedan encerrados el resto de los hombres antes identificados. En las detenciones narradas, los policías que las hicieron requirieron la ayuda de otros dos policías de servicio, P.A.A. (nº XXX) y F.V.N. (nº XXX) integrantes de otra dotación policial. En el curso de esa intervención, A.A. perdió o le quitaron su reloj de pulsera. Ya en la Comisaría, P.A.A. entendió que el reloj en cuestión podían habérselo quitado, durante la detención, y por ello tenerlo encima o poder dar cuenta del paradero, alguno de los varones de la familia de músicos, ya entonces en el calabozo o "precalabozo". Por ello, recaba la ayuda de

F.V.N. y ambos se dirigen al calabozo, sacan del mismo a A.Y.U., y en un rincón cercano le insultan, le exigen que les entregue el reloj o diga donde se halla, y para conseguir cualquiera de las dos cosas le desnudan por completo, A.A. le pone la pistola en la cabeza, lo que provoca que el Sr. Y.U. se descomponga de miedo y defeque, mientras le golpean reiteradamente produciéndole, al menos, contusión, erosión y hematoma en el arco ciliar derecho y contusiones y erosiones en 1/3 medio de la cara lateral externa de la pierna izquierda, región dorsal y hombro izquierdo (al ser asistido médicamente, a las 9,25 horas, Y.U. presentó también una contusión occipital que, sin embargo, no sabemos si fue causada en este hecho antes, en la Puerta del Sol). Los dos policías obligaron a Y.U. a recoger con sus manos los excrementos. También sacaron del calabozo a los tres menores, con la misma finalidad los desnudaron íntegramente, les amedrentaron y, además, golpearon reiteradamente a A.Y.K., produciéndole erosión en la región maleolar externa del pie derecho y dolor contusivo en el costado izquierdo. A.Y.U. necesitó una asistencia médica por sus lesiones e invirtió 10 días en la curación de las mismas, durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Por su parte, A.Y.K. necesitó también una asistencia y 5 días para la curación, durante los que estuvo incapacitado para sus tareas. M.M.J.C., policía nacional nº XXX estaba prestando servicio de seguridad en la mencionada comisaría. En calidad de tal se dio perfecta cuenta de que A. y V.N. habían desnudado y estaban agrediendo e insultando en la manera indicada los detenidos anteriormente referidos. A pesar de ello no hizo absolutamente nada para impedir la actuación de los otros dos policías. 3.- Después de ocurridos los hechos relatados en el apartado anterior, M.M.J.C. contó a varios de sus compañeros que A. había dado una paliza a los detenidos, de modo que el conocimiento de tales hechos se extendió por toda la comisaría. En particular, los desnudos, insultos y agresiones de que fueron objeto A.Y.U. y A.Y.K. llegaron a conocimiento de A.G.H. (policía XXX), jefe del servicio y responsable M. de la comisaría en aquellos momentos, encargado en concreto de las diligencias con detenidos y persona facultada en razón de todo ello, para decidir ordinariamente si un detenido debía (después de la realización de las correspondientes diligencias) quedar en libertad o ser puesto a disposición del Juez competente. Para esconder las agresiones y las circunstancias que las rodearon y evitar que trascendieran a las autoridades judiciales y pudiesen ser investigadas por éstas, A.G.H. decidió dejar en libertad a los músicos detenidos y

ordenó, de modo directo o a través de un tercero, a J.C.F.R. (nº XXX), policía que esa madrugada estaba de servicio en la inspección de guardia (encargado exclusivamente de recibir y tramitar denuncias de hechos en los que no había detenidos) que tramitase lo relativo a la familia Y.U. por el procedimiento previsto para los hechos en que no había detenidos, en vez de asumir, el propio G.H., el tramite previsto para los supuestos de detenidos. F. insistió por teléfono en lo irregular de la situación, pero la orden fue mantenida por el Sr. G.H., en consecuencia, cumplida por J.F., quien comunicó personalmente la libertad a los detenidos.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: 1) Condenamos a E.H.C., J.B.M. y F.L.C.D., como autores penalmente responsables de seis (6) delitos de detención ilegal a las penas, a cada uno de esos acusados, de un año de suspensión por cada uno de los delitos, y a que indemnicen conjunta y solidariamente en 200.000 pts. a cada uno de los seis detenidos. 2) Condenamos a P.A.A. y a F.V.N., como autores de un delito de torturas ya referido, a la pena, a cada uno de ellos, de cuatro meses de arresto mayor y siete años de inhabilitación especial. Como autores de dos faltas de lesiones les condenamos a la pena de 30 días de arresto menor por cada falta y a que indemnicen conjunta y solidariamente a A.Y.U. en 100.000 pts. y a A.Y.K. en 50.000 pts. por las lesiones, cantidades que devengarán el correspondiente interés legal. En concepto de daños morales, A. y V.N. indemnizarán conjunta y solidariamente en 800.000 pts. a A.Y.U., en 800.000 pts. a A.Y.K., y en 400.000 pts. a J.A.K.J. o a sus herederos. 3) Condenamos a M.J.C., como autor del también referido delito de tortura, a la pena de dos meses de arresto mayor y seis años y un día de inhabilitación especial. 4) Condenamos a A.G.H. como autor del ya definido delito de prevaricación, a la pena de siete años de inhabilitación especial. Además, cada condenado pagará 1/7 parte de las costas del proceso. Declaramos la responsabilidad civil subsidiaria del Estado respecto del pago de las indemnizaciones anteriormente fijadas. Absolvemos a A.G.J. y a J.C.F.R. de los ilícitos de que son o fueron acusados. Para el cumplimiento de la pena se le abona todo el tiempo que ha estado en prisión provisional por esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil terminada conforme a derecho. Contra esta resolución cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de 5 días a partir de la última notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por los acusados A.G.H., M.M.J.C., F.V.N., P.A.A., J.B.M., E.H.C. y F.L.C.D., 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 el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado A.G.H., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Se interpone el presente motivo de recurso por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. por no aplicación del art. 2.2, inciso primero, en relación con la disposición transitoria primera del actual Código Penal, Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, al condenar el fallo de la sentencia con pena del antiguo artículo 359, en relación con el art. 30 del antiguo Código Penal, y no por la establecida en el art. 408 del vigente Código Penal; Segundo.- Se interpone el presente motivo por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., por no aplicación del art. 42, en relación con el art. 3.2 inciso primero del vigente Código Penal, en relación, antiguos arts. 36 y 81, en relación con el art. 25.1 y 120.3 de la Constitución Española; Tercero.- Se interpone el mismo por infracción de ley del artículo 849.1 L.E.Cr. por no aplicación del art. 130.5 en relación con el art. 131 in fine, y 408, 33.3 y disposiciones transitorias primera y segunda del actual Código Penal, Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, en relación con los arts. 9.3, 25.2 y 24.1 de la Constitución Española al no considerar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción del delito de prevaricación; Cuarto.- Se formula el mismo contra el fallo de la sentencia por infracción de ley del art. 5.4 L.O.P.J. por no aplicación del art. 24.2 de la Constitución relativo a la presunción de inocencia, al condenar a mi representado por un delito de prevaricación; Quinto.- Se interpone el mismo por infracción de ley del art. 849.1 por aplicación indebida del art. 359 del Código Penal 1.973, o en su redacción actual en su art. 408, y ello al condenar a mi representado en virtud del fallo de la sentencia recurrida por un delito de prevaricación; Sexto.- Se interpone el mismo por infracción de ley del art. 849.2 por no haber sido recogidos en los hechos probados de la sentencia hechos de notoria importancia acreditados por documentos que obran en autos, lo que determina la modificación de los hechos probados.

II.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados M.J.C. y F.V.N., lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 849.1° L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 204 bis nº 5 del Código Penal de 1.973 respecto de M.M.J.C.; respecto a F.V.N., se considera dentro del mismo motivo que se ha cometido infracción de ley por aplicación indebida del art. 204 bis nº 4 y 582 del C.P. de 1.973, igualmente existe infracción de ley por la no aplicación del art. 113 del mismo texto legal.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado P.A.A., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Fundado en el artículo 5.4 L.O.P.J., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., por inexistencia de prueba inculpatoria para estimar al condenado autor de un delito de tortura; Segundo.- Fundado en el artículo 5.4 L.O.P.J. y en relación con el artículo 24.1 C.E. por aplicación indebida del art. 204 bis párrafo 4 del Código Penal de 1.973; Tercero.- Fundado en el artículo 849.1 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 204 bis párrafo 4 del Código Penal de 1.973 y en relación con el artículo 24.1 de la C.E.; Cuarto.- Fundado en el artículo 849.1 L.E.Cr. por no aplicación de los arts. 112 y 113 del C. Penal

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado J.B.M., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 4 del art. 5 L.O.P.J. en relación con el art. 24.2 C.E., por entender vulnerado el derecho constitucional de mi patrocinado a la presunción de inocencia, contemplado en dicho artículo.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado E.H.C., lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 4 del art. 5 L.O.P.J. en relación con el art. 24.2 C.E., por entender vulnerado el derecho constitucional de mi patrocinado a la presunción de inocencia, contemplado en dicho artículo.

VI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado F.L.C.D., lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 4 del art. 5 L.O.P.J. con el art. 24.2 C.E., por entender

vulnerado el derecho constitucional de mi patrocinado a la presunción de inocencia, contemplado en dicho artículo.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la desestimación de todos, excepto de los motivos primero y segundo del recurso del acusado A.G.H., desestimando el resto de sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 19 de abril de 2.001, con la asistencia del Letrado recurrente D. José Miguel Toledo Gregorio en defensa del acusado A.G.H. que pidió la estimación del recurso; pidiendo también la estimación de sus recursos los Letrados Juan Carlos Fernández Vales en sustitución del compañero García Linares que actuó en el recurso y en defensa de los acusados M.M.J.C., F.V.N. y P.A.A.; la Letrada Encarnación Carrillo actuó en defensa de los acusado E.H.C. y J.M.. El Ministerio Fiscal pidió la desestimación de todos los recursos, excepto del acusado A.G.H. que niega que haya prescripción respecto a este punto que fue interrumpido por una Providencia. Insiste en que los recurrentes no han negado los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida en casación condenaba a A.G.H. a la pena de siete años de inhabilitación especial como autor de un delito de prevaricación del art. 359 C.P. de 1.973; a P.A.A. y F.V.N. a las penas de cuatro meses de arresto mayor y siete años de inhabilitación especial como autores de un delito de torturas del art. 204 bis, epígrafe 4º C.P. de 1.973; a M.M.J.C. a las penas de dos meses de arresto mayor y seis años y un día de inhabilitación especial por el mismo delito de torturas tipificado en el art. 204 bis, epígrafe 5º; y a E.H.C., J.B.M. y F.L.C.D. a la pena de un año de suspensión por cada uno de los seis delitos de detención ilegal del art. 184 C.P. de 1.973.

RECURSO DE A.G.H.

SEGUNDO.- Inicia el recurrente su catálogo de censuras casacionales formulando un primer motivo al amparo del art. 849.1° L.E.Cr. por infracción de ley al no haber aplicado el Tribunal sentenciador el art. 2.2° C.P. en relación con la Disposición Transitoria Primera del vigente Código Penal, dado que se condena al acusado por un delito de prevaricación del art. 359 C.P. anterior en el que se sanciona más gravemente la misma conducta tipificada en el vigente art. 408.

El motivo, que apoya el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

La acción omisiva del funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promever la persecución del delincuente, venía castigada en el art. 359 C.P. de 1.973 con pena de inhabilitación especial, que, a tenor del art. 30 de dicho Texto tenía una duración de seis años y un día a doce años. El mismo tipo delictivo se sanciona en el art. 408 del vigente Código con la pena de "inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años", siendo así que la inhabilitación especial del viejo Código producía como efecto, precisamente, la privación del cargo o empleo del condenado (art. 36).

Como exponía la sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 1.997, la aplicación retroactiva del nuevo Código Penal puede efectuarse por dos vías: la revisión de sentencias ya dictadas y firmes, y la determinación del Código más favorable cuando el hecho aún no ha sido enjuiciado. En este último supuesto, cuando se trata del enjuiciamiento en fecha posterior a la entrada en vigor del Nuevo Código, entra en juego la Disposición Transitoria Primera, en virtud de la cual el hecho habrá de ser juzgado conforme al Código más favorable. Es patente que, según lo consignado anteriormente, en el presente caso resulta mucho más favorable para el acusado el Código vigente que el anterior que fue aplicado por el Tribunal de instancia, con arreglo a cuyas disposiciones se impuso al acusado una pena de inhabilitación especial de siete años, cuando en el actual se fija la misma pena pero con una duración máxima de dos años.

Siendo tan manifiesta y evidente esta realidad, y habiendo tenido el acusado -asistido de su defensor- ocasión de manifestar lo que hubiera tenido por conveniente a este respecto en el juicio oral, que es acto procesal sumamente adecuado para la

audiencia del reo, es claro que debe anularse la sentencia impugnada en este particular extremo adecuándose la sanción a imponer a la pena prevista en el vigente art. 408 C.P., a cuyo efecto se estima procedente la de dos años de duración de la inhabilitación especial que establece el precepto, atendidos las especiales circunstancias personales concurrentes en el acusado como autoridad máxima en el lugar y momento de autos y la incontestable gravedad de su conducta omisiva que viene determinada por la indubitada gravedad de los hechos cometidos por sus subordinados, cuyo nivel de antijuridicidad y reprochabilidad son tan relevantes. La ponderación conjunta de todas las circuntancias concurrentes inclinan a esta Sala a imponer la pena señalada por el art. 408 C.P. en su máxima extensión en aplicación de la regla 1ª del art. 66 del Código.

TERCERO.- La estimación del motivo precedente conlleva la necesaria acogida del que protesta por la inaplicación del art. 42 del actual Código Penal, que exige que la sentencia especifique los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. Es claro que esta obligación no figuraba en el Código anterior al vigente y que, por ello, el Tribunal a quo no señaló la concreción que ahora viene impuesta por el precepto legal. La consecuencia, pues, no tiene otro alcance que el de resaltar que la pena de inhabilitación especial por el tiempo de dos años supone la privación definitiva del empleo público que tenía el acusado en el momento de la comisión del delito, esto es, el de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, y la incapacidad para obtener el mismo u otros semejantes o análogos durante el tiempo de la condena.

CUARTO.- El siguiente motivo denuncia infracción de ley por no haber apreciado el Tribunal sentenciador la prescripción del delito sancionado, con lo que se habría vulnerado los artículos 130.5 y 132.2 C.P.

Ciertamente el delito de prevaricación del art. 408 es un delito "menos grave" dado que la pena de inhabilitación especial inferior a tres años tiene esa calificación en el art. 33.3 b) C.P. en relación con lo dispuesto en el art. 13 del mismo Código. Por tanto, el plazo para la prescripción para esta clase de ilícitos es de tres años, según el art. 131.

Alega el recurrente que la sentencia debió haber apreciado la prescripción del delito porque desde la comisión del mismo, el uno de enero de 1.990, ya habían

transcurrido los tres años cuando el acusado prestó declaración en calidad de imputado ante el Juez de Instrucción el 11 de enero de 1.993.

Ocurre, sin embargo, que el instituto de la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirija contra el culpable (art. 132 C.P.) y, ya al folio 829 del sumario obra providencia del Juez de Instrucción en la que se cita para prestar declaración al hoy recurrente junto al resto de los funcionarios que participaron en los hechos que estaban siendo objeto de investigación judicial, y de todos ellos -incluido el recurrente- el Juez de Instrucción reclamaba sus antecedentes penales, dato este revelador de que el procedimiento se seguía contra todos aquéllos, compareciendo a presencia judicial a prestar declaración en calidad de imputado el once de enero siguiente (folio 911). Todo lo cual indica que, a partir de la fecha de la citada providencia, el procedimiento se dirigía ya contra la persona convocada a presencia judicial como imputado, y así viene considerándolo esta Sala cuando declara que no toda diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el plazo de la prescripción, pero sí la tienen aquellas decisiones judiciales que constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra presuntos culpables concretos (por todas, STS de 28 de octubre de 1.997), y es claro que la resolución judicial a que hemos hecho referencia tiene esta naturaleza.

No hubo, pues, prescripción del delito y el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El siguiente motivo se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E. porque, según alega el recurrente, no se ha practicado prueba de cargo suficiente para sostener la culpabilidad del acusado.

El reproche no puede ser acogido.

El derecho fundamental invocado quiebra cuando existe una prueba de cargo, por mínima que sea, válidamente obtenida y racionalmente valorada de la que pueda deducirse la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado. En el supuesto presente no puede ponerse en duda que el Tribunal de instancia practicó una numerosa y variada actividad probatoria, sobre todo testifical, pero también documental, con observancia de cuantas exigencias constitucionales y procesales se requieren para

considerar legítimos los elementos de prueba a valorar por el juzgador. Una pluralidad de testigos declaran tanto en fase sumarial como en el plenario sobre lo acaecido la noche de autos en la Comisaría de Policía y sobre la repercusión que entre los miembros de esta dependencia oficial tuvieron los maltratos de obra, las amenazas y las vejaciones y tratos degradantes sufridos por alguno de los detenidos. El Tribunal sentenciador, en el ejercicio de la soberana facultad de libre valoración de la prueba que le otorgan el art. 117.3 C.E. y 741 L.E.Cr., ha ponderado los testimonios incriminatorios acerca de este extremo, reforzados sobremanera por la declaración del funcionario policial, Sr. F., encargado exclusivamente de tramitar las denuncias de hechos en que no hubiera detenidos, y que ninguna función tenía sobre personas detenidas, quien relató al Tribunal la sorprendente y anómala orden recibida del acusado de tramitar todo lo concerniente a los arrestados que se encontraban encerrados en las dependencias policiales, como si se tratara de diligencias sin detenidos, expresándole dicho funcionario al acusado, reiteradamente, lo irregular de lo que se le ordenaba, pero teniendo que cumplirlo ante la insistencia del superior de que pusiera en libertad a aquéllos. La valoración unitaria de este conjunto de elementos probatorios, junto a la insuperable ventaja que supone la inmediación con la que los jueces a quibus ven y escuchan la prueba testifical, captando una pluralidad de matices y detalles sumamente valiosos a efectos de determinar la credibilidad de unos y otros deponentes, todo ello ha permitido al Tribunal formar la convicción no sólo de que el ahora recurrente (máxima autoridad en la Comisaría) conocía los tratos violentos, intimidatorios y degradantes infligidos, sino que las órdenes que impartió al Sr. F. tenían como finalidad ocultar lo sucedido y evitar que trascendiesen y pudieran llegar a ser investigadas por las autoridades judiciales.

Existiendo las pruebas, siendo éstas de contenido incriminatorio y habiendo sido valoradas con arreglo a las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto criterio, exponiendo el Tribunal de manera razonada y razonable su discurso valorativo (fundamentos jurídicos Segundo y Tercero de la sentencia) en el que no se advierte indicio alguno de arbitrariedad o sinrazón, cabe concluir con que no se ha producido la conculcación del principio de presunción de inocencia.

SEXTO.- Como paso previo a abordar el motivo en el que, por la vía del error de derecho del art. 849.1°, se denuncia indebida aplicación a los hechos probados del art. 408 C.P., examinaremos el reproche que denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del número 2º del mencionado art. 849 L.E.Cr.

El recurrente pretende una modificación de la declaración de hechos probados que figura en la sentencia en base a una serie de documentos que designa. Pero el motivo no puede ser acogido porque adolece de una serie de insuperables deficiencias que impiden su estimación. En primer lugar no nos explica el recurrente en qué modo los "documentos" que señala son eficaces para alterar los datos fácticos declarados probados y que configuran los elementos del tipo delictivo apreciado por el Tribunal. Además, debe significarse que los designados en el motivo carecen de la condición de genuinos documentos casacionales a efectos del art. 849.2° L.E.Cr., puesto que ni los Informes ni las diligencias policiales suscritos por las personas que los expiden o formalizan no son otra cosa que manifestaciones de naturaleza personal aunque figuren documentados en un soporte material escrito, pero no son las pruebas documentales que requiere el precepto procesal que se invoca. Por lo demás, los sedicentes "documentos" carecen de aptitud para demostrar de la manera inconcusa, definitiva e indubitada exigida, la equivocación del juzgador en algún extremo fáctico esencial que tuviera relevancia para la subsunción jurídico penal de los hechos declarados probados, no sólo por la falta de literosuficiencia de los mismos, sino también porque sobre las cuestiones a que se refieren los dichos y supuestos documentos, el Tribunal sentenciador ha contado con otros elementos probatorios que acreditan lo contrario de lo que se pretende con aquéllos, lo que permite al juzgador formar su convicción en aquellas pruebas que le merezcan más fiabilidad.

El motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- Intangibles, pues, los hechos probados, la censura de indebida aplicación del art. 408 C.P. resulta carente de todo fundamento y debe ser rechazada, dado que el relato histórico, complementado por las consideraciones que figuran en la motivación jurídica de la sentencia, contienen todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal en el que el Tribunal de instancia subsumió los hechos, tanto el subjetivo del conocimiento de un suceso que presentaba todas las características de

delito, como los de omitir conscientemente cualquier actuación en pos del esclarecimiento y persecución del ilícito, ni en el momento inicial ni posteriormente a lo largo del tiempo.

RECURSO DE P.A.A.

OCTAVO.- Condenado en la instancia por un delito de torturas del art. 204 bis, párrafo cuarto, C.P. de 1.973, el primer motivo de este recurrente invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 de la Constitución.

Ya hemos señalado que una censura casacional como la presente, únicamente puede prosperar cuando se acredita una ausencia absoluta de prueba inculpatoria respecto al hecho imputado y a la intervención del acusado en éste, pero que cuando se verifica una actividad probatoria de signo incriminatorio legítimamente allegada y razonablemente valorada, el reproche debe decaer.

Esto es lo que acontece en el caso actual, hasta el punto de que resulta sorprendente la censura que se nos presenta. Existe una abundante prueba de declaraciones acerca de la participación del recurrente en el maltrato físico y psíquico a los que fueron sometidos las víctimas del suceso. Las propias víctimas así lo relatan al Tribunal sentenciador, lo que ya sería suficiente para repeler el motivo, pues las reticencias del recurrente a la credibilidad de sus testimonios debe ser rechazada con solo significar que la ponderación de la credibilidad de quienes deponen ante el juzgador, forma parte integral de la función exclusiva que éste tiene para la valoración de esta clase de pruebas personales, de modo que ni a las partes procesales, ni a esta Sala de casación, les está permitido revisar esa valoración ni modificar el resultado a que llega el Tribunal que ha gozado de la inmediación en la práctica de dichas pruebas, a no ser, claro es, que dicho resultado valorativo se manifieste irracional, absurdo o arbitrario, lo que aquí no sucede.

Pero, además de los testimonios de cargo de las víctimas del hecho, éstos se robustecen con otros elementos probatorios: el propio recurrente admite que practicó lo que él llama un "cacheo" a las víctimas; el testigo Sr. D.H. -cuya conducta solidaria con personas a quienes no conocía le honra y es merecedora de todo respeto- da cuenta de

los gritos de dolor y angustia de quienes eran "cacheados", y de las lesiones que presentaba el Sr. Y.U. cuando fue presentado al policía Sr. F., que también las apreció, y que no presentaba al llegar a la Comisaría; las manifestaciones de varios coacusados que declararon reiteradamente a todo lo largo del procedimiento penal y del expediente administrativo cómo el coacusado M.M.J.C., que se encontraba de guardia en los calabozos, comentó con diversos compañeros la paliza que habían recibido los gitanos de A.A. (además del Acta del Juicio Oral, véanse folios 125, 143 v., 827, 834. 851, 855, entre otros).

Añádase a estos elementos probatorios los partes médicos de lesiones, que se corresponden con las agresiones denunciadas, y se comprobará que la pretendida falta de prueba que aduce el motivo carece de todo sentido.

NOVENO.- Los dos siguientes motivos denuncian infracción de ley del art. 849.1° L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 204 bis párrafo 4 C.P. de 1.973, alegando, por un lado, que no concurre en el hecho probado el requisito típico de que el ánimo tendencial consistente en conseguir del sujeto pasivo una confesión o testimonio se haya producido en el curso de una investigación oficial o judicial y, por otro, que no se indica en el "factum" de la sentencia quién resulta ser el sujeto pasivo del hecho.

Dada la vía casacional utilizada, y que uno y otro reproches exigen para su análisis el más escrupuloso respeto a la declaración de hechos probados, será necesario partir de la declaración fáctica de la sentencia impugnada que, en lo que aquí interesa, expone "en las detenciones narradas, los policías que las hicieron requirieron la ayuda de otros dos policías de servicio, P.A.A. (nº XXX) y F.V.N. (nº XXX) integrantes de otra dotación policial. En el curso de esa intervención, A.A. perdió o le quitaron su reloj de pulsera. Ya en la Comisaría, P.A.A. entendió que el reloj en cuestión podían habérselo quitado, durante la detención, y por ello tenerlo encima o poder dar cuenta del paradero, alguno de los varones de la familia de músicos, ya entonces en el calabozo o "precalabozo". Por ello, recaba la ayuda de F.V.N. y ambos se dirigen al calabozo, sacan del mismo a A.Y.U., y en un rincón cercano le insultan, le exigen que les entregue el reloj o diga donde se halla, y para conseguir cualquiera de las dos cosas le desnudan por completo, A.A. le pone la pistola en la cabeza, lo que provoca que el Sr. Y.U. se descomponga de miedo y defeque, mientras le golpean reiteradamente produciéndole, al

menos, contusión, erosión y hematoma en el arco ciliar derecho y contusiones y erosiones en 1/3 medio de la cara lateral externa de la pierna izquierda, región dorsal y hombro izquierdo (al ser asistido médicamente, a las 9,25 horas, Y.U. presentó también una contusión occipital que, sin embargo, no sabemos si fue causada en este hecho antes, en la Puerta del Sol). Los dos policías obligaron a Y.U. a recoger con sus manos los excrementos. También sacaron del calabozo a los tres menores, con la misma finalidad los desnudaron íntegramente, les amedrentaron y, además, golpearon reiteradamente a A.Y.K., produciéndole erosión en la región maleolar externa del pie derecho y dolor contusivo en el costado izquierdo. A.Y.U. necesitó una asistencia médica por sus lesiones e invirtió 10 días en la curación de las mismas, durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Por su parte, A.Y.K. necesitó también una asistencia y 5 días para la curación, durante los que estuvo incapacitado para sus tareas".

El sometimiento al Hecho Probado que hemos transcrito, impone la desestimación de ambos motivos. El relato histórico designa nominalmente a las personas que fueron víctimas de la actuación de los funcionarios policiales y especifica el tratamiento de violencia a que fueron sometidos, así como las lesiones físicas ocasionadas.

En cuanto al primer reproche, no puede ponerse en duda de que los sujetos pasivos se encontraban en situación de detenidos en una dependencia oficial; que los sujetos activos de la acción típica eran funcionarios policiales que se encontraban de servicio y actuaban en el ejercicio de sus funciones; y que su actuación se dirigía a obtener información de las víctimas acerca del paradero de un reloj que alguno de los detenidos habría sustraído o del que se hubiera apoderado ilícitamente, es decir, la violencia de los agentes iba dirigida a obtener una confesión o testimonio sobre el objeto material de un hecho delictivo cuya autoría atribuían a quienes se encontraban sometidos a su autoridad y sin que las vías de hecho utilizadas puedan ser atribuidos a móviles o motivaciones ajenas a esta realidad. El hecho de que el recurrente fuera el dueño del reloj no enturbia las precedentes consideraciones que fundamentan la concurrencia del elemento típico cuestionado y, por consiguiente, la inexistencia del error de derecho que se imputa al juzgador de instancia.

DECIMO.- También al amparo del art. 849.1° L.E.Cr., se alega infracción de ley por inaplicación de los artículos 112 y 113 C.P., denunciándose la prescripción de las faltas de lesiones por las que fue condenado el acusado, y que no apreció el Tribunal a quo, aduciendo el motivo que el art. 113 C.P. establecía un plazo de dos meses para la prescripción de las faltas y que el proceso estuvo paralizado desde el 5 de octubre de 1.990 hasta el 2 de marzo de 1.992 y posteriormente desde 1.993 a 1.995.

Este reparo ya fue examinado por el Tribunal sentenciador, señalando en el fundamento jurídico segundo bis de su sentencia la improcedencia del mismo al significar que "las únicas faltas considerables (las de lesiones) forman parte de la estructura delictiva global, es decir, del conjunto de hechos e ilícitos que han sido objeto del enjuiciamiento. Las detenciones ilegales fueron el antecedente lógico. Las torturas acompañaron las lesiones. Y los acontecimientos e ilícitos posteriores sólo se explican en función de unas y otras. Quiere ello decir que el plazo de prescripción de las faltas es el mismo que el de la estructura delictiva en que se producen, con lo que no es apreciable el instituto de la prescripción, referible a todo ese contexto y, por tanto, al ilícito con mayor plazo prescriptorio, por tener mayor pena (113 y ss. del C.P. de 1.973)".

El Tribunal de instancia rechaza la censura acogiéndose a los mismos argumentos mantenidos por esta Sala ante supuestos idénticos, como, por ejemplo, los que se recogen en nuestra sentencia de 9 de julio de 1.999 en la que se recordaba que esta misma cuestión ya era analizada en la sentencia de 29 de julio de 1.998 (Caso Marey) y se reiteraba que cuando un solo hecho constituye un delito de detención ilegal (en el supuesto presente se trata de un delito de torturas) y dos faltas más, y por todo ello se sigue el mismo procedimiento al existir razones sustantivas para tal unión en unas mismas actuaciones por tratarse de un caso de concurso ideal, no pueden considerarse prescritas las faltas si no lo fue también el delito, porque no cabe computar aisladamente la prescripción de infracciones penales que necesariamente han de ser enjuiciadas conjuntamente y, en tales casos, ha de estarse a los plazos y requisitos de la prescripción para la más grave de todas. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de febrero de 2.000 cuando al analizar los casos en que dos infracciones penales se integran en una unidad que responde a un proyecto unitario del sujeto y que se enjuician

de manera conjunta y simultánea calificándose una de dichas infracciones como delito y otra como falta, en estos casos, repetimos, no puede realizarse una valoración del plazo de prescripción de la falta con independencia del objeto del proceso integrado por una pluralidad de acciones con distinta calificación.

Por todo lo cual, el motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE F.V.N. Y M.J.C.

DECIMOPRIMERO.- El recurso de estos coacusados se articula por un solo motivo de casación por el cauce procesal del error de derecho del art. 849.1° LE.Cr. por aplicación indebida al primero de los reseñados del art. 204 bis,4 C.P. de 1.973 y al segundo del art. 204 bis, párrafo quinto por los que respectivamente fueron condenados.

En realidad el desarrollo del motivo reproduce los argumentos que alega el anterior recurrente y que han sido examinados y en el fundamento jurídico Noveno precedente de esta resolución, razón por la cual nos remitimos a las consideraciones que allí han quedado consignadas para rechazar las mismas censuras que allí se analizan. Baste señalar que la coparticipación de V.N. en las agresiones y coacciones que describe el hecho probado le convierte inequívocamente en coautor del delito de torturas del párrafo cuarto del art. 204 bis C.P. pues, como mantiene la STS de 2 de junio de 1.998 al abordar un supuesto muy similar al presente, "de los hechos probados surge claramente que el recurrente conocía la situación en la que se estaban propinando a la víctima malos tratos, y ello permite inferir que su aportación golpeándolo e insultándolo estaba dirigida conscientemente a la misma finalidad que perseguían los otros torturadores".

Y, por último, la incardinación de la conducta de M.M.J.C. en el apartado 5º del art. 204 bis, no admite reparo alguno, siempre bajo el estricto respeto a la declaración de Hechos Probados. De este coacusado se dice en el "factum" que "M.M.J.C., policía nacional nº XXX estaba prestando servicio de seguridad en la mencionada comisaría. En calidad de tal se dio perfecta cuenta de que A. y V.N. habían desnudado y estaban agrediendo e insultando en la manera indicada los detenidos anteriormente referidos. A pesar de ello no hizo absolutamente nada para impedir la actuación de los otros dos policías".

Los datos fácticos complementarios que la sentencia recoge en el Fundamento de derecho Primero, "in fine", en el que se especifica que este coacusado no sólo vio desnudos e increpados a los detenidos, sino que también comprobó cómo eran golpeados y amenazados por A. y V.N., sin hacer absolutamente nada, limitándose a volver a su sitio [de servicio en los calabozos], no dejan lugar a la duda del acierto de la Sala de instancia al efectuar la subsunción en el tipo aplicado, pues, como en el indicado fundamento jurídico se señala, el recurrente faltó de modo absoluto a la obligación de tratar de evitar de algún modo lo que estaba ocurriendo, obligación que deriva de la misma Constitución (art. 104) que asigna a la Policía la protección de los derechos de los ciudadanos, y de la Ley reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado que desarrolla esa obligación.

Procede la desestimación del recurso.

RECURSO DE E.H.C., J.B.M. y F.L.C.D.

DECIMOSEGUNDO.- Los tres recurrente formulan cada uno de ellos un único motivo al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. en el que, en idénticos términos argumentan la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Alegan estos coacusados -que fueron condenados por seis delitos de detención ilegal- insuficiencia de prueba de cargo para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad.

Esta censura no puede ser acogida.

No pueden negar los recurrentes -y así lo admiten- que en la instancia se practicó una amplísima actividad probatoria sobre la cuestión controvertida de las detenciones efectuadas por los acusados, como lo acredita el contenido del Acta del Juicio Oral donde se recogen las declaraciones de numerosas personas que relataron al Tribunal su versión acerca de dichas detenciones y de las antecedentes a ellas. Sobre estos hechos el órgano juzgador recibió los testimonios incriminatorios de varios de los que resultaron detenidos, de los empleados de la limpieza y de los funcionarios policiales intervinientes. Esta variada prueba se practicó con plena observancia de los requisitos de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, por lo que la legitimidad y validez de la misma queda a salvo de todo reparo. El contradictorio contenido de las diferentes versiones que se ofrecieron al Tribunal sentenciador, inculpatorias las unas y

exculpatorias las otras, han sido valorados por los jueces a quibus en un examen analítico unitario de la prueba en su conjunto, para lo que, una vez más, resulta determinante la inmediación con la que el Tribunal sentenciador ha visto y ha escuchado a cada uno de los deponentes, lo que, como ya se ha dicho anteriormente, constituye un factor esencial para la ponderación de las pruebas de naturaleza personal como facultad soberana, exclusiva y excluyente y con total libertad de criterio que le asignan el art. 117.3 C.E. y 741 L.E.Cr.

De este modo, con base en ese variado elenco probatorio, el Tribunal ha formado su convicción sobre las circunstancias precedentes, coetáneas y subsiguientes a las detenciones y que se describen en la declaración de hechos probados, donde se establece como tal la ausencia de razones que justificaran la privación de libertad decidida por los acusados que detuvieron incluso a jóvenes de 11 y 15 años "al margen de cualquier indagación mínima respecto de hechos y sujetos y, por tanto, al margen de cualquier motivación legal.....". Existe, pues, prueba de cargo plural respecto del hecho de las detenciones y de las circunstancias en que éstas tuvieron lugar que, además, debe calificarse de suficiente por su indudable contenido incriminatorio por más que los recurrentes al socaire de denunciar la supuesta falta de suficiencia, pretendan revisar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, lo que, como se ha reiterado con insistencia, no está permitido en la casación.

Tampoco puede prosperar, por último, la censura de los recurrentes acerca de la ausencia de dolo en la conducta de los acusados ya que la resultancia fáctica de la sentencia impugnada es rica en elementos de los que se infiere que los acusados conocían la arbitrariedad de su proceder y tuvieron la voluntad de ejecutar la acción típica, configurándose de este modo la concurrencia del elemento subjetivo del delito (véase STS de 21 de julio de 1.994 y las más recientes de 16 de diciembre de 1.997, 15 de diciembre de 1.998 y 28 de octubre de 1.999).

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con estimación de los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por el acusado A.G.H., desestimando el resto

de sus motivos, así como los recursos de los demás recurrentes M.M.J.C., F.V.N., P.A.A., J.B.M., E.H.C. y F.L.C.D.; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, de fecha 25 de enero de 1.999, en causa seguida contra los anteriores acusados y otros por delitos de detención ilegal, torturas, prevaricación y faltas de lesiones. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el recurso interpuesto por el acusado A.G.H., condenando a los demás recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

VOTO PARTICULAR:

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 veinticinco de Abril de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid con el nº 1216 de 1.992, y seguida ante la Audiencia Provincial de la misma capital, Sección Séptima por delitos de detención ilegal, torturas, prevaricación y faltas de lesiones contra los acusados A.G.H., nacido el 17 de octubre de 1.944, hijo de J.J. y de M., natural de Casas de D. Antonio (Cáceres) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente, y en libertad provisional por esta causa; P.A.A., nacido el 11 de enero de 1.957, hijo de A. y de A., natural de Estepona (Málaga) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa; J.B.M., nacido el 29 de enero de 1.963, hijo de P. y de A., natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa; J.C.F.R., nacido el 1 de noviembre de 1.959, hijo de F. y de C., natural de Orellana Vieja (Badajoz) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa;

E.H.C., nacido el 28 de julio de 1.951, hijo de M.J.C. y de M.P., natural de Zarzuelo Monte (Segovia) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente, y en libertad provisional por esta causa; F.L.C.D., nacido el 12 de enero de 1.961, hijo de A. y de M., natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales solvente y en libertad provisional por esta causa; M.J.C., nacido el 31 de marzo de 1.951, hijo de M. y de P., natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa; A.G.J., nacido el 9 de mayo de 1.949, hijo de D. y de A., natural de Zorita (Cáceres) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa y contra F.V.N., nacido el día 11 de noviembre de 1.951, hijo de M. y de D., natural de Guareña (Badajoz) y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente, y en libertad provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 25 de enero de 1.999, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, y, que a su vez, consta transcrita en la sentencia primera de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen y dan por reproducidos los de la sentencia recurrida, con la excepción de que la cita que en los mismos se hace al art. 359 C.P. de 1.973 se sustituye por el art 408 del C.P. de 1.995 que tipifica y sanciona la prevaricación por la que resulta condenado el Sr. G.H.

SEGUNDO.- Se añade un fundamento jurídico en los siguientes términos: "De acuerdo con lo dispuesto en el A.4.C.V. se especifica que la pena de inhabilitación especial que se impone al acusado A.G.H. conlleva la privación definitiva de su empleo como funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y la incapacidad para obtener el mismo y otros análogos durante el tiempo de la condena. Igual que los demás acusados

a los que se impone la pena de inhabilitación especial por aplicación del art. 204 bis, 4º y 5º párrafos del Código de 1.973 (véase STS de 6 de febrero de 2.001)".

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a: 1) Condenamos a E.H.C., J.B.M. y F.L.C.D., como autores penalmente responsables de seis delitos de detención ilegal a las penas, a cada uno de esos acusados, de un año de suspensión por cada uno de los delitos, y a que indemnicen conjunta y solidariamente en 200.000 ptas. a cada uno de los seis detenidos. 2) Condenamos a P.A.A. y a F.V.N., como autores de un delito de torturas ya referido, a la pena, a cada uno de ellos, de cuatro meses de arresto mayor y siete años de inhabilitación especial. Como autores de dos faltas de lesiones les condenamos a la pena de 30 días de arresto menor por cada falta y a que indemnicen conjunta y solidariamente a A.Y.U. en 100.000 pts. y a A.Y.K. en 50.000 ptas. por las lesiones, cantidades que devengarán el correspondiente interés legal. En concepto de daños morales, A. y V.N. indemnizarán conjunta y solidariamente en 800.000 ptas. a A.Y.U., en 800.000 ptas. a A.Y.K., y en 400.000 ptas. a J.A.K.J. o a sus herederos. 3) Condenamos a M.M.J.C., como autor del también referido delito de tortura, a la pena de dos meses de arresto mayor y seis años y un día de inhabilitación especial. 4) Condenamos a A.G.H. como autor del ya definido delito de prevaricación, a la pena de dos años de inhabilitación especial.

Manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente.

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

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2001

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, incoó Procedimiento Abreviado 1210/94, contra Fidel, Iván, Raúl, Juan Antonio, Miguel Ángel, Daniel, Alberto, Carlos Miguel, Jose Pedro, Fernando, Luis Pedro, Joaquín, Cosme, Jose Augusto; por delito de lesiones, malos tratos, torturas, y una vez concluso lo remitió a la

Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, que con fecha 22 de Junio de 1998 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "En la noche del viernes 21-10-1994 tuvo lugar en el Pub Color de Colmenar Viejo una pelea en la que se vieron involucrados los jóvenes de esa localidad Agustín , Constantino y Rogelio y también Fidel , nacido el 8-5-1966, sin antecedentes penales, DIRECCION000 NUM000 de la G.C. con T.I.M. NUM001 , que desempeñaba accidentalmente las funciones de Comandante del Puesto de esa localidad y los guardias 2º con destino en el mismo Puesto, Raúl , nacido el 13-1-1974, con T.I.M. NUM002 , y Juan Antonio , nacido el 26-8- 1.972 con T.I.M. NUM003 , ambos sin antecedentes penales. Los tres guardias civiles resultaron heridos en ese incidente por el que se incoaron las D. Previas 1.104/94 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo.- Cuando el DIRECCION001 de la G.C., Jefe de la Línea de Tres Cantos, Gregorio , superior inmediato del Comandante de Puesto de Colmenar Viejo, tuvo noticias de los sucesos acaecidos en el Pub Color, acudió al Cuartel de la G.C. de esa localidad hacia la 1:10 de la madrugada del 22-10-1994, con el fin de asumir personalmente la instrucción del atestado y nombró inmediatamente secretario para dicha instrucción al DIRECCION000 NUM000 destinado también en el Puesto de Colmenar Viejo, Iván , nacido el 5-6-1967, con T.I.M. NUM004 , sin antecedentes penales.- Esa misma madrugada acuden al Cuartel de la G.C. de Colmenar Viejo los Policías Locales Millán y Matías para comunicar la identificación de los participantes en el incidente del Pub, Constantino y Rogelio, si bien en el informe que entregan a la G.C. confunden los datos de éste último con los de Agustín . A continuación el DIRECCION001 de Línea de orden de detener a Constantino y a Agustí , sucediendo los siguientes hechos: -A) Agustín : Fue detenido el sábado 22-10-1994, hacia las 11 de la mañana en su domicilio de la C/ DIRECCION002 nº NUM005 de Colmenar Viejo por los guardias 2º Silvio y Carlos Miguel , nacido el 3-3-1966, con T.I.M. NUM006 y sin antecedentes penales.- Agustín es conducido al Cuartel en el vehículo de la G.C. y una vez en éste, le pasan a una sala de espera en la que entran varios guardias sin identificar y le preguntan por los demás participantes en el incidente del Pub Color, advirtiéndole de que si no habla "se lo comerá él todo".- A continuación, Agustín es conducido a otra sala con máquinas de escribir, donde se le hace la información de derechos del detenido, designando para su asistencia a la Letrada Sra. Val Jiménez, quien acude al Cuartel de la G.C. de Colmenar Viejo hacia las 14

horas del sábado 22 de Octubre, momento en que el detenido presta declaración ante el instructor y secretario del atestado. Como Agustín presentaba magulladuras en la cara a consecuencia de la pelea en el Pub Color, el DIRECCION001 instructor del atestado acuerda que el detenido sea examinado por un médico en el Centro de Salud de la localidad.- 1) Antes de ser conducido Agustín al ambulatorio, Cosme , guardia 2º destinado en el Puesto de la G.C. de Colmenar Viejo, nacido el 27-9-1971 y sin antecedentes penales, franco de servicio en aquél momento, se acerca a él diciéndole " a ver de qué color tienes los ojos" y propinándole a continuación un puñetazo en el pómulo izquierdo, que ya tenía dañado a raíz de la pelea en el Pub.- Agustín es conducido al Centro de Salud por los mismos guardias que le detienen y es examinado hacia las 15:10 horas por la Dra. Catalina, quien le aprecia contusiones en zona temporal derecha y en pómulo izquierdo y le remite al Hospital de La Paz para ser examinado por rayos X. En este Hospital no se le aprecia ninguna patología urgente.- Agustín es conducido de nuevo al Cuartel de la G.C. e introducido en los calabozos.- 2) Esa noche del sábado 22 de Octubre, acuden al calabozo varios miembros de la G.C., entre ellos Fidel , el cual a las 16 horas de ese mismo día había obtenido la baja médica en el servicio y había sido sustituido en las funciones de Comandante de puesto por el DIRECCION000 NUM000 Iván, y también Carlos Miguel y Cosme, los dos francos de servicio, todos ellos sacan a Agustín de su celda y le conducen a una sala contigua, Fidel le agarra al tiempo que le dice "mira como me has puesto la cara", mientras que Carlos Miguel le golpea en la cara con la mano hasta que Fidel dice a éste último "deja de darle ahí, que le vas a marcar", los restantes guardias, entre ellos Cosme , le preguntaban mientras tanto quienes eran los que estaban con él en el Pub Color y le decían que si no hablaba se lo comería él todo, añadiendo uno de ellos "somos 38 y los que no están aquí están con tu madre".- 3) En la mañana del lunes 24-10-1.994, Agustín va a ser puesto a disposición judicial, por lo que es conducido de la celda a una sala, en la que se encuentra Raúl , que estaba de baja en el servicio y al verle dijo "éste es el cabrón de anoche", propinándole de repente varios puñetazos y un rodillazo en el pecho, a continuación entra el guardia 2º Alberto nacido el 7-12.1.964, sin antecedentes penales, con T.I.M. 77.541.714, destinado también en ese puesto de la G.C. pero franco de servicio en ese momento, éste también propia a Agustín una patada y un rodillazo en el pecho, a continuación Raúl colocó las esposas a Agustín apretándolas fuertemente

para causarle dolor, Agustín se quejó y Raúl tiró de sus brazos esposados hacia arriba, causándole más daño, cuando Agustín marchaba ya hacia el Juzgado, Raúl le apuntó con su mano simulando una pistola e hizo gesto de disparar.- A consecuencia de los golpes recibidos en las ocasiones descritas, Agustín sufrió contusión en región temporal derecha con inflamación de 4x3 cms. de superficie, herida inciso contusa en región occipital izquierda de 2x2 cms. de superficie, hematoma de 4x4 cms. en codo izquierdo, contusión torácica bilateral y erosiones lineales en ambas muñecas, de las que curó con tratamiento médico administrado en la primera asistencia y tardó 15 días durante los que estuvo impedido.- B) Constantino : Fue detenido el sábado 22 de Octubre hacia las 14 horas en su domicilio de la C/ Dr. DIRECCION003 nº NUM007 de Colmenar Viejo por los guardias Carlos Miguel e Silvio , quienes le introducen en el vehículo oficial para llevarle al Cuartel. Su novia, Victoria , presente durante la detención, salió corriendo en dirección al Cuartel y llegó al mismo tiempo que el vehículo de la G.C. dada la proximidad del domicilio, y así pudo presenciar como Pedro era bajado del coche y encontrándose aun esposado, el DIRECCION000 NUM000 Iván , que estaba franco de servicio y vestido de chándal y zapatillas de deporte, propinó de repente a Constantino un puñetazo en la cara, sin que conste si le causó heridas.- Constantino permaneció detenido en el Cuartel de la G.C. hasta la mañana del lunes 24-10-1.994, momento en que fue puesto a disposición judicial junto a Agustín y Rogelio .- Después de ser puesto en libertad en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, Constantino acudió en la tarde del día 24 de Octubre al Centro de Salud de esa localidad donde fue examinado por la Dra. María Milagros, quien le apreció una herida en fase de cicatrización en cuero cabelludo de unos 2 mm. de diámetro, más de 10 hematomas en ambos brazos y antebrazos y una herida en fase de cicatrización en región pretibial derecha de más de 48 horas de evolución, ignorándose si estas heridas fueron producidas a consecuencia de la pelea en el Pub Color, o bien tienen un origen distinto.- C) Rogelio: El DIRECCION001 de Línea Gregorio averiguó la identidad de Rogelio como otro de los presuntos participantes en el incidente del Pub Color y dio orden de detención contra él: -1) Hacia las 23 horas del domingo 23 de Octubre de 1.994 los guardias 2º Carlos Miguel y Jose Pedro con T.I.M. NUM008, nacido el 17-7-1.971 y sin antecedentes penales, detienen a Rogelio junto a su domicilio en la C/ DIRECCION004 nº NUM000 de Colmenar Viejo, encontrándole en la calle, al verle Carlos Miguel le dice "éste es el

hijo de puta que andábamos buscando", a continuación Jose Pedro le colocó las esposas preguntándole si estaban bien, contestando Rogelio que sí, tras lo cual Jose Pedro apretó más las esposas para hacerle daño.- 2) Rogelio es conducido al Cuartel de la G.C. en el vehículo oficial, una vez en el Cuartel, es introducido en una sala de espera, donde permanece esposado y entra Fidel , de baja en el servicio, y le da un puñetazo y alguna patada, derribándole al suelo, al tiempo que le acusa de haberle herido el pómulo en la pelea del Pub Color, Jose Pedro se encuentra en esa sala y sujeta a Fidel diciéndole que no pegue más a Rogelio porque le va a marcar, a continuación Jose Pedro le ordena sacar todo lo que lleve en los bolsillos, Rogelio lo hace así y a continuación le ordena desnudarse y hacer unas flexiones para ver si oculta algún objeto peligroso en el ano, en este momento abrió la puerta de esa sala el guardia 2º Daniel , con T.I.M. NUM009, saliendo a continuación. Jose Pedro registró los bolsillos de la ropa de Rogelio y encontró un caramelo, con tal pretexto propinó a Rogelio un golpe con la mano en la nuca. Cuando estaba vestido entró en esa sala de espera el guardia 2º Juan Antonio , que zarandeó y empujó a Rogelio acusándole de haberle arrojado a la cabeza una botella durante los sucesos del Pub Color y conminándole a que se reconociera autor de este hecho.- A raíz de los sucesos descritos, Rogelio no sufrió lesiones. Hacia la 1:15 de la madrugada del 24-10-1.994, Rogelio fue conducido al ambulatorio de Colmenar Viejo, donde fue examinado por el Dr. Antonio, quien constató que no sufrió lesiones, tras lo cual regresó conducido al Cuartel de la G.C.- 3) Hacia las 2 de la madrugada de ese mismo día, Rogelio, que se encontraba esposado con las manos en la espalda, es conducido a una sala donde es informado de sus derechos como detenido. En esta sala se encontraban varios guardias, como Luis Pedro nacido el 1-8-1.972 y sin antecedentes penales, con T.I.M. NUM010, que en ese momento se encontraba de servicio de puertas y entraba y salía constantemente, Alberto , que estaba franco de servicio, Jose Pedro, Fernando, nacido el 22-1-1.972 y sin antecedentes penales, con T.I.M. NUM011, también franco de servicio en ese momento, Juan Antonio, Joaquín , nacido el 2-1-1.972 y sin antecedentes penales, con T.I.M. NUM012, el cual vestía en ese momento un chándal rojo, así como el DIRECCION000 NUM000 Iván, que vestía un chándal gris, todos ellos insultaban a Rogelio, diciéndole entre otras cosas que iban a violar a su madre, le propinaban bofetadas y golpes, aun permaneciendo Rogelio esposado a la espalda, y le hacían caer de la silla, Alberto era el único que no le golpeaba, pero

animaba a sus compañeros a hacerlo diciendo que Rogelio había hecho "la mili" en las C.O.E.S. como él y estaba preparado para aguantar cualquier cosa, dirigiéndose a Rogelio, le decía que le iban a dar "el trato del prisionero" y le iban a "hacer la bañera", que le atarían a un árbol en el campo y le dejarían allí.- En un momento determinado, los agentes de la G. C. dijeron a Rogelio que le iban a presentar a un amigo, se abrió una puerta y apareció un individuo no identificado enmascarado, con un albornoz azul y unos guantes de boxeo, que lanzaba puñetazos, los agentes de la G.C. se referían a este individuo como "Dr. Botines", éste permaneció en el umbral de la sala sin decir nada, pero su presencia infundió un gran temor en Rogelio, mientras los guardias civiles se rieron mucho con la aparición de este personaje, que se marchó poco después, entonces Juan Antonio comentó que aquello no tenía gracia y finalmente Rogelio fue conducido a los calabozos, coincidiendo en la misma celda con Constantino.- Jose Augusto, guardia 2º con T.I.M. NUM013 fue reconocido por Rogelio en rueda de reconocimiento practicada por el Jdo. de Instrucción nº2 de Colmenar Viejo en 21-7-1.995 como participante en los hechos anteriormente descritos, sin que este acusado hubiera sido imputado anteriormente en esta causa y cuando formaba parte de la rueda como "relleno".- 4) En la mañana del lunes 24 de Octubre, Rogelio iba a ser puesto a disposición del Jdo. de Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, por ello fue conducido desde el calabozo a una sala donde se realizó su reseña y cuando esperaba a subir en el vehículo de la G.C. vino el guardia Raúl, quien le propinó un cabezazo y le arrojó contra un armario, diciéndole que ya se verían fuera, al tiempo que hacía con la mano el gesto de disparar un arma.- A consecuencia de la forma en que Jose Pedro le colocó las esposas, Rogelio sufrió una contusión en la muñeca derecha y a consecuencia de los golpes recibidos en la madrugada y en la mañana del 24 de Octubre de 1.994, sufrió contusión en región cigomática derecha y erosiones en región retroauricular y laterocervical derecha de 3 cms. de longitud de las que curó en 16 días durante los que estuvo impedido, precisando una sola asistencia médica para su curación.- El Hospital La Paz tuvo unos gastos por la asistencia prestada a Rogelio de 17.457 pts." (sic) Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento.

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Daniel, Miguel Ángel y Jose Augusto de los delitos de torturas de los que han sido acusados, declarando de

oficio tres catorceavas partes de las costas.- Debemos condenar y condenamos a: -1) Cosme como responsable en concepto de autor material de una falta de malos tratos a 15 días de arresto menor y como responsable en igual concepto de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a 6 meses y un día de prisión menor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día.- 2) Carlos Miguel, como responsable en concepto de autor material de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 6 meses y un día de prisión menor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día y como responsable de una falta de vejaciones injustas a una multa de 25.000 pts. con 5 días de arresto sustitutorio en caso de impago.- 3) Fidel, como responsable en concepto de autor material de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 6 meses y un día de prisión menor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día y como responsable en igual concepto de otro delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 2 meses de arresto mayor e inhabilitación especial por 6 años y un día.- 4) Raúl como responsable en concepto de autor material de dos faltas de lesiones a una pena por cada falta de 25 días de arresto menor y como responsable en igual concepto de una falta de amenazas a la pena de 25.000 pts. de multa con 5 días de arresto sustitutorio en caso de impago, igualmente le condenamos como responsable en igual concepto de otra falta de lesiones y otra falta de amenazas a otra pena de 25 días de arresto menor por la primera y de 25.000 pts. de multa por la segunda con idéntico arresto sustitutorio en caso de impago.- 5) Alberto, como responsable en concepto de autor material de una falta de lesiones a 25 días de arresto menor y como responsable en igual concepto de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 2 meses de arresto mayor y 6 años y un día de inhabilitación especial para cargo público.- 6) Iván, como responsable en concepto de autor material de una falta de malos tratos a 15 días de arresto menor y como igual responsable de un delito de torturas a 2 meses de arresto mayor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día.- 7) Jose Pedro, como responsable en concepto de autor material de una falta de lesiones a 25 días de arresto menor, y como igual responsable de dos delitos de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de 2 meses de arresto mayor y 6 años y un día de inhabilitación especial por cada delito.- 8) Juan Antonio, como

responsable en concepto de autor de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 6 meses y un día de prisión menor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día, y como igual responsable de otro delito de torturas a 2 meses de arresto mayor e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día.- 9) Luis Pedro, como responsable en concepto de autor material de un delito de torturas, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 2 meses de arresto mayor e inhabilitación especial por 6 años y un día.- 10) Fernando, como responsable en concepto de autor material de un delito de torturas sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 2 meses de arresto mayor, e inhabilitación especial para cargo público por 6 años y un día.- 11) Joaquín, como responsable en concepto de autor material de un delito de torturas sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a 2 meses de arresto mayor y NUM007 años y un día de inhabilitación especial para cargo público.- Cosme, Raúl y Alberto indemnizarán a Agustín en 150.000 pts. por sus lesiones y Cosme , Fidel y Carlos Miguel le indemnizarán en 1.000.000 pts. por daños morales.- Iván indemnizará a Constantino en 10.000 pts. por daños morales.- Jose Pedro y Raúl indemnizarán a Rogelio en 160.000 pts. por sus lesiones y en 17.457 ptas. al Hospital La Paz por gastos de asistencia médica, y Fidel, Jose Pedro, Juan Antonio Luis Pedro , Alberto, Fernando, Iván y Joaquín le indemnizarán en 2.000.000 pts. por daños morales.- Dichas indemnizaciones se imponen a partes iguales y de forma solidaria a todos ellos, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por todas ellas.- Se imponen a Raúl las costas correspondientes a un juicio de faltas y las demás, 10 catorceavas partes a los demás condenados, excluyendo expresamente las de la acusación popular y las de la acusación particular por Constantino .- Absolvemos a todos los anteriores de los demás delitos por los que han sido acusados.- No ha lugar a deducir testimonio contra Eloy, Silvio, Jesús Ángel, Juana, Emilia, Luis Miguel, Eusebio y Blas". (sic) Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de los recurrentes, 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.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Alberto, Iván, Carlos Miguel, Cosme y Raúl, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Se formula al amparo del art. 851.3 de la LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la C.E. en relación con el artículo 11.3 de la LOPJ.

TERCERO: Al amparo del artículo 849.2 de la LECriminal.

CUARTO: Al amparo del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por inaplicación del artículo 238.3 de la LOPJ.

QUINTO: Con base al artículo 849.1 de la LECriminal se denuncia infracción del artículo 240.2 de la LOPJ.

SEXTO Y SEPTIMO: Al amparo del artículo 849.1 de la LECriminal por inaplicación del artículo 242.1 de la LOPJ y 242.2.

OCTAVO: Se formula por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por vulneración del artículo 11 nº 1 de la LOPJ.

NOVENO: Se denuncia Quebrantamiento de Forma del artículo 850.1 de la LECriminal por denegación de prueba.

DECIMO: Al amparo del artículo 850 nº 3 de la LECriminal.

UNDECIMO: Con base al artículo 850.4 de la LECriminal.

DUODECIMO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se considera vulnerado el artículo 24 de la C.E.

DECIMO

TERCERO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se entiende infringido el artículo 24.1 de la C.E.

DECIMO

CUARTO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24.2 de la C.E.

DECIMO

QUINTO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción del artículo 24.2 de la C.E.

La representación de Fidel, basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Se articula al amparo del artículo 851 nº 1 de la LECriminal.

SEGUNDO: Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 849 nº 1 de la LECriminal se considera vulnerado el artículo 24.2 de la C.E.

TERCERO: Al amparo del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por aplicación indebida del artículo 204 bis, párrafos 2 y 4.

La representación de Juan Antonio y Joaquín, basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo de los artículos 850y 851 de la LECriminal, en relación con el artículo 793.2 de la LECriminal por vulneración de los artículos 24, 1 y 2 de la C.E. en relación con los artículos 238, 240 y 242 de la LOPJ.

SEGUNDO: Se formula por Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 850 nº 1 de la LECriminal.

TERCERO: Se denuncia Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 850.3 de la LECriminal.

CUARTO: Se formula por Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 859 nº 4 de la LECriminal.

QUINTO: Por el cauce del artículo 851 nº 1, inciso primero, se denuncia falta de claridad en los hechos probados.

SEXTO: Al amparo del artículo 851 nº 1 de la LECriminal se denuncia contradicción entre los hechos probados.

SEPTIMO: En base al artículo 851 nº 3 de la LECriminal se critica que la sentencia no resuelve planteamientos jurídicos efectuados por la Defensa.

OCTAVO: Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ se considera infringido el artículo 24.1 de la C.E.

NOVENO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción del artículo 24.1 de la C.E.

DECIMO: Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ se denuncia vulneración del artículo 24.2 del C.E DECIMO

PRIMERO: Con base al artículo 5.4 de la LOPJ se considera infringido el artículo 24.2 de la C.E.

DECIMO

SEGUNDO: Se articula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción del artículo 25.1 de la C.E.

La representación de Luis Pedro, basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Se formula por extensión de los artículos 850 y 851 de la LECriminal y en relación de los artículos 24.1 y 2 de la C.E. y artículos 11.1, 238 y 240.1 y 2 LOPJ en relación con los artículos 17 y 14 de la C.E. y 118 y 520 de la LECriminal.

SEGUNDO: Se denuncia Quebrantamiento de Forma según lo previsto en el artículo 850.1 de la LECriminal.

TERCERO: Se articula al amparo del artículo 850.3 de la LECriminal.

CUARTO: Se formula por Quebrantamiento de Forma en base al artículo 850.4 LECriminal.

QUINTO: Se denuncia un nuevo Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 851 nº 1 de la LECriminal.

SEXTO: Al amparo del artículo 851.3 de la LECriminal.

SEPTIMO: Se formula por error de hecho al amparo del nº 2 del artículo 849 de la LECriminal.

OCTAVO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se entiende vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución.

NOVENO: Por el cauce del artículo 5.4 LOPJ, se denuncia vulneración del artículo 24.2 en relación con los artículos 17 y 14 de la C.E.

DECIMO: Al amparo del artículo 5.4 LOPJ se considera vulnerado el artículo 24.2 de la C.E.

La representación de Fernando, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Se formula al amparo del artículo 851 nº 1 de la LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 851.3 LECriminal.

TERCERO: Se entiende en base al artículo 849 nº 1 de la LECriminal que existe Infracción de Ley en relación al artículo 204 bis párrafo 4º C.P.

CUARTO: Al amparo del artículo 849.1 de la LECriminal en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24.2 de la C.E.

QUINTO: Se formula al amparo del artículo 849 nº 2 de la LECriminal.

La representación de Jose Pedro, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se considera infringido el artículo 24.1 de la C.E.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se entiende conculcado el artículo 24.2 de la C.E.

TERCERO: Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ se considera infringido el artículo 24.2 de la C.E.

CUARTO: Se formula al amparo del artículo 859.4 de la LECriminal.

QUINTO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 851.1 de la LECriminal.

SEXTO: Se considera indebidamente aplicado el artículo 582.1 del C.P. al amparo del artículo 849.1 de la LECriminal.

SEPTIMO: Se considera por el artículo 849 nº 1 de la LECriminal indebidamente aplicado el artículo 204 bis párrafo 4º del C.P.

OCTAVO: Nuevamente se articula por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por incorrecta aplicación del párrafo cuarto del artículo 204 bis.

La representación de la Asociación contra la Tortura: Constantino, Agustín, Rogelio, basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO (en relación a Agustín): Se articula por Infracción de Ley al amparo del artículo 849 nº 1 de la LE por indebida aplicación del artículo 582 párrafo 1º del C.P.

SEGUNDO: Por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por indebida aplicación del artículo 14 C.P. en relación con el artículo 582 párrafo 1º C.P.

TERCERO: Por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por inaplicación del artículo 14 en relación con el 420 y 421.1.

CUARTO (en relación a Constantino): Se formula por Infracción de Ley, artículo 849 nº 1 de la LECriminal por vulneración del artículo 24.1 de la C.E.

QUINTO: Se formula por Infracción de Ley del artículo 849 nº 2 de la LECriminal.

SEXTO: Se articula por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por inaplicación del artículo 240 de la LECriminal.

SEPTIMO: Al amparo del artículo 849 nº 1 de la LECRiminal por inaplicación del artículo 19 del C.P. y 101 y siguientes.

OCTAVO (en relación a Rogelio): Respecto del acusado Jose Augusto se denuncia al amparo del artículo 849 nº 2 de la LECriminal.

NOVENO: Se denuncia Infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECriminal por inaplicación de artículo 582 párrafo 1º en relación con el artículo 420 y 421 del C.P.

DECIMO: Por los razonamientos del precedente motivo se plantea la autoría del artículo 582 en relación con el 420 y 42º del C.P.

DECIMO

PRIMERO: Por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 por inaplicación del artículo 204 bis párrafo 4º del C.P.

DECIMO

SEGUNDO: Se articula por Infracción de Ley del artículo 849 nº 1 de la LECriminal por inaplicación del artículo 14 del C.P. en relación con el 204 bis párrafo 4º del C.P.

DECIMO

TERCERO Y DECIMO

CUARTO: Al amparo del artículo 849 nº 1 de la LECriminal se considera infringido el artículo 582 nº 1 del C.P. en relación con el artículo 14 del C.P.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 14 de Noviembre de 2000.

Séptimo.- Debido a la complejidad del tema se dictaron sucesivos autos prorrogando el término para dictar sentencia de fechas 25 de Noviembre de 2000, 26 de Diciembre de 2000 y 1 de Febrero de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- La sentencia dictada el día 22 de Junio de 1998 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Cosme, Carlos Miguel, Fidel, Raúl, Alberto, Iván, Jose Pedro, Juan Antonio, Luis Pedro, Fernando y Joaquín, todos

ellos miembros de la Guardia Civil, como autores de delitos de tortura, faltas de malos tratos, vejaciones injustas, falta de lesiones y falta de amenazas en los términos declarados en el fallo de la sentencia.

Contra dicha resolución se han formalizado diversos recursos de casación tanto por los condenados como por la Acusación Particular y Popular. Por razones de lógica y sistemática jurídicas pasamos a estudiar en primer lugar los recursos de los condenados, y dentro de ellos, se estudiarán separadamente los cinco recursos formalizados con un total de cuarenta y un motivos correspondientes a los once condenados, para posteriormente, pasar al recurso de la Acusación Particular y Popular que tiene quince motivos.

Segundo.- Recurso de Alberto, Iván, Carlos Miguel, Cosme y Raúl.

Se trata de un recurso conjunto formalizado por las cinco personas citadas que lo vertebran a través de quince motivos.

Ya desde ahora se anuncia que existiendo diversos motivos comunes a los recursos formalizados por las defensas, sin perjuicio del estudio individualizado de cada recurso, se efectuaran las correspondientes remisiones a cuestiones que ya hayan sido estudiadas en recursos ya resueltos previamente, en evitación de repeticiones.

En el estudio del presente recurso, procederemos a reordenar los motivos, también por razones de sistemática, comenzando en primer lugar por los motivos formalizados por la vía del error in procedendo, es decir, por Quebrantamiento de Forma, para continuar por los motivos que denuncian violación de precepto constitucional para terminar por los motivos de Infracción de Ley.

Motivo Primero, por el cauce del Quebrantamiento de Forma del art. 851-3º en denuncia de no haberse pronunciado la sentencia sobre todos los puntos objeto de acusación y defensa, en concreto en relación al informe efectuado por D. Emilio como DIRECCION005 primer Jefe de la NUM014 Comandancia de la Guardia Civil --folios 299 a 509 de las actuaciones-- y que denominaremos como "Informe Emilio"; dicho informe se integra por diversas declaraciones efectuadas ante el DIRECCION005 Emilio por miembros de la Guardia Civil destinados en el acuartelamiento de Colmenar

Viejo, así como declaraciones de personas que luego resultaron imputados, de perjudicados, e informes de mandos de la Guardia Civil.

Se sostiene en el motivo, que se había solicitado la nulidad de dicho Informe por el triple motivo: a) nulidad intrínseca de la información reservada; b) nulidad de la aportación a los autos de dicho informe y c) nulidad por contaminación de toda la causa. En la medida que la Sala solo se pronuncia en relación a la nulidad de la aportación del informe por contaminación de toda la causa --c)--, en el sentido de rechazar tal denuncia --Fundamento Jurídico primero--, pero guarda silencio en relación a los extremos a) y b) citados, se estima por los recurrentes que quedó sin respuesta parte de la triple impugnación.

El motivo no puede prosperar porque la denuncia carece del necesario soporte.

La sentencia, en el Fundamento Jurídico primero analiza la petición de nulidad del Informe Emilio que se le efectúa, y lo realiza desde su incidencia en el proceso penal, concluyendo que de dicho Informe no tiene ningún valor ni relevancia en el proceso penal ni tan siquiera tiene el valor de atestado por lo que lo que no constituyendo ni prueba ni fuente de prueba, niega cualquier tipo de contaminación, añadiendo que en relación a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales observables en las declaraciones prestadas ante el DIRECCION005 , con omisión de los derechos que le asisten a todo imputado, desde la absoluta falta de relevancia que tiene el informe para la causa penal, será en todo caso en el ámbito estrictamente disciplinario donde deban hacerse valer las infracciones que se hubiesen cometido.

Es decir, en la sentencia se declara la total irrelevancia del Informe Emilio, por lo que no hubo contaminación alguna lo que explícitamente supone rechazar la declaración de nulidad por contaminación, no siendo precisos más pronunciamientos. Aunque a todos los efectos estimamos hubiese sido preferible acordar la segregación física del informe de las actuaciones, bien que su acuerdo en la propia sentencia ninguna consecuencia práctica hubiese tenido, salvo la correspondiente rectificación numérica de los folios dada su condición de Informe que, como ya se ha dicho y ahora se reitera, no ha constituido ni prueba ni fuente de prueba, ni siquiera tiene la naturaleza de atestado. Además, explícitamente se contiene en la sentencia el pronunciamiento de que la

nulidad intrínseca que se solicita deberá efectuarse en relación a aquel expediente en el que se intente hacer valer el mismo, lo que supone una respuesta en sentido negativo -- pero respuesta al fin y al cabo-- de no pronunciamiento erga omnes de tal nulidad intrínseca.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Noveno, por el cauce del art. 850-1º en denuncia de haberse denegado por la Sala la prueba documental consistente en testimonio del recurso contencioso-militar nº 9/95 del Tribunal Militar Primero, Sección Primera, en relación a la sanción impuesta al Guardia Civil D. Alberto de ocho días de arresto, sanción que le fue impuesta en base al contenido del Informe Emilio , y sanción que le fue anulada en la sentencia dictada por el Tribunal Militar Primero, Sección Primera por estimar que en dicho Informe Emilio se le habían vulnerado al agente Clemente --actual recurrente-- sus derechos de defensa y la presunción de inocencia.

El reconocimiento que se efectúa en el motivo de no tratarse de prueba propuesta por dicha parte, si bien se adhirió a la protesta efectuada por la parte proponente por su desestimación, es suficiente para el rechazo del motivo por falta de legitimación; sin embargo, con el fin de dar respuesta efectiva a los problemas de fondo, debemos recordar que el derecho a la prueba no es ilimitado, y que solo la indebida denegación de prueba, no ya pertinente, sino claramente necesaria, puede integrar la denuncia tanto por el cauce de Quebrantamiento de Forma, del art. 850-1º, como, fundamentalmente, integrar una vulneración de derechos constitucionales, en concreto el de utilizar los medios de defensa pertinentes -- art. 24-2º C.E.--.

En el presente caso, es patente la innecesariedad de la aportación del testimonio interesado porque era una cuestión ajena al proceso penal y por tanto nulo valor iba a tener su aportación.

Se está en presencia de una prueba que era impertinente --y recordemos que corresponde al Tribunal sentenciador el juicio de pertinencia según el art. 659 LECriminal-- y que, además, en este control casacional se verifica su innecesariedad.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos Décimo y Undécimo, ambos también por Quebrantamiento de Forma por el cauce del art. 850-3º y 4º en denuncia de haber impedido el Presidente del Tribunal que los testigos Agustín y Constantino, contestasen a determinadas preguntas, lo que motivo la protesta con expresión de tales preguntas.

Se trata de una y misma denuncia que se efectúa a través de dos motivos y que por ello se estudian conjuntamente.

Todas las preguntas declaradas impertinentes para ser respondidas por los dos testigos citados, se refieren a un incidente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, que tuvieron lugar en el Pub "Color" de Colmenar Viejo la noche del día 21 al 22 de Octubre entre parte de los recurrentes y las víctimas en este proceso que aparece referido como antecedente en los hechos probados y que tuvo como continuación los hechos ocurridos en la Comisaría objeto de la presente causa. Se justifica la negativa a tales preguntas por el Presidente del Tribunal al tratarse de hechos que, a su vez, motivaron otro procedimiento penal independiente del actual, el delito por atentado, por ello estimamos en este control casacional que la negativa fue acordada a derecho, pues si lo que se pretendía era acreditar si las lesiones causadas a los testigos Agustín y Constantino , que se dice les fueron causadas en el Cuartel de la Guardia Civil por los recurrentes, pudieran haber sido causadas en el incidente anterior que se desarrolló en el Pub Color, en el interrogatorio del Plenario, ambos testigos -- declaración sesión del 4 de Mayo de 1998-- declararon con extensión y claridad que en relación a las lesiones declaradas en la sentencia objeto del presente control casacional, las preguntas rechazadas --que constan-- son referentes al incidente en el Pub Color, lo que patentiza, la falta de fundamento de los motivos que se estudian al tratar de mezclar los dos hechos, que fueron cada uno objeto de enjuiciamiento distinto, siendo las preguntas rechazadas ajenas al objeto del presente juicio.

Ambos motivos deben ser desestimados.

Pasamos seguidamente a los motivos vertebrados a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, siguiendo el mismo orden en el que han sido propuestos.

Motivo Segundo, por el cauce del art. 5-4º de la LOPJ por vulneración del principio de tutela judicial efectiva con cita del art. 11-3º de la LOPJ y en relación a la aportación a los autos del Informe Emilio, ya citado.

Se trata de un motivo totalmente idéntico al primero de los enumerados por los recurrentes, variando solo el cauce casacional de la denuncia.

Ya hemos declarado que el citado Informe Emilio no ha sido tenido en cuenta en la sentencia que ha fundamentado las condenas en pruebas producidas sin violación de derechos constitucionales e incorporadas al Plenario de acuerdo con los principios de contradicción, publicidad e igualdad, pruebas, se insiste en el origen autónomo como autónoma e independiente fue la encuesta judicial sin que las vulneraciones apreciables en dicho Informe tengan la menor virtualidad de abarcar las pruebas sumariales, respecto de las que no se aprecia la menor conexión de antijuridicidad como interesadamente se intenta por los recurrentes, en tal sentido, SSTC 86/95 y 161/99 y de esta Sala, de 20 de Diciembre de 2000, entre otras muchas.

Consecuencia de no haber sido ni prueba, ni fuente de prueba es el rechazo del motivo, como ya lo fue el primero de los formalizados.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Duodécimo, por el mismo cauce que el anterior, también en denuncia de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que se conecta con la vulneración del art. 369 LECriminal, en relación a los reconocimientos en rueda practicados por los denunciantes Constantino, Agustín y Rogelio, los que se estiman nulos.

Las denuncias casacionales efectuadas son las siguientes: 1) Los tres querellantes denunciantes no estuvieron separados durante los reconocimientos.

2) Negativa del Sr. Juez a que por las defensas se efectuase alguna pregunta a las personas que tenían que reconocer, en concreto si había conocimiento previo de los sometidos a rueda, por parte de los reconocientes.

3) Advertencia efectuada por el Sr. Juez al reconocimiento de Constantino en el sentido de que se limitase exclusivamente a decir si conocía al reconocido por los hechos denunciados sin más detalles, lo que fue objeto de protesta.

4) Existencia de fotografías en prensa de los agentes a reconocer, así como de un vídeo que estuvo en poder de uno de los reconocientes.

5) La doble condición del DIRECCION000 del acuartelamiento de Colmenar Viejo D. Rodrigo, que por un lado, era el miembro de la policía judicial, encargado de organizar las ruedas de reconocimiento de los miembros de la Guardia Civil, y por otra parte, también era querellado pues inicialmente la querella se interpuso contra todos los miembros del acuartelamiento de Colmenar Viejo.

Ninguna de las denuncias puede prosperar. Realmente excepto la primera, presentan cuestiones ajenas al preciso y concreto rito procesal con el que deben efectuarse las diligencias de reconocimiento en rueda. La propia sentencia en el Fundamento Jurídico segundo, de forma monográfica y detallada va dando respuesta a todas las cuestiones ahora planteadas de nuevo.

En este control casacional se comprueba con el examen del folio 916 y la declaración en el Plenario del DIRECCION000 D. Rodrigo que las ruedas se han efectuado estando cada persona que debía efectuar el reconocimiento solo ante las personas a reconocer, y que solo después de concluida la rueda y firmada el acta por cada uno, podían coincidir, reiterando a preguntas del Ministerio Fiscal que habían permanecido separados, en salas distintas sin contacto de ningún tipo durante la práctica de todas las diligencias.

Hay que reseñar que durante la tramitación de la causa se practicaron 62 diligencias de rueda, de las que 24 fueron positivas.

Acreditado el reconocimiento de forma individual, de acuerdo con el art. 369 LECriminal, procede el rechazo de la primera denuncia.

En relación a la segunda, debe recordarse que el reconocimiento en rueda es prueba contingente, es decir, su práctica no es necesaria como se comprueba con la sola lectura del art. 368, por ello, el posible conocimiento ex-ante entre ambas personas, no vicia la diligencia, puede justificar su prescindibilidad y en todo caso podrá incidir en la credibilidad del reconocimiento, pero no en su validez, por ello tampoco puede prosperar la denuncia cuarta.

En relación a la denuncia tercera, se refiere a aspectos extramuros del propio reconocimiento. En efecto, nada afecta a la validez del mismo, que se haya denegado alguna pregunta que se intentó realizar en dicho acto. Lo relevante en todo caso es el resultado del reconocimiento.

En relación a la quinta resulta claramente su improcedencia en relación a la validez de la prueba de reconocimiento en rueda, la que viene determinada por el exacto cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 369, siendo ajeno a la posibilidad de que el Agente encargado estuviera incluido "in genere" entre los posibles querellados. Lo cierto es que en ningún momento fue imputado y su actuación se atuvo a los preceptos legales citados y si lo que trata de insinuarse es que las ruedas estaban mal practicadas por ese solo hecho, la insinuación no puede ser asumida al estar ayuna de prueba, debiéndose recordar que su actuación en tal cometido lo fue en funciones de policía judicial.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Decimotercero, por el mismo cauce que el anterior, en denuncia a la indefensión sufrida por los recurrentes y a la falta de tutela judicial efectiva en relación, nuevamente al Informe Emilio que ya dio lugar a los motivos primero y segundo del presente recurso.

Se retoma nuevamente el Informe Emilio para vertebrar un nuevo motivo --el presente--. Se afirma en la argumentación que en dicho informe existen diversas declaraciones de los recurrentes, prestadas sin las garantías constitucionales, ante el DIRECCION005 Emilio y sin asistencia letrada los días 7, 8 y 9 de Noviembre, y aunque con posterioridad, se les recibió declaración en sede judicial los días 1 y 2 de Diciembre, estas declaraciones ya estaban viciadas de nulidad por la anterior efectuada en el Informe Emilio. También la Sala de Instancia da respuesta en el primero de sus fundamentos a esa pretendida y extensible, ad infinitum, conexión de antijuridicidad que se pretende obtener por los recurrentes del hecho que en sus declaraciones emitidas en el Informe Emilio, deba predicarse una nulidad de cualquiera otras declaraciones y probanzas.

En este control casacional se comprueba que las diligencias penales se iniciaron en virtud de testimonio de particulares acordado de oficio en las D.P. 1104/94 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, a la vista de las declaraciones de Constantino y Rogelio, dando lugar a las D.P. 1210/94, iniciándose la práctica de las investigaciones por auto del día 9 de Noviembre --folio 34-- a cuyas diligencias se unió también la denuncia efectuada por Agustín --folio 38-- y la de Rogelio --folio 45--. Posteriormente se presenta querella criminal por la Acción Popular --folio 181--. Es en el marco de las expresadas Diligencias Previas 1210/94 que en el mismo auto de incoación del día 9 de Noviembre, se solicita del Comandante de puesto de la Guardia Civil información de las personas de dicho acuartelamiento que estuvieron con los entonces detenidos y ahora denunciantes, Constantino , Agustín y Rogelio los días 22 y 23 del mes de Octubre, dicha información fue facilitada en el oficio del 17 de Noviembre por el DIRECCION000 interino del puesto --folio 226--, acordándose la citación de seis de los citados, alguno de ellos coincidentes con los actuales recurrentes, para recibirles declaración en calidad de imputados --proveído de 22 de Noviembre, folio 228--, y de hecho se les fue recibiendo declaración en tal condición, y por tanto con instrucción de sus derechos constitucionales y presencia letrada, obrando a partir de los folios 259 y siguientes tales declaraciones practicadas los días 1 y 2 de Diciembre, extensas y minuciosas y en las que se manifestaron en el sentido que consta en ellas.

Con posterioridad, tiene entrada en el Juzgado el tan repetido Informe Emilio, que prácticamente ocupa todo el segundo Tomo de las actuaciones, el que fue remitido con fecha 3 de Diciembre y unido a las diligencias con fecha 15 del mismo mes, a petición de la Instructora --proveído de 28 de Noviembre, folio 251--.

Es en dicho Informe donde existen una serie de "manifestaciones" efectuadas por miembros del acuartelamiento de Colmenar Viejo practicada los días 7 y 8 de diciembre, manifestaciones que como ya se ha dicho, tanto respecto de ellos como de todo el Informe que tiene algo más de quinientos folios, carece de todo valor ni como prueba ni como fuente de prueba pudiéndose afirmar en esta sede casacional que es todo el Informe nulo en sí, pero de tal nulidad no puede derivarse automáticamente la nulidad que se solicita de las declaraciones de los recurrentes en sede judicial y con todas las

garantías de los recurrentes, algunas de ellas --las llevadas a cabo los días uno y dos, se practicaron incluso antes de que el Informe se incorporara a las actuaciones judiciales.

Podemos concluir con que la investigación judicial no fue vicaria del aludido Informe, sino autónoma y anterior en su inicio, habiéndose dictado la sentencia en virtud de pruebas practicadas sin tacha de nulidad y unidas a las actuaciones de acuerdo con los principios del Plenario.

Debe recordarse que la indefensión que prohíbe el art. 24 de la Constitución no nace de la sola y simple infracción de reglas procesales. La indefensión con relevancia constitucional es aquella que nace de la eliminación o disminución sustancial de los derechos que le corresponden a las partes en razón de su situación en el proceso. En el presente caso los recurrentes han sido escuchados con todas las garantías durante la instrucción y en el Plenario, han conocido los cargos que contra ellos existían, han podido practicar pruebas y contradecir las propuestas por las acusaciones, y finalmente han recibido una respuesta fundada a todas las cuestiones, SSTC 102/87, 155/88 y 59/98 así como de esta Sala, entre otras de 17 de Octubre de 1997. No estará de más recordar que como pruebas de cargo el Tribunal contó con las declaraciones de las víctimas, partes médicos y testigos, siendo patente la nula incidencia que ha tenido --se reitera una vez más-- el aludido Informe Emilio.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Decimocuarto. Por el mismo cauce que los anteriores, en denuncia de haberse violado el derecho de defensa y a ser informado de las acusaciones, y a no declararse culpables y al derecho al silencio.

Toda esta panoplia de vulneraciones se conecta una vez más con el Informe Emilio.

Nos remitimos a lo dicho en el anterior motivo en evitación de tediosas repeticiones.

Solo reiterar que tanto en fase de instrucción como en el Plenario todos los recurrentes tuvieron el status propio de imputado/acusado, conocieron oportunamente la

acusación, calificaron las actuaciones, propusieron defensa y la prueba en el Plenario se llevó a cabo de acuerdo con los principios de contradicción, inmediación e igualdad.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Decimoquinto, por el mismo cauce denuncia vulneración del principio de presunción de inocencia.

Se estima por los recurrentes que el juicio de certeza objetivado en el factum se sustenta exclusivamente en las diligencias de reconocimiento en rueda y en la declaración de las víctimas.

Estiman los recurrentes claramente insuficientes causas para fundamentar la condena. Este planteamiento ya patentiza que lejos de denunciar un vacío probatorio, de lo que se discrepa es de la valoración de dichas pruebas de cargo, lo que en principio queda extramuros del control casacional por corresponder la valoración de la prueba al Tribunal sentenciador en virtud de la inmediación al Tribunal sentenciador en virtud de la inmediación que dispuso y de acuerdo con el art. 741. Solo en casos de falta de fundamentación o de decisión arbitraria por ser contraria a las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos podría esta Sala de Casación revisar la valoración de la prueba en garantía de la interdicción de toda arbitrariedad, prohibida a los poderes públicos y de particular exigencia en la labor de enjuiciamiento -- art. 9-3º C.E.--.

En el presente caso, el Tribunal sentenciador ha explicitado las razones del juicio de certeza alcanzado de una manera pormenorizada --Fundamentos quinto a octavo y decimoprimero, pruebas de cargo que están constituidas por las declaraciones de las víctimas-- a salvo la del denunciante Constantino quien manifestó no recordar nada, constatando la Sala diversas contradicciones en el Plenario no explicadas, y un "vacilante relato" que le llevó a no estimar acreditados hechos delictivos en su persona, todo ello razonado en el Fundamento Jurídico noveno, existiendo además de tales declaraciones, informes médicos y otras probanzas.

Se cuestionan los recurrentes la aptitud de la declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, la Sala aborda esta cuestión en el Fundamento Jurídico sexto no encontrando incredibilidad subjetiva motivada de

móvil espurio, siendo verosímil el relato dada la existencia de corroboraciones periféricas, que también estudia, y finalmente persistencia en la incriminación.

En este control casacional se verifica la superación del contraste de legalidad que ofrecen las declaraciones de las víctimas y por tanto la decisión no es arbitraria.

Como última reflexión recordemos que la víctima no debe padecer las consecuencias de que el escenario en que se comete el hecho este constituido por la sola presencia entre víctima y victimario o un espacio tan específico como una comisaría en la que el ciudadano se encuentra privado de su capacidad ambulatoria, lo que no equivale que esté a merced de los agentes policiales. En tales casos, la declaración de la víctima suele ser la prueba clave, que como tal debe ser valorada en relación con otras evidencias que pudieran existir, pero cuestionar a priori la aptitud de dicha declaración, por ser única, para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, equivale tanto como convertir en delitos de imposible demostración, aquellos que se dan en ese entorno especial víctima/agresor como pudieran ser los delitos contra la libertad sexual o los de tortura. En tal sentido, puede citarse la STS de 24 de Noviembre de 1987 que determina la legitimidad de fundamentar el juicio de certeza en aquella declaración que ofrezca mayor credibilidad. En el mismo sentido de la aptitud de la declaración de la víctima para justificar una condena podemos citar las SSTS nº 801/99 de 12 de Mayo, 743/99 de 10 de Mayo o la 862/2000 de 12 de Mayo entre otras muchas.

Procede la desestimación del motivo.

Pasamos seguidamente a los motivos formalizados por Infracción de Ley.

Motivo Tercero, por el cauce del nº 2 del art. 849, se denuncia error en la valoración de la prueba fundado en documento obrante en autos.

Por documento casacional, a los efectos de este motivo, ha de estimarse, según reiterada jurisprudencia --STS 10-11- 1995--, "aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas s surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma".

Los recurrentes citan como documento a los efectos del motivo, el Informe Emilio.

El motivo debió ser inadmitido, causa de inadmisión que opera como causa de desestimación al no tratarse de documento en el sentido casacional del término. Se trata como ya se ha dicho de un Informe que se integra, entre otras, por una serie de declaraciones que ningún efecto han tenido en las actuaciones. La prueba de cargo ha sido otra, sin conexión de antijuridicidad con dicho Informe.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Cuarto, por Infracción de Ley con cita del art. 238-3º LOPJ, en referencia también a la unión a las actuaciones del Informe Emilio.

El motivo incurre en causa de inadmisión pues la ley que justifica y da soporte al motivo, debe ser ley sustantiva. Por lo demás se trata de un tema recurrente que atraviesa prácticamente todos los motivos, ya que desde todas las vías de impugnación posibles, se ha atacado la incorporación a las actuaciones de dicho Informe.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos Quinto, Sexto y Séptimo, los tres por Infracción de Ley en denuncia de no haberse aplicado el art. 240.2 LOPJ la nulidad del Informe Emilio, del art. 242-1º por no haberse declarado la contaminación de todo el sumario o raíz de la incorporación, y del art. 242-1º porque la nulidad de dicho Informe, arrastra la nulidad de todas las actuaciones posteriores.

Nuevamente se pone de manifiesto el aspecto casi monográfico y reiterativo del recurso.

Se suscitan cuestiones ya estudiadas y resueltas por esta Sala en el estudio de los motivos anteriores, procede la desestimación de los tres motivos, no sin antes recordar que los tres motivos, en cuanto no citan vulneración de normas sustantivas, incurren, además, en causa de inadmisión.

Procede la desestimación de los tres motivos.

Motivo Octavo, también por el mismo cauce que los anteriores se denuncia la vulneración del principio de buena fe del art. 1 LOPJ en relación a la publicidad y resonancia que la instrucción de la causa tuvo en los medios de comunicación dirigiendo sus críticas contra el letrado de la Asociación de Víctimas de la Tortura por las informaciones que dio a los medios durante la instrucción.

Nuevamente se incurre en causa de inadmisión pues la Ley vulnerada a que se refiere el motivo debe ser sustantiva. Por lo demás, se instrumentaliza este motivo para fines totalmente inadecuados como pudieran ser los derivados de los llamados "juicios paralelos" en los medios de comunicación social que no pueden tener encaje en el concreto cauce de un motivo de casación por Infracción de Ley, planteando, además, una cuestión nueva, que por sí sola merece ya la desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Recurso de los condenados Juan Antonio y Joaquín.

Aparece formalizado por un total de doce motivos, cuyo estudio lo reordenamos con la misma sistemática que el anterior recurso.

Motivo Primero, por Quebrantamiento de Forma con cita de los artículos 850 y 851 LECriminal sin acotación de párrafo alguno, por no haberse declarado la nulidad del Informe Emilio, con cita también de los arts. 24-1º y 2º sin acotación alguna y con cita de los artículos 11-1º, 238, 240 y 242-1º de la LOPJ así como los arts. 118 y 520 LECriminal.

Los recurrentes efectúan una amalgama heterogénea de preceptos, todos ellos puestos al servicio de la petición de nulidad del Informe Emilio.

Debemos recordar que el recurso de casación es un recurso extraordinario, que ciertamente liberado del formalismo de otras épocas exige en todo caso una concreta determinación del cauce casacional utilizado y el cumplimiento de los requisitos que permiten su interposición.

De forma palmaria no los cumple el motivo presente que cita sin discriminación alguna los dos artículos que regulan todos los supuestos de error in procedendo, lo que conduce a que la Sala no sepa cuál es el vicio procesal que se denuncia. Al mismo

tiempo, cita también de forma global el art. 24 de la Constitución que contiene toda la panoplia de derechos y garantías que vertebran el sistema de justicia penal tanto en los aspectos procesales como sustantivos, con la conclusión de que tenía que haberse en primer lugar discriminado las denuncias, error in procedendo o vulneración de derechos constitucionales y posteriormente efectuar las correspondientes especificaciones.

En todo caso como lo que se pide es la nulidad del Informe Emilio , nos remitimos a lo dicho en el anterior recurso respecto de la nula incidencia que dicho informe tuvo en la causa, cuya tramitación no fue vicaria del Informe, sino autónoma, los recurrentes tuvieron las garantías propias a su status de imputado y las pruebas de cargo fueron producidas e incorporadas a la causa sin vulneraciones y con respeto a los principios procesales, por lo tanto la nulidad del Informe Emilio no impregnó ni contaminó la encuesta judicial.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Segundo, también por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850-1º, denuncia la negativa de la Sala a incorporar al proceso el recurso contencioso disciplinario-militar nº 9/95 del Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Primera por el que se anuló la sanción de 8 días que se le impuso al Guardia Civil Alberto, --uno de los recurrentes del anterior recurso-- al estimar que las manifestaciones del Informe Emilio violaron los derechos del recurrente.

Es motivo coincidente con el octavo del anterior recurso, y a lo allí dicho nos remitimos para la desestimación.

No hay un derecho absoluto e ilimitado a la prueba. En concreto la incorporación de los documentos interesados ni era procedente ni necesaria, por lo que en este control casacional se verifica el control de legalidad correspondiente.

La Jurisdicción penal es autónoma respecto de la Contencioso-Administrativa. En esta se revocó la sanción porque se fundaba en prueba que violaba los derechos del recurrente. En este Orden Jurisdiccional Penal, la prueba --se insiste una vez más-- fue autónoma e independiente de todo lo actuado en el Informe Emilio.

Se afirma por el recurrente que de haberse admitido la incorporación de dicho testimonio la sentencia penal hubiese sido diferente. Se equivoca lamentablemente. Son dos situaciones distintas que ofrecen diferentes respuestas porque diferente fue el caudal probatorio de uno y otro.

En el recurso contencioso-militar se dice por los recurrentes que la anulación de la sanción se debió fundar la prueba de cargo en el Informe Emilio. En la medida que en el proceso penal la prueba de cargo es distinta e independiente de dicho Informe, producida con todas las garantías, se comprende que la sentencia se de signo adverso.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos Tercero y Cuarto, por Quebrantamiento de Forma encauzado a través del art. 850 párrafos 3º y 4º. Ambos se estudian conjuntamente al tener por objeto la denuncia de haber impedido el Presidente del Tribunal determinadas preguntas efectuadas a los querellantes-víctimas, preguntas que se estiman pertinentes y de influencia en el pleito, no siendo capciosas, sugestivas o impertinentes.

Se trata de dos motivos totalmente coincidentes con los motivos décimo y undécimo del anterior recurso.

Nos remitimos a lo allí razonado para su desestimación.

Motivo Quinto, por Quebrantamiento de Forma en denuncia de falta de claridad en los hechos probados incurriéndose en imprecisiones o ambigüedades --art. 851-1º inciso primero--.

Los recurrentes acotan una serie de párrafos de los hechos probados, son los siguientes: " -En la noche del viernes 21-10-94 tuvo lugar en el Pub Color de Colmenar viejo una pelea en la que se vieron involucrados los jóvenes de esa localidad Agustín, Constantino y Rogelio.”.- "En esta sala se encontraban varios guardias como Luis Pedro, nacido el 1-8-1.972., sin antecedentes penales, con T.I.M., NUM010., que en ese momento se encontraba de servicio de puertas y entraba y salía constantemente, Alberto, que estaba franco de servicio, Jose Pedro, Fernando, nacido el 22-1-1.972 y sin antecedentes penales, con T.I.M. NUM011, también franco de servicio en ese momento, Juan Antonio, Joaquín, nacido el 2-1-1972., y sin antecedentes penales, con T.I.M.,

NUM012., el cual vestía en ese momento un chándal rojo, así como el DIRECCION000 NUM000 Iván , que vestía un chándal gris, todos ellos insultaban a Rogelio , diciéndole entre otras cosas, que iban a violar a su madre, le propinaban bofetadas y golpes, aun permaneciendo Rogelio esposado a la espalda, y le hacían caer de la silla".- "En la mañana del lunes 24 de octubre, Rogelio iba a ser puesto a disposición de Jdo. Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, por ello fue conducido desde el calabozo a una sala donde se realizó su reseña y cuando esperaba a subir en el vehículo de la G.C., vino el guardia Raúl, quien le propinó un cabezazo y le arrojó contra un armario, diciéndole que ya se verían fuera, al tiempo que hacían con la mano el gesto de disparar su arma".- "A consecuencia de la forma en que Jose Pedro le colocó las esposas, Rogelio sufrió contusión en la muñeca derecha y a consecuencia de los golpes recibidos en la madrugada y en la mañana del día 24 de octubre de 1.994 sufrió contusión en región cigomática derecha y erosiones en región retroarticular y laterocervical derecha de 3 cms. de longitud de las que curó en 16 días durante los que estuvo impedido, precisando una sola asistencia médica para su curación".

La sola lectura de dichos párrafos evidencia la ausencia del vacío procesal que se denuncia. En efecto la falta de claridad supone que se produzca una incomprensión entre lo querido manifestar y lo dicho de lo que se deriven juicios dubitativos por las frases ininteligibles de suerte que no se conozca lo realmente acontecido, debiendo recaer en aspectos relevantes que no puedan ser subsanados por la lectura integradora con otros párrafos del factum.

En este control casacional ninguna incomprensión, ni ambigüedad se constata en los párrafos del factum acotados por los recurrentes.

También se afirma que del relato no se sabe quiénes fueron los autores de las lesiones. Olvida esta crítica que la situación analizada es claramente de una autoría plural y que por tanto si se sabe quiénes han ejecutado las acciones típicas el resultado causado por la suma de las violencias individuales ejercidas sobre la víctima debe imponerse a la totalidad de los intervinientes, resultando una coautoría típica. En este sentido STS 1865/2000 de 65 de Diciembre.

Esta es la situación que se refleja en el factum.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Sexto, por Quebrantamiento de Forma por el mismo cauce que el anterior en denuncia de haber incurrido en el vicio de contradicción en los hechos probados.

Las frases acotadas por los recurrentes son las siguientes: "En esta sala se encontraban varios guardias como Luis Pedro , nacido el 1-8-1.972, sin antecedentes penales, con T.I.M., NUM010., que en ese momento se encontraba de servicio de puertas y entraba y salía constantemente, Alberto, que estaba franco de servicio, Jose Pedro, Fernando, nacido el 22-1-1.972 y sin antecedentes penales, con T.I.M NUM011, también franco de servicio en ese momento, Juan Antonio, Joaquín, nacido el 2-1-1972, y sin antecedentes penales, con T.I.M., NUM012, el cual vestía en ese momento un chándal rojo, así como el DIRECCION000 NUM000 Iván, que vestía un chándal gris, todos ellos insultaban a Rogelio, diciéndole entre otras cosas, que iban a violar a su madre, le propinaban bofetadas y golpes, aun permaneciendo Rogelio esposado a la espalda, y le hacían caer de la silla".- Y continúa diciendo: "A consecuencia de la forma en que Jose Pedro le colocó las esposas, Rogelio sufrió contusión en la muñeca derecha y a consecuencia de los golpes recibidos en la madrugada y en la mañana del día 24 de octubre de 1.994 sufrió contusión en región cigomática derecha y erosiones en región retroarticular y laterocervical derecha de 3 cms. de longitud de las que curó en 16 días durante los que estuvo impedido, precisando una sola asistencia médica para su curación".- La única argumentación de los recurrentes es denunciar la incongruencia de que quien recibe golpes estando esposado con las manos a la espalda, y cae desde la silla donde se encontraba, tenga solo las escasas lesiones que se narran en el factum, todo ello en relación al lesionado Rogelio .

Los recurrentes no denuncian una contradicción "in terminis", que produzca una contradicción interna por el empleo de conceptos incompatibles, único caso que vertebra el motivo de casación utilizado, sino una desproporción entre las agresiones y el resultado, cuestión que queda extramuros del cauce casacional utilizado.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Séptimo, por el cauce del art. 851-31 en denuncia de haber dejado sin resolver diversas cuestiones la sentencia, concretamente aquellas que afectarían a la incredibilidad subjetiva del testimonio prestado por Rogelio.

El vicio procedimental denunciado se contrae a lo que se llama fallo corto o incongruencia omisiva, y que se refiere al supuesto de que la sentencia silencie toda respuesta a cuestiones o puntos jurídicos que hayan sido objeto de acusación o defensa.

El recurrente endereza el motivo a los temas de valoración y credibilidad del testimonio de una víctima, lo que queda extramuros del concreto cauce casacional empleado. Por lo demás en el Fundamento Jurídico undécimo se analiza la declaración de Rogelio dándose la respuesta que ahora cuestiona a pretexto de inexistencia. Una vez más se trata de hacer pasar por falta de respuesta lo que es solo discrepancia con la respuesta dada.

Procede la desestimación del motivo.

Pasamos seguidamente a los motivos vertebrados a través de la vulneración de derechos constitucionales.

Motivos Octavo y Noveno, ambos por el cauce del art. 5-4 LOPJ en denuncia de indefensión y falta de tutela judicial efectiva por estimar que hubo un retraso en la imputación, singularmente en relación a Joaquín a quien se llamó a declarar, en primer lugar como testigo el 2 de Febrero de 1995, para posteriormente ser llamado a declarar en calidad de imputado el 17 de Febrero de 1994 --sic--, se trata de una errata, ya que la imputación fue el 17 de Febrero de 1995 como se comprueba al folio 681 de las actuaciones --Tomo III-- estimándose que este retraso le supuso una violación de sus derechos constitucionales, mermando sus posibilidades de defensa, reiterando la nulidad de sus declaraciones en sede judicial al ser posteriores a las efectuadas en el Informe Emilio y ser este nulo, nulidad que arrastraría a todo el resto de pruebas.

Ambos motivos deben ser desestimados. Ya hemos reiterado la autonomía de la encuesta judicial en relación al Informe Emilio , y la nula incidencia de este en la obtención e incorporación a la causa de las pruebas de cargo que fundamentan la sentencia condenatoria, lo relevante es que desde que ambos adquirieron la condición de imputados, tuvieron el status y las garantías propias de esa situación, y así, el examen de

las actuaciones pone de manifiesto que en relación al recurrente Juan Antonio se le cita en calidad de imputado el día 23 de Noviembre de 1994 para el día 7 de Diciembre, es decir, incluso antes de la unión del Informe Emilio a las actuaciones.

En relación a Joaquín, es cierta su primera intervención como testigo, lo que no debe extrañar dada la naturaleza colectiva de los hechos imputados y que según avanzaba la investigación se iban concretando posibles responsables. Recordemos al efecto que fueron 62 las diligencias de reconocimiento en rueda que se efectuaron.

También aquí lo relevante es que cuando es llamado como imputado el día 17 de Febrero de 1995 su declaración fue en concepto de tal con previa instrucción de sus derechos y asistencia letrada. Se trata de un retraso exclusivamente motivado por la complejidad de la investigación, pero tanto uno como otro recurrentes fueron informados por el Juez del "juicio de probabilidad" que supone la imputación, con expresión de las infracciones concretas, ilustrándoles de sus derechos, han podido conocer la acusación contra ellos formulada en el momento procesal oportuno, proponer pruebas y contradecir las de la acusación; en fin, han tenido todos los derechos y garantías consustanciales a tal condición -- SSTC 128/93, 277/94, 146/97 así como de esta Sala, entre las últimas, STS de 5 de Octubre de 1998 y las en ella citadas--.

La conclusión de todo ello no puede ser otra que la desestimación de ambos motivos.

Motivo Décimo, por el mismo cauce que el anterior se denuncia la infracción de todo el amplísimo abanico de garantías procesales y constitucionales que se integran en el art. 24-2º de la Constitución.

Con una estrategia que se reitera una y otra vez --ad nauseam-- por los recurrentes a través de los diversos motivos formalizados se conectan todas estas vulneraciones con el Informe Emilio.

Reiteramos que la encuesta judicial fue autónoma de dicho Informe, que este no tuvo ningún valor, y que las pruebas de cargo que han fundado la condena no ofrecen ninguna conexión de antijuridicidad con el Informe.

Los recurrentes en el proceso penal han disfrutado de todos y cada uno de los derechos correspondientes.

Motivo Undécimo, por el cauce del motivo anterior, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Esta Sala casacional ha efectuado el "juicio sobre la prueba" de que pudo disponer el Tribunal sentenciador, y el resultado del examen es que no hubo el vacío probatorio, que se denuncia, sino una efectiva prueba de cargo producida e incorporada a las actuaciones sin quiebras legales ni constitucionales.

La sentencia de instancia analiza los elementos probatorios de cargo existentes respecto de los recurrentes --Fundamento Jurídico sexto--, fundándolo en las declaraciones de las víctimas así como en otros datos que corroboran su credibilidad como son los partes médicos.

Nuevamente se está en presencia de hacer pasar por inexistencia de prueba lo que solo es discrepancia con la valoración de la existente, valoración que solo le corresponde al Tribunal sentenciador en virtud de la inmediación de que dispuso y de acuerdo con el art. 741 LECriminal.

Se cuestiona la falta de actividad probatoria tendente a acreditar la posesión por los recurrentes de unos guantes de boxeo y un chándal rojo que aparecen en las declaraciones de las víctimas. Realmente son objetos de fácil adquisición --no son "bienes escasos"-- y la falta de hallazgo de los mismos no resta credibilidad a las declaraciones incriminatorias y partes médicos, por lo demás son objetos que fácilmente se pueden hacer desaparecer. Se trata en definitiva de aspectos tan periféricos como contingentes.

En este control casacional se verifica la razonabilidad del juicio de certeza alcanzado en el factum, no existiendo arbitrariedad en la decisión --único supuesto que podría justificar una revisión de la valoración por esta Sala Casacional como garante de la interdicción de toda arbitrariedad -- art. 9-3º C.E.-- El motivo debe ser desestimado.

Motivo Decimosegundo, también por el mismo cauce, en denuncia de violación del art. 25-1º de la Constitución.

Todo el desarrollo del motivo que efectúan los recurrentes, tiene --una vez más-- como blanco de sus críticas el "Informe Emilio" como causante de la alegada vulneración del principio de legalidad.

Todo el motivo discurre por cuestiones ajenas al proceso penal, y es claro que la condena recaída en dicho proceso lo fue por delitos y faltas previamente descritos y tipificados en el Código Penal.

Procede sin más argumentaciones la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso de Fidel.

El recurso aparece formalizado por tres motivos y recordemos que el recurrente era el Comandante de Puesto, accidental, en la localidad de Colmenar Viejo cuando ocurrieron en el interior del Cuartel los hechos narrados en el factum.

Primer Motivo, por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851-1º de la LECriminal en denuncia de predeterminación del fallo en los hechos probados.

Se acotan como expresiones que predeterminan el fallo aquellas frases entrecomilladas que aparecen en el relato de hechos como efectuados por las personas a quienes resultan atribuidas.

Tales frases son las siguientes: "se lo comerá él todo" en referencia a la víctima Agustín frase dicha por agentes de la Guardia Civil no identificados.

"a ver de qué color tienes los ojos" en referencia también a Agustín, frase atribuida al agente Cosme", "mira como me has puesto la cara", frase atribuida al recurrente Fidel, dirigida a Agustín", "deja de darle ahí que le vas a marcar", frase atribuida a Fidel y dirigida al agente Carlos Miguel.

Por no hacer más extenso esta relación, lo "da vez que el recurrente se refiere in genere a "las expresiones entrecomilladas", se pueden inventariar otras frases semejantes tales como "este es el cabrón de anoche", "este es el hijo de puta que andábamos buscando", "hacer la bañera".

Ninguna de estas expresiones integran conceptos jurídicos; son frases del lenguaje común que contienen determinadas descripciones, tan alejadas son de los

conceptos jurídicos predeterminantes, que en el propio factum aparecen como expresiones literales dichas por las personas a quienes se les atribuyen, formando parte del juicio de certeza alcanzado por el Tribunal.

El motivo debe ser desestimado.

Segundo Motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales en denuncia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Se trata de motivo que en referencia al actual recurrente -- Fidel -- es en todo coincidente con los motivos decimoquinto del primer recurso y decimoprimero del anterior recurso.

Nos remitimos a lo dicho en aquellos, lo que damos por reproducido en evitación de reiteraciones.

En este control casacional se comprueba "el juicio sobre la prueba" explicitado en el Fundamento Jurídico sexto de la sentencia. No hubo vacío probatorio, y a pretexto de inexistencia lo que se cuestiona es la valoración de la prueba de cargo existente.

El juicio de certeza objetivado en el factum del que se extrajeron las consecuencias jurídicas en el fallo está razonado y es razonable, sin tacha de arbitrariedad.

No será preciso insistir en la aptitud de la declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y que en muchos delitos esta viene a ser la única prueba. En el presente caso, la Sala sentenciadora contó, además, con otras probanzas periféricas como las periciales médicas en relación a las lesiones causadas a las víctimas.

Recordemos que el delito de tortura del que ha sido condenado el recurrente se comete en un entorno específico -- dependencia policial-- donde la víctima está totalmente a merced del autor --espacio policial autónomo sin control judicial--, por lo que, en ocasiones, solo puede acreditarse por la declaración de aquélla so pena de convertir el delito de tortura como de imposible demostración, y por tanto comisión.

Se afirma también que el recurrente era conocido ex ante por las víctimas. Ello, lejos de invalidar las diligencias de reconocimiento en rueda, las habría hecho innecesarias.

El motivo debe ser desestimado.

Tercer Motivo, por la vía de la Infracción de Ley del art. 849-1º por aplicación indebida del art. 204 bis 2º y 4º justificando tal denuncia el recurrente porque en todo caso las lesiones causadas a la víctima no se cometieron con la intención de obtener la confesión o testimonio.

Presupuesto para la admisibilidad del motivo es el respeto a los hechos probados, que el recurrente ignora al intentar ofrecer otra versión distinta, por lo que incurre en causa de inadmisión -- art. 884-3º LECriminal-- que en el presente momento opera como causa de desestimación.

En efecto, en el factum, con claridad y sin ambigüedad se narra en relación a las lesiones de Agustín de la noche del sábado 22 de Octubre que los golpes se los dieron mientras le preguntaban quiénes eran los que estaban con él en el Pub color, añadiendo que "....si no hablaba se lo comería todo él....", debiendo retener como antecedentes que como también se narra en el factum, la noche del viernes 21, hubo una pelea en el Pub Color en la que intervinieron diversos miembros de la Guardia Civil de Colmenar Viejo, entre ellos el recurrente, y las víctimas --en este proceso-- Agustín , Constantino y Rogelio .

El motivo debe ser desestimado.

Quinto.- Recurso de Jose Pedro.

Aparece formalizado por ocho motivos que estudiaremos en el mismo orden sistemático que en los anteriores recursos.

Motivo Cuarto, por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850-4º por la denegación de preguntas decidida por el Tribunal no siendo impertinentes, ni capciosas ni sugestivas.

Se refiere a determinadas preguntas dirigidas a los denunciantes en el Plenario en relación al anterior incidente en el Pub Color.

Es materia en todo coincidente con los motivos décimo y undécimo del primer recurso y tercero del segundo recurso.

Nos remitimos a lo allí dicho lo que damos por reproducido.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo Quinto, también por Quebrantamiento de Forma por contradicción en los hechos probados de conformidad con el art. 851-1º de la LECriminal.

La contradicción que justifica el cauce casacional es interna y relativa a los hechos probados, de suerte que el relato resulte contradictorio por contener aspectos opuestos e incompatibles que se neutralizan entre sí, produciendo un vacío sobre el reconocimiento de lo ocurrido.

La denuncia se refiere, sin embargo, a una contradicción en los hechos probados y la fundamentación jurídica --se citan los Fundamentos Jurídicos 11 y 12-- por lo que queda extramuros del ámbito del cauce casacional.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos por vulneración de derechos constitucionales: Motivo Primero, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda darse indefensión, la que conecta en relación a la apertura de dos procesos penales diferentes: uno referente a los hechos acaecidos en el interior del acuartelamiento de la Guardia Civil de Colmenar Viejo y al que se refiere el presente recurso de casación y otro el que fue aperturado por el Juzgado de Instrucción nº 14 --D.P. 1104/94-- por los incidentes ocurridos en el Pub Color, que dio lugar a la acusación de un delito de atentado, precisamente por parte de los que son víctimas en el presente caso.

Estima el recurrente que dada la conexión de ambos hechos debieron haberse enjuiciado conjuntamente, y al no haberlo hecho así se ha producido una indefensión al rechazarse la suspensión de la vista que se solicitó por esta causa.

El motivo no puede prosperar.

De entrada debe recordarse que el art. 300 de la LECriminal establece que "....cada delito de que conozca la autoridad Judicial será objeto de un sumario...." por

otra parte la pretendida conexidad entre ambos procesos no existe a la luz del art. 17 de la LECriminal porque las personas imputadas no son iguales en ambas causas, sino que precisamente tiene cruzados sus roles procesales, de suerte que los que aparecen imputados en uno de ellos son en el otro víctimas.

Las causas de suspensión de Vista no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes, sino que deben reconducirse necesariamente a los supuestos previstos en el art. 746 LECriminal.

Por lo demás, no se explica por el recurrente donde se encontraría la indefensión que se declara, cuando él mismo, tuvo todos los derechos que conforman el status de acusado. Conoció los hechos que se le imputaban, pudo proponer pruebas y contradecir las de la parte acusadora y ha tenido acceso a los recursos.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Segundo, por el mismo cauce casacional por conculcación del derecho a la presunción de inocencia a consecuencia de la contaminación de toda la instrucción por su incorporación a ella del Informe Emilio.

Es motivo concurrente con el primero y segundo del primer recurso, primero y octavo del segundo recurso. Con más reiteración de la necesaria ya nos hemos pronunciado sobre la autonomía de la encuesta judicial llevada a cabo y su independencia del aludido Informe. No hubo ninguna conexión de antijuridicidad, y las pruebas de cargo fueron legalmente producidas e incorporadas al Plenario.

Procede la desestimación del motivo.

Tercer Motivo, por el mismo cauce y con alegación de la misma vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pero ahora en relación a las diligencias de reconocimiento en rueda practicadas.

Es tema ya estudiado --motivo duodécimo del primer recurso y segundo del tercero--.

Las ruedas se produjeron conforme a la Ley y así se ha verificado en este control casacional. Nos remitimos a lo dicho en los motivos citados.

Procede la desestimación del motivo.

Motivos por Infracción de Ley: Motivo Sexto, por Infracción de Ley de conformidad con el art. 849-1º por indebida aplicación de la falta de lesiones, art. 582-1º del actual Código Penal de que se acusa al recurrente.

Se cuestiona el animus laedendi.

El motivo tampoco respeta el factum. En efecto se relata en el mismo que Jose Pedro le colocó las esposas a Rogelio "....tras lo cual Jose Pedro apretó más las esposas para hacerle daño....", acción de naturaleza dolosa inequívocamente, y que tiene su encaje en el art. 582-1º del actual Código Penal que describe la causación de la lesión que no precisase tratamiento médico o quirúrgico o solo primera asistencia como fue el caso de autos a la vista de los informes médicos como se refleja en el Fundamento Jurídico 11 in fine de la sentencia.

El motivo debe ser desestimado.

Séptimo Motivo, por idéntico cauce que el anterior en denuncia de indebida aplicación del delito de tortura del art. 204 bis 4º del actual Código Penal de que fue condenado en relación a Rogelio --el presente motivo se refiere solo a uno de los dos delitos de torturas de que fue condenado--.

Se sostiene por el recurrente que la conducta debiera estimarse como una falta de vejaciones injustas del art. 585-4º del actual Código Penal.

El motivo incurre en la misma crítica que el anterior, ya que no se respeta el factum. En este se narra que cuando Rogelio llega conducido al Cuartel y permanece en la sala de espera, esposado, --esposas que Jose Pedro le había apretado para hacerle daño--, el mismo recurrente le ordena desnudarse y hacerle flexiones, dándole un golpe con la mano en la nuca.

Los hechos merecieron la calificación de delito de torturas del art. 204-bis 4º según se razona en el Fundamento Jurídico decimosegundo de la sentencia. Se trata de un tipo autónomo dentro del delito de torturas caracterizado por el sometimiento al detenido de "condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad" --tortura vejatoria, frente a la tortura indagatoria del párrafo primero--. En este control

casacional se verifica la legalidad de tal calificación, ya que, no se olvide, que junto con el actual recurrente, otros agentes también colaboraron en la creación de ese campo de intimidación y violencia que vertebra el tipo de tortura que se comenta, y así se narra en los hechos probados.

El motivo debe ser desestimado.

Octavo Motivo, por el mismo cauce que el anterior se vuelve a cuestionar la calificación del art. 204 bis 4º ahora referido al momento en el que a Rogelio le son leídos sus derechos, momento en que por otros agentes se golpeaba al detenido, Rogelio, insultándole y diciéndole que le iban a "hacer la bañera", "el trato del prisionero", apareciendo en un momento determinado un enmascarado al que los presentes identificaron como Don. Botines que llevaba un albornoz azul y unos guantes de boxeo" narrando el factum que "....su presencia infundió gran temor a Rogelio....".

La realidad de dicha escena y la presencia del recurrente en ella está acreditada por la declaración de Rogelio.

En este control casacional se verifica el control de legalidad en relación a la calificación jurídica, siendo, al igual que en el motivo anterior, correcta, y suficiente la prueba de cargo que representa la declaración de la víctima.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- Recurso de Luis Pedro.

Su recurso aparece formalizado por diez motivos.

Estudiaremos agrupadamente los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto, todos ellos formalizados por Quebrantamiento de forma en denuncia de unos vicios in procedendo que ya se han alegado y rechazado en los recursos anteriores, por lo que tienen una naturaleza claramente reiterativa.

En efecto, se denuncia --por este orden--: a) Nulidad de actuaciones a consecuencia de la incorporación a las actuaciones del Informe Emilio.

b) Nulidad por denegación indebida de prueba relativa a la unión a los autos del expediente disciplinario Contencioso-Militar instruido a D. Alberto.

c) Denegación indebida de que los testigos-denunciantes contestasen en el Plenario determinadas preguntas en relación a los incidentes en el Pub Color.

d) Estimar que las preguntas que no fueron contestadas no sean impertinentes, ni capciosas ni sugestivas.

e) La Sala no resuelve la nulidad del Informe Emilio.

Estos cinco motivos son coincidentes con otros tantos que se han ido repitiendo en los recursos anteriores, en concreto motivos primero, noveno, décimo, undécimo del primer recurso; motivos primero, segundo, tercero y cuarto del segundo recurso y motivo cuarto del tercer recurso.

Procede la desestimación de los cinco motivos.

Motivo Quinto, por el cauce del Quebrantamiento de Forma del art. 851-1º en denuncia de falta de claridad en el factum en el sentido de que se describe una situación de golpes pero sin precisar quien fue su autor en referencia a las lesiones causadas a Rogelio.

También este motivo es equivalente al motivo quinto del segundo recurso y a él no s remitimos.

Se está en presencia de una autoría conjunta que se impone a todos los que ejercieron violencias sobre la víctima, porque todas ellas eran típicas y todas dieron vida a los delitos correspondientes.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos Octavo, Noveno y Décimo, todos por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales.

Las denuncias casacionales que se efectúan como vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión y del derecho de defensa, asistencia letrada, y en definitiva de todos los derechos consagrados en el art. 24-2 de la C.E. y en el derecho de presunción de inocencia se centran.

-La incorporación a los autos del Informe Emilio (motivos octavo y noveno).

-La falta de credibilidad de las pruebas de cargo constituidas por las declaraciones de las víctimas (motivo décimo) e impugnación de las ruedas de reconocimiento.

Son cuestiones que prácticamente y en los mismos términos han alegado todos los recurrentes, lo que les convierte en motivos reiterativos.

Todos han sido estudiados en los recursos procedentes: a tal efecto citamos los motivos segundo, decimosegundo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto del primer recurso. Motivos octavo, décimo y decimoprimero del segundo recurso. Motivo segundo del recurso tercero. Motivos segundo y tercero del recurso cuarto.

Nos remitimos a las argumentaciones allí expuestas que damos por reproducidas.

Procede la desestimación de los tres motivos.

Motivo Séptimo, por el cauce del error en la valoración de la prueba fundado en prueba documental en referencia -- nuevamente-- al Informe Emilio.

Presupuesto de este cauce es la existencia de documento casacional aquí inexistente, por lo que procede su desestimación ya que debió ser inadmitido.

En realidad, también estamos en presencia de un motivo reiterativo al ser idéntico al motivo tercero del primer recurso al que nos remitimos.

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.- Recurso de Fernando.

Aparece formalizado por cinco motivos.

Ninguno de los cinco motivos suscita cuestiones que no hayan sido a su vez planteados en varios de los recursos ya resueltos y desestimados.

El Motivo Primero, por el cauce del Quebrantamiento de Forma --art. 851-1º-- critica la falta de individualización de las conductas atribuidas al recurrente estimando que se ha incurrido en el error in procedendo de no expresarse con claridad cuáles son los hechos probados.

El motivo no puede prosperar, una lectura del factum permite sin ningún esfuerzo determinar cuáles son las acciones atribuidas al recurrente y por las que ha sido condenado como autor de un delito de torturas del art. 204 bis 4º --tortura vejatoria--. En efecto la única alusión al recurrente se encuentra en relación al detenido Rogelio cuando éste se encuentra esposado en la sala donde le son leídos sus derechos. Se dice en el factum que allí estaba Fernando junto con los otros agentes citados y que en ese contexto "....todos insultaban a Rogelio.... le propinaban bofetadas y golpes...." contabilizándose en esta situación la aparición de un individuo enmascarado al que los demás se referían como "Dr. Botines".

Como ya se ha dicho, se está en presencia de un delito de autoría múltiple, porque todos sin que por razones obvias se puedan individualizar acciones, contribuyen eficazmente al resultado antijurídico, con la consecuencia de que todos deben ser estimados autores.

Nos remitimos a lo dicho en el motivo quinto del anterior recurso así como a las remisiones que en él se efectúan.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Segundo, también por Quebrantamiento de Forma del art. 851-3º por no resolver la sentencia todos los puntos sometidos a debate en relación a la declaración de nulidad del Informe Emilio.

También es motivo alegado por la casi totalidad de los recurrentes. Nos remitimos a lo dicho en el primer motivo del primer recurso, primer motivo del segundo recurso y primer motivo del cuarto recurso.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Tercero, por Infracción de Ley de conformidad con el art. 849-1º por indebida aplicación del art.

204-bis-4º del Código Penal.

El recurrente no respeta el factum.

Se afirma que el recurrente no sometió a Rogelio a condiciones o procedimientos intimidatorios o violentos ni estaba en curso una investigación.

No es eso lo que se deriva del factum que recoge la presencia de Fernando cuando se le van a leer los derechos a Rogelio , lo que patentiza su condición de detenido --estaba esposado-- y además la existencia de una investigación en marcha, es esa situación descrita en el factum y a la que resumidamente hemos reflejado en el motivo primero de este recurso, la que supone un plus cualitativamente superior a los insultos y golpes aisladamente considerados, precisando que ese conjunto de actuaciones individuales pero simultáneas conforman y vertebran una situación que debe ser calificada de tortura vejatoria.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Cuarto, también por Infracción de Ley aunque cita el art. 5-4 de la LOPJ aunque en la medida que se denuncia la violación del principio a la presunción de inocencia, debe estimarse motivo por violación de derechos constitucionales.

En síntesis se alega vacío probatorio por estimar que la única imputación que existe contra él, efectuada por Rogelio carece de credibilidad, y además porque las ruedas de reconocimiento son nulas.

No hubo vacío probatorio.

La sola declaración de la víctima tiene la aptitud suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. No es pues tema de vacío probatorio sino de credibilidad de la prueba existente y en este control casacional se verifica la razonabilidad de la decisión adoptada en la instancia --Fundamento Jurídico sexto--, sin mancha de arbitrariedad. El recurrente se limita a cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima sin justificar, ni mínimamente las razones que pudieran existir para dudar de tal credibilidad.

En relación a la nulidad de las pruebas de reconocimiento en rueda, nos remitimos a los motivos de los anteriores recursos que también alegaron --sin éxito-- tal nulidad. Recordemos simplemente que el previo conocimiento de ambos no vicia de nulidad de rueda, solo podría cuestionar la oportunidad de llevarla a cabo, ya que se está

en presencia de prueba contingente, no necesaria. En relación a las otras denuncias que se dicen ocurridas en tal diligencia nos remitimos a los motivos de los anteriores recursos en los que se abordó esta cuestión --motivo duodécimo del primer recurso, segundo del recurso tercero, motivo tercero del recurso cuarto y motivo décimo del recurso quinto.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Quinto, por Infracción de Ley fundado en error en prueba documental --art. 849-2º de la LECriminal-- citando como tal el Informe Emilio.

Es idéntico al tercer motivo del primer recurso y como aquel, debe ser desestimado, siendo suficiente al mismo la consideración de existir documento en el sentido casacional del término, ya que el aludido Informe contiene una serie de manifestaciones que tienen una naturaleza personal aunque está documentada, pero no es prueba documental. Por lo demás, ha sido nula su influencia en el proceso y las pruebas producidas intra-procesum son autónomas y por tanto sin conexión de antijuridicidad con el referido Informe.

El motivo debe ser desestimado.

Octavo.- Recurso de la Asociación contra la Tortura --Acusación Popular-- y Constantino --Acusación Particular--.

Aparece formalizado por quince motivos que estudiaremos en el mismo orden en que aparecen propuestos al estar ya sistematizados en referencia a cada una de las personas que resultaron víctimas de los delitos de que venían acusados los recurrentes por parte de la Acusación Particular y Popular.

Estudiaremos de forma conjunta los motivos primero, segundo y tercero, los tres por el cauce de la Infracción de Ley del art. 849-1º de la LECriminal.

Los tres motivos se formalizan frente a los condenados Raúl y Alberto y en relación al lesionado Agustín por indebida aplicación de la falta de lesiones del art. 582-1º del actual Código Penal, cuando debiera haberse aplicado dicho artículo en relación con los artículos 420 y 421-1º del actual Código Penal.

Se sostiene por los recurrentes, que habida cuenta que en el factum Raúl, es quien propina a Agustín un rodillazo y puñetazos, y además es quien le aprieta con toda intención las esposas causándole heridas en las muñecas, y Alberto le da una patada y un rodillazo en el pecho, se estima que deben ser condenados como autores de un delito de lesiones por la susceptibilidad de causar grave daño y la brutalidad que revela.

El motivo no puede prosperar en la medida que en el propio factum, se recoge que como consecuencia de tales golpes resultó con contusiones de las que curó en la primera asistencia estando quince días impedido, sin que aparezcan datos que permitan elevar la falta de lesiones a delito --último inciso del párrafo 1º del art. 582--. En efecto ni las lesiones se produjeron con armas, ni en ellas puede apreciarse el plus de gravedad que pueda permitir estimar acusado de brutalidad ni el resultado excedió de la primera asistencia médica, por lo que resulta inaplicable el art. 421-1º que se postula.

En consecuencia, en este control casacional se estima correcta y ajustada la Ley la calificación del Tribunal a quo que está razonada en el séptimo de los Fundamentos.

El motivo primero debe ser desestimado, desestimación que arrastra a los motivos segundo y tercero que como vicarios del primero denunciaban la autoría de los condenados respecto de la falta de lesiones indicada y postulaban la autoría del delito de lesiones en relación con el art. 421-1º.

Cuarto Motivo, por el cauce de la Infracción de Ley del art. 849-1º de la LECriminal en relación a la víctima Constantino y en referencia a los inculpados absueltos en la sentencia.

Se denuncia quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24-1 --lo que convierte el motivo en el cauce casacional de vulneración de derechos constitucionales-.

Se reconoce en la argumentación de este motivo que tiene un carácter de pórtico introductorio en relación a los motivos siguientes --quinto, sexto y séptimo--, ya que la denuncia casacional efectuada se centra en la falta de sensibilidad que los recurrentes aprecian en la Sala respecto de la víctima, Constantino.

Recordemos como antecedente necesario que según consta en el Fundamento Jurídico noveno, extenso y detallado ante la declaración en el Plenario del insinuado

Constantino que en síntesis y en palabras de la propia sentencia "....podría resumirse en la frase no me acuerdo....", y ante la constatación de que la versión dada en el Plenario difería en aspectos sustanciales de la ofrecida, durante la instrucción, sin dar explicación plausible de los cambios efectuados, sin tampoco reconocer en el Plenario la participación de los acusados que había reconocido en las diligencias de reconocimiento en rueda, opta el Tribunal a quo por absolver a los inculpados de los delitos cometidos en la persona de Constantino a excepción de un hecho ocurrido en la puerta del cuartel de la Guardia Civil, que es visto por un testigo, Marcelino , hermano de Agustín y es en base a este testimonio que se dicta sentencia condenatoria respecto del incidente mencionado.

También es un argumento adicional para justificar el Tribunal sentenciador su decisión --penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico noveno--, la consideración de que Constantino resulta herido en el altercado del Pub Color según reconoce él mismo, siendo incapaz de determinar cuáles lesiones tuvieron ese origen, y cuales le fueron causadas en el Cuartel de la Guardia Civil.

En este control casacional se verifica el contraste de legalidad en la valoración de Tribunal sentenciador, que ante las respuestas dadas en el Plenario --calificado de "vacilante relato"--, todo ello con el constante referente de "no me acuerdo", opta por hacer aplicación del principio in dubio pro reo y absolver a los imputados.

Ciertamente que en caso de contradicciones o divergencias sustanciales entre las declaraciones vertidas por un testigo o imputado --en el presente caso una víctima-testigo-- en la fase de instrucción en el Plenario, el Tribunal sentenciador puede fundar su juicio de certeza en aquella que estime de superior credibilidad, una vez superado el filtro de legalidad de las diversas declaraciones prestadas, misión que por estar íntimamente unida al principio de inmediación de que dispuso el Tribunal sentenciador --y del que carece esta Sala casacional-- no es controlable en casación salvo supuestos excepcionales que por constituir una decisión arbitraria, infundada o contraria a las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos, exija una rectificación por esta sala en su función de intérprete último de la legalidad penal. En este sentido podemos citar las SSTS de 23 de Septiembre de 1998, nº 1289/98 de 23 de Octubre, 36/99 de 25 de Enero, entre otras.

En el presente caso el Tribunal sentenciador ha razonado convincentemente su decisión, que por ello no es arbitraria no pudiendo ser revisada en casación.

Difícilmente podría esta Sala privada de la inmediación, suplir la falta de convicción del Tribunal sentenciador, y cambiar sus dudas por una certeza en un contenido incriminatorio para los absueltos, y no se diga que el Tribunal a quo mostró insensibilidad hacia las víctimas, pues de forma patente expresó la opinión que le mereció la declaración de Constantino en el Plenario "....esta Sala debe manifestar la perplejidad que ha producido el testimonio de este perjudicado....".

En conclusión, no ha habido quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva que se satisface con una respuesta razonada a todas las cuestiones fácticas y jurídicas puestas en juego en el proceso, lo que no es equivalente a que la respuesta obtenida sea la deseada y esperada por la parte. En el presente caso tal respuesta se obtuvo, aunque adversa a lo interesado por los argumentos.

El motivo debe ser desestimado.

Motivos Quinto, Sexto y Séptimo, todos por Infracción de Ley por el cauce del nº 2, nº 1 y nº 1 del art.

849 -- respectivamente-- y que se estudian agrupados dada la conexión existente entre ellos, de modo que la suerte del quinto de los motivos se extiende necesariamente al sexto y séptimo.

El motivo quinto, por el cauce del error en documento casacional tiene la pretensión de postular la existencia de delitos cometidos en la persona de Constantino , debiendo hacerse constar que no se cita en el motivo la concreta vulneración del Código Penal que se produce por su inaplicación y cuyo error queda manifiesto con la documental que se cita.

Además de la censura acabada de citar, es lo cierto que cita como documentos casacionales las diligencias de reconocimiento en rueda que carecen de tal naturaleza por si pruebas personales, documentadas --por todas STS de 10 de Noviembre de 1995-- .

En relación a los informes médicos, excepcionalmente se le ha concedido tal valor, pero en el presente caso el examen de tales documentos referentes a las lesiones de Constantino no evidencia ningún error atribuible al Tribunal por lo que la desestimación del motivo es la única conclusión plausible.

El fracaso del motivo anterior arrastra al sexto, que postula la imposición de las costas de la Acusación Particular y Popular a los acusados absueltos caso de ser condenados por estimación del anterior motivo y al séptimo que solicita la fijación de una indemnización en favor del lesionado. No obstante, en relación a la no imposición de las costas correspondientes a la Acción Popular en la medida que en el motivo existe una argumentación propia y distinta, pues la crítica no se limita al supuesto de los inculpados absueltos sino que se extiende a todo el procedimiento, del que llega a decir que "....sin su incondicional apoyo a ellas --las víctimas-- no se hubiese llegado al juicio oral...." parece aconsejable una reflexión más profunda.

En relación a la beligerancia procesal mantenida, debe recordarse que las actuaciones se iniciaron de oficio por la autoridad judicial a la vista de las declaraciones efectuadas por dos de las víctimas en este proceso, efectuadas en relación a las Diligencias Previas iniciadas por los incidentes en el Pub Color.

En efecto, al folio 33 del Tomo I se encuentra el testimonio de la providencia de 9 de Noviembre, dictado en las D.P. 1104/94 por el Sr. Juez de Colmenar nº 2 acordando la incoación de nuevas diligencias previas con el oportuno testimonio de particulares constituido por las declaraciones de Constantino y Rogelio así como partes médicos.

Con dicho testimonio se incoaron las D.P. 1210/94 iniciándose la investigación judicial oportuna por auto de igual fecha -- folio 34--.

La Querella criminal interpuesta por la Acción Popular fue registrada el 11 de Noviembre de 1994.

En fase de calificación, fue el Ministerio Fiscal quien dirigió la acusación contra catorce miembros de la Guardia Civil por diversos delitos de torturas y faltas de lesiones, amenazas y vejaciones --folios 1012, 1033-- con petición de penas de prisión de hasta un año de prisión y de inhabilitación de siete años.

Por parte de la Acción Popular --folios 1041 a 1073--, se dirigió la acusación contra dieciocho personas acusándolas de diversos delitos de torturas, delitos de lesiones y delitos de falsedad en documento oficial con petición de penas de prisión de hasta seis años y un día e inhabilitación de ocho años.

En el auto de apertura del juicio oral, se acordó el sobreseimiento respecto de diversas personas acusadas exclusivamente por la Acción Popular.

En la sentencia, las condenas impuestas a los condenados estuvieron mucho más próximas a la petición del Ministerio Fiscal que a las de la Acción Popular tanto en cuanto al número de delitos de tortura, como a la existencia de otras faltas de lesiones y amenazas y vejaciones en tanto que la Acusación Popular apreció un mayor número de delitos de tortura y estimó que el resto de las infracciones, también los delitos, tesis que reprodujo en su recurso de casación siendo asimismo más elevada su petición de penas.

La conclusión de este estudio ofrece varias conclusiones: 1- La acción popular se personó en un proceso ya iniciado.

2- La acción popular sostuvo una posición acusadora que reviste un importante grado de diferencia con las sostenidas por el Ministerio Fiscal y declaradas en definitiva en la sentencia.

Estas dos evidencias, justificarían por sí mismas la exclusión de la imposición de las costas a los condenados.

Todavía hay una última reflexión. Ciertamente la Acción Popular constituye una muy positiva manifestación de la participación ciudadana en el ejercicio de la acción penal --característica del sistema de justicia penal en España--, en competencia compartida con el Ministerio Fiscal, pero en la medida que su ejercicio se ha visto facilitado con la eliminación de trabas económicas que pudieran hacer ilusorio aquel ejercicio -- art. 20-3 LOPJ--, en compensación, parece equitativo que cuando dicha Acción Popular es ejercida por una Asociación --y lo mismo puede decirse cuando se trate de organismos públicos-- en la medida que su ejercicio es concurrente con la institución pública que también la ejerce bajo el principio de legalidad, e incluso con petición de responsabilidad civil en beneficio de las víctimas y perjudicados, sean excluidas las costas de dicha Acción Popular de la condena dictada, porque si su

ejercicio no puede ser gravado sino facilitado tampoco el coste de su ejercicio debe agravar las responsabilidades de los condenados. En tal sentido podemos citar la SSTS de 21 de Febrero de 1995, 2 de Febrero de 1996 y 7 de Diciembre de 1996 entre otras, máxime, en casos como el presente en el que ni puede atribuírsele la iniciativa de la apertura de las Diligencias Penales y sus peticiones no se han visto reflejadas en aspectos importantes en la sentencia dictada, por ello procede la desestimación del motivo en el particular aspecto estudiado, confirmando la decisión del Tribunal a quo, y en definitiva de los motivos quinto, sexto y séptimo.

Motivo Octavo, por el cauce de la Infracción de Ley por error en documento, en relación a la víctima Rogelio y en referencia al acusado y absuelto en la instancia Jose Augusto.

El motivo incurre en causa de inadmisión que en este momento opera como causa de desestimación al citar como documento --presupuesto del motivo-- dos reconocimientos en rueda, que como ya hemos dicho son dos pruebas personales documentadas, pero no constituye documento casacional como ya hemos visto anteriormente.

No obstante lo anterior, con la finalidad de no limitarnos a esta razón formal, debemos añadir ante la protesta que se hace en el motivo de que la Sala sentenciadora no ha valorado la segunda diligencia en rueda que resultó positiva --la primera fue declarada nula--, que la decisión de la Sala de instancia, como se comprueba en el Fundamento Jurídico decimoquinto es la de no darle valor porque en el Plenario no hubo una concreta identificación, lo que deriva la cuestión a un tema de credibilidad unido a las facultades de valoración de la Sala sentenciadora, que por ello da respuesta al tema y no guarda silencio como equivocadamente se afirma en el motivo.

Motivos Noveno y Décimo, ambos por Infracción de Ley del nº 1 del art. 849, también en relación a la víctima Rogelio, pero ahora en referencia al condenado Raúl.

Dicho condenado lo ha sido como autor de una falta de lesiones del art. 582-1º en la persona de Rogelio, se postula la calificación de delito por aplicación del último inciso del art. 582-1º en relación con el art. 421-1º por estimar que los golpes recibidos

son reveladores de acusada brutalidad de la acción, aunque solo se precisase la primera asistencia médica.

Es motivo en todo semejante al primero de los que encabezan el presente recurso y como aquel, debe ser desestimado. En el factum no existen datos para estimar acreditada la utilización de medios que puedan justificar el plus de culpabilidad que acarrearía la estimación de la brutalidad.

Consecuentemente, decae también el décimo que tiene como pretensión la estimación de la autoría de Jose Augusto de dicho delito.

Procede la desestimación de los motivos noveno y décimo.

Motivos Undécimo y Decimosegundo, ambos por Infracción de Ley de acuerdo con el nº 1 del art. 849 LECriminal por una aplicación del art. 204 bis-4º en relación a la víctima Rogelio y en referencia a los acusados y absueltos en la sentencia Daniel y Miguel Ángel.

El concreto objeto de la denuncia casacional se centra en la absolución de Daniel, no obstante reconocerse en el factum que este presenció cómo Rogelio efectúa unas flexiones. El factum precisa que tales flexiones fueron "....para ver si oculta algún objeto peligroso en el año....", añadiéndose que "....en este momento abrió la puerta de esa sala el Guardia 2º Daniel, con TIM NUM015 saliendo a continuación....".

Esta es la exclusiva referencia que existe en referencia al citado Daniel. Estiman los recurrentes que al visualizar ese hecho y no hacer nada para evitarlo, su conducta debe ser constitutiva del art. 204 bis párrafo 4º.

En relación a Miguel Ángel la denuncia casacional se centra en que se encontraba en la sala donde estaba Rogelio y que le insultó. Los hechos probados no recogen ninguna referencia al insinuado. Es en el Fundamento Jurídico decimotercero donde se justifica la ausencia de toda cita a Miguel Ángel en el factum por estimar que ningún reproche penal puede hacerse a su actuación ya que en el Plenario, la identificación por parte de Rogelio de Miguel Ángel fue imprecisa, se ignora cuanto tiempo estuvo el acusado en la sala, y en el Plenario, Rogelio no se refirió a esta persona.

En relación a estas dos denuncias, la conclusión del examen casacional nos conduce, nuevamente a la desestimación de los dos.

En relación a Daniel el haber visto fugazmente a un detenido desnudo haciendo flexiones, no le convierte en autor de un delito de torturas como se postula por los recurrentes. Resulta patente la falta de actos concretos integrantes de la tortura por él mismo. Con mejor técnica, pudiera haberse dirigido la denuncia en relación al último párrafo del art. 204 bis, pues aunque Daniel no era ni Instructor ni Secretario del atestado, es obvio que hubiera tenido una posición de garante que le hubiera exigido una concreta actuación al constatar la violación de los derechos fundamentales del detenido, por sus compañeros, quebrantando la primera obligación de la policía para con todo detenido: velar por su total indemnidad física y moral. Pero tampoco desde esta nueva perspectiva podría prosperar la denuncia por la fundamental razón de que el factum, que actúa como presupuesto de admisibilidad del motivo y por ello resulta intangible, no permite más que el fugaz visionado ya citado sin que pueda darse por supuesto --presunción en contra del reo-- que pudo conocer la realidad de trato que estaba recibiendo el detenido y la obligación de denunciarlo. El Fundamento Jurídico décimo tercero explica las razones de la absolución desde la acusación por el párrafo 4º del art. 204 bis. En este control casacional se verifica la adecuación a la Ley de la decisión adoptada que ante la duda que ofrece el caso, se decanta por la absolución.

En relación a Miguel Ángel, la sola reflexión de que en el factum no se le imputa ninguna acción es suficiente para la desestimación en la medida que no se respetan los hechos probados.

La desestimación del motivo undécimo, acarrea la del decimosegundo que tenía por causa la estimación como autores del delito de tortura de ambos acusados absueltos.

Procede la desestimación de los dos motivos.

Motivos Decimotercero y Decimocuarto, ambos motivos por Infracción de Ley del art. 849-1º en relación a la víctima Rogelio y en referencia a los condenados Carlos Miguel y Jose Pedro.

Ambos condenados, aparecen condenados por una falta del art. 582-1º del actual Código Penal estimando los recurrentes que debieron ser condenados como autores de un delito de torturas del art. 204 bis 4º.

Los hechos probados relativos a la denuncia se contraen al momento de la detención de Rogelio por parte de Carlos Miguel y Jose Pedro, el primero, al verse exclamó "este es el hijo puta que andábamos buscando", a continuación Jose Pedro le colocó las esposas y al decirle Rogelio que se estaban bien, entonces Jose Pedro las apretó para hacerle daño.

La calificación dada a estos hechos en la sentencia recurrida es la correcta de falta del art. 582-1º. Se está en el caso de analizar y calificar un suceso punible pero aislado y previo a las efectivas torturas a que fue sometido Rogelio en el Cuartel de la Guardia Civil.

Consecuentemente, tampoco puede prosperar el motivo decimocuarto que postula la existencia del delito de torturas.

Procede la desestimación de los dos motivos.

Motivo Decimoquinto, por Infracción de Ley por indebida aplicación del art. 6º-4º del Código Penal, lo que se predica para todos los acusados condenados.

Se denuncia que las penas impuestas por cada uno de los delitos es "absolutamente benévola" al imponérseles en el grado mínimo, solicitando la elevación de las penas privativas de libertad al menos a su grado medio.

La individualización judicial de la pena es tarea que compete al Tribunal sentenciador por estar directamente relacionada con la inmediación de que dispuso el Tribunal que le coloca en la posición para ser el único que puede fijar la "cantidad de pena" a imponer como equivalente a la gravedad de las conductas enjuiciadas y al grado de culpabilidad de los autores dentro del abanico que permite la Ley.

Los condenados han sido condenados a diversas penas de prisión, en su grado mínimo según se precisa en el Fundamento Jurídico decimoctavo, habiéndoles impuesto, además las correspondientes penas de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público por seis años y un día.

En este control casacional se comprueba que el Tribunal sentenciador ha razonado de forma suficiente la imposición de la pena mínima, porque siendo mínima no precisa de especiales razonamientos, no evidenciándose en esta sede la violación del artículo 61-4º del actual Código Penal que ante la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad determina como abanico legal dentro del que debe efectuarse el ajuste judicial en la pena en grado mínimo o medio, habiéndose dejado en el mínimo.

Se trata de una facultad discrecional --lo que no es equivalente a arbitraria--, que razonable y racionalmente ha sido ejercida por el Tribunal a quo, sin que pueda ser revisada en casación salvo supuestos de arbitrariedad o falta de fundamentación.

El motivo debe ser desestimado.

Noveno.- La desestimación de todos los recursos formalizados tanto los de las partes condenadas como los de las Acusaciones Particular y Popular, tiene como consecuencia la imposición de las costas correspondientes a los recursos desestimados a cada uno de los recurrentes de conformidad con el art. 901 LECriminal.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones legales de los condenados: 1º) El Procurador Sra. Moreno Gómez, en representación de Alberto, Iván, Carlos Miguel, Cosme y Raúl.

2º) El Procurador Sra. De La Corte Macías, en representación de Fidel.

3º) El Procurador Sra. Gómez Sánchez, en representación de Juan Antonio y Joaquín.

4º) El Procurador Sr. Collado Molinero, en representación de Luis Pedro.

5º) El Procurador Sra. Gómez Hernández, en representación de Fernando.

6º) El Procurador Sra. Ariza Colmenarejo, en representación de Jose Pedro.

Contra la sentencia dictada el día 22 de Junio de 1998 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

Igualmente debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la Acusación Particular en representación de Constantino y por la Acción Popular - Asociación contra la Tortura contra la expresada sentencia.

Imponemos a cada parte recurrente las costas correspondientes al recurso por ella formalizado.

Siendo firme la sentencia, dada la condición de los condenados de miembros de la Guardia Civil, remítase al Ministerio del Interior testimonio de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, así como del fallo de esta Sala de Casación, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, recurrentes y recurridos y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

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

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 2001

El Juzgado de Instrucción número 3 de Coslada incoó Procedimiento Abreviado con el nº 65/97 contra Roberto, Darío, y Jesús Ángel que, una vez concluso remitió a la Sección Vigesimotercera de la Audiencia Provincial de ésta misma Capital que, con fecha 3 de Mayo de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probado, y así se declara, que: Sobre las 0 horas, aproximadamente del día 22 de octubre de 1993, los agentes de la Guardia Civil, Darío y Jesús Ángel ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, estando de servicio, se presentaron en el local donde tenía su sede la empresa Empanadas La Encina S.L., en el polígono industrial de la localidad de Mejorada del Campo (Madrid), requiriendo la presencia del empresario, Oscar, por su posible implicación en un delito contra la seguridad del tráfico.

Al dirigirse los agentes policiales, en su cometido, al referido Oscar , éste se negó a colaborar, comenzando a increparles, hasta el punto que, como aquéllos vieran que la situación subía de tono, decidieron pedir ayuda a la policía local, personándose escasos instantes después en el lugar una pareja de este cuerpo.

Tal y como se iban desarrollando los acontecimientos, los agentes de la Guardia Civil, en un momento dado, decidieron proceder a la detención del referido Oscar , a lo que ése se opuso, generándose una situación de violencia, en el curso de la cual Oscar mostró tal resistencia que tuvo que ser reducido por la fuerza, en cuya reducción, tuvieron que participar, tanto los agentes de la Guardia Civil, como los de la Policía Local, produciéndose un forcejeo con golpes, hasta que consiguieron colocar las esposas al referido Oscar , pese a su oposición, por la espalda, e introducirle en el vehículo policial para su traslado al cuartel de la Guardia Civil de Mejorada del Campo.

Una vez en el acuartelamiento, y estando ya detenido, los referidos agentes, Darío y Jesús Ángel a base de empujones le introdujeron de modo violento en una habitación, tirándole al suelo, donde, una vez caído, le fueron propinando diferentes golpes por su cuerpo.

Encontrándose en dicha habitación, se personó en ella el Sargento Comandante del Puesto, Roberto , mayor de edad, y sin antecedentes penales, quien, en un primer momento, presenció y toleró la agresión de que estaba siendo objeto Oscar , hasta que decidió ponerla fin, ordenando que fuese trasladado a un centro médico, para ser sometido a reconocimiento.

Por su parte, el acusado Roberto se encargó de cumplimentar los trámites para oír en declaración al detenido y con la idea de que el número de obstáculos para que saliese a la luz lo ocurrido en el acuartelamiento, fuese el mayor posible, le forzó a que firmara la hoja de lectura de derechos, en la que hizo constar que deseaba letrado del turno de oficio, cuando la real voluntad de Oscar era ser asistido por un abogado de su libre elección, al cual, aunque llegó a personarse en el cuartel, no le fue permitido entrara a dicha declaración.

Durante las horas de la noche que ocurrieron estos hechos, se encontraban se servicio, en funciones de Guardia de Puertas, el agente Daniel , mayor de edad y sin

antecedentes penales, quien no ha quedado suficientemente acreditado que tuviese participación en dichos hechos.

Como consecuencia de las situaciones de violencia por las que pasó Oscar , padeció lesiones consistentes en traumatismo cráneo-encefálico leve, perforación traumática del oído izquierdo, contusiones múltiples y fractura de cúpula radial del codo izquierdo, siendo ésta la única que, para su sanidad, precisó además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico a base de analgésicos e inmovilización con escayola, más rehabilitación, curando tras 65 días durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, si bien el momento exacto de producción de dichas lesiones y, en concreto, la perforación timpánica y la fractura del brazo no ha quedado acreditado que fuese en el forcejeo que se produjo con motivo de la detención o, una vez detenido, por los golpes que le propinaron en el interior del acuartelamiento los agentes que le detuvieron".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Darío y Jesús Ángel y Roberto, como autores penalmente responsables, de un delito de detención ilegal, anteriormente definido, sin que concurran circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, en relación con dicho delito, a la pena de 6 meses de suspensión para el ejercicio de su profesión de la Guardia Civil.

Asimismo, debemos condenar y condenamos a Darío y Jesús Ángel como autores penalmente responsables de una falta de lesiones, también definida con anterioridad, concurriendo en esta falta la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de 20 días de arresto menor, así como a que indemnicen conjunta y solidariamente a Oscar en la cantidad de 100.000 pts. declarando como responsable civil subsidiario al pago de esta cantidad al Estado.

Se condena a los tres referidos acusados al pago, por partes iguales, de la mitad de las costas causadas con motivo del presente juicio, incluidas las de la acusación particular y popular.

Se aprueba igualmente el auto de solvencia consultado por el Instructor." 3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por

quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional, por los acusados Darío, Jesús Ángel y Roberto, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados Darío, Jesús Ángel y Roberto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art.

851.1º al resultar manifiesta contradicción en los hechos probados. Segundo.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia. Tercero.- Infracción de ley, con base en el nº 2 del art. 849 LECr, denuncia error en la apreciación de la prueba. Cuarto.- Al amparo del art.

849.1º LECr, aplicación indebida del art. 582.1º CP 1973.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal manifestó su apoyo parcial al 4º motivo e impugnó el resto, la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 6 de junio del año 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a tres miembros de la Guardia Civil como autores de un delito de detención ilegal, cometido por funcionario público, del art. 184 CP 73, Roberto, sargento, y Darío y Jesús Ángel, agentes. Estos dos últimos fueron a las instalaciones de una empresa, en Mejorada del Campo (Madrid), de la que era titular Oscar, por la posible implicación de éste en un delito contra la seguridad del tráfico por carretera. Se produjo un incidente con insultos y resistencia por parte de Oscar a ser detenido, se solicitó auxilio de la policía local y todo acabó con la conducción de Oscar, al cuartel de la Guardia Civil de tal localidad. Ya en el cuartel, los dos referidos agentes a empujones metieron al detenido en una habitación, le tiraron al suelo y le propinaron diferentes golpes por su cuerpo. Roberto, a la sazón comandante de puesto, en un primer momento presenció y toleró la mencionada agresión, hasta que

decidió ponerla fin ordenando el traslado del detenido a un centro médico. Como consecuencia de tales violencias, Oscar sufrió traumatismo cráneo-encefálico leve, perforación traumática de oído izquierdo, contusiones múltiples y fractura de cúpula radial en codo izquierdo, siendo esta última la única lesión que requirió tratamiento médico posterior a la primera asistencia con analgésicos y escayola, si bien la sala de instancia no pudo precisar el momento de producirse tales lesiones, si cuando se produjo el forcejeo y resistencia en el acto de la detención inicial, o luego después, ya en el cuartel, por los golpes que le dieron los dos agentes que le habían detenido.

Por tal delito se condenó a los tres a una pena de seis meses de suspensión para el ejercicio de la profesión de guardia civil.

Además se impuso a tales dos agentes, por una falta de lesiones del art. 582.1 CP 73, la pena de veinte días de arresto menor por concurrir la circunstancia agravante de abuso de superioridad. Por estas lesiones no se condenó al mencionado sargento, pese a que las presenció y las consintió siendo el superior jerárquico, al no haber sido acusado por este concepto (párrafo último del fundamento de derecho 3º).

Por los incidentes ocurridos en la mencionada detención inicial Oscar fue condenado por los delitos de insultos y resistencia a agentes de la autoridad en sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal en trámite de conformidad con fecha 24.1.96 (folios 348 a 350).

Dichos tres miembros de la Guardia Civil recurrieron en casación por medio de un escrito único fundándose en cuatro motivos, de los cuales el último, referido a la calificación jurídica de la mencionada falta de lesiones, ha de ser estimado parcialmente en los mismos términos en que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- En el motivo 1º, por el cauce del art. 850.1º LECr, se alega falta de claridad en el último párrafo del relato de hechos probados que dice así: "Como consecuencia de las situaciones de violencia por las que pasó Oscar, padeció lesiones consistentes en traumatismo cráneo-encefálico leve, perforación traumática del oído izquierdo, contusiones múltiples y fractura de cúpula radial del codo izquierdo, siendo ésta la única que, para su sanidad, precisó además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico a base de analgésicos e inmovilización con escayola, más

rehabilitación, curando tras 65 días durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, si bien el momento exacto de producción de dichas lesiones y, en concreto, la perforación timpánica y la fractura del brazo no ha quedado acreditado que fuese en el forcejeo que se produjo con motivo de la detención o, una vez detenido, por los golpes que le propinaron en el interior del acuartelamiento los agentes que le detuvieron".

Dice el recurrente que en tal relato quedó sin precisar el momento exacto en que se produjeron las lesiones (algo que reconoce la propia sentencia recurrida que, en base a ello, absolvió por el delito de lesiones y condenó únicamente por falta). Pero se añade que tampoco se especifica, si se refiere a todas las lesiones o sólo a "la perforación timpánica y a la fractura del brazo", y esto último es lo que aquí se denuncia como quebrantamiento de forma.

Como bien dice el Ministerio Fiscal tal falta de claridad no existe, pues con la expresión "dichas lesiones" la sentencia recurrida se está refiriendo a la totalidad de las que acaba de relacionar, y la circunstancia de que después se refiera a dos de ellas es simplemente para resaltar que éstas son las dos más importantes, las únicas que en su calificación jurídica posterior podrían plantear dudas acerca de si fueran constitutivas de delito o falta.

Así se deduce del propio texto antes transcrito y ello permitió a la Audiencia Provincial, después, razonar sobre la absolución por el delito de lesiones, por considerar que pudieron producirse (todas las lesiones) en el episodio inicial de los hechos, en el cual se reputó lícita la actuación de los dos guardias civiles, por los insultos y la resistencia del detenido que justificaron posterior condena de éste por el Juzgado de lo Penal, como ya se ha dicho. A este tema nos referiremos después al examinar el motivo 4º.

TERCERO.- 1. Estudiamos ahora, unidos los motivos 2º y 3º por referirse al mismo tema.

En el motivo 2º, por el cauce del art. 5.4 LOPJ, se alega violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, por entender que el relato de hechos probados carece de apoyatura probatoria contrastada, pues se funda únicamente en la

declaración de la víctima que, a juicio del recurrente, no debió considerarse prueba bastante para condenar.

En el motivo 3º, se utiliza, a los mismos fines, el amparo procesal del nº 2º del art. 849 LECr, mediante una serie de alegaciones que nada tienen que ver con lo que esa última norma permite para acreditar en casación la existencia de un error en la apreciación de la prueba, pues tal error sólo puede denunciarse a través de una prueba documental (o pericial en ciertos casos en que cabe equipararla a la documental, según reiterada doctrina de esta sala). Basta examinar el desarrollo de este motivo para darnos cuenta de que las impugnaciones que aquí se hacen sólo están fundadas en declaraciones de la propia víctima, de sus familiares y de los abogados que en la mañana de los hechos estuvieron en el cuartel de la Guardia Civil y en el Juzgado de Instrucción. Lo que se dice en este motivo 3º no sirve pues, a los efectos de tal art. 849.2º LECr; pero es válido como complemento de lo que se argumenta en el motivo anterior.

Queda así reducido el tema a la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

2. Pero esa reducción ha de estrecharse más aún, pues del contenido de ambos motivos se advierte que son sólo dos los hechos que aquí se impugnan por carencia de prueba: A) La existencia de golpes contra Oscar en el cuartel. Se dice que todos se produjeron en el momento inicial de la detención en la nave del polígono industrial de Mejorada del Campo como consecuencia de la resistencia de dicho Oscar a ser detenido.

B) Que el sargento D. Roberto forzara la voluntad de dicho Oscar para que éste firmara el documento del folio 69 en el que, entre otros extremos, se manifestaba el deseo de ser asistido por abogado de oficio.

En la estructura de la sentencia recurrida a tales dos hechos se les da tal importancia que son los que sirven de fundamento para la condena por el delito del art. 184 CP 73 (detención ilegal realizada por funcionario público), pues son los que la Audiencia Provincial utilizó para transformar en ilícita la privación de libertad de Oscar por parte de la Guardia Civil, detención que en su momento inicial la propia sentencia recurrida consideró justificada por los insultos dirigidos contra los agentes de la

autoridad, adverados luego por la sentencia condenatoria contra Oscar por estos hechos, ya referidos, que fue dictada en trámite de conformidad.

El Tribunal de instancia aplicó correctamente al caso la doctrina de esta sala (STS. de 6.10.86, 2.2.95, 18.2.97, 21.10.97 y 29.7.98 -caso Marey, fundamento de derecho 22º-), que ha venido limitando la aplicación de este singular art. 184 a los casos de detención ilegal inicialmente lícita que se torna antijurídica por los malos tratos realizados contra la víctima o por otra razón que pusiera de manifiesto algún abuso en relación con la legalidad reguladora de estas detenciones. Fueron esos dos hechos (los golpes en el cuartel y el forzamiento de la voluntad del detenido para firmar el mencionado documento del folio 69) los decisivos para condenar por tal delito de detención ilegal cometido por funcionario público. Hay que decir aquí, no obstante, que el segundo de tales dos hechos tiene una importancia muy secundaria, pues es claro que con los golpes producidos, ya en el cuartel, contra Oscar por los dos agentes, vistos y consentidos por el sargento, habría sido suficiente para justificar la mencionada condena, aunque no hubiera existido anomalía alguna en la firma de ese documento, que tiene mayor importancia como medio de prueba para corroborar la incriminación del sargento, y como indicio revelador "a posteriori" de la realidad de los golpes en el cuartel, que como elemento constitutivo de la ilicitud propia de todo delito de detención ilegal.

3. Vamos a referirnos ahora a exponer por qué consideramos que no hubo violación de su derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, en referencia a cada uno de tales dos hechos: A) Con relación al primero, como bien dice la sentencia recurrida (fundamento de derecho 3º, apartado E, página 14), la realidad de esos golpes, producidos ya en el interior del edificio de la Guardia Civil, queda acreditada por la declaración de la propia víctima y corroborada por las manifestaciones de su hermano, Andrés , que en el juicio oral dijo haber visto a Oscar cuando estaba en el cuartel, a través de una ventana, que le dijo "mira cómo me están poniendo" y que llamara a Cabrales (su abogado).

Entendemos que tales pruebas son razonablemente suficientes para que la Audiencia Provincial, habida cuenta del contexto de todo lo ocurrido, pudiera condenar de modo justificado a los aquí recurrentes.

B) Refiriéndonos al segundo de tales dos hechos hemos de partir de su importancia secundaria, antes mencionada, pues su eliminación de los hechos probados no habría de servir para excluir el citado delito del art. 184 CP 73, ya que la ilicitud de la detención, inicialmente justificada, se produciría sólo por los golpes dados al detenido en el cuartel, siendo el forzamiento para la firma del documento un elemento más a añadir, pero no necesario para configurar las existencia de tal delito.

No obstante, hay que decir que también consideramos correcta la apreciación de la prueba que, respecto de ese extremo, hizo la sentencia recurrida.

Oscar declaró que efectivamente firmó ese documento, pero que lo hizo ante las amenazas de que no saldría de allí y de que él vería lo que iba a pasar. Estimamos correcta la postura de la Audiencia Provincial que concedió crédito a estas manifestaciones de la víctima al existir desde el primer momento una voluntad clara, por parte del detenido, de nombrar abogado de su elección para que le asistiera desde entonces como quedó patente cuando en los primeros minutos de esa detención, a raíz de recibir los golpes, pudo gritar Oscar , para que le oyera por una ventana su hermano Andrés , que estaba en la calle, que llamara al abogado Cabrales, lo que sin duda también oyeron los guardias civiles que allí se encontraban e inmediatamente cerraron esa ventana. Y también por el hecho de que en esa madrugada y mañana del día 22 de octubre de 1993 comparecieran allí dos letrados, el referido D. José María Cabrales, avisado por Andrés, y D. Tomás Gil, requerido por la familia Gabriel, además del designado de oficio, D. Francisco Javier Baglieto, todos los cuales declararon como testigos en el acto del juicio oral.

Había quedado clara la voluntad del interesado de nombrar a un letrado por él designado, de tal modo que no puede entenderse el empecinamiento del sargento Comandante de Puesto en realizar la diligencia con el nombrado de oficio, si no fuera por el propósito que pone de relieve la sentencia recurrida (páginas 10 y 11-fundamento de derecho 2º b): "cubrirse de la mejor manera posible sus espaldas los agentes policiales, ante la situación que habían creado con las violencias ejercidas en el cuartel sobre el propio detenido", por pensar en que quizá el letrado nombrado por el interesado o por su familia habría de poner más interés en que saliera a la luz la realidad de los mencionados golpes sufridos en el cuartel por el detenido. Si había que ocultar éstos

posiblemente fuera más fácil con un abogado de oficio. De otro modo no se entiende el interés del sargento en que no actuara el letrado designado por el interesado. Luego ocurrió que Oscar no quiso declarar ante la guardia civil, y que fue el propio letrado Tomás Gil el que prefirió que le asistiera en el juzgado el designado de oficio (F. J. Baglieto), ante la falta de experiencia de aquél en asuntos penales, ya que era el abogado de la empresa para cuestiones mercantiles.

Es más, aunque tampoco hubiera existido ese forzamiento, y en la hipótesis de que Oscar hubiese firmado ese documento del folio 69 sabiendo bien todos y cada uno de los apartados que en tal escrito se contenían, el hecho tendría la misma significación, pues lo que sí es claro es el mencionado empecinamiento del sargento en no permitir la asistencia por el letrado designado, D. Tomás Gil, que estaba allí presente y con el cual no quiso entenderse en las diligencias a practicar en el cuartel, de tal modo que, iniciada la redacción por escrito de éstas, al percatarse de que dicho letrado no era el designado de oficio, anuló lo hasta entonces escrito y esperó hasta la llegada del Sr. Baglieto. Tal diligencia aparece anulada al folio 68 y en tales términos declararon en el juicio oral el mencionado letrado Tomás Gil y Oscar.

4. Es sabido que esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuando conoce de un recurso de casación en el que se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no puede volver a valorar la prueba, tarea que la ley procesal (art. 741 LECr) encomienda al Tribunal de instancia. Pero sí le corresponde examinar la prueba utilizada como de cargo en la sentencia recurrida, que ha de expresarse en el propio texto de la resolución judicial, para realizar una comprobación de triple contenido: 1º. Comprobación acerca de si en realidad está en los autos esa prueba de cargo (prueba existente).

2º. Comprobación de que ha sido obtenida o aportada al proceso de modo legítimo, normalmente en el acto del juicio oral (prueba lícita).

3º. Comprobación de que se trata de una prueba razonablemente bastante para condenar (prueba suficiente).

Determinadas así las atribuciones de este Tribunal Supremo en materia de presunción de inocencia, hay que decir que en el caso presente no se plantea problema

alguno en cuanto a esas dos primeras comprobaciones, pues hubo prueba de cargo respecto de esos dos hechos aquí discutidos y tal prueba se aportó al proceso en el acto del juicio oral con todas las garantías que configuran este acto solemne, culminación del proceso penal, sin que se haya planteado cuestión alguna acerca de su obtención.

El problema se plantea aquí a la hora de comprobar si esa declaración de la víctima ha de ser considerada como razonablemente suficiente para justificar la condena del recurrente, particularmente respecto de esos dos hechos, antes examinados.

Para su examen, con remisión a lo que acabamos de exponer, y para completar la argumentación, hemos de contestar a otras cuestiones planteadas en el escrito de recurso, no sin antes precisar que esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condenar. A nadie se le oculta, por ejemplo, que, pese a existir un sentimiento de odio o venganza, la declaración del ofendido por un delito puede responder a la verdad. Son únicamente tres criterios que, como orientación, esta sala de casación viene ofreciendo a los órganos judiciales de instancia en ayuda para la difícil tarea de valoración de la prueba que el art. 741 LECr lo encomienda. Lo importante es que, en las sentencias condenatorias en que se utiliza la declaración de la víctima como prueba única de cargo, o casi única, haya un razonamiento que sirva para poner de manifiesto que en el caso concreto esa prueba ha de estimarse suficiente para fundamentar el pronunciamiento condenatorio (motivación fáctica: art. 120.3 CE).

Con tal advertencia previa pasamos aquí a examinar tales cuestiones pendientes de contestación: A) Dice el recurrente que nos encontramos ante un caso de motivación espuria que habría de invalidar el testimonio de la víctima como prueba de cargo, pues Oscar fue detenido, juzgado y condenado por un delito de resistencia a agente de la autoridad como consta acreditado en la causa.

Replica muy bien el Ministerio Fiscal en esta alegación. Tal posible motivación espuria está basada en los mismos hechos de autos. Si valiera para la finalidad aquí

pretendida por el recurrente, en la práctica, en la mayoría de los casos, esta tacha del testimonio podría utilizarse, pues ha de considerarse normal el que la víctima de un delito tenga alguna clase de aversión a su autor. Entendemos que, al menos como regla general, la motivación bastarda, apta para tener en cuenta como criterio a la hora de valorar la suficiencia de su testimonio, ha de medirse con referencia a las relaciones, entre el ofendido y el responsable del delito, existentes con anterioridad al hecho concreto que se enjuicia.

B) Añade a continuación el recurrente que no hay corroboraciones periféricas que pudieran servir de apoyo para la credibilidad que la Audiencia Provincial otorgó a la víctima.

Entendemos que sí las hay: 1ª. La realidad objetiva de las lesiones existentes, pese al criterio de la sala de instancia que consideró, aplicando el principio "in dubio pro reo", que había que estimar que todas ellas se produjeron en el transcurso del primer episodio en el que hubo un uso legítimo de la fuerza, para así excluir la condena por delito de lesiones reputando el hecho falta. 2ª. Las declaraciones de Andrés , hermano de Oscar (la víctima), y las de los tres abogados que también acudieron como testigos al acto del juicio oral, a las que antes nos hemos referido.

C) Aduce también aquí el recurrente la tardanza en presentar la denuncia por parte del ofendido en relación a los malos tratos recibidos por parte de la Guardia Civil y el no haber dicho nada cuando el mismo día de los hechos declaró en el juzgado.

Ante todo hay que decir que esto último no es cierto. Para comprobarlo basta leer la referida declaración, prestada ante el Juzgado de Instrucción de Coslada el mismo día 22.10.93 en la que consta literalmente (folio 87 vto.): "Que las lesiones que padece y de las que fue tratado en el Insalud, son consecuencia de los golpes que recibió en el cuartel de la Guardia Civil".

Y en cuanto a la fecha de la denuncia (21.10.94), un día antes de cumplirse un año desde los hechos (folios 16 a 21), dos meses y seis días antes del escrito de querella formulado por la Asociación contra la Tortura (folios 1 a 8), hemos de decir que de las actuaciones practicadas se deduce que Oscar no quería denunciar a los miembros de la Guardia Civil del pueblo donde radicaba su empresa y con quienes hasta entonces había

habido buenas relaciones, y si se decidió a hacerlo fue porque era objeto de amenazas anónimas, a fin de que éstas finalizaran.

5. En conclusión, estimamos que la Audiencia Provincial contó con prueba razonablemente suficiente para los pronunciamientos condenatorios que la sentencia recurrida hizo.

No fue violado el derecho a la presunción de inocencia de los tres condenados en la presente causa.

También, estos motivos 2º y 3º han de rechazarse.

CUARTO.- En el motivo 4º, al amparo del art. 849.1º LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 582.1º CP 73 que sanciona la falta de lesiones.

Tienen razón los recurrentes, pues, efectivamente, tal y como está construida la sentencia recurrida, no debió apreciarse la existencia de la falta de lesiones a que tal art. 582.1º se refiere.

Pero ello no puede conducirnos a un pronunciamiento absolutorio, sino a una condena por la falta de malos tratos del párrafo 2º del mismo art. 582.

La Audiencia Provincial absolvió del delito de lesiones, en aplicación del principio "in dubio pro reo" como ya se ha dicho, por entender que no se había acreditado que las lesiones de que fue asistido ese día 22.10.93 Oscar se hubiesen producido en el cuartel por los golpes recibidos de manos de dos de los tres condenados y en presencia y con aquiescencia del tercero (el sargento), y pudo ocurrir que se hubieran ocasionado en el primer episodio que tuvo lugar en la nave de la víctima, durante el cual también hubo violencias físicas contra el mencionado Oscar , violencias consideradas legítimas, pues fueron causadas por la resistencia de éste a ser detenido, tal y como aparece en la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal contra este último y a la que ya reiteradamente nos hemos referido.

Pero aquí quedó claro en la sentencia recurrida que existieron esos golpes en el recinto del edificio de la Guardia Civil, cuyas consecuencias lesivas no pudieron precisarse, pero cuya realidad aparece en los hechos probados de los que

necesariamente hemos de partir para resolver sobre este motivo 4º amparado en el art. 849.1º LECr (art. 884.3º CP).

Por tanto, de acuerdo con el apoyo expresado por el Ministerio Fiscal, hay que estimar parcialmente este motivo 4º, único que nos quedaba por examinar.

FALLO:

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por Darío, Jesús Ángel y Roberto, por estimación parcial de su motivo cuarto referido a infracción de ley, y en consecuencia anulamos la sentencia que, entre otros pronunciamientos, condenó a dichos tres recurrentes por delito de detención ilegal practicada por funcionario público, dictada por la Sección Vigesimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial con devolución de la causa que en su día remitió.

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

SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Coslada, con el núm. 65/97 y seguida ante la Sección Vigesimotercera de la Audiencia Provincial de esta misma Capital por delito de detención ilegal y una falta de lesiones, contra los acusados Darío , Jesús Ángel y Roberto , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida, que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo que, por lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la anterior sentencia de casación, no existió la falta de lesiones del párrafo I del artículo 582 CP 73, pero sí la de malos tratos del párrafo II del mismo artículo.

SEGUNDO.- Los demás de la referida sentencia de casación.

III. FALLO ABSOLVEMOS a Darío y Jesús Ángel, de la falta de lesiones por la que fueron condenados en la instancia y les CONDENAMOS por la de malos tratos, con la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de diez días de arresto menor para cada uno de ellos.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

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

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 2001

El Juzgado de instrucción número 4 de Ibiza instruyó procedimiento abreviado con el número 139/98, contra Jesús Luis y Jose Francisco, por delito contra la integridad moral, y en el que ejerció la acusación particular David. Una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que, con fecha doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictó sentencia, aclarada por auto de fecha nueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, con los siguientes hechos probados: Sobre las 4#15 horas del día 8 de septiembre de 1998, Jesús Luis y Jose Francisco, ambos mayores de edad, sin antecedentes penales que se encontraban prestando servicio activo como miembros de la Guardia Civil, vistiendo de paisano y a bordo de un vehículo no identificable como policial, se dirigieron al aparcamiento de la discoteca Amnesia, situada en Ibiza, aproximándose a un grupo compuesto por unas diez personas reunidas en el mencionado aparcamiento por sospechar que algunos de ellos estuvieran

fumando hachís, donde Jose Francisco se dirigió a David - de 17 años de edad- preguntándole si iba de listillo o de graciosillo a la vez que le propinaba un cachete en la nuca, y como este último reaccionó empujando al referido agente, le exhibió entonces la identificación policial a la vez que advertía de su condición como Guardia Civil, ordenando a los reunidos que se dirigieran hacia el vehículo policial, al que fue asimismo conducido David sujetando sus brazos Jose Francisco mientras Jesús Luis sacó una pistola y la montó por dos veces antes de colocarla en la nuca de David , una vez llegaron todos al vehículo fueron registrados, ordenándose a David que se colocara junto a la puerta abierta del automóvil y se bajara los pantalones, pese a tratarse de una zona concurrida y poder ser visto por los viandantes, y asimismo que auxiliándole de una linterna buscara una colilla por el suelo.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Debemos condenar y condenamos a Jesús Luis y Jose Francisco, en concepto de autores de un delito de atentado grave contra la integridad moral, precedentemente definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de, para cada uno, dos años de prisión y dos años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y pago de costas por mitad, incluidas las de la acusación particular.

La sentencia fue aclarada por auto de fecha nueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve que contiene la siguiente parte dispositiva: La Sala acuerda: Enmendar el error material consistente en haber omitido en la parte dispositiva de la sentencia la expresa reserva de acciones civiles a favor de David contra Jose Francisco y Jesús Luis por razón de los hechos enjuiciados.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el condenado Jose Francisco y Jesús Luis, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación del condenado Jose Francisco basa su recurso en los siguientes motivos de casación: Primero: Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º, inciso 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Segundo:

Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 inciso segundo Lecrim. Tercero: Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º inciso tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuarto: Al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quinto: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. Sexto: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 17 de la constitución Española. Séptimo: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española. Octavo: Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 175 del Código penal.

La representación de Jesús Luis basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero: Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º inciso 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo: Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1, inciso segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuarto: Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quinto: Por infracción del ley, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. Sexto: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 17 de la Constitución Española. Séptimo: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española. Octavo: Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 175 del Código penal.

5.- Instruidos el Ministerio Fiscal y parte recurrida de los recursos interpuestos han solicitado su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 21 de septiembre de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Puesto que los recursos formalizados se plantean por los mismos motivos y en idénticos términos, se abordarán conjuntamente.

Primero. Se ha denunciado quebrantamiento de forma, del art. 851,1º Lecrim, por entender que en la sentencia no se expresa de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados El argumento de apoyo es que en los hechos probados no se hace constar qué es lo que sucedió inmediatamente antes de producirse la acción por la que se condena a los recurrentes, lo que impide una adecuada valoración contextual de ésta. Además -se dice- la utilización de la forma verbal "ordenándose", sin que se precise quien fuera el autor de la orden aporta un ingrediente de indefinición, que hace que no resulten bien determinados los hechos probados.

No les falta razón a los recurrentes cuando señalan como defecto de la sentencia que en ésta no se consignen, entre los datos fácticos, los antecedentes inmediatos de la acción enjuiciada, según el resultado de la prueba. Ahora bien, no es cierto que en aquélla falte de modo absoluto toda mención a tales circunstancias, puesto que en los fundamentos de derecho se hace notar que "la actuación irregular de los agentes arranca desde el mismo instante en que el contacto con los reunidos se produce, empezando ésta por una doble agresión -material y verbal. Previa a su identificación como agentes de policía...". Lo que claramente indica, por el resultado de la prueba, que la actuación de los acusados -en contra de lo que parece sugerirse en el escrito del recurso- no estuvo precedida por algún tipo de provocación de parte del grupo de muchachos a los que aquéllos se dirigieron.

Dicho esto, hay que señalar también que la deficiencia de redacción en que se apoya la formulación de este motivo dista mucho de tener el alcance que quiere dársele, pues los datos que configuran el supuesto de hecho del tipo penal aplicado aparecen descritos con suficiente plasticidad y detalle, de manera que no queda la menor duda sobre los perfiles de la conducta incriminable.

En cuanto a la utilización de la expresión -"ordenándose"- a que se ha hecho referencia, es también cierto que está aquejada de alguna imprecisión, pues no identifica al sujeto de la acción de ordenar. Pero se trata de un detalle prácticamente irrelevante, ya que el tenor de los hechos hace patente que los dos acusados actuaron, en todo

momento, de forma conjunta, por lo que la imposición de la conducta vejatoria es con plena razón atribuible a ambos.

En consecuencia, y por lo expuesto, el motivo debe desestimarse.

Segundo. Se ha objetado quebrantamiento de forma, del art. 851,1º, inciso segundo, Lecrim (resulte manifiesta contradicción entre los hechos). Esto -se dice- porque, de un lado, se sostiene que los acusados actuaban con una finalidad de indagación y, en su caso, represión de actividades sancionables; y, por otro, se afirma que la conducta de los condenados supuso un ataque injustificado a la integridad moral del que la padeció.

Pero no puede ser más evidente la falta de fundamento del motivo. En efecto, los agentes, puesto que se hallaban de servicio, es claro que debían tener asignado un cometido propio de la naturaleza de su función. Lo ocurrido es que, como se expresa con claridad y sin asomo de contradicción en la sentencia, obraron de forma abiertamente antijurídica. De este modo, la única y verdadera contradicción se dio entre ese comportamiento y la norma a que habría tenido que ajustarse, pero no en el relato de la acción entre cuyos términos no existe el menor asomo de antagonismo.

Tercero. Se ha alegado quebrantamiento de forma, del art. 851,1º, inciso tercero Lecrim, por inclusión en los hechos de conceptos jurídicos que implica predeterminación del fallo.

La lectura de la formulación de este motivo evidencia su total falta de fundamento, puesto que no se designa expresamente el concepto cuya indebida introducción en el relato de hechos habría dado lugar al defecto. Lo que se denuncia es la anteposición de un "elemento volitivo, cual es el dolo, a la descripción de la conducta desarrollada por los condenados, con inversión del proceso discursivo judicial...".

Pero no hay tal. El tribunal describe el curso de la acción en términos de los que resulta -de forma implícita, pero clara- que fue intencional, y al hacerlo no introduce ningún término propiamente jurídico. El motivo carece, pues, ostensiblemente de fundamento y debe ser rechazado.

Cuarto. Se ha aducido quebrantamiento de forma, del art. 851,3º Lecrim, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia.

El motivo, formulado de manera poco clara, reitera, en realidad, la cuestión suscitada en el primero de los del recurso. Lo que se denuncia es, una vez más, que la conducta de los agentes no haya sido puesta en relación con la de los otros implicados en los hechos en el momento inicial del incidente, que se supone dotada de algún ingrediente de provocación. Pero no es tal la conclusión del tribunal, que, como se ha dicho, sitúa la irregularidad del comportamiento de los funcionarios ya en el mismo instante del comienzo de su relación con el grupo de muchachos; a cuyos componentes, pues, no cabe atribuir una conducta que pudiera considerarse mínimamente reprobable, teniendo en cuenta que no tenían el menor motivo para identificar a quienes les abordaron, de manera ciertamente impropia, como miembros de la Guardia Civil.

El motivo invocado está previsto para el supuesto de que la sentencia deje de resolver sobre alguno de los puntos sometidos por la acusación o por la defensa a la consideración del tribunal. Pues bien, a lo ya razonado, hay que añadir que, en este caso, ni siquiera se ha expresado cuál es la pretensión dejada sin respuesta. Lo que abunda aún más en la falta de consistencia del motivo, que, por todo, debe desestimarse.

Quinto. Al amparo del art. 5,4 LOPJ se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24,2 CE.

En el desarrollo de motivo comienza por aducirse falta de prueba de cargo, para concluir que no se concreta quien de los acusados fue el sujeto de las formas verbales "ordenándose" y "auxiliándole", que se utilizan en los hechos.

En cuanto a lo primero, la carencia de fundamento del motivo no puede ser más patente. En el acto de la vista, la sala escuchó a los inculpados y a seis testigos y dio preferencia a las manifestaciones de éstos sobre las de aquéllos por la calidad del contenido de las mismas. Es decir, concurrió prueba de cargo abundante y ésta aparece expresamente valorada de forma que no puede considerarse en modo alguno irracional.

Por lo que se refiere a la segunda objeción aludida, aparte de que no guarda relación con el principio invocado, lo cierto es que ya ha sido objeto de anterior referencia. Y en el caso del primer vocablo, debe insistirse, dado el contexto de acuerdo

en la actuación, resulta indiferente quien hubiera dado la orden, que se extendió al uso de una linterna para buscar con ella una colilla, que es a lo que alude la segunda expresión cuyo uso resulta cuestionado, por tanto, con la misma falta de razón.

En definitiva y por lo expuesto, el motivo debe asimismo rechazarse.

Sexto. Se ha denunciado también, al amparo del art. 5,4 LOPJ, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24,1 CE, al haberse condenado a los ahora recurrentes como autores de delito del art. 175 C. penal.

Se cuestiona, en primer término, la opción de técnica legislativa que se manifiesta en la redacción del precepto sustantivo aplicado, que, ciertamente, no es un dechado de precisión descriptiva, como algunos autores han puesto de manifiesto. Pero dicho esto, se trata de ver si su aplicación al caso es objetable.

Los recurrentes, aceptando -dada la naturaleza del motivo- la forma en que los hechos probados se encuentran redactados, cuestionan que la acción de montar dos veces el arma y la subsiguiente aplicación de la misma a la nuca de una persona, para obligarla a bajarse los pantalones y a permanecer así a presencia de otros, pueda merecer el calificativo de "constricción anímica inhumana"; y también que ese modo de obrar haya sido calificado de atentatorio contra la integridad moral. Asimismo, entienden que, en todo caso, nunca habría motivo para aplicar la modalidad agravada del delito del art. 175 C. penal.

El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribe 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, fin 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 un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Así las cosas, no cabe duda de que el perjudicado en esta causa fue usado por los ahora recurrentes con un fin carente de todo amparo legal, tanto al limitar arbitraria y drásticamente su libertad, como al utilizar con él medios aptos para producir miedo e

incluso terror, y, en fin, al imponerle gratuitamente un comportamiento denigrante. Por tanto, es evidente que la integridad moral de aquél se vio realmente comprometida.

Siendo así, se trata de determinar si, además, ese atentado fue o no grave. Y la respuesta sólo puede ser la que ha dado el tribunal de instancia en la sentencia recurrida. Primero, porque lo aquí empleado al margen de la ley fue una fuerza física cuyo uso ésta reserva, como última ratio para situaciones-límite, a las que no cabría hacer frente de otro modo. Además, porque esa violencia se vio intensificada en sus efectos sobre la víctima por la utilización de un arma de fuego, empleada de modo que se hizo ver a aquélla que su vida podía correr un riesgo real (no es otro el efecto que produce la aplicación de una pistola previamente montada, a la nuca de un muchacho). Y, en fin, porque éste coaccionado de esa forma, fue obligado a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas.

Se dio, por tanto, en el caso examinado no sólo la imposición arbitraria y violenta de la conducta descrita a una persona, sino, además, por eso, una abierta y aparatosa desviación en el uso del poder de coerción atribuido por la ley a los funcionarios encausados, precisamente en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que aquí resultaron seriamente conculcados.

En consecuencia, hubo directa afectación negativa al bien jurídico protegido por el precepto, y ello mediante abuso de la función policial, justamente calificado de grave. Por lo demás, en la sentencia impugnada se ha discurrido con rigor argumental sobre todos estos aspectos. Es por lo que este motivo debe asimismo desestimarse.

Séptimo. Se ha objetado, con apoyo en el art. 5,4 LOPJ, vulneración del derecho de los recurrentes a la seguridad jurídica (art. 17 CE). Ello, se dice, debido a que la condena se ha impuesto en aplicación de un precepto que reconoce un amplio margen a la autonomía interpretativa.

Lo primero que debe subrayarse es que el motivo carece del apoyo constitucional que pretenden los recurrentes. Pues el derecho a la seguridad que proclama el art. 17 CE está conectado al derecho a la libertad y, por su colocación sistemática, es claro que la garantía prestada mediante ese precepto tiene que ver con actuaciones arbitrarias de puro hecho, como la aquí acontecida.

Sucede, además, que, si es cierto que la formulación legal del art. 175 C penal se produce en términos de notable amplitud, también lo es que se trata de una opción de política legislativa constitucionalmente no ilegítima, que lo que demanda de los tribunales es un uso motivado del margen de apreciación resultante.

Como se ha hecho ver en lo que antecede, el tribunal de instancia operó con el rigor exigible y de forma que en modo alguno podría calificarse de arbitraria. Por tanto, el motivo debe ser desestimado.

Octavo. Se ha aducido infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim, por infracción del art. 175 C penal en su modalidad agravada.

La cuestión suscitada mediante este motivo estaba implícita y, como tal, ha sido abordada en el tratado como sexto.

El precepto de referencia acota el campo objetivo de aplicación, primero, de una forma negativa, excluyendo de él los supuestos que debieran ser tratados como tortura, y, luego, exigiendo que la acción merezca ser denotada de grave. La adecuación de la sentencia discutida al primer parámetro no plantea el menor problema. Y, como se ha hecho ver, es también correcta porque se ajusta debidamente al segundo.

Es cierto que la acción perseguida no fue de una notable duración en el tiempo, pero -aparte de que no concurre una exigencia legal al respecto- sí aparece connotada, en cambio, por una especial intensidad ofensiva para el bien jurídico tutelado, porque, como se ha dicho, fue apta para inducir terror en el afectado, al que, además, se sometió a un trato denigrante. De este modo, la aplicación del art. 175 en su modalidad agravada ha de entenderse correcta y el motivo debe rechazarse.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación por interpuesto por la representación de Jesús Luis y Jose Francisco contra la sentencia de fecha doce de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello.

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

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE OCTUBRE DE 2002

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Fuenlabrada, instruyó sumario 81/94 contra Gregorio y Luis Manuel , por delito de torturas y lesiones, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 25 de Octubre de dos mil dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Apreciando en conciencia la prueba practicada, se declara, expresa y terminantemente probado que, en el curso de la investigación abierta como consecuencia de la muerte de Lorenzo, ocurrida el día primero de abril de mil novecientos noventa y uno, se practicó un registro del piso localizado como puerta DIRECCION001 del piso NUM000 del edificio número NUM001 de la calle DIRECCION000, en Humanes, municipio de la provincia de Madrid.

El registro se inició entre las diecisiete y las dieciocho horas del día tres de abril de mil novecientos noventa y uno.

Mientras se estaba llevando a cabo, una persona abordó a Sebastián, cuando éste caminaba por la calle DIRECCION000, que subiera al piso antes mencionado, para ser interrogado en relación con la muerte que se estaba investigando.

Ya dentro de la vivienda, fue conducido a una habitación en la que se encontraba Gregorio (nacido el dos de enero de mil novecientos cincuenta y siete; sin antecedentes penales), perteneciente a la Guardia Civil, y que formaba parte del equipo investigador del hecho.

Comenzó a preguntar a Sebastián si conocía el paradero de la persona sospechosa de haber dado muerte a Lorenzo. El interrogado aseguraba desconocerlo, y, poco después, entró en la misma habitación Luis Manuel (nacido el catorce de

noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco; sin antecedentes penales), también perteneciente a la Guardia Civil.

Cuando su compañero de equipo le explicó que no había podido obtener, hasta el momento, dato alguno de utilidad de Sebastián, empezó a golpear a éste, a fin de conseguir la deseada información, sin que Gregorio tratara de impedir la acción Luis Manuel.

Los dos miembros de la Guardia Civil trasladaron a Sebastián a otra habitación, donde Luis Manuel siguió golpeando a aquél, también en presencia de Gregorio, hasta que, convencidos de que realmente no sabía nada de lo que preguntaban, lo dejaron marchar, no sin antes ser advertido por Luis Manuel de que no contase lo ocurrido, porque, de otro modo <<podría ser peor>> para Sebastián.

Este último sufrió hematoma en ceja izquierda, erosiones en la espalda y en ambos hombros, aquejando asimismo dolores en los brazos, consecuencia, todo ello, de los golpes recibidos. Curó en seis días, sin precisar sino una primera atención médica. Tres de esos días se encontró impedido para desarrollar con normalidad sus habituales actividades".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar, y, en consecuencia condenamos, a los acusados Luis Manuel y Gregorio , como autores, penalmente responsables, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de a) un delito consumado de tortura, y de b) una falta consumada de lesiones, a sendas penas de 1) un año de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de ocho años de inhabilitación absoluta, por el delito; y de 2) un mes de multa, a razón de mil pesetas de cuota diaria, por la falta; y al pago, cada uno de ellos, de una cuarta parte de las costas procesales; y que abonen solidariamente sesenta mil pesetas a Sebastián , en concepto de indemnización de perjuicios; declarando la responsabilidad civil subsidiaria al pago de esta cantidad, del Estado Español; y que debemos absolver y absolvemos a los también acusados Carlos Alberto y Fermín , de iguales delito y falta, declarando de oficio la mitad de las costas causadas, y absolviendo al Ilustrísimo Ayuntamiento de Humanes de la responsabilidad

civil subsidiaria pretendida en relación con la principal interesada respecto de esos acusados".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Gregorio y Luis Manuel, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por la vía del art. 5.4 de LOPJ, se invoca infracción del art. 24 CE al no concretarse claramente la norma aplicada, vulnerándose el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

SEGUNDO.- Por la vía del art. 851.3 de la LECRim., se invoca quebrantamiento de forma, al no resolverse en la sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

TERCERO.- Por la vía del art. 849.1 LECRim., se invoca la indebida aplicación de los artículos 204 bis, 27, 29, 30, 35 SS. del Código Penal de 1973 frente a la inaplicación de los arts. 174.1 y 2, 33 y 39 del Código Penal de 1995 como más favorables.

CUARTO.- Planteado únicamente respecto al acusado Luis Manuel, se estima que su conducta al no impedir el maltrato físico propinado por su compañero a la víctima no debió ser la atribuida como de cooperador necesario.

QUINTO.- Por la vía del art. 849.1 de la LECRim., se invoca infracción de los artículos 174.1 y 177 en relación con los artículos 617 y 147 Código Penal, e indebida aplicación de los artículos 204 bis, 582 y 421 del Código Penal de 1973, al existir un vacío legal respecto a la conducta acaecida que no puede sustituirse en una interpretación jurisprudencial "so pena de invadir competencias del poder legislativo".

SEXTO.- Por la vía del art. 849.1 de la LECRim., se invoca la inaplicación de la atenuante analógica (art. 21 C. Penal) por la demora injustificada en la tramitación y resolución del caso.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 29 de Septiembre de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena a los recurrentes como autores de un delito de torturas y una falta consumada de lesiones.

Formalizan un primer motivo en el que denuncian la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que expresa con dos contenidos. En el primero, porque la sentencia expresa dos posibles subsunciones, "sin establecer por cual se decanta finalmente". También porque la sentencia no resuelve los planteamientos de la defensa en orden a los vicios de las ruedas de reconocimiento, sobre la Ley Penal más favorable y las dilaciones indebidas.

El motivo se desestima. Sin perjuicio de analizar en otros fundamentos de esta Sentencia las concretas impugnaciones sobre cada una de las pretensiones que se desarrollan en motivos independientes, corresponde en este fundamento al análisis de la queja opuesta, la tutela judicial efectiva.

Recordamos que el derecho fundamental invocado, la tutela judicial efectiva, tiene como contenido esencial el derecho de toda persona a obtener de un órgano jurisdiccional un pronunciamiento sobre los hechos que plantea según el procedimiento legalmente previsto. Desde esta perspectiva la desestimación procede porque el tribunal de instancia de cumplida respuesta a las pretensiones formuladas.

En efecto, la sentencia se plantea la posible alternativa a la subsunción, dada la literalidad de los arts. 204 bis y 582 del Código Penal (Texto Refundido 1973), con expresión de Sentencias de esta Sala que resuelven la cuestión y se decanta por la

aplicación del art. 204 bis, párrafo segundo, si bien entiende que la penalidad prevista en el nuevo Código Penal (art. 174.1) es más beneficiosa para los condenados.

Los vicios que alega el recurrente expuso al inicio del juicio oral fueron resueltos por el propio tribunal y su decisión documentada en el acta del juicio oral, distinguiendo el plano constitucional, al de regularidad de la prueba y el de la necesidad de su realización.

En lo referente a las dilaciones indebidas son objeto de detallada motivación en el fundamento tercero de la sentencia, cinco páginas, resolviendo la cuestión deducida.

Las respuestas dadas satisfacen el derecho fundamental invocado en la impugnación por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- Formaliza un segundo motivo por quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reproduce la argumentación del anterior motivo.

Con reproducción de la argumentación del anterior fundamento el motivo por quebrantamiento de forma, se desestima.

TERCERO.- Anticipamos el estudio del motivo quinto pues un orden lógico en la impugnación exige resolver, en primer lugar, la subsunción y, después, la penalidad procedente.

Denuncia en el quinto motivo el error de derecho producido en la sentencia al aplicar indebidamente los arts. 174.1 y 177 del Código Penal, en relación con el art. 617, 147, todos del Código Penal de 1995, todos ellos con relación con los arts. 204 bis, 582 y 421 del Código Penal de 1973.

Argumenta que los hechos carecen de tipicidad, pues el art. 204 bis se remite al delito de lesiones (art. 420) o a la falta del número 2 del art. 582 del Código Penal, que no prevé la producción de resultado, sin tipificar la falta prevista en el párrafo primero del art. 582, las lesiones que no requieren tratamiento médico.

Por ello -señala- la subsunción correcta sería la aplicación del art. 204 bis, párrafo segundo, inciso segundo, esto es, la remisión al 585, la vejación impuesta y

penar por separado la falta de lesiones "respetando el in dubio pro reo, aplicando la norma penal más favorable".

Arguye en su oposición con invocación del principio de legalidad, que el párrafo segundo del art. 204 bis, "si con el mismo fin ejecutar alguno de los actos penados en el art. 582, párrafo segundo...", en sus términos literales impide que pueda ser subsumido en lesiones del párrafo primero del art. 582 por lo que la remisión del art. 204 bis párrafo segundo no es procedente.

La sentencia impugnada, con reproducción de jurisprudencia de esta Sala, resuelve lo que entiende es una aparente laguna legal con una interpretación respetuosa con los principios que rigen en el derecho penal, entre ellos y con intensidad prioritaria, el de legalidad. La interpretación expuesta en la Sentencia, a cuya fundamentación nos remitimos para evitar reiteraciones, supone subsumir este hecho -torturas causantes de lesiones que no requieren tratamiento médico- en el párrafo segundo, inciso primero, del art. 204 bis.

La interdicción de la "reformatio in peius" impide un análisis detallado de la subsunción realizada que no ha sido por objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal, única acusación existente.

El hecho probado relata una conducta que se subsume en el delito de torturas, pues los funcionarios de la guardia civil producen lesiones en el curso de una investigación policial y con el fin de obtener una confesión o testimonio. Varía la pena en función de los resultados lesivos producidos a las personas. Por ello procede analizar el delito de lesiones y comprobar la distinta naturaleza, delito o falta, en función de los resultados y de los medios comisivos.

El tipo básico de lesiones aparece definido en el art. 582, "el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión". Esta definición de la acción aparece completada por otros requisitos que permiten su definitiva conformación como delito o como falta. Será delito, si concurren determinadas precisiones típicas atinentes al resultado, así la exigencia de tratamiento médico o intervención quirúrgica. También merece esa consideración de delito, por el empleo de determinados medios comisivos, especialmente reveladoras de una mayor gravedad (art. 421 Cp.). En interpretación de

este precepto el Pleno, no jurisdiccional, de la Sala II del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1994, expuso la necesidad de analizar cada supuesto concreto para comprobar la debida proporcionalidad ante la acción ejecutada y la consecuencia jurídica prevista. Desde luego, en ese examen de proporcionalidad la causación de una lesión mediante el empleo de tortura, la consideración del hecho como delito es adecuada a la gravedad del hecho.

Señalado lo anterior forzoso es entender que, en principio, las lesiones causadas mediante la utilización de una violencia encuadrada en las torturas, es, como hemos dicho la de delito y, en consecuencia, del párrafo primero del art. 204 bis (Texto Refundido 1973).

El tribunal entiende, con cita de jurisprudencia de esta Sala, que esa subsunción puede vulnerar el principio de "nos bis in ídem". Este criterio no es del todo asumible. Si así fuera pudiera llegarse al absurdo de primar al funcionario público que en el curso de un interrogatorio cause lesiones frente al particular que utilizando medios calificados de torturas produce unas lesiones no subsumibles en el art. 420 del anterior Código Penal, pues la de éste siempre sería constitutivo de delito frente a los de aquél que, en virtud de una interpretación como la realizada, las lesiones causadas utilizando un medio calificado de tortura sólo podrían ser subsumidas en la falta del art 582.1 del Código Penal. Quizás la aparente vulneración del principio invocado en la sentencia impugnada se resolvería mediante la no aplicación de la agravación prevista en el art. 204 bis del Código Penal, al grado máximo de la pena prevista.

Esta interpretación es coherente con la que resulta del art. 204 bis del Código Penal (1973) que no prevé una remisión al art. 582.1 Cp, precisamente, porque esos resultados, lesión sin requerir tratamiento médico causados por torturas, son constitutivos de delito.

No obstante lo anterior, y como queda dicho, la subsunción no ha sido impugnada por la casación, y la realizada es considerablemente más beneficiosa para los condenados a quienes es de aplicación el principio de interdicción de la "reformatio in peius".

La subsunción propuesta por el recurrente, último inciso del párrafo segundo del art. 204 bis, no es posible toda vez que el art. 585 refiere una conducta no productora de lesión, que en este supuesto concurrió.

Ningún error cabe apreciar y, de existir, beneficiaria al acusado sin que haya sido objeto de impugnación.

CUARTO.- Analizamos el cuarto de los motivos de impugnación formalizado en interés de Gregorio.

Este recurrente denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al aplicarse a su conducta los artículos 204 bis, 582, 421 (Co 73) en relación con los 174, 177 y 617 (Cp 85) al no declararse probado -afirma- "que el mismo golpease a Sebastián, fijando tan sólo que no trató de impedirlo, no siendo su conducta susceptible de pena al no haber tenido oportunidad de actuar".

El motivo se desestima. Desde el relato fáctico, de ineludible acatamiento dada la vía impugnativa elegida, la subsunción es correcta. El hecho probado declara que el recurrente, en cuyo interés se formaliza el motivo, comenzó el interrogatorio del perjudicado en una habitación al que fue conducido para ser interrogado "poco después entró en la misma habitación Luis Manuel cuando su compañero de equipo le explicó que no había podido obtener, hasta el momento... empezó a golpear al perjudicado a fin de conseguir la deseada información sin que Gregorio tratara de impedir la acción de Luis Manuel. Los dos miembros de la Guardia Civil trasladaron a Sebastián a otra habitación donde Luis Manuel siguió golpeando a aquél, también en presencia de Gregorio, hasta que cansados lo dejaron marchar no sin antes ser advertido...".

El motivo se desestima. Desde el hecho probado se relata una acción en la realización del hecho. No obstante, también el comportamiento puede ser analizado desde la omisión.

Como el recurrente señala el art. 204 bis prevé, en su último párrafo, un supuesto de comisión por omisión del delito para la autoridad o funcionario que faltando a los deberes de su cargo permitiese que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos, que ha sido aplicado al recurrente.

Como conducta omisiva el tipo penal requiere un conocimiento de la conducta generadora del deber de actuar, la posibilidad de actuar y la omisión de la conducta debida, elementos que concurren en el comportamiento de Gregorio que, estando presente en la acción de golpear a Sebastián y conociendo la antijuricidad de la conducta no actuó en el sentido exigido por la norma, impidiendo la realización del hecho delictivo.

No se trata de una conducta meramente auxiliadora de la tortura, sino que con su presencia, aquiescencia en la acción e incumplimiento de los deberes de garantía previstos en la norma reguladora de la función policial, omitió la conducta debida realizando la conducta típica que es objeto del reproche penal.

Mantiene el recurrente que no existía una jerarquía que colocare al recurrente en situación de garante, ni consta que pudiera impedir la acción de su compañero, olvidando que la posición de garante no surge de una situación jerárquica sino de la propia ley, en este supuesto la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala los comportamientos debidos con relación a personas detenidas y de la mera situación de detención que él había dispuesto, surgiendo desde ese momento, las previsiones legales que regulan los derechos y deberes de los detenidos y de los funcionarios de policía con relación a estos. Su presencia, formando parte del equipo que investigaba, le colocó en situación de observancia de la norma mediante un comportamiento debido para impedir las conductas antijurídicas que pudiera observar.

Ese incumplimiento del deber supone la realización de la conducta típica.

QUINTO.- En el tercer motivo denuncia el error de derecho produciendo en la sentencia al no haber aplicado a los hechos al Código Penal más favorable. El motivo, apoyado en la vista del recurso por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

Entiende el recurrente que en la comparación de los marcos penológicos previstos en la conducta típica en uno y otro Código "son las penas mínimas la que, a favor del reo, procede, considerarse". Este planteamiento es erróneo. La Disposición Transitoria Segunda del Código Penal de 1995 dispone que en la determinación de la Ley Penal más favorable se tendrá en cuenta las normas completas de uno y otro

Código, no sólo las previsiones mínimas en las penas impuestas, sino la norma completa. "En todo caso será oído el reo", se reitera en la Disposición Transitoria Cuarta.

Los marcos punitivos de los delitos en concurso, según la subsunción no discutida, previstos en los respectivos Códigos son los siguientes: de seis meses y un día a cuatro años y dos meses de prisión menor e inhabilitación especial de seis años y un día a doce años, en el Código Penal (Texto Refundido 1973). En el Código de 1995, la consecuencia prevista es de uno a tres años de prisión e inhabilitación absoluta de ocho a doce años y una específica remisión a la falta del art. 617.

En el presente caso concurren una pena privativa de libertad y otra de derechos. Con relación a la primera, los marcos máximos de las penas son idénticos si restamos a la pena del Código de 1973 los beneficios de redención, en tanto que los marcos mínimos son sensiblemente más beneficiosos en el Código derogado. Otro tanto ocurre con respecto a las penas privativas de derechos, sin perjuicio de la distinta intensidad.

La opción del condenado es relevante máxime cuando las penas previstas son similares y adquieren especial relevancia las penas privativas de derechos.

Consecuentemente, procede estimar el presente motivo e imponer las penas de acuerdo al Código Penal derogado.

SEXTO.- Denuncia en el último motivo el error de derecho padecido en la sentencia al aplicar indebidamente el art. 21.6 del Código Penal por las dilaciones indebidas del procedimiento.

El tribunal de instancia señala que el procedimiento ha sufrido un considerable retraso porque los hechos tuvieron lugar en 1991 y su enjuiciamiento en el año 2000. Sin embargo, y pese a la constatación objetiva del retraso, motiva extensamente la no concurrencia de una circunstancia de atenuación de análoga significación del art. 21.6 del Código Penal de 1995, correspondiente con el 9.10 del Código de 1973.

Hemos declarado (STS 3.7.98, 8.6.99) que las dilaciones indebidas, pueden suponer un menor reproche penal de la conducta en la medida en que la lesión al derecho de la persona se traduce en un recorte de la pena. Pero esa construcción

requiere que junto al dato objetivo de un plazo no justificado se constate una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena, etc. a los que la sentencia impugnada se refiere en la motivación, que hagan que la pena a imponer resulta desproporcionada.

Por ello esta Sala en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 21 de Mayo de 1999 y en su jurisprudencia, por todas STS 583/001, de 3 de abril, ha venido exigiendo que el perjudicado denuncie, durante la tramitación del procedimiento, la lesión a su derecho a fin de que, por una parte pueda ser remediado y, por otra, poder constatarse una efectiva lesión susceptible de ser compensada mediante la atenuación.

En el presente caso, la demora del procedimiento no ha supuesto lesión alguna al derecho de los recurrentes quienes, precisamente por la demora, han continuado en el ejercicio de su función policial pese a la comisión de hechos tan graves como los que determinan la condena impuesta. En otras palabras, no se constata, ni se alega, un perjuicio en consecuencia de la dilación, antes al contrario, la detención ha beneficiado al recurrente manteniendo una actividad profesional pese a la gravedad de los hechos por los que ha sido condenado.

No obstante lo anterior, y como realiza la sentencia impugnada, el tiempo excesivo en el enjuiciamiento será tenido en cuenta al actuar las facultades de individualización previstas en el ordenamiento penal y la pena será impuesta en su extensión mínima.

FALLO:

F A L L A M O S: que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de los acusados Gregorio y Luis Manuel, contra la sentencia dictada el día 25 de Octubre de dos mil por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito tortura y lesiones, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón Andrés Martínez Arrieta Diego Ramos Gancedo SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil dos.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Fuenlabrada, con el número 81/94 de la Audiencia Provincial de Madrid, por delito de torturas y lesiones contra Gregorio y Luis Manuel, y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 25 de Octubre de dos mil, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente: I. ANTECEDENTES UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso.

III. FALLO F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Gregorio y Luis Manuel como autores penalmente responsables del delito de tortura y lesiones a la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor e inhabilitación especial, por seis años y 1 día, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en orden a la falta de lesiones, a la condena en costas y a la responsabilidad civil declarada.

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

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE 2002

El Juzgado de Instrucción número 3 de Telde instruyó Procedimiento Abreviado con el número 112/99 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 1 de diciembre de 2000 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: Primero: Probado y así se declara que sobre las 4 horas del día 27 de febrero de 1999, en la Plaza XXX de Telde se encontraban de servicio cuatro agentes de Policía Local de esa localidad haciendo un control de alcoholemia, entre ellos el acusado F.M.C., quienes daban el alto a distintos vehículos que circulaban por dicha vía para someterlos a la prueba de detección alcohólica. Con tal finalidad, el agente XXX (J.A.S.) en unión del también agente XXX, pararon a un vehículo BMW que, al parecer iba a una velocidad excesiva, conducido por H.L.C., de profesión joyero, quién viajaba junto con otros dos amigos.

Segundo: El acusado, que en tal momento intervenía en otro vehículo previamente parado, interrumpió tal intervención y se dirigió hacia el BMW recién parado, sin darle importancia a tal hecho el agente XXX al pensar que quizás su compañero Martín conocía al conductor de tal vehículo. El acusado requirió al conductor y ocupantes del vehículo para que bajaran del mismo y dejaran todo lo que llevaban en sus bolsillos encima del capó, como así hicieron y después cacheó a alguno de ellos superficialmente. A continuación llevó al conductor hasta el vehículo Z-10 donde un agente del mismo y el agente XXX se quedaron con él haciéndole la prueba de alcoholemia, regresando el acusado al coche BMW y lo registró.

H.L. sopló, es decir, intentó someterse a la prueba de alcoholemia unas cuatro o cinco veces, pero el alcoholímetro daba como resultado error, siendo advertido de que la negativa a realizar dicha prueba podía constituir un delito de desobediencia a lo que él contestó de forma correcta que no se oponía a ser conducido a comisaría o a un hospital para someterse a otras pruebas, pero que él ya no soplaba más porque no podía, que no tenía suficiente capacidad pulmonar. En esta tesitura, el acusado que atendía a otro vehículo pero que se estaba percatando de los hechos, interrumpió lo que estaba haciendo y acercándose preguntó si todavía no había hecho la prueba y contestándole

sus compañeros que no, pensado que H.L., de complexión física menuda, que pesa unos 50 kg. se burlaba de los agentes de policía y que estaba incurriendo en un delito de desobediencia por no querer hacer la prueba de alcoholemia, se dirigió al chico bruscamente y lo agarró, y ante la sorpresa de sus compañeros también agentes policiales, lo empujó, lo pateó y golpeó por distintas partes del cuerpo y lo llevó arrastrando al coche policial donde lo introdujo a la fuerza. El chico se dio contra el bastidor de la puerta del vehículo, agarrándose donde pudo para no caerse, rompiéndole en tal momento la ropa al acusado, quien dentro del coche también le pegó "una piña" en la cara al perjudicado.

Tercero: El agente XXX reacciona y se dirige al vehículo policial sacando a H.L., separándole unos quince metros para protegerle y diciéndole a su compañero hoy acusado "o paras o te detengo y se acabó la historia". El acusado, así como el agente XXX, llamaron al Jefe de Servicio de la Policía Local y V., uno de los pasajeros del BMW amigo de H.L., llamó a la Policía Nacional. Cuando llegó el Jefe de Servicio, el acusado le dijo que le habían hecho la prueba de alcoholemia al conductor y que se negaba a ir a Comisaría. Por su parte, el agente XXX le dijo, en argot policial, que el acusado respecto al chico, "le ha metido mano y va a seguir haciéndolo". El Jefe de Servicio traslada al perjudicado unos metros a una bocacalle y habla con él, poco después llega el acusado. H.L. dijo al Jefe de Servicio que con el acusado ni iba a ningún sitio. Cuando llega la Policía Nacional trasladan a H.L. a Comisaría, cuyas dependencias abandonó antes de que se hubiera instruido atestado o diligencia policial alguna, sin que se haya acreditado si se escapó o le invitaron a que se marchara. Del perjudicado H.L. no se había tomado dato alguno ni de su filiación ni de la identificación del vehículo.

Cuarto: A consecuencia de lo golpes recibidos H.L.R. sufrió hematomas en tórax, contusiones en cara, tórax y zona lumbar y contusión en labio inferior de las que tardó en curar 14 días, estando diez días imposibilitado para realizar su trabajo y precisando para su curación una asistencia facultativa.

Quinta: No se ha acreditado que el agente XXX parara al vehículo BMW "a punta de pistola", ni que su conductor H.L. condujera bajo la influencia ni de bebidas alcohólicas, ni de ninguna sustancia estupefaciente o psicotrópica, ni que el Jefe de

Servicio de Servicio de la Policía Local de Telde la noche de autos causara a H.L. lesión alguna, ni que el acusado amenazara al perjudicado."[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a F.M.C. como autor criminalmente responsable de un delito de tortura y una falta de lesiones, sin la concurrencia, en ambos casos, de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de DOS AÑOS PRISIÓN Y OCHO AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA por el delito y la pena de CINCO FINES DE SEMANA DE ARRESTO por la falta, así como a que abone a H.L.R.C. [sic] la cantidad de 100.000 ptas. por las lesiones causadas, con la responsabilidad civil subsidiaria del M.I. Ayuntamiento de Telde, y pago de las costas procesales."[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: ÚNICO.- Al amparo del nº 1 del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 174 del Código Penal, ya que no han quedado acreditados los elementos fundamentales e imprescindibles contenidos en el tipo penal impuesto a mi representado.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto lo impugnó; y la parte recurrida H.L.R.C. igualmente lo impugna, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 30 de septiembre de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El recurrente fue condenado por la Audiencia, como autor de un delito de Torturas y una falta de Lesiones intencionadas, a las penas de dos años de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta, por el primero, y cinco fines de semana de arresto, por la falta.

Y, en tanto que se aquieta a la condena por la Falta, admitiendo tácitamente su comisión, impugna la correspondiente al delito de Torturas, con base en un Único motivo, en el que, con cita del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del 174 del Código Penal, pues, según el recurrente, no han quedado suficientemente probados los elementos integrantes de la referida infracción, así como se ha omitido, en la narración fáctica de la Resolución de instancia, cualquier referencia a que, con su conducta, F. persiguiera obtener una confesión o cualquier clase de información del agredido ni que le hubiera causado un efectivo sufrimiento, dada la escasa entidad de las lesiones ocasionadas y el hecho de que fuera socorrido de inmediato.

Por último, el Recurso también alude a una posible reducción de la pena impuesta, hasta una duración de un año de privación de libertad, por la menor gravedad de los hechos.

Evidentemente, la alusión a la ausencia de prueba bastante de los elementos del ilícito objeto de condena no cabe en el cauce casacional elegido que, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de ritos penal, tan sólo puede partir del respeto absoluto por los Hechos declarados probados por la Resolución recurrida para, sobre ellos y sólo sobre ellos, cuestionar la aplicación del Derecho que en la misma se hace.

No obstante lo anterior, baste con afirmar que la acreditación de esos hechos es sobrada (testificales, informes médicos de lesiones, etc.), los medios probatorios plenamente válidos en su producción y plenamente motivado el proceso valorativo mediante el cual el Juzgador "a quo" alcanza su convicción al respecto.

SEGUNDO.- Centrándonos ya, por consiguiente, en el análisis del motivo realmente planteado y reiterando, de nuevo, que la naturaleza de su sustento hace obligadamente incuestionable el relato de Hechos Probados, se advierte la plena cobertura que estos hechos ofrecen para la calificación jurídica de la conducta del recurrente como un delito de Torturas.

En efecto, en esa narración consta: a) la agresión física, en forma de empujones, patadas, golpes por distintas partes del cuerpo y arrastre del cuerpo del agredido, de complexión menuda, hasta el vehículo policial en el que el recurrente le introdujo a la

fuerza, golpeándole también en el interior, desgarrándole la ropa; b) el móvil y la finalidad con que se relaciona esa agresión, que no es otra, según claramente se aprecia con la lectura de esos hechos y, más aún, a la vista de los Fundamentos jurídicos que les sirven también de complemento, que más aún que forzarle a someterse a la práctica de la prueba de alcoholemia que el agresor entendía que Horacio eludía mofándose de los agentes, consistía en aplicarle un castigo por esa supuesta actitud; c) las consecuencias lesivas de esos hechos para el agredido, literalmente consistentes en "...hematomas en tórax, contusiones en cara, tórax y zona lumbar y contusión en labio inferior de las que tardó en curar 14 días, estando diez días imposibilitado para realizar su trabajo y precisando para su curación una asistencia facultativa..."

De ese modo, los elementos típicos del delito previsto en el artículo 174 del Código Penal, que el Tribunal aplica, quedan exhaustivamente recogidos en los Hechos probados, del mismo modo que no puede hablarse de escasa entidad de la gravedad de los mismos, tras la lectura de esos mismos hechos.

Lo que se corresponde con la cumplida motivación que en la Resolución recurrida se ofrece acerca de la individualización de la pena que impone, con criterio que, en modo alguno, merece ser aquí corregido (tercer y último párrafo del Fundamento Jurídico Cuarto), cuando aplica la pena mínima prevista para el supuesto de atentado grave contra la víctima, calificación ésta que, a su vez, deriva de la "brutalidad" empleada, a que se refiere el párrafo quinto del Fundamento Jurídico Primero.

Razones, en definitiva, por las que procede la, ya adelantada, desestimación del Único motivo de casación y, por tanto, la del Recurso interpuesto.

TERCERO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, deben ser impuestas al recurrente las costas ocasionadas por este Recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO:

No haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de F.M.C. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en las actuaciones seguidas bajo el número PA 112/1999, de fecha 1 de Diciembre de 2000, en la que se condenaba al recurrente por un delito de Torturas y otra falta de Lesiones.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2002

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Bilbao, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 227 de 1995, contra M.P.S. y M.A.A. y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Primera) que, con fecha nueve de mayo de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que: En la localidad de Durango, sobre las 20 horas del día 23 de septiembre de 1993, B.E. se disponía a descargar la furgoneta que tenia aparcada en la calle XXX de la citada localidad, al lado del establecimiento que regenta su padre, cuando se encuentra, dentro de la misma, a un joven, quien al preguntarle B. ¿Qué haces aquí? se gira hacia la misma, advierte B. que dicho joven sostenía en su mano derecha una pistola, tras lo cual sale corriendo en dirección al interior del establecimiento reseñado.

B. comunica a su padre F.J.E. lo ocurrido y da aviso telefónico a la Ertzaintza.

F.J. sale del establecimiento y observa que el citado joven estaba buscando algo en el interior de la furgoneta, a continuación, el joven sale de la misma y se dirige hacia la calle XXX siendo seguido a cierta distancia por F.J.E., quien en un momento del recorrido pide a un vecino de la zona que de aviso a la policía.

SEGUNDO.- El referido joven se introdujo en el bar A. y pidió un whisky que se bebió. F.J.E. indicó al agente de la Policía Municipal de Durango nº profesional XXX la presencia de dicho joven dentro del local. El reseñado agente había recibido momentos antes, a través de la radio que portaba, comunicación sobre que se había producido un atraco con arma de fuego. Tras comprobar, desde el exterior del local, la presencia del joven en el interior, comunica a la base de la Policía Municipal tal circunstancia, indicando asimismo que procedía a entrar en el mismo. Una vez dentro y con la defensa reglamentaria en la mano derecha se dirige al joven manifestándole levanta las manos y no te muevas o te doy con la porra, consigue en el registro que le realiza con la mano izquierda localizar la pistola y retirándosela el agente la mete el bolsillo de su pantalón. Cuando va a proceder a la detención y a colocarle los grilletes el joven se resiste lo que produce que caiga al suelo arrastrando al citado agente con quien forcejea hasta que llega el agente de la policía local con número profesional nº XXX, consiguiendo entre ambos agentes la inmovilización del referido joven. Como consecuencia de la caída se le produjo al joven un pequeño hematoma en ceja derecha.

TERCERO.- En la Comisaría de la Policía Municipal de Durango se procede a la lectura de derechos por un presunto robo con intimidación con arma de fuego sin que se procediese en ese momento a su identificación dado que no portaba ningún documento y no manifestaba su filiación. Es posteriormente, cuando se identifica como X.G.G. manifestando ser un miembro activo de ETA. En dependencias de la Policía Municipal manifestó su deseo de que le dejasen libre, proponiendo al agente con nº profesional XXX que le daría un golpe para simular una huida.

Sobre las 22 horas del citado día 23, X.G.G. es reconocido por la doctora D. quien advierte ligeros síntomas de embriaguez aunque su capacidad para comprender y razonar era correcta.

CUARTO.- Tras recibir en las dependencias de la Policía Municipal, mediante fax, oficio del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional ordenando la entrega del detenido al Cuerpo Nacional de Policía, se procede las 23.45 horas al cumplimiento de dicha orden. La entrega se realiza a los inspectores con números profesionales XXX y XXX pertenecientes a la Brigada de Información de Bilbao. Junto al detenido se hace entrega a tales inspectores del informe médico realizado por la doctora D. y de los efectos ocupados al detenido: una pistola, marca llama, calibre 7.65, un cargador con ocho proyectiles y un proyectil suelto que se encontraba en la recámara de la pistola, un sobre blanco sin membrete conteniendo 325.000 ptas., una cartera de L. que contenía cinco monedas de cinco pesetas, dos monedas de veinticinco, dos monedas de quinientas pesetas, un billete de cinco mil pesetas y otro de dos mil pesetas, dos aros con tres y cuatro llaves y dos prendas de abrigo. Mediante fax dirigido a la Jefatura Superior de Policía se remitió sobre las 1.30 horas por la municipal de Durango el atestado policial en el que se incluyeron las diligencias practicadas por los agentes municipales.

QUINTO.- Ya en la Jefatura Superior de Policía X.G.G. es trasladado a una de las dependencias de la Brigada de Información, la sala de archivo que estaba situada en la planta segunda, donde se realizan diversas diligencias en las que actuó como Instructor de las mismas el Inspector C.C.B. y como secretario el inspector C.M.G..

Dicha dependencia es un cuarto de seis metros y medio de largo, por cinco metros cuarenta centímetros de ancho, con dos ventanas de doble hoja, con sistema de apertura de corredera. Cada hoja tiene 0.90 cm. de ancho por 1.55 ms de altura.

Terminadas las diligencias es ingresado en los calabozos de la Jefatura. El instructor de las diligencias dispuso que los inspectores nº profesionales XXX y XXX a las 2.30 horas sacasen a X.G.G. de los calabozos y lo trasladasen a la reseñada sala de archivo donde queda custodiado por dichos inspectores a la espera del traslado a Vitoria.

SEXTO.- El Inspector Jefe de Servicios M.A.A., encargado de la coordinación de las distintas brigadas que iban a trasladarse a Vitoria para continuar las investigaciones con relación al detenido, ante la necesidad manifestada por el Jefe de la

Brigada de Información M.P.S. de que los inspectores que custodiaban a X.G.G. fuesen a recibir las oportunas ordenes con relación al traslado a Vitoria y a disponer lo necesario para el mismo se ofreció para realizar la custodia del detenido. Mientras M.A.A. permanece con X.G.G. este pide una cerveza y M.A.A. consulta, a través del teléfono, a M.P.S. la posibilidad de proporcionársela, accede M.P.S. a tal petición siendo el personalmente quien lleva la cerveza al detenido.

Instantes después, sobre las 2.40 horas, X.G.G. que estaba, sin esposar, en la reseñada sala de archivo únicamente con M.A.A., tras dar un empujón a dicho inspector que le hace perder el equilibrio y caer al suelo, recorre el espacio entre el lugar en el que estaba sentando y la ventana de la estancia y, tras encaramarse al alféizar cae a la cera de la calle XXX. La altura desde la ventana de la dependencia hasta la acera de la calle XXX es de siete metros y noventa y cinco centímetros.

SEPTIMO.,- Avisada una ambulancia de la DYA trasladan inmediatamente a X.G.G. al Hospital Civil de Basurto donde ingresa a las 2,50 horas. Entre la analítica practicada en el Servicio de Urgencias se realiza un análisis de etanol que da como resultado 1,7 g/1 por método de inmunoensayo de polarización fluorescente.

Como consecuencia de las lesiones sufridas en la caída, X.G.G. fallece sobre las 17,15 horas del día 26 de septiembre de 1993."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente a C.C.B. y C.M.G. del delito que se les acusaba en la presenta causa, declarándose de oficio la mitad de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a los inculpados M.P.S. y M.A.A. como autores responsables de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena para cada uno de seis meses de prisión menor y suspensión para las funciones propios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Deberán abonar conjunta y solidariamente a M.T.G.E. la cantidad de 6.250.000 pesetas como indemnización de daños y perjuicios, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Declaramos la solvencia de dichos inculpados aprobando el auto que a este indicó el Juzgado Instructor.

Remítase testimonio de la presente resolución a la Dirección General de la Policía.

Contra esta resolución se podrá interponer recurso de casación en el plazo de cinco días, debiendo presentar escrito en esta misma Sala anunciando el referido recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por El Ministerio Fiscal, por la representación de la Acusación popular "Torturaren Aurkako Taldea"(al que se ha adherido la acusación R.P.Q.) por la representación de la Acusación Particular, M.T.G.E. (al que también se adhiere la acusación R.P.Q.) y por la presentación de los acusados M.P.S. y M.A.A., 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 el recurso.

4. Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del Ministerio Fiscal formalizó su recurso alegando los motivos siguientes:

MOTIVO UNICO.-:Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega la aplicación indebida del art. 565, párrafo primero, del Código de 1973, respecto de los acusados M.P.S. y M.A.A.

Y la representación de la Acusación Popular "Torturaren Aurkako Taldea" (al que se ha adherido la acusación R.P.Q.), formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., se alega la inaplicación del párrafo segundo, del art. 565 del código Penal de 1973.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la ley Procesal (debe referirse al 849.1º), se denuncia la falta de aplicación del párrafo segundo del art. 565 del Código de 1973.

Y la representación de la Acusación Particular, M.T.G.E. (al que también se adhiere la acusación R.P.Q.).

MOTIVO UNICO.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la Ley Procesal (debe querer decir 849.1º) se alega la falta de aplicación del párrafo segundo, del art. 565 del Código de 1973.

Y la representación del acusado M.P.S., formalizó su recurso alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley Procesal, se alega la aplicación indebida del art. 565, párrafo primero, del Código de 1973.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley Procesal, se alega aplicación indebida del art. 565.1º del Código Penal de 1973.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se alega la infracción del art. 24.1 y 2 de la Constitución que proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y el derecho a ser informado de la acusación formulada.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la Ley Procesal, se alega error en la apreciación de la prueba.

Y la representación del acusado M.A.A., formalizó su recurso alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega la aplicación indebida del art. 565 del Código Penal de 1973.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley procesal, se alega la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial sobre la imprudencia regulada en el Código Penal de 1973, en especial en lo relativo a la relación de causalidad como elemento integrante de los delitos culposos y en su caso, inaplicación del art. 586 bis del referido Código.

5.- El Abogado del Estado se instruyó del recurso, así como la representación de la parte recurrida C.M.G. y C.C.B. que impugnó el mismo. El Ministerio Fiscal se instruyó de todos los recursos, impugnando todos excepto el primero y el segundo del acusado M.P.S., y los dos motivos del recurso del acusado M.A.A. que se apoyan, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de octubre de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

UNICO.- Se formula el motivo único del Ministerio Fiscal por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr (por error material se dice 849.2º). Se alega la aplicación indebida del art. 565, párrafo primero, del Código Penal de 1973, respecto de los condenados P.S. y A.A. por entender que los hechos que se relatan en el factum no constituyen un delito de imprudencia temeraria "pues la conducta de la víctima es de tal gravedad que su inserción en la relación causal hace que el resultado (fallecimiento) sea una consecuencia indeclinable de la misma, apareciendo la acción de los condenados como irrelevante y, en consecuencia, carente de toda responsabilidad".

Tras un extenso análisis de las distintas secuencias de los hechos, desde la inicial detención hasta su dramático desenlace, estima el Fiscal, con amplio razonamiento, que en los diez minutos que el detenido estuvo custodiado sin esposar, por un solo inspector

de policía, en la Sala de archivo de la Comisaría arrojándose por la ventana, no se dan los perfiles que configuran un comportamiento temerariamente imprudente de los dos policías condenados ni por razones objetivas, ni por el estado emotivo del detenido que era de tranquila normalidad, hasta pedir una cerveza que le fue proporcionada por el inspector jefe de servicios Sr. A.A. con la autorización del jefe de la brigada Sr. P.S.. No era previsible que el detenido X.G.G. intentara huir a través de una ventana de un segundo piso que fue una "acción imprevisible del mismo y por tanto ajeno al comportamiento de los acusados" concluyendo, en definitiva, tras el correspondiente examen jurisprudencial, que "aun en el supuesto de aceptar que la dependencia donde se dejó al detenido no fue la adecuada y que además de no esposársele, quedó bajo la custodia de una sola persona, e incluso ponderando la circunstancia de que le fuera suministrada la cerveza, el fallecimiento se produjo por un hecho absolutamente extraño y anormal del detenido y, en consecuencia, ajeno a los acusados".

2.- Postula el Ministerio Fiscal, en resumen, la casación de la sentencia de instancia y que se dicte otra ajustada a derecho, lo que luego matizará y completará al instruirse de los otros recursos, apoyando los motivos primero y segundo del recurso de M.P.S. y los dos motivos del recurso de M.A.A. que alternativamente propugnan, como se examinará seguidamente, la degradación de la condena a la de falta de imprudencia del art. 586 bis del CP de 1973.

El recurso del Ministerio Fiscal en cuanto postula la completa atipicidad penal de los hechos por su absoluta imprevisibilidad y falta de relación causal no puede ser estimado. Sus atinadas, objetivas y fundadas observaciones al apoyar la pretensión alternativa de los recursos de los Sres. P.S. y A.A. serán tenidas en consideración al examinar el recurso de estos.

RECURSO DE M.P.S.

PRIMERO.- 1.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 565, párrafo primero, del Código Penal de 1973.

Se aduce que la conducta omisiva que le reprocha la sentencia fue la de permitir que el detenido fuera custodiado por un solo inspector, sin considerar que lo importante no es el número de los policías encargados de la custodia sino su experiencia y

capacidad, incluso física, que eran muy cualificadas en el inspector Sr. A.A.. Se aduce también que la relación causal en el delito de imprudencia temeraria exige, para su configuración típica, la ausencia, olvido y menosprecio de las más elementales medidas de cuidado propias de cualquier persona normal, lo que no puede atribuirse a la actuación del recurrente.

2.- Consolidada jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la "imprudencia" exige: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta; y d) la creación de un riesgo previsible y evitable (v. SS 19 abril 1926, 7 enero 1935, 28 junio 1957, 19 junio 1972 y 15 marzo 1976, entre otras muchas). La imprudencia viene integrada por un "elemento psicológico" (que consiste en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso) y un "elemento normativo" (representado por la infracción del deber de cuidado).(v. ad exemplum SS 5 marzo 1974 y 4 febrero 1976). La relación de causalidad ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias (SS.11-2-69 10-2-72, 19-2-72, 19-12-75).

Tanto en el CP de 1973 como en el vigente de 1995 la temeridad, como la más grave de las diversas clases de culpa, ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad. Como recordaba la sentencia 791/2001, de 8 de mayo, en las tradicionales resoluciones de esta Sala se insiste en la "falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias" o de "ausencia absoluta de cautela", que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria caracterizándose por imprevisiones que sean fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles y evitables (SS 18-12-75, 4-2-99 y 28-2-2000), "con alta probabilidad desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado" (S. 1606/99 de 18 de noviembre), que sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia (S.1166/98 de 10 de octubre). En la citada sentencia 721/2001, de 8 de mayo, se insistía también que en el homicidio por imprudencia del art. 142 del CP vigente no se alude ya a la infracción de reglamentos para fijar criterios legales de imprudencia, porque las previsiones reglamentarias no se corresponden per se con las normas de cuidado. La temeridad reclama, en suma, la imprevisión de lo que era

fácilmente previsible a cualquiera y tosca y grosera desatención de lo que se le hubiera ocurrido a la prudencia normal de cualquier persona.

3.- En la sentencia impugnada, con acierto en lo dogmático, se sitúa la actuación de los policías acusados en el marco de los delitos de comisión por omisión, por imprudencia.

La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia, y son: una situación típica, ausencia de la acción determinada que le era exigible y capacidad de realizarla; así como otros tres que le son característicos y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. (En este sentido S.22-1-99).

El tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, lo constituye el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentan su deber de actuar, desconocimiento que se hubiese evitado si el acusado hubiera actuado diligentemente conforme al deber de cuidado que le incumbía.

4.- En el caso enjuiciado era evidente la posición de garantes de los inspectores de policía condenados por la gran responsabilidad de su importante cometido en las actuaciones que estaban sustanciando de custodia y traslado de Bilbao a Vitoria de un detenido que falleció a los dos días de las graves lesiones sufridas, al precipitarse sobre la acera desde una ventana situada en la segunda planta de la Comisaría a 7´95 mts. de altura, en su intento de huida, consiguiendo alcanzar la ventana derribando con un empujón al único policía que le vigilaba.

Jurisprudencia y doctrina coinciden, en lo que se refiere a la causalidad, que es adecuado a las exigencias típicas de la actuación culposa que se pueda comprobar que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una seguridad rayana en la certeza. El artículo 11 del nuevo Código Penal no exige otra clase de relación entre la omisión y la producción del resultado dado que sólo requiere una relación que equivalga, según el sentido de la ley "a su causación" (S. 746/96 de 23 de octubre).

En el presente caso se hubiera podido evitar que el detenido intentara escapar por la ventana: a) si hubiera permanecido en los calabozos y no trasladado, como se

hizo, a la sala de archivo de la Comisaría; b) si realizado el traslado se le hubieran puesto la esposas o la custodia se hubiera realizado por más de un policía y c) si previamente se hubiera comprobado, en todo caso, que la ventana que carecía de barrotes, no se podía abrir fácilmente.

Prever la reacción del detenido era ciertamente difícil pero no imposible para unos policías experimentados, tanto si la previsión del resultado se la representaron como improbable y la rechazaron por exceso de confianza (culpa con previsión), o, si como parece más probable, si no la previeron por falta de cuidado y atención (culpa sin previsión). (Sentencia 1005/2000 de 25 de septiembre).

La omisión de tales precauciones justifican el reproche penal pero no a título de imprudencia temeraria, grado máximo de la responsabilidad culposa, no sólo por razones de tiempo y lugar -apenas habían transcurrido diez minutos en una sala no muy espaciosa de 6´5x5´4 ms- mientras se gestionaba el traslado del detenido a Vitoria sino, además -y principalmente- por la propia actuación de la víctima pretendiendo huir por una ventana de una segunda planta situada a 7´95 metros de altura.

Su valoración como falta de imprudencia simple -o leve en la terminología del nuevo Código Penal- es objeto del motivo siguiente. Este, por todo lo expuesto, ha de ser estimado pues los hechos no son constitutivos de un delito de imprudencia temeraria por el que el recurrente fue condenado.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr., se reitera la infracción, por aplicación indebida, del art. 565 del CP de 1973.

Se recuerda la doctrina jurisprudencial sobre concurrencia de conductas, y se aduce que en el presente caso la principal y prevalente fue la del interfecto, difuminando por completo la del recurrente cuya actuación quedó desvanecida o, en último término, degradada en su intensidad de tal manera que, eventualmente y de forma alternativa, sólo podría constituir una falta tipificada en el art. 586 bis del CP de 1973. El motivo ha de prosperar.

2.- La actuación del perjudicado puede tener una relevancia capaz de influir en la calificación de la imprudencia del acusado dando lugar, en ocasiones, a unos efectos degradatorios de la aparente entidad de la culpa. La jurisprudencia, en esfuerzo

compendiador y de síntesis ha expuesto, tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado, como del actual, que en el ámbito penal, si bien no cabe la compensación de culpas, puede hablarse de concurrencia de conductas, que desplaza el problema al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad, valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado.

Para su respectiva calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, y obtenida la graduación específica de cada conducta determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta, pudiendo aplicarse criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativos por la naturaleza común de los diversos grados de influencia. (Sentencias 5-11-90, 25-2-91, 24-5-91, 20-2-93).

3.- En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (crimen culpae), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley (crimina culposa) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito, y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo supra.

4.- No es dudoso, conforme a la anterior doctrina, que el comportamiento de la víctima fue relevante en este caso. Fue causa principal y determinante, aunque no única del resultado. Su relevancia causal no volatiliza la también causal omisión de los policías actuantes, aunque la de estos fuera de menor intensidad y alejada por completo de la temeridad que les atribuye la sentencia recurrida, como se dijo en el examen del motivo anterior, siendo ajustada, como alternativamente se ha pedido y ha apoyado expresamente el Ministerio Fiscal, la de la falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos tipificada en el art. 586 bis del CP de 1973, vigente en la fecha de los hechos, que hoy sería la prevista en el art. 621.2 del Código vigente en la que ya no se

alude, como tampoco en el art. 142 del mismo texto legal, a la infracción de reglamentos porque las previsiones reglamentarias no se corresponden en sí mismos con las normas de cuidado, como se dijo en el motivo primero de este mismo recurso.

El motivo es estimado. Se considera adecuada dentro del marco penológico del art. 586 bis y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 601 y 91, todos del CP de 1973, la pena de 100.000 pts. de multa, con arresto sustitutorio de quince días para caso de impago.

TERCERO.- 1.-Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia la vulneración el art. 24.1 y 2 de la Constitución que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación.

Se aduce que ninguno de los tres escritos de acusación -el de la acusación particular y los dos de las acusaciones populares- comprendía una descripción suficiente de los hechos que se le imputaban por lo que resultaba imposible saber cuál había sido su participación en el delito objeto de la acusación.

2.- El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución, constituye una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92 y 358/83, entre otras). Los únicos elementos del escrito de calificación de la parte acusadora que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgador, son el hecho y su calificación (STS 610/97, de 5 de mayo, citada por la 969/98, de 26 de enero). Son las conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de fijar la acusación y sobre las que ha de recaer la resolución del Tribunal (STC 91/89, de 16 de mayo y STS 1666/2000 de 27 de octubre).

El sistema acusatorio que informa el proceso penal exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado. "Los hechos básicos de la

acusación constituyen elementos sustanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa" (SS. 8 febrero 1993, 5 febrero 1994, 14 febrero de 1995, y 1232/2001 de 22 de junio).

3.- Se alega que la acusación popular, "Asociación contra la tortura", en sus conclusiones definitivas añadió al relato de hechos que "El agente XXX, el Sr. M.P.S., no opuso objeción alguna a dicha propuesta, relativa a que el agente nº XXX quedara solo con el detenido". El agente XXX era el otro recurrente Sr. A.A. La indefensión fue también alegada en el trámite previsto en el art. 793.2 de la L.E.Criminal. Fue rechazada en aquel momento y en la sentencia se dice que se ha cumplido la exigencia del conocimiento previo de los hechos objeto de acusación, pues la descripción fáctica había puntualizado la secuencia de aquéllos.

Como señala el Ministerio Fiscal la lectura de los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones permite ponderar la conducta del recurrente en el episodio de la dejación del detenido bajo la custodia de un sólo inspector, en cuanto que él fue quien requirió la presencia de los otros dos inspectores para darles determinadas instrucciones, lo que llevaba consigo que la custodia la efectuara el inspector nº XXX Sr. A.A. que, además, es quien solicitó la cerveza al recurrente que no tuvo inconveniente en proporcionársela, según relataban las acusaciones.

El hecho añadido en conclusiones definitivas por la "Asociación contra la tortura" completaba el relato histórico confiriéndole una mayor claridad, pero no significaba un hecho nuevo del cual no hubiera podido defenderse el recurrente.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2º de la Ley Procesal, se alega error en la apreciación de la prueba al consignarse en los hechos probados que "entre la analítica practicada en el servicio de urgencias, se realiza un análisis de etanol que da como resultado 1,7 g/l por método de inmunoensayo de polarización fluorescente", ya que en el mismo documento se expresa que "los resultados obtenidos en este laboratorio se deberían confirmar mediante un método analítico con sensibilidad y especificidad apropiada y basado en un principio físico-químico diferente", añadiéndose

seguidamente que "este documento es de uso asistencial (diagnóstico y terapéutico) y nunca deberá ser utilizado con finalidad médico-legal".

Se alega que el Tribunal de instancia ha dado validez al índice de etanol reflejado en el documento, cuando el mismo no llegó siquiera a ser ratificado en el acto de la vista, al renunciar las partes proponentes a la práctica de la prueba testifical del doctor A.R., que había realizado el informe mencionado.

El documento evidencia por sí mismo el error padecido, al haberse recogido como hecho probado el resultado de una analítica realizada sin las suficientes garantías para surtir efecto médico-legal y en los fundamentos jurídicos se establece que el recurrente conociendo los síntomas de embriaguez del detenido, tuvo la sorprendente deferencia de proporcionarle una cerveza que agravó la situación de tensión de aquél. No puede decirse que la Sala haya errado al recoger el resultado de aquel análisis practicado al luego fallecido teniendo en cuenta, por otra parte, que dicho informe figura entre los documentos que, a petición de la propia Sala, remitió el Hospital de Basurto referidos a la información médica de X.G.G. (folios 100 y ss. del rollo de la Audiencia).

En la fundamentación jurídica, como señala el Fiscal, no se establece con carácter determinante que fuera la situación anterior de ingestión de bebidas alcohólicas la que, agravada por la toma de la cerveza proporcionada por el recurrente, determinara el proceder del fallecido, sino que se estima que "se produjo un acto voluntario del detenido aunque, sin duda, influido por la situación de tensión en la que se encuentra un detenido miembro de una banda armada de las características especiales que tiene ETA... que M.P.S. y M.A.A. agravaron al entregarle una cerveza".

Tampoco se establece en el factum con carácter indubitado que el recurrente proporcionara la cerveza conociendo que el detenido ofrecía síntomas de una ingestión anterior de bebidas alcohólicas.

El motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE M.A.A.

PRIMERO.- Se denuncia al amparo del art. 849.1º de la LECr, la infracción del art. 565 del CP por aplicación indebida.

Se aduce que el comportamiento del detenido fue imprevisible y sorpresivo sin que el recurrente infringiera el deber de cuidado porque era habitual estar con los detenidos como él hizo. Según la propia sentencia el detenido "cae" a la calle al no retroceder de su acción que hubiera sido lo lógico, pues no lo era intentar huir saltando desde un segundo piso. Niega, en resumen, la relación causal con el resultado y su previsibilidad.

La queja coincide con el planteamiento del recurso del Ministerio Fiscal y esencialmente con el motivo primero del recurso del Sr. P.S. Análisis y respuesta han de ser las mismas, siendo inevitable la remisión a lo que allí se dijo. El motivo ha de ser estimado.

SEGUNDO.- Con carácter subsidiario del anterior se reitera en éste, al amparo del art. 849.1º de la LECr, la infracción del art. 565 del CP de 1973 pues su actuación, en el peor de los casos, solo podía ser constitutiva de una falta de imprudencia leve sin infracción de reglamentos, de acuerdo con la jurisprudencia de concurrencia de conductas, sin que pueda atribuirse al recurrente el incumplimiento del art. 5.3.b) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que no contempla el supuesto de fuga de un detenido sino el principio general de actuación y del respeto que los miembros de los Cuerpos de Seguridad, deben tener con los detenidos preservando su integridad y teniendo en cuenta, en todo caso, que el nuevo Código Penal de 1995 despenaliza las antiguas imprudencias simples sin infracción de reglamentos.

El motivo, sustancialmente igual al que se formula en el motivo segundo en el recurso de M.P.S., igualmente apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de ser estimado.

RECURSO DE LA ACUSACION PARTICULAR MARIA T.G.E., al que se adhiere el acusador popular R.P.Q.

MOTIVO UNICO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr (por error material dice 849.2º) se denuncia la infracción del párrafo segundo del art. 565 del CP de 1973 por no haberse aplicado el subtipo agravado de negligencia profesional.

Con sólido respaldo jurisprudencial la sentencia recurrida rechazó la agravación al no apreciar en los acusados una específica infracción de las reglas del arte o técnicas propias y exclusivas de la profesión policial sino que estimó con acierto, en el fundamento quinto, la vulneración de las reglas objetivas de cuidado comunes a todas las personas.

Es cierto, como se alega en el motivo que el apartado 3.b) del art. 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "velarán por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuviesen o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y dignidad de las personas". Se trata de un "principio básico de actuación", como los demás enumerados con esa rúbrica en el Capítulo II del Título I de la citada Ley Orgánica, que fue respetado por los agentes policiales que velaron hasta tal extremo por la integridad física del detenido que le quitaron las esposas para evitarle las menores molestias y hasta tal punto le trataron con consideración y respeto que accedieron a proporcionarle una cerveza que había solicitado, extremos ambos que precisamente le son reprochados por el Tribunal sentenciador y que no fueron los que desencadenaron la particular reacción del detenido derribando al inspector de policía, que le custodiaba con un empujón, hasta alcanzar la ventana, lo que no es incompatible con que la actuación de ese inspector de policía, como la del jefe de la brigada de información, fueran constitutivas de una falta de imprudencia con resultado de muerte, pero no de delito de imprudencia temeraria, como se razonó en los recursos del Ministerio Fiscal y de los acusados, lo que haría innecesario profundizar más en el subtipo agravado si no se dio el tipo básico. Conviene recordar, no obstante, que reiterada jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquel, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece, en el artículo 565, párrafo segundo del Código de 1973 (y apartado 3º del artículo 152 del Código vigente de 1995) como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya

por una dejación inexcusable de los presupuestos de la "lex artis" de su profesión, le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta "imprudencia profesional", caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica propia, por evidente inepcia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (cfr. Sentencias de esta Sala 29-3-88, 27-5-88, 5-7-89, 1-12-89, 8-6-94, 8-5-97, 16-12-97 y 22-1-99).

Ese plus de antijuricidad por inobservancia de la lex artis supone un desconocimiento inadmisible de aquello que debe saberse y requiere no sólo que la conducta imprudente haya tenido lugar en el ejercicio de la profesión sino que, además, haya existido una transgresión de especiales deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no recogidos expresamente en los estatutos reguladores de una determinada actividad, porque sólo ese plus de ilicitud es el que puede justificar la mayor sanción que la ley prevé y que determina la imposición de las penas del art. 565 del CP de 1973 en su grado máximo.

El motivo ha de ser desestimado, manteniéndose no obstante la indemnización por responsabilidad civil en los propios términos de la sentencia recurrida por la extraordinaria gravedad del resultado producido.

RECURSO DE LA ACUSACION POPULAR "TORTUAREN AURKAKO TALDE" al que también se adhiere D. R.P.Q., ejerciendo la acción popular por el Ayuntamiento de Zumaia.

PRIMERO.- Se articula el recurso en dos motivos con el mismo enunciado literal de "infracción de ley y doctrina legal al amparo de lo dispuesto en el art. 849, apartado 2º, por inaplicación del párrafo 2º del art. 565 del Código Penal vigente en el momento de producirse el hecho".

Dos observaciones son necesarias: 1ª) La recurrente invoca el art. 849.1º y no 849.2º como se dice seguramente por error material); 2ª) a pesar de la formulación

idéntica para ambos motivos, es evidente que su respectivo contenido es diferente. Los examinamos por separado y por el mismo orden en que han sido planteados.

SEGUNDO.- En el primer motivo se postula la condena por un delito del art. 565,2º del CP de 1973 de los inspectores de policía que fueron absueltos C.C.B. y C.M.G., pues como instructor y secretario del atestado eran los máximos responsables de la custodia del detenido y, por tanto, del desgraciado resultado, al no haber tomado las necesarias medidas para que los hechos no hubieran sucedido siendo autores, en consecuencia, de un delito agravado de imprudencia o negligencia profesional en cuanto tenían el dominio del acto y dejaron, sin embargo, a sus subordinados las circunstancias y garantías en la custodia del detenido.

La sentencia distingue fáctica y jurídicamente (hecho probado quinto y fundamento cuarto) dos secuencias nítidamente diferenciadas. En la primera, tras la práctica de determinadas diligencias, el detenido es ingresado en los calabozos, ordenando el Instructor C. a dos inspectores, pasado cierto tiempo, que lo trasladaran a la Sala de archivo, lo que hicieron quedándose ambos en la misma custodiándolo en espera de su traslado a Vitoria.

Es después, en otra fase posterior y distinta, cuando, ante la manifestada necesidad por el Jefe de la Brigada de Información, el acusado M.P.S., de que los inspectores que custodiaban al detenido fueran a recibir las órdenes oportunas para el traslado, cuando el Inspector Jefe de servicios, el acusado M.A.A. se ofreció para realizar la custodia del detenido. Lo que luego ocurrió no le es reprochable a los acusados absueltos porque la decisión de que el detenido quedara en determinadas condiciones sólo puede atribuirse a los acusados que han sido condenados, lo que ha sido analizado y valorado en los recursos anteriores.

En consecuencia, como dice el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, no hay base fáctica para atribuir a los acusados absueltos una negligencia determinante del resultado producido en adecuada relación de causalidad con el mismo, pues la conducta de los mismos descrita en los hechos probados no se puede considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- La queja del segundo motivo se funda en no haberse aplicado la agravación de impericia o negligencia profesional del párrafo segundo del art. 565 del CP de 1973 a los dos inspectores de policía que fueron condenados por la sentencia recurrida. El argumento impugnativo es inevitablemente reiteración del motivo único del recurso de la acusación particular y las razones que allí se expusieron para desestimarlo determinan también la desestimación de éste.

FALLO:

DESESTIMAMOS los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares: T.G.E. y el adherido R.P.Q. (Alcalde de Zumaia) y la Asociación Tortuaren Aurkako Talde, por infracción de ley contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2000 por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, en el Procedimiento Abreviado 227/95 tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao. Condenamos a dichos recurrentes acusación particular y popular al pago de las costas.

ESTIMAMOS parcialmente el recurso interpuesto por el acusado M.P.S. (motivos primero y segundo) y totalmente el de M.A.A., por los dos motivos, por infracción de Ley y de precepto constitucional, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, declarando de oficio las del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con envío de las actuaciones e interesando acuse de recibo.

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

Cándido Conde-Pumpido Touron Andrés Martínez Arrieta José Aparicio Calvo-Rubio

VOTO PARTICULAR:

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 siete de Noviembre de dos mil dos.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, por delito de muerte por imprudencia, causa nº 55/97 seguida por los tramites del Procedimiento Abreviado nº 227/95, contra M.P.S. nacido el día 7 de abril de 1952, natural de Madrid, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con nº profesional XXX, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa y contra M.A.A., nacido el día 3 de marzo de 1949, natural de UrriPola de Somiedo, provincia de Asturias, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con nº profesional XXX, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esa causa, contra C.C.B. nacido el día 21 de febrero de 1953, natural de Toledo, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con nº profesional XXX, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, y contra C.M.G., nacido el día 30 de mayo de 1954, natural de Torre Teverga, provincia de Asturias, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con nº profesional XXX, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Vizcaya que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se reproducen los de la sentencia de instancia y los de la precedente sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la sentencia recurrida, salvo los fundamentos tercero y cuarto que solo se aceptan en lo que no se opongan a los de la anterior sentencia casacional.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos de una falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos del art. 586 bis del Código Penal de 1973, de la que son autores M.P.S. y M.A.A..

FALLO

Condenamos a M.P.S. y a M.A.A., a cada uno, a la pena de cien mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio de quince días en caso de impago y a las costas de un juicio de faltas, manteniéndose en sus propios términos los pronunciamientos de la sentencia de instancia sobre la responsabilidad civil directa y la subsidiaria del Estado.

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

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2002

El Juzgado de instrucción nº 1 de Bilbao instruyó Procedimiento Abreviado con el nº 24 de 1.996, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, que con fecha 15 de febrero de 2001, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "1) En la madrugada del día 29 de enero de 1.992, la NUM000 Comandancia de la Guardia Civil dispuso un operativo destinado a la captura de los miembros "liberados" del denominado "comando Vizcaya de la organización terrorista ETA, y de sus colaboradores, así como al desmantelamiento de la estructura de dicha banda armada, que se coordinó desde el centro de mando del acuartelamiento de DIRECCION000 en Bilbao, de modo que las diligencias que hubieron de llevarse a cabo, bajo nº 19/92, desde un principio, tanto con respecto de la actuación en Vizcaya como con las desenvueltas en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, tuvieron como Instructor al capitán de dicho Cuerpo Luis Manuel , con T.I.M. nº NUM001 y como Secretario al teniente Eugenio, con T.I.M. nº NUM002 , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales.

2º) En el seno de este operativo, encaminado a la detención de personas relacionadas con ETA y con alto riesgo de que dispusieran de armas, agentes uniformados y armados con sus cascos, chalecos y demás pertrechos, de la Unidad Especial de Intervención de la Guardia Civil, procedieron a volar mediante explosivos la puerta de entrada de la vivienda sita en la CALLE000, nº NUM003, de la localidad de Basauri. Una vez derribada la puerta, entraron rápidamente por el pasillo y mientras algunos otros se emplearon en reducir a Marcos y Bartolomé , activistas de ETA, dos agentes accedieron a la habitación donde se hallaba, junto a su esposa, Domingo, a quien placaron contra el suelo con la finalidad de inmovilizarle y de evitar una reacción ofensiva por su parte.

3º) Igualmente, con intención de detener a colaborador de la repetida banda armada, miembros de la Guardia Civil, con uniformidad y armamento ignorados, penetraron en el domicilio donde vivía Serafín, en la CALLE001, nº NUM004 de Santurzi, el cual, en presencia de su padre, se enfrentó a los agentes actuantes y hubo de emplearse uno de éstos para reducirle, lanzándole al suelo.

4º) Detenido Domingo fue entregado a agentes de paisano, miembros del Servicio de Información de la Guardia Civil, quienes los trasladaron hasta el cuartel de la Guardia Civil de DIRECCION000 en Bilbao. Detenido Serafín, fue trasladado a DIRECCION000 por los agentes que le detuvieron. Después de varias horas, ese mismo día 29 de enero, se les trasladó a cada uno de los detenidos a la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, donde se les tomó declaración formal por primera ocasión, permaneciendo incomunicados a disposición del Juzgado Central de Instrucción nº 2 hasta que pasaron cada cual a inmediación judicial el 2 de febrero de 1.992.

5º) El día 3 de febrero de 1.992, a su ingreso en el Centro Penitenciario Madrid-2 Serafín fue sometido a un examen médico, comprobándose que presentaba las lesiones siguientes: 1) Equimosis periocular de ojo izquierdo; 2) hemorragia puntiforme subconjuntival en ojo izquierdo con visión y motilidad conservada; equimosis de 3-4 cm. en hombro derecho; 3) escoriación en talón de pie izquierdo de 1 cm. de diámetro, 4) escoriación en cara interna de segundo dedo de pie derecho.

Antecedentemente, informado por la médico-forense de la Audiencia Nacional, había presentado lesiones que habían evolucionado espontáneamente a la curación: El 29 de enero de 1.992, 5) pequeño hematoma en párpado inferior derecho; 6) erosiones en región mandibular izquierda; 7) hematomas de sujeción en brazo derecho y antiguos en brazo izquierdo; 8) erosiones a nivel externa, el 30 de enero, 9) pequeña zona de contusión cara posterior pierna izquierda, el 2 de febrero de 1.992, 10) costra por erosión en rodilla derecha; 11) inflamación por roce en los dedos de los pies.

Las lesiones que no habían curado el 3 de febrero presentaban una evolución de entre 3 y 4 días, descartándose otras subyacentes, y requirieron de una única asistencia facultativa, curando sin secuelas en plazo inferior a los quince días, y no hubieran impedido dedicarse a sus ocupaciones habituales al perjudicado.

6º) Domingo , el mismo día 3 de febrero, a su ingreso también en el Centro Penitenciario Madrid-2, fue sometido a un examen médico, verificándose que presentaba las lesiones siguientes: a) Tumoración-hematoma en región occipito-parietal izquierda de 1 cm. de diámetro, b) aplastamiento desviación izquierda de apéndice nasal; desviación septal probable con fractura de huesos propios consolidada; c) equimosis extensas (varias) de 3x2 cm. en cara interna de brazo derecho; d) equimosis de 2x3 cm. en flanco izquierdo; e) escoriación en tobillo derecho.

Antecedentemente, informado por la médico-forense de la Audiencia Nacional, había presentado lesiones que habían evolucionado espontáneamente a la curación: El 29 de enero de 1.992, f) escoriación en dorso nasal; el 31 de enero, g) hematoma verde amarillento en dorso nasal.

Las lesiones que no habían curado el 3 de febrero presentaban una evolución de entre 3 y 5 días, y requirieron de una única asistencia facultativa, no resultando secuelas, y curando luego en plazo inferior a quince días, sin que hubieran impedido dedicarse a sus ocupaciones habituales al ofendido. 7º) Las lesiones que padecieron los detenidos, todas de origen contusivo directo o de mecanismos de roce y arrastre, las de números 1, 2, 5, 6, 8 y 9 del ordinal quinto anterior, correspondientes a Serafín, y las de letras a, c, d, e, f y g del ordinal sexto anterior, correspondientes a Domingo , estuvieron causadas por malos tratos que les fueron infligidos, algunos en el cuartel de

DIRECCION000 de Bilbao y otros que se produjeron en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, por agentes de la Guardia Civil cuya identidad no ha podido ser determinada, con el fin de quebrantar la voluntad de los detenidos y obtener de ellos información relativa a la organización terrorista ETA a la que estaban vinculados.

Las lesiones 3 y 4 de Serafín fueron consecuencia de caminar descalzo después de ser detenido, las lesiones de la letra b) de Domingo procedían de una fractura nasal antigua previa a la detención.

8º) El Instructor del atestado general de las diligencias policiales abiertas por razón del operativo, Luis Manuel, y el Secretario que certificaba lo actuado, Eugenio, tuvieron cabal conocimiento de que a Serafín y Domingo se les maltrataba por agentes de la Guardia Civil en el desarrollo de la investigación, así como de la finalidad perseguida con ello, sin que hicieran nada para impedirlo o paliar sus resultancias".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos condenar como condenamos a Luis Manuel y a Eugenio como autores responsables de un delito de torturas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación especial, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como a que indemnicen, conjunta y solidariamente, a Serafín y a Domingo , en la cantidad, para cada uno, de seiscientas mil pesetas (600.000 ptas.), siendo responsable civil subsidiario del pago el Estado, y a cargo de los condenados las costas procesales de la acusación particular.

Ratificamos la resolución que declara la solvencia de los condenados, y que dictó el Juez Instructor con fecha 2 de octubre de 1.996, en la respectiva pieza separada de responsabilidades pecuniarias".

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se prepararon contra la misma, recursos de casación por infracción de ley que se tuvieron por anunciados 4.- La representación de los recurrentes formalizó su recurso alegando los siguientes motivos:

PRIMERO: Al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de garantías constitucionales, por infracción del principio non bis in ídem implícitamente incluido en el art. 25.1 de la Constitución, así como por infracción de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones en relación con lo dispuesto por el art. 10.2 y 14.7 del Pacto Internacional de Nueva York sobre Derechos civiles y Políticos de 1.966.

SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por error de hecho en la valoración de la prueba padecido por el Tribunal de instancia, acreditado por documentos literosuficientes que obran en la causa y que no se encuentran contradichos por ninguna prueba.

TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de las garantías constituicionales y concretamente por infracción del art. 24. de la Constitución, principio de presunción de inocencia, e infracción del art. 9.3 de la Constitución.

CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 204 bis del Código Penal.

QUINTO: Infracción de ley al amparo del art.849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del art. 565 del Código Penal, Texto Refundido de 1.973.

SEXTO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art.

849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del art. 9.10 del código Penal de 1.973.

El Ministerio Fiscal formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española) y el de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la constitución Española), en relación con el delito de torturas del art. 204 bis "in fine" y éste con el párrafo 2º del mismo precepto penal por el que han sido condenados los acusados.

5.- En el trámite conferido los recurridos Serafín y Domingo .impugnaron los recursos.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma el día 29 de octubre de 2002 con la asistencia del Letrado recurrente D. Carlos Aguilar Fernández que pidió la estimación de sus recursos; del Letrado recurrido Don Pedro María Landa Fernández que se opuso a los recursos, y del Ministerio Fiscal que pidió la estimación de su recurso, apoyando el tercer motivo de los condenados e impugnando el resto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª. Comisión), en sentencia de fecha quince de febrero de dos mil uno, condenó a los acusados Luis Manuel y Eugenio, como autores responsables de un delito de torturas del art. 204 bis del Código Penal de 1973, a las penas de seis meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación especial, por estimar que dichos acusados, como Instructor y Secretario, respectivamente, de las diligencias policiales instruidas con ocasión de un operativo destinado a la captura de miembros "liberados" y colaboradores del denominado "comando Vizcaya" de ETA -ordenado por la NUM000 Comandancia de la Guardia Civil y desarrollado en la madrugada del día 29 de enero de 1992-, en su condición de garantes de los detenidos en aquella operación, tuvieron conocimiento y toleraron que por los agentes de la Guardia Civil dependientes de ellos se ejercieran violencias externas - causantes de las lesiones que se describen en el "factum" de la sentencia recurrida- sobre los detenidos Serafín y Domingo , en las diligencias de investigación del correspondiente atestado, "con la finalidad de obtener una información".

Contra la anterior resolución, han interpuesto sendos recursos de casación el Ministerio Fiscal -que ha formulado un único motivo por infracción de precepto constitucional- y la representación de los dos acusados -que ha articulado, en el suyo, seis motivos: dos por infracción de precepto constitucional (el primero y el tercero), uno por error de hecho (el segundo) y los restantes por corriente infracción de ley.

SEGUNDO. Por el Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso, deducido al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia "la vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española) y el de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución Española), en relación con el delito de torturas del art. 204 bis "in fine" y éste con el párrafo 2º del mismo precepto penal por el que han sido condenados los acusados".

Fundamenta su impugnación el Ministerio Fiscal en "la inexistencia de prueba de cargo y la imposibilidad racional de inferir, sobre la base de la prueba practicada, que los malos tratos que sufrieron los detenidos (Serafín y Domingo) por parte de miembros de la Guardia Civil tuvieron por finalidad obtener su confesión o testimonio y que los acusados, conociendo de su existencia y de su finalidad nada hicieron para impedirlo o paliar sus resultancias".

En el desarrollo del motivo, el Ministerio Fiscal, tras referirse a los hechos que se describen en el relato fáctico de la sentencia recurrida, examina los "Fundamentos jurídicos" de la misma, particularmente el cuarto, en el que se analizan "cuáles han sido las fuentes de la prueba, y cuál ha sido la valoración dada por el Tribunal sentenciador a la prueba practicada, para terminar señalando unas conclusiones acordes con lo narrado en los "hechos probados". Y, a este respecto, destaca que el Tribunal cita "como fuentes principales de prueba el testimonio de los detenidos/lesionados y las periciales- médicas y como secundarias la declaración de los acusados y el testimonio de los guardias civiles que intervinieron en la operación policial". A los primeros no les reconoce valor probatorio, salvo "lo que resulta objetivable médicamente", las pericias médicas "acreditan la realidad de las lesiones, su naturaleza y fecha o período de causación", el testimonio de los acusados "es de contenido puramente negativo", y los de los miembros de la guardia civil que intervinieron en la operación policial "nada aportan" sobre los malos tratos. Con estos antecedentes, la Sala de instancia, "sobre la base de la "parte no contradictoria del testimonio de los acusadores" (...) la secuencia de los dictámenes de la médico- forense en relación con los partes médicos de prisiones (...) y .. la data de las lesiones, considera acreditado: La existencia de las lesiones (...). Que las lesiones fueron causadas por miembros de la guardia civil, no identificados, encargados de su vigilancia y custodia (...). Que las lesiones fueron causadas en el período de tiempo que

media entre la detención e ingreso en prisión (...) Que los maltratos a los detenidos tuvieron por finalidad obtener información relativa a la organización terrorista ETA. Y, Que los acusados tuvieron un claro conocimiento del maltrato a los detenidos y de su finalidad sin que hicieran nada para impedirlo".

El Ministerio Fiscal, poniendo de manifiesto la competencia del Tribunal casacional para verificar la racionalidad de la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, sostiene que, en el presente caso, "la sentencia de instancia, .., no elimina ni mucho menos la equivocidad en que, con visos de razonabilidad y de probabilidad, pudiera haber incurrido la inferencia obtenida", por cuanto "la existencia razonable de una conclusión alternativa de signo exculpatorio, inferida con arreglo a criterios de la experiencia y de la lógica humana, se hace clara y evidente". En suma, el Ministerio Fiscal sostiene que no ha resultado debidamente probada la "finalidad de obtener una confesión o testimonio", ni que el instructor y el secretario conocieran y consintieran la realización de los maltratos". Los datos manejados por el Tribunal de instancia -se dice- no le permiten llegar a las conclusiones a que ha llegado sobre dichos extremos. "La sentencia -concluye el Fiscal- impone una responsabilidad quasi-objetiva a Instructor y Secretario al hacerles responsables por unas lesiones de tan poca entidad y apariencia externa".

En la misma línea, la representación de los dos acusados, señores Luis Manuel y Eugenio, formula su tercer motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ, por infracción de garantías constitucionales y, concretamente, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución que establece el principio de presunción de inocencia y por infracción del artículo 9.3 de la Constitución que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

Dice esta parte recurrente que "la sentencia dictada llega a la conclusión de que mis representados tuvieron cabal conocimiento de que los malos tratos que se estaban produciendo sin prueba legítima de cargo para ello y realizando una valoración de la prueba indiciaria ilógica y arbitraria, infringiendo así el principio de presunción de inocencia y el principio de interdicción de la arbitrariedad, artículos 24.2 y 9.3 de la Constitución".

"La Sala condena a mis representados -dice esta parte recurrente- a pesar de reconocerse expresamente que no consta ni cuándo se infligieron los malos tratos, ni cómo se causaron las lesiones, ni quiénes fueron los autores materiales de tales malos tratos. Para llegar a tal condena, la Sala "a quo" señala que mis representados actuaron como Instructor y Secretario, lo que evidentemente es un hecho antecedente, pero no un indicio,..". "La conclusión a la que se llega por el Tribunal "a quo" de que conocieron cabalmente que se estaban produciendo malos tratos resulta, por ello, arbitraria e ilógica por un doble motivo, pues, por un lado, si se basa el conocimiento en la existencia de las lesiones, es evidente que el conocimiento resulta "ex post", con lo que resulta arbitrario concluir que se conoció que se estaban produciendo (en presente) lo que, como máximo, se podría afirmar que se conocía que se habían producido (en pasado); y, de otro lado, resulta asimismo ilógico y arbitrario concluir del hecho base (mínimas lesiones constitutivas de falta, perfectamente compatibles con una detención en la que hubo que emplear la fuerza física para reducir a los detenidos, dada su extremada peligrosidad), el hecho consecuencia (que las lesiones son producto de torturas infligidas con objeto de arrancar una confesión a los detenidos). La conclusión contraria, esto es, que las nimias y superficiales heridas que presentaban los detenidos eran producto de una detención violenta o de la propia conducción no sólo resulta perfectamente lógica, sino que se encuentra incluso avalada por el hecho de que ni en sus declaraciones ante la Guardia Civil ni posteriormente en sus declaraciones ante el Juzgado los detenidos denunciaran haber sufrido malos tratos". Por lo demás -se dice también-, "la Sala no realiza un proceso de inferencia propia, sino que se vale del proceso de inferencia que realizó esta Excma. Sala con ocasión de la sentencia de 18 de julio de 1997", mas "tal sustitución de razonamiento concreto del caso por la técnica de insertar el proceso deductivo de otro supuesto, en sí, resulta irregular y tal irregularidad se torna en arbitrariedad cuando se "importa" el razonamiento ajeno respecto de hechos absolutamente dispares".

Dada la identidad sustancial de ambos motivos procede su examen conjunto.

El derecho a la presunción de inocencia, que el art. 24.2 de la Constitución proclama como uno de los derechos fundamentales de la persona, se vulnera cuando se condena a alguna persona sin prueba alguna de cargo, o en méritos de una prueba

ilegalmente obtenida o que sea absoluta y notoriamente insuficiente. Por lo demás, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que la presunción de inocencia determina un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras, a quienes incumbe exclusivamente, y que dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no sólo, de un hecho punible sino también de la responsabilidad penal que en él haya tenido el acusado (v., por todas, la sª T.C. núm. 303/1993). Por lo demás, la prueba apta para poder desvirtuar la presunción -iuris tantum- de inocencia, que inicialmente ha de reconocerse a todo acusado, puede ser tanto directa como indirecta o indiciaria, (v. art. 386.1 LEC. y, por todas, las ss. del T.C. núm. 174 y 175/1985). Mas, para la validez y posible eficacia probatoria de esta última, es menester que el Tribunal explicite el iter discursivo que haya seguido desde los indicios - que, en principio, han de ser plurales, convergentes y debidamente acreditados por prueba directa- hasta el hecho consecuencia que se declare probado.

La valoración de la prueba corresponde al Tribunal sentenciador (art. 117.3 C.E. y art. 741 LECrim.), el cual está obligado a motivar suficientemente sus resoluciones (art. 120.3 C.E.), con el doble objetivo de que puedan conocerse públicamente las razones que las sustenten y de que sea posible su control por los órganos judiciales superiores competentes, para evitar toda posible arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 9.3 C.E.) y, al propio tiempo, para dar satisfacción al derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.).

Por todo lo dicho, el control que debe efectuar este Tribunal cuando en la casación se denuncia -como aquí sucede- la vulneración del derecho a la presunción de inocencia tiene un triple alcance: ante todo, ha de comprobarse si el Tribunal de instancia ha dispuesto de prueba de cargo; en segundo término, en su caso, si dicha prueba ha sido obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales; y, en último término, si, de existir prueba de cargo legalmente obtenida, la misma ha sido valorada razonablemente y tiene entidad suficiente para acreditar la imputación que se haya hecho a los acusados. Existencia, legalidad, razonabilidad y suficiencia constituyen, pues, los aspectos relativos a la prueba que deben ser examinados por este Tribunal en el trámite casacional (v., por todas, la sª de 10 de diciembre de 2001).

TERCERO. En el presente caso, el Tribunal sentenciador ha dedicado el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia a la justificación del relato de hechos que declara probados, es decir: que los acusados - Luis Manuel y Eugenio -, Instructor y Secretario de las diligencias policiales abiertas con motivo del operativo en el que fueron detenidos, entre otros presuntos miembros y colabores de ETA, Serafín y Domingo , "tuvieron cabal conocimiento de que (...) se les maltrataba por agentes de la Guardia Civil en el desarrollo de la investigación, así como de la finalidad perseguida con ello, sin que hicieran nada para impedirlo o paliar sus resultancias". Los referidos malos tratos fueron la causa de las lesiones sufridas por los citados detenidos - descritas convenientemente en el factum- y la finalidad perseguida la de "obtener de ellos información relativa a la organización terrorista ETA a la que estaban vinculados" (v. H.P.).

El Tribunal de instancia -como ya hemos dicho-, bajo el epígrafe "Justificación del relato de hechos", expone en el cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia, con extraordinario detalle, las pruebas de que ha dispuesto y la forma en que las ha valorado. Como "fuentes de la prueba" se citan, en primer término, "las declaraciones de los perjudicados" (los señores Serafín y Domingo) y los "informes médicos acopiados, de la médico-forense al servicio del Juzgado Central de Instrucción nº 2, Julieta , de Romeo y David , médicos de instituciones penitenciarias, y de Eva de la Cavada Hoyo, médico-forense de esta Audiencia"; y como "fuentes personales secundarias" las "declaraciones de los acusados", las "de los agentes de la Guardia Civil que intervinieron en la detención del Sr. Serafín (...) y del Sr. Domingo (...), y la "del abogado vizcaíno Armando ". Todo ello, finalmente, "se cohonesta con fuentes documentales obrantes en los autos principales y la pieza separada de reproducción del atestado general por el cual los acusadores fueron presos".

"El testimonio de los dos acusadores y las lesiones que acreditan los facultativos en unos determinados momentos históricos -se dice- son los que conducen al relato de hechos probados, y por ende, a derribar la verdad interina de inculpabilidad de los dos acusados".

Seguidamente, bajo el epígrafe "Valoración de la prueba", el Tribunal examina las distintas pruebas practicadas, refiriéndose, en primer lugar, a las declaraciones de los

perjudicados. A este respecto, destaca el Tribunal sentenciador como relevante y significativo que, en el presente caso, "el arranque del proceso penal no surgió de la denuncia de los acusadores -aunque presos, que contaban con asistencia letrada avezada- que sólo se personan en junio de 1995, en Bilbao, sino del deber de oficio del Juzgado de Alcalá de Henares, como consecuencia de los diversos partes de lesiones que Instituciones Penitenciarias remitiera" y, tras diversas consideraciones, concluye que "no se puede dejar probado el lugar concreto de comisión de las lesiones que se denuncian, ni cuáles fueron los expedientes prácticos de causarlas (....) y es misión prácticamente imposible deslindar en concreto si hay una porción de datos exacta, sobre un fondo añadido dramatizador y fabulado". "La relajación del requisito de credibilidad (del testimonio de los acusadores) no se combina con un relato perseverante y coherente y no lleva certidumbre al tribunal".

Por lo demás, los "informes forenses durante la detención en la Dirección General de la Guardia Civil", -se dice- "son de lo más inconcluyentes, ya que no se aventuran mecanismos de producción o la sucesión cronológica exacta". "En todo caso (en cuanto al Sr. Serafín) -se dice-, está la visible contusión del ojo izquierdo desde el primer día 29, pero también un pequeño hematoma en el párpado inferior del otro ojo".

Y se viene a concluir que "nada explica estos datos aparte de originación en el maltrato indagatorio por el que se acusa".

Respecto de los acusados, se dice que " Luis Manuel y Eugenio aseveran que actuaron como Instructor y Secretario del atestado tanto en Bilbao como en Madrid, y que fueron los responsables del mismo durante todo el transcurso de la operación". “Eugenio estuvo presente en el registro domiciliario de la vivienda de Domingo, y afirma que comunicó al Instructor la detención de éste y que hubo resistencia. En ningún momento afirma que supiera y comunicara que tenía lesiones. (...) Luis Manuel tomó declaración a Serafín (...) y en su declaración sumarial (folio 325) dice que le vio un hematoma o algo en el ojo. Niega haber tenido contacto con Domingo”. Y se concluye que "son posturas no auténticamente veraces". Y, en definitiva, se dice que "se declara probado que conocieron cabalmente los maltratos, y la línea de defensa es que no pudieron conocerlos, y en su caso evitarlos. Lógicamente no hay prueba directa de una conciencia, pero sí presuntiva (...) (el subrayado es nuestro).

En el marco de esta valoración -sintéticamente expuesta aquí-, dice el Tribunal de instancia que "resta, no obstante, certeza sobre la existencia de una violencia desde agente externo, generadora de los resultados lesivos que se describen en el fáctico, y que se produjo por quienes regularmente privaban de libertad a los Sres. Serafín Domingo (agentes de la Guardia Civil que actuaban en las diligencias de investigación del atestado), durante el tiempo en que lo hicieron, y con la finalidad de obtener información". "Ello se asienta -concluye el Tribunal- en la parte no contradictoria del testimonio de los acusadores, en la secuencia de los dictámenes de la médico-forense, comparados con los que justificaron las Diligencias Previas (partes de Prisiones), y en la data de las lesiones" (el subrayado es nuestro).

Con estos antecedentes, importa destacar: 1º) Que nadie cuestiona que a los Serafín Domingo les fueron causadas las lesiones que se describen en el relato fáctico de la sentencia recurrida durante el período de tiempo transcurrido entre el momento en que fueron detenidos -el 29 de enero de 1992- y el en que ingresaron en el Centro Penitenciario Madrid-2 -el 3 de febrero del mismo año-. 2º) Tampoco se cuestiona que los acusados - Luis Manuel y Eugenio - actuaron como Instructor y Secretario del atestado tanto en Bilbao como en Madrid. 3º) Tampoco que dichas lesiones les fueron causadas por los agentes de la Guardia Civil que les detuvieron y custodiaron durante ese tiempo (se trata, sin duda, de una inferencia razonable).

4º) No está acreditado, por el contrario, dónde, cuándo ni por quién les fueron causadas dichas lesiones. 5º) El Tribunal sentenciador declara probado igualmente: 1) que los agentes de la Guardia Civil causantes de las referidas lesiones "actuaban en las diligencias de investigación del atestado, durante el tiempo en que lo hicieron"; 2) que ello fue "con la finalidad de obtener una información"; y, 3) que los acusados, Sres. Luis Manuel y Eugenio, conocieron estos hechos y la finalidad perseguida, "sin que hicieran nada para impedirlo o paliar sus resultancias".

La detención de los señores Serafín y Domingo , el día 29 de enero de 1992, en el curso de un operativo destinado a la captura de miembros y colaboradores del "comando Vizcaya", por agentes de la Guardia Civil, su traslado a Madrid el mismo día a las dependencias de la Dirección General de la Guardia Civil en las que permanecieron hasta que pasaron a la presencia judicial el día 2 de febrero siguiente,

para ingresar finalmente en el Centro Penitenciario el día 3 del mismo mes, que durante ese período de tiempo les fueron causadas las lesiones que se describen en el "factum", y que los acusados -Sres. Luis Manuel y Eugenio - fueron Instructor y Secretario, respectivamente, del atestado instruido, hasta el momento de la entrega de los detenidos al Juez Central de Instrucción nº 2, constituyen un conjunto de hechos debidamente probados, reconocidos y no cuestionados. Sí se cuestiona, en cambio, la afirmación del Tribunal de instancia de que las referidas lesiones les fueran causadas por los agentes de la Guardia Civil durante la investigación, para obtener de ellos una información, y que los acusados -Instructor y Secretario del correspondiente atestado- tuvieran conocimiento de ello y lo toleraran, al no haber hecho nada para impedirlo o paliar sus resultancias y, sobre este particular, manifiesta el Tribunal que "lógicamente no hay prueba directa (...), pero sí presuntiva".

De cuanto queda dicho, se desprende que en el presente caso ha existido prueba de cargo y que la misma ha sido obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales. Nada se ha cuestionado al respecto. Resta por analizar, por tanto, si la valoración del material probatorio de la causa puede considerarse razonable desde el punto de vista de su estructura lógica y, por ende, no arbitraria. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto: A) En cuanto a las fuentes de prueba principales (los testimonios de los perjudicados y los informes periciales médicos), que el Tribunal de instancia ha dicho -respecto de los primeros- que la relajación del requisito de la credibilidad de los mismos no se combina con un relato perseverante y coherente, por lo que "no lleva certidumbre al tribunal" -"su incredulidad subjetiva se adorna de inexactitudes y fluctuaciones"-, y que, en conclusión, "no se puede dejar probado el lugar concreto de comisión de las lesiones que se denuncian, ni cuáles fueron los expedientes prácticos de causarlas", "y es misión prácticamente imposible deslindar en concreto si hay una porción de datos exacta, sobre un fondo añadido dramatizador y fabulado"; y -respecto de los segundos- que "los informes forenses durante la detención en la Dirección General de la Guardia Civil son de los más inconcluyentes, ya que no se aventuran mecanismos de producción o la sucesión cronológica exacta". Y, B) Respecto de las "fuentes personales secundarias" (las declaraciones de los acusados, las de los agentes de la Guardia Civil que intervinieron en la detención y del abogado vizcaíno Sr.

Armando), el Tribunal de instancia ha declarado únicamente, en cuanto a las primeras, que "son posturas no auténticamente veraces".

Por lo demás, el Tribunal sentenciador dice también que el acusado Eugenio "estuvo presente en el registro domiciliario de la vivienda de Domingo, y afirma que comunicó al Instructor la detención de éste y que hubo resistencia" y que el otro acusado - Luis Manuel - "tomó declaración a Serafín (...) el 1 de enero de 1992 (...), y en su declaración sumarial (folio 315) dice que le vio un hematoma o algo en el ojo. Niega haber tenido contacto con Domingo" (FJ 4º). El Tribunal, por su parte, dice -en relación con esta lesión- que "en todo caso, está la visible contusión del ojo izquierdo desde el primer día 29, pero también un pequeño hematoma en el párpado inferior del otro ojo" (FJ 4º). Es importante poner de relieve, en relación con esta lesión, que el Tribunal sentenciador no la vio ni, por tanto, puede valorar con las debidas garantías la reacción omisiva del Instructor que recibió declaración a este detenido (desconocemos su aspecto externo y sus características), no pudiendo desconocerse tampoco que el acusado Sr. Luis Manuel -Instructor del atestado- en su declaración sumarial (folio 315) dijo, respecto del detenido Serafín, que "no participó ni en el registro domiciliario, ni en la detención, ni en el traslado, únicamente intervino en su declaración que se efectuó en Madrid. Que no observó lesión alguna en Serafín en la toma de declaración, únicamente cree recordar que tenía algo en el ojo, un hematoma o algo. Que en la toma de manifestación aparte del declarante estaba el otro compañero que se le ha dicho y el Letrado (...). Que no le preguntó por las lesiones que presentaba porque cree recordar que hubo resistencia en la detención que se le practicó, así como, porque el Médico Forense todos los días le veía y el día de la toma de manifestación (...) no comunicó al declarante que presentara lesiones diferentes de las que se habían observado el primer día, por lo que es de suponer que éstas tuvieran su origen en la detención" (...).

Que no tuvo intervención alguna con Domingo".

En cuanto a las lesiones de los dos detenidos, debe destacarse igualmente que, salvo las que tenían en la cara - Serafín en los ojos, Domingo en el apéndice nasal-, no parece que fueran perceptibles a simple vista. Además, en el relato fáctico, se dice que "las lesiones de la letra b) de Domingo ("aplastamiento desviación izquierda de apéndice nasal") procedían de una fractura nasal antigua previa a la detención" (H.P.

7º). Finalmente, todas las lesiones de los dos detenidos "que no habían curado el 3 de febrero" presentaban una evolución de entre 3 y 4 días -las de Serafín - y de entre 3 y 5 días - las de Domingo - y curaron sin secuelas en "plazo inferior a los quince días" (H.P. 5º y 6º).

Si, por todo lo dicho, no es posible declarar probado el lugar en que se produjeron las lesiones de los detenidos, ni la forma en que se causaron, ni su sucesión cronológica. Si la incredulidad subjetiva de los lesionados -acusadores- "se adorna de inexactitudes y fluctuaciones", si "es misión prácticamente imposible deslindar en concreto si hay una porción de datos exacta, sobre un fondo añadido dramatizador y fabulado" y si tales declaraciones "no llevan certidumbre al tribunal", dejando a un lado la realidad no cuestionada de que las lesiones de los dos detenidos que se describen en el factum les fueron causadas por los agentes de la Guardia Civil entre el momento de la detención y el de su ingreso en prisión, ¿cómo es posible que el Tribunal de instancia pueda declarar -con un fundamento lógico- que tales lesiones les fueron causadas "en las diligencias de investigación del atestado", "y con la finalidad de obtener información", y que ello se asienta "en la parte no contradictoria del testimonio de los acusadores, en la secuencia de los dictámenes de la médico-forense (...) y en la data de las lesiones"?.

Si, por otra parte, las lesiones visibles de los dos lesionados -una de ellas previa a la detención y todas de escasa entidad-, con independencia de que realmente fueran simultáneas a la detención o posteriores a la misma, pudieran ser consecuencia lógica de las circunstancias en que se produjo la detención (en el hecho probado se dice que a Domingo le "placaron contra el suelo con la finalidad de inmovilizarle y de evitar una reacción ofensiva por su parte", y que Serafín "se enfrentó a los agentes actuantes y hubo de emplearse uno de éstos para reducirle, lanzándole al suelo"), si no consta que los acusados tuvieran conocimiento -por su necesaria percepción directa- del resto de las lesiones de los detenidos, ¿cómo es posible que el Tribunal infiera razonablemente -respetando las reglas del criterio humano (art. 386.1 LEC)- de los únicos indicios acreditados en forma indiscutible que las referidas lesiones fueron causadas por los agentes de la Guardia Civil "con la finalidad de obtener una información" y que los acusados "tuvieron cabal conocimiento de que a Serafín y Domingo se les maltrataba

por los agentes de la Guardia Civil en el desarrollo de la investigación, así como la finalidad perseguida con ello, sin que hicieran nada para impedirlo o paliar sus resultancias? Este Tribunal, en contra del criterio de la Sala de instancia, estima que no es razonable ni, por tanto, jurídicamente aceptable, descalificar razonadamente el testimonio de los acusadores y, al propio tiempo, asentar en él su convicción sobre aspectos tan relevantes, desde la perspectiva de la tipicidad penal, como el de que las lesiones les fueron causadas por los agentes "con la finalidad de obtener una información". De igual modo, tampoco consideramos razonable la inferencia que el Tribunal de instancia ha hecho respecto del conocimiento por parte de los acusados de los hechos atribuidos a agentes no identificados, pues ni es lógico estimar debidamente acreditado que las lesiones se causaran "con la finalidad de obtener una información" -por el testimonio de los acusadores-, ni, menos aún, que los acusados tuvieran conocimiento de ello -sin indicios plurales, convergentes y debidamente acreditados mediante prueba directa sobre dicho extremo- y que, desconociendo las obligaciones propias de su condición de garantes de la vida e integridad de los detenidos, no hicieran nada para impedirlo o para paliar sus resultancias.

Por las razones expuestas, este Tribunal llega a la conclusión de que, en el presente caso, ha existido prueba de cargo, obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales, pero que su valoración, tanto respecto de los hechos atribuidos a agentes no identificados de la Guardia Civil, en cuanto a que causaran a los detenidos Serafín y Domingo, durante las diligencias de investigación y "con la finalidad de obtener una información", las lesiones que se describen en el factum, como de los atribuidos -mediante inferencia no debidamente fundada- a los acusados, Sres. Luis Manuel y Eugenio, de que conocieran el comportamiento de dichos agentes y la finalidad perseguida por ellos y que no actuaran en consecuencia, en cuanto garantes de la vida e integridad de los detenidos, tratando de impedir o de paliar sus resultancias, no responden a la estructura lógica exigible a toda valoración probatoria de los Tribunales, lo cual -como hemos dicho- constituye uno de los extremos que el Tribunal de casación ha de examinar en su misión de control de las resoluciones judiciales. Por consiguiente, entendemos que, en el presente caso, no puede considerarse enervada la presunción de inocencia que, en principio, ha de reconocerse a todo acusado (art. 24.2 C.E.) y que, por

ende, deben ser estimados los dos motivos examinados -el único formulado por el Ministerio Fiscal y el tercero de los articulados en el recurso que han formulado los dos acusados.

La estimación del motivo tercero del recurso de los acusados hace innecesario el examen y pronunciamiento sobre los restantes motivos del mismo.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación del motivo único del M. Fiscal y tercero del recurso de los acusados, sin pronunciamiento respecto de los restantes motivos de éste, a los recursos de casación interpuestos por EL MINISTERIO FISCAL y la representación legal de los acusados Eugenio y Luis Manuel contra Sentencia núm. 46/2001 de fecha 15 de febrero de 2001 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que condenó a Luis Manuel y a Eugenio como autores responsables de un delito de torturas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación especial, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como a que indemnicen, conjunta y solidariamente, a Serafín y a Domingo, en la cantidad, para cada uno, de seiscientas mil pesetas (600.000 ptas.), siendo responsable civil subsidiario del pago el Estado, y a cargo de los condenados las costas procesales de la acusación particular.

Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

Y en consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecte, la referida Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia 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. Luis Román Puerta Luis Juan Saavedra Ruiz

Gregorio García Ancos SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil dos.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado núm. 24 de 1996 por delito de torturas contra Luis Manuel con tarjeta de identidad militar núm. NUM001 nacido el día 24 de octubre de 1964, hijo de Federico y de Mariana, natural de Elche (Alicante), y contra Eugenio con tarjeta de identidad militar núm. NUM002, nacido el 19 de diciembre de 1965, hijo de Ángel y Susana , natural de Vega de Liébana (Cantabria), ambos sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa; y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que con fecha 15 de febrero de 2001 dictó Sentencia núm. 46/2001 que condenó a Luis Manuel y a Eugenio como autores responsables de un delito de torturas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación especial, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como a que indemnicen, conjunta y solidariamente, a Serafín y a Domingo, en la cantidad, para cada uno, de seiscientas mil pesetas (600.000 ptas.), siendo responsable civil subsidiario del pago el Estado, y a cargo de los condenados las costas procesales de la acusación particular. Dicha Sentencia fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por la representación legal de los acusados Luis Manuel y Eugenio, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Excmos.

Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes: I. ANTECEDENTES 1º.- Se acepta el relato de hechos declarados probados de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, el quince de febrero de dos mil uno, eliminando del mismo los siguientes extremos: 2º.- En el apartado 7º: "con el fin de quebrantar la voluntad de los detenidos y obtener de ellos información relativa a la organización terrorista ETA a la que estaban vinculados". Y el apartado 8º completo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO ÚNICO. Los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de torturas del art. 204 bis, "in fine", del Código Penal de 1973, del que vienen acusados Luis Manuel y Eugenio, pues no consta debidamente acreditado que las lesiones sufridas por los lesionados, señores Serafín y Domingo, les fueran causadas por agentes de la Guardia Civil con la finalidad de quebrantar su voluntad y obtener de ellos una información determinada, ni, por tanto, que los citados acusados, teniendo cabal conocimiento de ello, lo hubieran permitido "faltando a los deberes de su cargo". Por consiguiente, procede la libre absolución de los dos acusados, declarando de oficio las costas procesales (arts. 109 C. Penal de 1973 y art. 240.1º LECrim.).

III. FALLO Que absolvemos a los acusados Luis Manuel y Eugenio del delito de torturas del que venían acusados y condenados en la instancia y declaramos de oficio las costas procesales.

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

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2002

El Juzgado de Instrucción número 8 de los de Sabadell, instruyó Sumario con el número 1 de 1995, contra los procesados Ignacio , Rodolfo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera) que, con fecha veintiuno de febrero de dos mil uno, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: <<Se declara probado que: En el Cuartel de la Guardia Civil de Castellar del Vallés, sobre las 2,45 horas del día 19 de agosto de 1994, se recibió un aviso de alarma automática instalada en la gasolinera Truyols, situada a unos 200 metros del cuartel; el guardia civil que prestaba servicio en la puerta, dio aviso a la pareja formada por Rodolfo y Ignacio, mayores de edad y sin antecedentes penales, los cuales se dirigieron

a pie dada la escasa distancia, hasta la gasolinera, donde realmente se estaba cometiendo un robo, que ha sido juzgado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell, el cual dictó sentencia condenatoria en fecha 21 de diciembre de 1994, firme el día 24 de enero de 1995.

Los Guardias Civiles procesados, procedieron a la detención de Felipe y Millán a los que trasladaron a pie hasta las dependencias del Cuartel, debidamente esposados, y controlando cada Guardia Civil al correspondiente detenido, sujetándoles por las esposas, y por la ropa a la altura del cuello. Hacia la mitad de camino, en el cruce formado por las calles doctor Pujol y Francesc Layret, Millán dio una patada al guardia que le custodiaba, el cual creyó que intentaba huir, por lo que inmediatamente le redujo, tirándole al suelo, su compañero hizo lo mismo con Felipe, el cual también dio una patada y realizó un ademán que fue interpretado como intento de huida. Una vez en el suelo los detenidos, los Guardias Civiles, al detenido que respectivamente custodiaban, le propinaron una serie de golpes, por diversas partes del cuerpo. Resuelto el incidente, se dirigieron al Cuartel. Una vez en el mismo, y dado que carece de todo tipo de instalaciones que permitan albergar a los detenidos con un mínimo de garantías respecto a la comodidad personal, como para la seguridad que requiere toda detención. Felipe y Millán fueron sentados en un banco y sujetados a una barandilla con las esposas y como en esta situación armaban jaleo, decidieron tumbarlos en el suelo esposados con las manos en la espalda.

Sobre las 3'30 horas Millán comenzó a encontrarse mal, presentaba sudores y se quejaba. Dada la escasa dotación del Cuartel, que impedía trasladar al detenido hasta un centro médico, se llamó por teléfono al médico de guardia del ambulatoria de Castellar, y como no contestara, el procesado Ignacio se acercó hasta el ambulatorio, trasladando a la doctora Mariana al Cuartel, ésta atendió a ambos detenidos, especialmente a Millán en el que advirtió ciertos síntomas de problemas neurológicos, por lo que manifestó que había que trasladarlo a un centro médico para que lo examinaran correctamente, al manifestar los Guardias Civiles que no tenían dotación para acompañar al detenido y custodiar a Felipe, la doctora manifestó que no era urgente, si bien era necesario el traslado, decidiendo quedarse para controlar la evolución.

El procesado Rodolfo se puso en contacto con el comandante del puesto, que estaba de servicio en control de carreteras, al que contó que habían dos detenidos, que uno estaba enfermo y que ue la doctora decía que era necesario su traslado a un Centro Hospitalario, confirmado por la doctora que se podía esperar, el comandante ordenó que esperaran a la llegada para el traslado. Sobre las 5'30 horas llegó el comandante y en ese momento la doctora, que había examinado a Millán dijo que estaba grave, y que entonces sí era urgente el traslado a un Centro hospitalario, lo que se efectuó rápidamente. Siendo trasladado al Hospital Parc Taulí de Sabadell, donde ingresó en coma; posteriormente fue trasladado a Mutua de Terrasa, donde falleció a las 12 horas el día 20 de agosto.

La autopsia practicada determinó que la causa de la muerte fue una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda, por delante del pabellón auricular, que no causó lesión superficial del pabellón auricular, que no causó lesión superficial en forma de contusión cutánea. Por lo que el instrumento causante del impacto debía ser de superficie blanda y masa densa. Millán presentaba, además, contusiones y erosiones por diversas partes del cuerpo. Por su parte Felipe, también presentaba contusiones y erosiones por diversas partes del cuerpo. Tales lesiones eran tributarias de una primera asistencia facultativa.>> 2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: <<FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados Ignacio y Rodolfo de los delitos de Asesinato, Homicidio, Falsedad en documento oficial y torturas por los que venían acusados declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.>> 3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación de la acusación particular Mari Jose, Baltasar, Juan Antonio, que se tuvieron por anunciado, remitiéndose a esta Sala

Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la acusación particular Juan Antonio y Baltasar, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la Tutela Judicial efectiva consagrado en el art 24 de la Constitución Española.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del art. 406 con la concurrencia de la circunstancia de alevosía.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del art. 302.4 del Código Penal de 1973.

Y la representación de la acusación particular Mari Jose, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 24 de la Constitución Española, en cuanto al derecho a la Tutela Judicial, conforme al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 840 (se entiende 849).1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 406.1º del Código penal de 1973.

MOTIVO CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega falta de claridad en la sentencia.

5.- El Abogado del Estado en representación de la parte recurrida, se instruyó del recurso, impugnando el mismo. El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, inadmitiendo todos los motivos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 28 de noviembre de 2002

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRELIMINAR.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 21 de febrero de 2001 absolvió a los guardias civiles Ignacio y Rodolfo de los delitos de asesinato, homicidio, y otros de los que fueron acusados, respectivamente, por las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal.

Contra dicha sentencia se alzan las acusaciones particulares interponiendo ambas el presente recurso de casación, que articulan en cuatro motivos esencialmente coincidentes. El Ministerio Fiscal, en esta sede los impugna todos. Se examinan a continuación por su mismo orden.

RECURSO DE Juan Antonio Y Baltasar

PRIMERO-1.-Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia la vulneración del art. 24 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La sentencia impugnada es la tercera que se dicta por la Sala de instancia en la misma causa y así debía haberse hecho constar en los antecedentes.

Se alega en el motivo que sigue siendo insuficiente su motivación y se argumenta que el art. 9.3 de la Constitución es de más amplio espectro que la

presunción de inocencia y permite el control casacional tanto de los razonamientos que justifican condenas como de los que fundamentan absoluciones.

Se aduce, en concreto, que en el fundamento segundo, párrafo séptimo, de la sentencia recurrida se afirma que la valoración de la prueba practicada "no permite tener probado que una patada propinada por alguno de los procesados fuera la causante de la lesión" que produjo la muerte de Millán, a pesar de que en el factum se dice que..."una vez en el suelo los detenidos, los guardias civiles le propinaron una serie de golpes por diversas partes del cuerpo", y teniendo en cuenta que "la autopsia practicada determinó que la causa de la muerte fue una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda, por delante del pabellón auricular, que no causó lesión superficial en forma de contusión cutánea. Por lo que el instrumento causante del impacto debía ser de superficie blanda y masa densa. Se añade que la causa letal pudo haber sido la puntera de un zapato con empeine liso, como manifestó el forense en la ampliación de la autopsia, -coincidiendo con lo declarado por el otro detenido, compañero del interfecto,- afirmando que uno de los guardias civiles propinó una patada a aquel en la zona de la cabeza donde se originó la hemorragia epidural causante de la muerte.

2.- La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. (STC 55/87, de 13 de mayo, STS 1623/2001 de 18 de septiembre).

Como dijo la sentencia 186/1998, de 13 de febrero, en la que se citan las SSTC 1371987, 55/1987, 20/1993, 22/1994 y 102/1995, el deber judicial de motivar las sentencias es una garantía esencial del justiciable, directamente vinculada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que entronca simultáneamente con el sistema de recursos establecido por la ley a fin de que los tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la censura de aquéllos con el sometimiento de los jueces al imperio de la ley y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizada por el art. 9.3 de la Norma Fundamental. Ese deber se ha considerado siempre indiscutible -antes incluso de que el mismo se elevase al rango constitucional que hoy tiene,- en relación con la calificación jurídica de los hechos o, más exactamente, con la operación subsumidora en su más amplio sentido, pero sólo recientemente ha sido reconocido en relación con el proceso mental que lleva a la convicción del tribunal sobre los hechos que declara finalmente probados. Decisiva fue, en este sentido, la STC 174/1987 en la que, por primera vez se dijo que la motivación tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración.

No existe, desde luego, un derecho fundamental sobre la extensión de la motivación pero sí a que su razonamiento constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión (SSTC 8/2001, 13 de enero y 13/2001 de 29 de enero y STS 97/2002, de 29 de enero).

3.- Las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECr), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/98 recordada por la 1045/98 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio- "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal

es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto solo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución".

4.- La sentencia impugnada, como se dijo, es la tercera que la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera) dicta en la causa 1/95 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Sabadell, tras las correspondientes estimaciones por esta Sala de sucesivos recursos de casación por quebrantamiento de forma, la última por sentencia de 5 de diciembre de 2000, para que se dictara por la Audiencia otra suficientemente motivada sobre la relación de causalidad en el fallecimiento de Millán , hijo de los recurrentes. Se decía en el fundamento tercero, punto 4 de aquella sentencia de 5-12-2000 que en el presente caso la Audiencia pudo establecer, y así lo hizo constar en los hechos probados que, ante la agresión de los detenidos, los tiraron al suelo y que "una vez en el suelo los detenidos, los Guardias Civiles, al detenido que respectivamente custodiaban, le(s) propinaron una serie de golpes por diversas partes del cuerpo". Asimismo, el Tribunal a quo ha establecido que en el cuartel los detenidos fueron tumbados "en el suelo, esposados con las manos en la espalda".

Es evidente que la Audiencia no pudo probar el mecanismo que produjo la hemorragia epidural sin haber producido una lesión superficial cutánea. De esa manera ha podido descartar convincentemente la tesis de las acusaciones basada en que Ignacio propinó al occiso una patada en la región parietal. Sin embargo, el propio Tribunal a quo admite que el derrame epidural obedecía a una causa externa (ver Fº Jº segundo) y que debió ser producido de una manera diversa, es decir, con instrumento diverso de la patada. El razonamiento de la Audiencia se limita a rechazar la tesis de las acusaciones, pero omite totalmente considerar que -probados los malos tratos- era necesario demostrar que la causa de la muerta era distinta de ésta.

5.- En cumplimiento de lo ordenado por esta Sala la Audiencia razona en el fundamento tercero de su nueva sentencia que considera probado que cuando los procesados trasladaban a los detenidos a las dependencias policiales, se produjo un intento de fuga, que fue reprimido por los Agentes; en ese momento detenidos y agentes cayeron al suelo, y se produjo un intercambio de golpes, resultando con lesiones leves unos y otros.

Añade que descartada la tesis de las acusaciones de que la lesión letal del interfecto se produjo por una patada, cabía plantearse dos posibilidades. En primer lugar que en la caída Millán se golpeara contra el suelo, o contra alguna cosa que allí estuviera. Los forenses hablaron de esa probabilidad pero se inclinan por la tesis contraria de que el instrumento impactó contra la cabeza y no al contrario.

En segundo lugar razona que existía la otra posibilidad, que ya se tuvo en consideración por la Sala, "aunque no lo hiciera constar en la sentencia y que fue objeto de la pericial. Esta posibilidad -seguía la Sala- hace referencia al uso de las "defensas reglamentarias". Las características de las mismas podían coincidir con el medio descrito por los forenses, blando, más elástico que el cuero cabelludo y de superficie lisa".

Las acusaciones, sin embargo, nunca habían imputado el uso de las defensas, ni en el acto del juicio fue objeto de debate tal extremo; sólo los forenses fueron preguntados sobre la posibilidad de que pudiera ser la "defensa" el instrumento causante de la lesión.

"Resulta posible, que los procesados hicieran uso de la defensa para reducir a los acusados, y que al golpearlos con las mismas, uno de los golpes fuera a dar en la zona temporal izquierda de Millán, en el punto concreto que vulgarmente se conoce como "sien" que es especialmente vulnerable por la convergencia de 4 huesos, según explicaron los forenses, en el acto del juicio".

"Junto a ello, hay que tener en cuenta que el impacto exigido no debe revestir mucha violencia, y que el hecho, si es que se produjo, tuvo lugar, en zona no iluminada y mientas se está reprimiendo un intento de fuga".

Aunque el Tribunal sentenciador no descarta, en pura hipótesis, esta última versión no la considera probada pues no fue planteada por las acusaciones y ni siquiera fue objeto de debate en la acto del juicio oral , sin olvidar "que los forenses establecieron que los síntomas de la lesión aparecen habitualmente entre 4 a 8 horas, después de recibir el golpe; Millán fue detenido sobre las 2,45 horas del día 19 de agosto de 1994, y los síntomas aparecieron a las 3, 30 horas del mismo día, es decir tres cuartos de hora después de su detención, por lo que resulta posible que el golpe lo hubiera recibido antes de la detención".

6.- La Sala a quo niega, en resumen, por no considerarla probada, la tesis de las acusaciones de que fue la "patada" que propinó el acusado Ignacio a Millán la que le provocó la hemorragia epidural y, en definitiva, la muerte.

Argumenta que aun admitiendo que el guardia civil que custodiaba a Millán le diera una patada en la cabeza no se puede tener por probado que fuera la causa que produjo su muerte, atendiendo a la prueba pericial practicada en juicio oral, basada en los informes de los forenses, fundados en estudios que merecen el reconocimiento del Tribunal por su rigor y profesionalidad, destacando sus conclusiones que fueron: "A) El derrame epidural, obedecía a una causa externa, Millán , había recibido un impacto en la zona temporal izquierda, y en su punto concreto en el que convergen 4 huesos, lo que permite el hundimiento sin fractura, del hueso craneal, con desplazamiento de las meninges, causa productora de la hemorragia epidural.

B) por estas circunstancias, y la no existencia de lesión externa, el impacto no exige violencia excesiva, y el medio tiene que ser blando y más elástico, que el cuero cabelludo, y la superficie lisa. C) Con toda probabilidad el instrumento impactó contra la cabeza de Millán, y no éste contra el instrumento. D) Los síntomas de la lesión aparecen normalmente en el plazo de 4 a 8 horas, a contar desde el momento en que se recibe el golpe". (F.J.2) Estima la Sala que la valoración de estos datos "no permiten tener por probado que una patada propinada por alguno de los procesados fuera la causante de la lesión. Un zapato de las características de los que portaban, los reglamentarios, no reúne los requisitos que establecen los forenses respecto del medio comisivo. Por otro lado, el tiempo transcurrido entre la detención y los primeros síntomas presentados por Millán no coincide con el tiempo habitual establecido por los

forenses. Tampoco, una "patada" parece la mecánica más adecuada para producir la lesión descrita por los forenses, sobrepasa la violencia requerida, y parece lógico que hubiera causado alguna lesión externa, sobre todo en la oreja, que no presentaba lesión alguna.

La Sala concluye descartando por completo el ánimo de matar, sobre lo que se insistirá más adelante, en otro motivo.

La queja que se formula en éste no puede tener el éxito que correspondería a su sólido argumento, pues la motivación de la sentencia en una cuestión tan ardua y compleja constituye un análisis racional que permite conocer suficientemente los criterios fundamentadores de su decisión ya que no puede ser tachado de arbitrarios.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.-1.- Al amparo del art. 849.2º de la LECr, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en el informe médico-forense de autopsia y en el acta de ampliación y ratificación de dicho informe y en el informe de investigación interna de la guardia civil.

Se invoca doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de acreditar el error por los informes periciales equiparados, a estos efectos casacionales, a verdaderos documentos, para expresar, en definitiva, su discrepancia con la interpretación que de los mismos se hace por la Sala a quo pues "desde el punto de vista de la razón de la lógica no se entiende la valoración que efectúa la sentencia impugnada".

2.- La interpretación del art. 849.2º de la LECr., antes y después de la reforma operada en la casación por Ley de 27 de marzo de 1985, constituye un consolidado cuerpo de doctrina que exige, en síntesis, para su viabilidad, que el documento o documentos que se invocan sean una verdadera prueba documental y no de otra clase que acredite la equivocación del juzgador, que, no obstante, haya establecido como probado algún dato que contradiga al documento y, a su vez, que lo que éste acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. (Entre muchas, sentencias 496/99, 1130/2000, 498/2000, 2016/2001 y 1873/2002).

Aunque el concepto penal de documento se ha ensanchado (art. 26 CP), los informes periciales no son documentos estricto sensu., sino pericia documentada; tienen carácter personal, que no es equiparable a la documental, a los efectos de viabilizar la queja casacional, aunque en los últimos años, la jurisprudencia de esta Sala, se ha ido modulando, en casos de errores evidentes y para evitar la arbitrariedad proscrita constitucionalmente (art 9.3 CE), ampliando el ámbito del precepto más allá de su dicción literal, admitiendo la prueba pericial, a efectos casacionales, cuando haya un solo informe pericial, o varios coincidentes, y no existiendo otras pruebas sobre el mismo hecho, se acoge el dictamen pericial de modo incompleto, mutilado o fragmentario o se prescinda del mismo de modo irrazonable llegando a conclusiones diversas, opuestas o contrarias a las expuestas por los peritos.

El informe pericial tendría que evidenciar, en todo caso, el error de algún dato o elemento fáctico por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, sin necesidad de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y, a su vez, que ese dato no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La sentencia recurrida lejos de desconocer los informes periciales se apoya en ellos elogiando su rigor profesional y analizándolos de modo racional, como se puso de manifiesto en el fundamento anterior, valorándolos de acuerdo con la competencia que constitucional y procesalmente se le atribuye (arts. 117.3 CE y 741 LECr). Es de esa valoración de la que discrepan los recurrentes como de modo expreso se reconoce en el recurso.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.-1.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, de la circunstancia de alevosía del art. 406.1ª del CP de 1973 lo que implica, en el alegato de los recurrentes, la existencia de dolo, aunque sea eventual y la autoría conjunta de los dos acusados.

2.- La queja es inescindible de la formulada en los dos motivos anteriores y su análisis y valoración vienen condicionados por la desestimación de ambos. Los hechos probados permanecen intangibles, al no prosperar el motivo segundo, y en ese relato

fáctico inmodificado, hay que descartar el dolo homicida, directo o eventual, como correctamente estimó el Tribunal sentenciador por los razonamientos no arbitrarios que se examinaron, al desestimar el motivo primero.

Los hechos relatados en el factum han de respetarse en su integridad dado el cauce procesal que se invoca. Son morfológica y estructuralmente incompatibles con un delito doloso de homicidio pues no existe ni el más mínimo soporte fáctico del que pueda inferirse la intención homicida con dolo directo, ni tampoco la existencia de dolo eventual que requiere, según doctrina de esta Sala que, el autor conozca suficientemente el peligro concreto generado por su acción y que pone en riesgo específico a otro y, sin embargo, actúa conscientemente pues sabe lo que hace de tal suerte que de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable, de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima, lo que no ocurre, en modo alguno, en este caso (En este sentido SS 6 de junio y 26 de julio de 2000 y 17-5-2002).

La alevosía requiere como elemento normativo que se haya cometido con delito contra la personas y un elemento culpabilístico consistente en el ánimo de conseguir la muerte, negando a la víctima posibilidad alguna de defensa. Aunque predominantemente objetiva, también debe ser abarcada por el dolo del autor (S. 743/2002, de 26 de abril). Es claro, por lo expuesto, que no concurre en el caso enjuiciado.

El motivo no puede prosperar. Cuestión distinta es que los hechos probados permitan, sin alterarlos, la subsunción de los mismos en un ilícito penal, aunque sea a título de falta, que pueda ser imputado a los acusados sin vulnerar el principio acusatorio.

3.- En los hechos probados y en afirmaciones fácticas de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, se niega la relación causal entre el fallecimiento del interfecto y los golpes que le propinaron, como se dijo supra, pero reconocen que le produjeron -y también al otro detenido- contusiones y erosiones varias (fundamento

séptimo), estimando probado (fundamento octavo) "que en los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos una vez que los habían reducido como castigo del intento de fuga y de los golpes que recibieron los agentes al realizar la acción evasiva. Las lesiones presentadas por los detenidos, imputados a los procesados, consistían en contusiones y erosiones diversas por el cuerpo, que no precisaban para su curación más que una primera asistencia facultativa", según dicción literal del citado fundamento octavo en el que la Sala a quo añade acertadamente que el principio acusatorio no hubiera impedido condenar al acusado Ignacio por una falta de lesiones causadas a Millán , pero no era posible por no haberse podido determinar el autor concreto, lo que no es aceptable, como tampoco lo es, que no se hubiera podido condenar al otro acusado Rodolfo , por inexistencia de acusación.

4.- En el motivo cuarto del recurso de Mari Jose, como luego se verá, se denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.1º de la LECr, al no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados. Puede anticiparse que esa impugnación no podrá prosperar, aunque la sentencia, desde luego, podía haber sido más precisa concretando cuál de los dos guardias civiles golpeó, respectivamente, a cada uno de los dos detenidos.

Así las cosas la sentencia, considerada como un todo integrado, niega que el golpe sufrido por Millán que le produjo la hemorragia epidural y, en definitiva, la muerte, se pudiera atribuir a ninguno de los guardias civiles, ampliando para fundar su negativa los razonamientos de su motivación, como había ordenado esta Sala. El recurso, como antes se expuso, no puede prosperar en este extremo capital del dramático desenlace y ha de mantenerse la sentencia absolutoria. La Sala a quo no pudo superar la barrera infranqueable de la presunción de inocencia.

No ocurre igual con las lesiones, no causantes de la muerte, que los dos guardias civiles infligieron a los dos detenidos. La sentencia recurrida distingue con nitidez dos momentos en la agresión: a) los guardias civiles golpean a los dos detenidos, cuando tiene lugar el intercambio de golpes al producirse la detención y el intento de fuga, que la Sala a quo con acierto considera atípicos y b) los golpes que se producen después,

pues según el fundamento octavo " lo único que ha quedado probado es que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos una vez que los habían reducido y como castigo del intento de fuga y de los golpes que recibieron los agentes al realizar tal acción evasiva. Las lesiones presentadas por los detenidos, imputadas a los procesados, consistían en contusiones y erosiones diversas por el cuerpo, que no precisaban para su curación más que una primera asistencia facultativa".

5.- Las lesiones causadas a los dos detenidos por golpes innecesarios, excediéndose los guardias civiles en el ejercicio de sus atribuciones, son constitutivas de sendas faltas de lesiones previstas y penadas en el art. 582, párrafo primero, del CP de 1973 del que son autores los dos procesados, sin que sea obstáculo insalvable ni el principio acusatorio, ni las exigencias dogmáticas que configuran la coautoría.

El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución constituye, desde luego, una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92, 358/93 y STS 784/2002 de 3 de mayo). "El debate procesal -dice la STC 95/95 citando el F.J 2 de la STC 205/89 que, a su vez, había reiterado la STC 161/94-, vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración por la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse".

En este caso no hubo indefensión porque la acusación particular, representada por los padres del interfecto Juan Antonio y Baltasar , entre otros, calificó los hechos contra los dos procesados como un delito del art. 204 bis en relación el art. 582, ambos del CP de 1973. La inexistencia del delito de torturas, por la falta del elemento normativo de haberse perpetrado las lesiones con la finalidad de obtener una confesión, no impedía condenar por una infracción penal constitutiva de falta por las lesiones causadas sin aquella específica finalidad, pues el relato fáctico de la acusación comprendía las lesiones causadas (aunque incluyera también otra más grave que, a su juicio, causó la muerte de uno de los detenidos y fue calificada de asesinato).

Tampoco puede ser impedimento, en lo dogmático, para condenar por falta, la vacilación de la Sala a quo en la imputación individualizada de la autoría material de cada procesado en las lesiones causadas a cada uno de los dos detenidos. La autoría accesoria es perfectamente posible cuando uno de los autores actúa y el otro, como garante, omite impedir el resultado, dado el carácter de guardia civil de ambos acusados y más, en un caso como el enjuiciado, pues los dos estaban en posición de garantes y más todavía cuando la sentencia dice taxativamente "que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos".

La pena a imponer teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y de los culpables (art. 601 del CP de 1973, ahora art. 638 del CP de 1995) es la de uno a treinta días de arresto menor (art 30 y 582.1 del CP de 1973), estimándose proporcionada la de quince días de dicho arresto y vistas las penas señaladas en el art. 617. 1º del nuevo Código Penal.

Como responsabilidad civil, derivada de esa falta de lesiones, se fija la de 60.000 pts. (360), al perjudicado Felipe y en igual cantidad a los herederos de Millán a cargo de cada uno de los procesados, mancomunada y solidariamente, que asumirá el Estado, en su caso, como responsable civil subsidiario.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia la infracción por inaplicación indebida, del art. 302.4º del CP de 1973.

Se alega que los procesados, de común acuerdo, ocultaron en el atestado, como Instructor y Secretario del mismo, que los detenidos sufrieron agresiones y lesiones.

La queja no puede prosperar. En el atestado se hace constar el incidente ocurrido con motivo de la detención y que los agentes tuvieron que reducir a los presuntos autores de un robo en una gasolinera por medio de la fuerza ante la resistencia de los detenidos. Por otra parte no se respetan los hechos probados -inmodificados por el cauce procesal elegido- en los que se describe el intercambio de golpes entre los guardias civiles y los detenidos y las erosiones y contusiones referidos por estos por los que, en definitiva, son condenados en esta sentencia casacional por las razones expuestas en el fundamento anterior.

El motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE Mari Jose.

PRIMERO.-1.- Como acusación particular impugna también la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, articulando el recurso en cuatro motivos; el primero por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, por la vía del art.

5.4 de la LOPJ; el segundo por infracción de ley del art. 849.2º de la LECr por error de hecho en la apreciación de la prueba; el tercero por infracción de ley del art. 849.1º de la LECr, por inaplicación del art. 406.1º del CP de 1973; y el cuarto por quebrantamiento de forma.

2.- En los tres primeros motivos se reitera esencialmente, aunque de forma mucho más breve, queja, argumento y pretensión de los tres primeros motivos del recurso de la otra acusación particular (Millán).

Estos han de ser desestimados por las mismas razones expuestas en el análisis de aquellos, (con la salvedad de lo expuesto en el fundamento tercero, punto 5. de esta sentencia).

SEGUNDO 1.- En el cuarto motivo se denuncia quebrantamiento de forma del art. 851.1º de la LECr, por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados y, subsidiariamente, del art. 851.2º, por no hacer expresa relación de los hechos probados.

Se aduce que los hechos probados no contienen las lesiones específicas que sufrió Millán , lo que es de evidente importancia para determinar el hecho causante de la muerte.

2.- Las omisiones en el relato fáctico no afectan a su claridad. El Tribunal sólo puede hacer constar lo que se probó y no lo que las partes estiman que se debió tener por probado. Lo que se plantea en el motivo, es desde otra perspectiva, la misma cuestión medular de ambos recursos y lo había sido de los dos anteriores, como es la determinación de la causa de la muerte, ya analizada en esta sentencia.

3.- Para que pueda prosperar una impugnación casacional por este defecto procesal es necesario: a) que en la narración existan omisiones en puntos esenciales del relato histórico como antecedente obligado del silogismo judicial; b) que las omisiones -u oscuridades- guarden relación directa en la calificación jurídica de la sentencia; y c) que produzcan o provoquen un vacío descriptivo en los hechos probados. (En este sentido SSTS 783/1996 y 1406/2000, de 15 de septiembre).

Basta la lectura de los hechos probados para constatar que la combatida no incurrió en la omisión que se le reprocha ni tampoco en falta de claridad, aunque en este último aspecto, como adelantamos en el fundamento tercero, apartado 4, de esta sentencia casacional, la sentencia podría haber concretado más la individualizada participación física de cada procesado en las lesiones causadas a cada detenido, lo que no ha impedido que en casación se pueda condenar a los dos.

El motivo ha de ser desestimado.

FALLO:

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la acusación particular Juan Antonio y Baltasar , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera en causa seguida contra Ignacio y Rodolfo . Con declaración de oficio de las costas del presente recurso.

DESESTIMAMOS el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación de la acusación particular, Mari Jose.

Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar al Ministerio Fiscal y a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera con envío de las actuaciones e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Luis Puerta Luis D. Cándido Conde-Pumpido D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Ramón Soriano Soriano D. José Aparicio Calvo-Rubio SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil dos.

En la causa, sumario nº 1/95 incoada por el juzgado de Instrucción nº 8 de Sabadell, seguida por el delito de homicidio, falsedad, documental, torturas contra los procesados Ignacio de 26 años de edad, hijo de Jose Antonio y de Flor , natural de La Coruña, de profesión Guardia Civil; sin antecedentes penales, en libertad provisional por la presente causa, y Rodolfo , de 27 años de edad, hijo de Braulio y de Marí Juana natural de Terrassa (Barcelona), de profesión Guardia Civil, sin antecedentes penales, en libertad provisional por la presente causa, se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo- Rubio, se hace constar lo siguiente: I. ANTECEDENTES UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, y los de la precedente sentencia casacional.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la sentencia de instancia que no se opongan a al anterior sentencia de casación, especialmente al fundamento tercero, punto 5.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos de dos faltas de lesiones previstas y penadas en el párrafo primero del art. 582 del CP de 1973 de la que son autores los procesados Ignacio y Rodolfo .

III. FALLO Condenamos a Ignacio y a Rodolfo, a cada uno, a una pena de quince días de arresto menor, por cada una de las faltas de lesiones y a las costas correspondientes por mitad de un juicio de faltas. Ambos indemnizarán conjunta y solidariamente en sesenta mil ptas. (360) a Felipe y en igual cantidad de sesenta mil

pesetas (360) a los herederos de Millán, condenando al pago de dichas cantidades al Estado, como responsable civil subsidiario.

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

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2003

El Juzgado de Instrucción número 5 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado con el nº 121/94 contra Carlos Alberto que, una vez concluso remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que, con fecha 7 de febrero de 2000, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: Primero.- En los primeros minutos del día dos de febrero de 1984 fueron detenidos por miembros del Cuerpo Nacional de Policía, Baltasar y Juan en la calle Ledesma nº 2 de Bilbao cuando acaban de colocar un artefacto explosivo en la sede del Banco Nacional de París y posteriormente fueron conducidos como detenidos a la Jefatura de Superior de Policía, donde fueron sujetos a interrogatorio dirigido a obtener datos sobre el grupo “Iraultza” al que los detenidos supuestamente pertenecían.

Segundo.- Baltasar, en el curso del indicado interrogatorio en la madrugada y hasta las cinco horas, fue objeto por el encausado, Carlos Alberto, entonces jefe de operaciones de la brigada de información, como lo fue por otros policías no identificados, de golpes en la espalda, cuello y testículos. Hacia las ocho mañana se reanudó el interrogatorio, y mientras se le obligaba al detenido a mantenerse mirando a la pared y a una distancia de cuatro centímetros de la misma, durante largo tiempo el encausado, junto con otros, le propinó golpes en piernas y en los oídos. Al día siguiente, tres de febrero, tras haber sido visitado el Sr. Baltasar por la comisión judicial, formada por el Juez Instructor de guardia, el secretario judicial y médico forense, a quienes manifestó haber sido objeto de malos tratos, Carlos Alberto practicó con el detenido un

simulacro de castración, y le dijo que a su padre y a su novia les iban a detener y atentar contra su vida, a la vez que era golpeado por el encausado, y otros policías, en diversas partes del cuerpo, y específicamente en lo testículos, durante varios minutos.

Tercero. - Juan cuando llegó a los calabozos, fue interrogado golpeándole repetidamente, aplicándosele electrodos en las manos, mientras permanecía vendado o encapuchado, por agentes policiales que no se identifican. Por la tarde del mismo día dos de febrero, fue obligado por el encausado, Carlos Alberto, y por otros policías, a realizar varios "ejercicios físicos" mientras era interrogado, siendo golpeado, y llegándole a decir el encausado que le iban a hacer a su madre todo lo que estaban haciendo a él.

Cuarto.- El día tres de febrero de 1984, Juan fue conducido en automóvil a Burgos por dos agentes policiales ajenos al asunto que ahora se enjuicia, y después de varias incidencias le volvieron a Bilbao, donde fue conducido a la Casa de Socorro, y al día siguiente, cuatro de febrero, fue trasladado a las dependencias de la Dirección General de Seguridad de Madrid, donde, al ingresar, Juan presentaba una serie de lesiones que no pueden discernirse de las que sufrió al caerse con dos funcionarios de policía cuando pararon en Briviesca, camino de vuelta de Burgos a Bilbao.

Quinto.- El día cinco de febrero fue trasladado Baltasar a las dependencias de la Dirección General de Seguridad, sin que entonces constaran lesiones de origen traumático."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar como condenamos a Carlos Alberto, como autor responsable de dos delitos de torturas, concurriendo la circunstancia atenuante por analogía de dilaciones indebidas, a la pena de dos meses de arresto mayor y de dos años de suspensión para las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y otras análogas, por cada uno de ellos, con las accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio, y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas privativas de libertad.

Debemos absolver como absolvemos a Carlos Alberto de los delitos de amenazas y de la falta de lesiones de que venía acusado, Asimismo condenamos a que indemnice en la cantidad de seiscientas mil pesetas (600.000 pta.-) a Baltasar, solidariamente con Ricardo y Eugenio de la Morena, y en la cantidad de trescientas mil pesetas (300.000 pta.-) a Juan , solidariamente con Adolfo , indemnizaciones de las que es responsable civil subsidiario el Estado, más los intereses legales procesales, Pronunciamos a cargo del condenado el pago de las costas procesales, en una sexta parte las causadas hasta la sentencia de casación en esta causa, y en el íntegro con posterioridad, siempre incluyendo las de la acusación particular.

Tramítese la oportuna pieza de responsabilidad civil en la que recaiga Auto que declare la solvencia o insolvencia del condenado.

Líbrese, y previo testimonio en el Rollo, inclúyase en el libro de sentencias, notificándose a las partes y remitiéndose copia a la Dirección General de la Policía, con la advertencia de que no es firme, puesto que cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante presentación de escrito de preparación en esta Sala dentro del término de quinto día."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado Carlos Alberto, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Carlos Alberto , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.1 y 2 de la CE, tutela judicial efectiva. Segundo.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del art. 24 de la CE, principio acusatorio y estar debidamente informado de la acusación. Tercero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24. 2 de la CE, presunción de inocencia.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la deliberación y votación el día 25 de marzo del año 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a D. Carlos Alberto como autor de dos delitos de torturas con resultado de lesiones leves. En febrero de 1984 fueron detenidas dos personas cuando acababan de colocar un artefacto explosivo en unas oficinas bancarias. Trasladados a dependencias policiales en Bilbao, fueron interrogados y golpeados antes de ser llevados a Madrid.

Se dictó una primera sentencia en la Audiencia Provincial de Vizcaya que condenó a dos funcionarios y absolvió a dicho Carlos Alberto por considerar prescritos respecto de éste los delitos de que era acusado. Recurrida esta sentencia en casación, se estimó el recurso en el sentido de considerar que tal prescripción no existió y se ordenó celebrar juicio oral contra el referido Sr. Carlos Alberto, tras el cual se dictó la sentencia aquí recurrida, que condenó a las penas de dos

meses de arresto mayor y dos años de suspensión para las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otras análogas, por considerar concurrente una circunstancia atenuante analógica por las dilaciones indebidas que existieron en el proceso penal.

Dicho condenado recurre ahora en casación por tres motivos que hemos de rechazar.

SEGUNDO.- En el motivo 1º por la vía del art. 5.4 LOPJ se alega vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación del art. 24.1 y 2 CE. Se denuncia indefensión por no haberse precisado debidamente la acusación en el procedimiento finalmente seguido únicamente contra Carlos Alberto , pues había transcurrido mucho tiempo desde los escritos de acusación iniciales y sobre

todo había habido otro juicio oral anterior con una sentencia que condenó a otros dos. Por todo ello, no pudo conocer con precisión la defensa de Carlos Alberto, en la última fase del procedimiento en la instancia, de qué se le acusaba.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, no tiene razón el recurrente, pues la sentencia anterior de esta sala que declaró la inexistencia de prescripción de los delitos acordó la retroacción del procedimiento al momento de la celebración del juicio oral con magistrados diferentes. El pronunciamiento era claro, y tal retroacción llevaba consigo la plena validez del procedimiento hasta ese momento de iniciación de los trámites para el plenario contra Carlos Alberto, indudablemente por los hechos y responsabilidades que contra éste se afirmaban en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y parte querellante. Además, al inicio del juicio oral se planteó esta cuestión y el Ministerio Fiscal manifestó que mantenía en ese momento el escrito de acusación. Antes la defensa del Sr. Carlos Alberto había presentado escrito, con fecha 25.1.2000, al que replicó el Ministerio Fiscal mediante otro de 28 del mismo mes y año dejando aclarada la cuestión en los términos expuestos: validez de las conclusiones provisionales, las únicas que había, sin perjuicio de modificarlas luego en el trámite correspondiente del plenario, si fuera procedente.

Así pues, no cabe pensar que hubiera motivo alguno para que la parte pudiera dudar respecto del contenido de las acusaciones vigentes en ese momento contra D. Humberto. Ninguna anomalía, pues, existió en el planteamiento de las acusaciones formuladas, las mismas, por cierto, que en esencia fueron mantenidas hasta el final, siendo la sentencia coincidente con las peticiones condenatorias del Ministerio Fiscal.

Es claro que ninguna indefensión existió en este punto.

TERCERO.- En el motivo 2º, por la misma vía del art. 5.4 de la LOPJ, se impugna la sentencia recurrida por violación del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación.

Pretende el recurrente que en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal los hechos por los que luego Carlos Alberto fue condenado no se imputaron a ninguna persona. Se dice (página. 34 del escrito de recurso) que "en el escrito de conclusiones

elaborado por el Ministerio Público el Sr. Carlos Alberto no es acusado de ninguno de ellos". Parece que se refiere a las conclusiones del Ministerio Fiscal formuladas tras la prueba del primer juicio oral (página. 21 del acta correspondiente) donde se hace constar que retira toda referencia a Carlos Alberto. Tales conclusiones del Ministerio Fiscal se refieren exclusivamente a ese concreto juicio oral en el que acabó dirigiendo sólo el procedimiento contra D. Ricardo y D. Eugenio de la Morena, y no contra dicho Carlos Alberto. Recurrió en casación la acusación particular, se estimó este recurso y se declaró no prescrita la responsabilidad penal de éste último. Y ya hemos dicho antes cómo el Tribunal Supremo ordenó celebrar juicio oral contra dicho Carlos Alberto y cómo quedaron constituidas las acusaciones que conformaron el objeto del enjuiciamiento de este último, las del Ministerio Fiscal y de la acusación particular tal y como habían sido inicialmente formuladas en los correspondientes escritos de acusación, que aparecen a los folios 785 y ss. (Reproducción de los 375 y ss), el del Ministerio Fiscal; y a los folios 823 y ss., el de la acusación particular. Basta leer el relato de hechos que en ese escrito nos hace el Ministerio Fiscal para comprobar cómo repetidamente aparece Carlos Alberto como autor de muy variados golpes en diferentes ocasiones contra los dos detenidos cuando eran interrogados y la presencia en estos interrogatorios de dicho Carlos Alberto.

En modo alguno cabe hablar de vulneración del principio acusatorio ni del derecho a ser informado de la acusación.

CUARTO.- En el motivo 3º, asimismo por esta vía del art. 5.4 LOPJ, se alega de nuevo vulneración de precepto constitucional, ahora del art. 24.2 en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia, por considerar que no hubo prueba ni respecto de su participación en los hechos por los que aparece condenado ni tampoco de la existencia del delito.

La sentencia recurrida, cumpliendo de modo adecuado con su deber de motivación fáctica, nos dice la prueba utilizada para condenar al recurrente.

A) Por un lado, al examinar en el fundamento de derecho 2º las cuestiones previas propuestas por la defensa del acusado, cuando se refiere a la pretendida nulidad de la rueda de identificación, expone con claridad la prueba con que contó para justificar la intervención de Carlos Alberto en los malos tratos sufridos por Baltasar y Juan.

Ciertamente la rueda de identificación (folio 326), practicada con resultado positivo en el Juzgado correspondiente con asistencia letrada, ha de considerarse válida, sin que, como bien dice el Ministerio Fiscal, puede tener relevancia alguna la protesta del abogado de la defensa en que se hacía constar su disconformidad con la formación de la rueda por las características de las personas que en tal diligencia participaron.

En todo caso hay que tener en cuenta la importancia secundaria de esta actuación sumarial, ya que la identificación del ahora recurrente se había producido de modo casual por los propios acusados cuando Juan, en prisión en Herrera de la Mancha, vio en un periódico la fotografía de Carlos Alberto reconociéndole de inmediato como quien había dirigido y participado en los malos tratos recibidos años antes en la comisaría de Bilbao. Se lo contó a Baltasar que estaba en el mismo módulo del referido centro penitenciario y ambos se lo comunicaron a sus letrados. Así aparece narrado en las declaraciones de ambos al testificar en el juicio oral. Y así lo creyó la Audiencia Provincial y por eso nos dice en tal fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida que la misma rueda de reconocimiento no es la prueba de cargo, sino que únicamente sirve de complemento a la declaración de los testigos que lo habían identificado ya antes y lo hicieron luego en el juicio oral.

Ciertamente, aparte de que la exhibición de una fotografía hecha por la policía voluntariamente antes de una rueda de reconocimiento no es razón suficiente para invalidar la eficacia de tal medio de identificación del delincuente, según reiterada doctrina de esta sala que la propia sentencia recurrida recoge, menos aún puede hacerlo la antes descrita casualidad al verla en un medio informativo. Es más, tal forma de llegar a conocer la identidad de quien los maltrató, después de varios años de ocurrido el suceso, puede ser un dato más en pro de la credibilidad de los testigos.

B) Y en cuanto a la realidad del delito, es decir, en cuanto a que ciertamente existieron esos malos tratos en la forma, circunstancias y ocasiones en que se describen en los hechos probados, nos remitimos a lo que, de modo extenso y bien razonado, nos dice el fundamento de derecho 3º de la resolución aquí impugnada, que hace un estudio minucioso de la doctrina jurisprudencial sobre la aptitud de las declaraciones de las víctimas como prueba de cargo, particularmente en los hechos, como los aquí examinados, en que sólo están presentes sus autores y las personas ofendidas. La aplicación de tal doctrina al caso es un modelo de argumentación minuciosa y acertada a juicio de esta sala que en esta instancia de la casación sólo puede examinar la razonabilidad de tal argumentación cuando se trata de pruebas obtenidas y aportadas lícitamente al proceso, como lo fueron las declaraciones testificales de Baltasar y Juan que fueron realizadas con las garantías propias del acto solemne del juicio oral.

Ciertamente una condena con estas pruebas fue respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

También este motivo 3º, único que nos quedaba por examinar, ha de rechazarse.

FALLO:

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Carlos Alberto contra la sentencia que le condenó por dos delitos de torturas, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha siete de febrero de dos mil , imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2003

El Juzgado de Instrucción número 26 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el nº 3100/94 contra Juan Manuel, Luis Enrique, Víctor, Juan Miguel y Donato, que, una vez concluso remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ésta misma capital que, con fecha 5 de julio de 2000, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- Sobre las 12,30 horas del día 22 de mayo de 1994, Eduardo, persona nerviosa de temperamento, con rasgos pronunciados de autovaloración e ideal de justicia, acudió a bordo de un vehículo Talbot Samba D-....-dd , a la Comisaría de Policía del Distrito de Usera con el fin de interponer una denuncia motivada por un incidente de tráfico, en el que instantes antes había resultado involucrado, procediendo a estacionar su vehículo en los aparcamientos oficiales de la Comisaría con la finalidad de que los agentes tuviesen la posibilidad de ver los desperfectos que sufría su vehículo. Tal acción le fue, enseguida, desautorizada por el acusado Juan Manuel, Policía Nacional nº NUM000, que se hallaba prestando servicio de seguridad en la puerta de la comisaría con su armamento reglamentario a tal fin. Ante la llamada de atención que se le efectuó, el Sr. Eduardo quitó su vehículo del lugar y le dio la vuela aparcándolo enfrente de la Comisaría, siendo nuevamente recriminada su acción por el citado acusado e incitándolo a que lo retirara de ese lugar, lo que motivó, que se entablase, a las puertas de la Comisaría, una fuerte discusión, en parte debida al estado de excitación que el Sr. Eduardo traía, aumentado por la firme actitud del acusado, quién llegó a ponerle la mano encima, provocando, que el Sr. Eduardo llegara a golpear al acusado, dándole una patada, con la puntera de su calzado en los testículos. Ello provocó que el acusado se dirigiera al interior de la Comisaría, mientras el Sr. Eduardo se introducía en su vehículo con intención de marcharse del lugar, solicitando la ayuda del también acusado Luis Enrique, policía Nacional nº NUM001, que prestaba servicio en la mesa de recepción de la citada Comisaría, saliendo ambos a la calle, y dirigiéndose al vehículo del Sr. Eduardo, procedieron a sacarlo del mismo, reduciéndolo y llevándolo al interior de la Comisaría entre empujones, golpes y forcejeo recíprocos,

lo que motivó que los citados acusados sufrieran lesiones que fueron lugar a otro procedimiento, seguido al margen de la presente causa.

Una vez en el interior de la Comisaría, a la que llegaron con la ayuda de un tercer miembro de la Policía Nacional no identificado, en unión de otros funcionarios policiales allí presentes, los citados acusados, en unión de éstos que no han podido ser identificados, golpearon al Sr. Eduardo dándole diversos puñetazos y patadas, incluso utilizando sus defensas reglamentarias hasta conseguir reducirlo y esposarlo a una barra, sin que conste que utilizaron un subfusil reglamentario en tal acción, ocasionándole las siguientes lesiones:

-Herida inciso-contusa en el labio inferior de la boca.

-Herida inciso-contusa en cara anterior de la pierna derecha.

- Fisura hepática con producción de hemoperitoneo.

- Fractura costal (novena derecha).

- Neumotorax derecho.

- Contusiones múltiples en extremidades superiores y tronco.

Las citadas lesiones afectaron a zonas de gran funcionalidad vital, como el hemitorax derecho y el del lesionado al hospital Universitario "Doce de Octubre", donde al día siguiente de los hechos relatados, se le practicó intervención quirúrgica, estando hospitalizado hasta el día 22 de junio, de suerte que las lesiones sufridas requirieron para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, de tratamiento médico y quirúrgico, consistente en intervención para suturar las heridas hepáticas, así como la implantación de drenajes abdominales torácico (en hemitorax derecho), de suerte que tras el alta hospitalaria precisó durante 45 días de tratamiento y cuidados médicos, estando impedido durante dicho tiempo para sus ocupaciones habituales, y, quedando como secuelas:

-Cicatriz de laparotomia de unos 15 cms, en mesogastrio (hipocondrio derecho).

- Cicatrices abdominales de drenajes quirúrgicos de 4 y 3 cms.

- Cicatrices de drenajes quirúrgicos de 3,5 y 3 cm en región axilar derecha.

- Cicatriz de 5 cm en cara anterior de la pierna izquierda.

Una vez dada el alta definitiva, y debido a su estado de ánimo y emocional, requirió, y le fueron prestados, los servicios del Doctor Luis Andrés, quien durante dos años, y en sesiones independientes, le atendió como médico cuasi familiar, del trastorno psíquico que le produjeron los hechos relatados, hasta lograr un equilibrio emocional que le permitiere desenvolverse, en su normal actividad. El importe de dicha atención ascendió a la suma de 490.225 pts. según facturas que obran en autos."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: En atención a todo lo expuesto este Tribunal HA DECIDIDO:

1. ABSOLVER a los acusados Víctor, Juan Miguel y Donato del delito por el que venían acusados por la Acusación Particular, con declaración de oficio de las 3/5 partes de las costas del juicio.

2. CONDENAR a los acusados Juan Manuel y Luis Enrique como autores, criminalmente responsables, de un delito de lesiones del art. 420 párrafo primero del Código Penal de 1973, según redacción dada por L.O. 3/89 ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 meses y 1 día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo de condena, a cada uno de ellos, al pago de una quinta parte de las costas del juicio, incluidas las de la Acusación Particular, cada uno, y a que indemnicen, conjunta y solidariamente a Eduardo en la suma de 3.500.000 pts, cantidad resultante de la suma de los conceptos desglosados que figuran en el sexto fundamento jurídico de la presente resolución, al Dr. Luis Andrés en la suma de 490.225 pts. y al INSALUD en la suma de 1.361.996 pts., por los conceptos ya mencionados en dicho fundamento jurídico, cantidades de las que responderá en concepto de responsable civil subsidiario el Ministerio del Interior."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el MINISTERIO FISCAL, el

acusado D. Juan Manuel y la Acusación Particular D. Eduardo, 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 el recurso.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación del subtipo agravado previsto en el art. 421.1ª del CP de 1973 reformado por Ley de 1989. Segundo.- Al amparo del art. 849.1º LECr se denuncia la indebida inaplicación de la agravante de alevosía prevista en el art. 10.1ª CP. Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECr, inaplicación agravante descrita en el art. 10.1ª CP 73 de prevalimiento del carácter público del culpable.

5.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Juan Manuel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia aplicación indebida del art. 420.1º en relación con el art. 1.2 del CP de 1973 (redacción de 1989), así como error en la apreciación de la prueba. Segundo.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia, así como la obligación de motivación de las resoluciones judiciales que consagra el 120.3ª.

6.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Eduardo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación del art. 421.1º Segundo.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación del art. 421.3ª CP de 1973 por entender que se empleó tortura en la causación de las lesiones. Tercero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación art. 10.1ª CP 73. Cuarto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación art. 10.10ª CP 73. Quinto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación de la circunstancia agravante nº 5ª del art. 10.

Sexto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación de la agravante de cuadrilla del art. 10.13ª del CP. Séptimo.- Infracción de

ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia subsidiariamente la inaplicación del art. 10.8ª del CP 1973.

Octavo.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación del art. 103 CP. Noveno.- Infracción de ley, con base en el nº 2 del art. 849 LECr, denuncia error en la apreciación de la prueba. Décimo.- Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º LECr, contradicción en el relato de hechos probados.

7.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista, cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la vista el día 12 de septiembre del año 2002, con la asistencia de: el letrado D. José León Solis en defensa del Sr. Juan Manuel quien sostiene el recurso informando, el Letrado D. Juan José García Carretero quien en defensa de la Acusación Particular Sr. Eduardo, sostiene el recurso informando. Por la defensa del letrado del acusado, se adhiere a lo manifestado por la defensa del otro condenado respecto a la impugnación de la Acusación particular y del Ministerio Fiscal; la letrado Dª Mª Jesús Calvo Martín quien en defensa del Sr. Luis Enrique , impugnó únicamente el recurso de la Acusación particular y Ministerio Fiscal, informando. Por el Sr. Víctor y otros, asiste el Letrado D. Vicente Javier García Linares quien impugnó también los recursos del Ministerio Fiscal y Acusación particular; el Ministerio Fiscal impugnó el recurso del condenado. Posteriormente se ratifica en su recurso informando sobre los motivos alegados, respecto del recurso de la acusación particular se ratifica en su escrito de apoyo parcial. No asistió el Abogado del Estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a los funcionarios de la Policía Nacional D. Juan Manuel y D. Luis Enrique como autores de un delito de lesiones del art. 420.1 CP 73, por las causadas en la comisaría del distrito de Usera (Madrid) a D. Eduardo sobre el mediodía del 22 de mayo de 1994.

Hubo un grave incidente, que comenzó en la calle, en el que el guardia de puertas (Sr. Juan Manuel) puso la mano encima a dicho Sr. Eduardo que reaccionó con una patada en los testículos contra el mencionado funcionario, éste solicitó la ayuda del compañero que estaba prestando sus servicios en el interior (Sr. Luis Enrique), y entre los dos consiguieron sacar al Sr. Eduardo de su coche y llevarlo al interior del centro oficial entre empujones, golpes y forcejeos recíprocos, lo que motivó que este último (Sr. Eduardo) fuera condenado luego en juicio de faltas por las lesiones sufridas por el referido guardia de puertas.

Los dos referidos policías consiguieron introducir en comisaría al autor de la referida patada con la ayuda de otro funcionario no identificado.

Ya en el interior sigue el incidente en el que ahora intervienen otros policías tampoco identificados.

Los dos citados acusados, en unión de estos otros no identificados, "golpearon

al Sr. Eduardo dándole diversos puñetazos y patadas, incluso utilizando sus defensas reglamentarias hasta conseguir reducirlo y esposarlo a una barra, sin que conste que utilizaran un subfusil reglamentario en tal acción".

Le ocasionaron diversas lesiones en la boca, en la cara anterior de la pierna derecha, contusiones múltiples en extremidades superiores y tronco, fractura costal con neumotórax derecho y fisura en el hígado con hemoperitoneo, estas dos últimas muy graves, tanto que precisaron una intervención quirúrgica, practicada al día siguiente en el hospital "Doce de Octubre", para suturar la herida hepática e implantar los oportunos drenajes en el pulmón. Tras un mes de hospitalización, necesitó cuarenta y cinco días más de cuidados médicos y le quedaron como secuelas las correspondientes cicatrices quirúrgicas además de otra de cinco centímetros en una pierna.

Dada el alta definitiva, necesitó servicios médicos durante dos años por el trastorno psíquico que le produjeron los hechos relatados hasta lograr un equilibrio emocional que le permite hacer vida normal.

Recurren ahora en casación uno de tales dos condenados, el Sr. Juan Manuel , el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Tal y como razonamos a continuación, sólo han de estimarse el motivo 9º y parcialmente el 8º de los diez formulados por la defensa del perjudicado, ambos relacionados con el tema de la responsabilidad civil.

Recurso de D. Juan Manuel.

SEGUNDO.- Se ampara en dos motivos, en los que respectivamente se alega infracción de ley y de precepto constitucional, el primero fundado en el art. 849.1º LECr y el segundo en el art. 5.4 LOPJ.

Como son diversas las cuestiones planteadas, es necesario tratar aquí cada una de ellas por separado.

TERCERO.- 1. En primer lugar vamos a referirnos a un tema de carácter procesal, planteado en el motivo 1º y en el que, en síntesis, se alega vulneración del necesario respeto a la eficacia de cosa juzgada que tendría que producir una sentencia dictada en juicio de faltas, la nº 495/94, por el mismo juzgado que actuó como instructor en la presente causa, el nº 26 de Madrid, en la que, como ya hemos dicho, el Sr. Eduardo fue condenado como autor de una falta de lesiones por las producidas como consecuencia del golpe dado al Sr. Juan Manuel, aquí recurrente, en sus testículos.

2. La eficacia de cosa juzgada material consiste en aquella que producen las sentencias de fondo (en derecho penal lo son todas, habiendo quedado suprimida la absolución en la instancia) y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre), por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado.

En otras ramas del derecho puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo, o prejudicialidad, cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso ha de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior.

Pero esta eficacia de la cosa juzgada material, no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la L.E.Cr.), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, consistente simplemente en que, una vez resuelta por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho contra la misma persona, pues aparece reconocido, como una de las garantías del acusado, el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos.

Tal derecho, que es una manifestación del principio "non bis in ídem" en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de la C.E. y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Ley Fundamental, en relación con el art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1.966, ratificado por España, que dice literalmente así:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

Si, pese a la prohibición de seguirse causa contra una persona ya juzgada anteriormente por el mismo hecho -condenada o absuelta-, el segundo proceso se inicia,

en cualquier momento de este último cabe plantear y resolver su exclusión del mismo, bien en la llamada fase intermedia como artículo de previo pronunciamiento (art. 666-2ª de la L.E.Cr.), bien en el seno del propio juicio oral a resolver en sentencia (arts. 676 y 678 de la misma ley), bien antes, en cualquier fase de la instrucción de la causa, bien después,a través del recurso de casación, utilizando en este último caso el cauce del art. 5.4 de la L.O.P.J. y del 852 LECr.

Sin embargo, siempre, han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a la vez, los límites de su aplicación, los cuales se deducen de lo antes expuesto.

Tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó (o absolvió) en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción (sujeto activo), ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación.

La acusación en el proceso penal la ejerce, por regla general, el Ministerio Fiscal, lo que, por esta misma circunstancia, es un elemento indiferente a los efectos aquí examinados.

Si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción penal en el nuevo proceso, máxime cuando

nuestro derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Por razón semejante tampoco tiene eficacia alguna, en orden a impedir la producción de la cosa juzgada material, la norma penal en que se funda la acusación. Por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona, no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito diferente.

Lo antes expuesto son criterios pacíficamente admitidos en la doctrina que enlazan con lo que esta Sala ha venido proclamando en esta material en sentencias de 24-9-81, 3-3-83, 24-4- 84, 24-11-87, 29-4-93, 12-12-94 y 16-2-95, entre otras muchas.

3. A la vista de la doctrina que acabamos de exponer, queda claro que la institución de la cosa juzgada nada tiene que ver con el caso aquí examinado:

A) En primer lugar, porque, respecto de los hechos probados, entre aquella sentencia de juicio de faltas y la aquí recurrida no hay ninguna contradicción.

B) En segundo lugar, porque aquella sentencia que condenó al Sr. Eduardo no puede tener eficacia de cosa juzgada material de carácter perjudicial, conforme acabamos de explicar.

C) Y finalmente, porque, aunque existe una identidad parcial en cuanto al hecho enjuiciado en uno y otro proceso, es claro que hay diversidad entre los respectivos objetos de estas dos causas penales, en cuanto a la persona del imputado y en cuanto al hecho concreto por el que en cada uno fue acusado: el juicio de faltas se dirigió contra Eduardo por el golpe en los testículos dado al policía, mientras que el presente procedimiento va contra Juan Manuel y otros compañeros policías por las lesiones causadas a aquél.

4. La conclusión ha de ser la ya indicada antes: nada tiene que ver la institución de la cosa juzgada con el presente caso.

CUARTO.- También se denuncia en este recurso de D. Juan Manuel, particularmente en el motivo 2º, falta de motivación (art. 120.3 CE) en relación con las

pruebas utilizadas para condenar. Carece de fundamento esta impugnación. Entendemos que es suficiente, como motivación fáctica de la sentencia recurrida, lo expuesto en el fundamento de derecho 1º en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos, y en el párrafo 1º del fundamento de derecho 4º con relación a la participación en los mismos de los dos condenados.

QUINTO.- También se alega aquí como infringido el derecho a la presunción de inocencia. El recurrente hace un examen minucioso de toda la prueba practicada con expresa referencia a diferentes declaraciones y a cada una de las lesiones sufridas por D. Eduardo, todo ello con la pretensión de hacernos ver que los hechos no ocurrieron como los narra la sentencia recurrida, sino que hubo una caída al suelo de dicho Sr. Eduardo, cuando se le trataba de sujetar y reducir por los funcionarios de policía, que provocó el que cayera encima de él, el Sr. Juan Manuel, impactando la rodilla de éste contra el cuerpo de aquél. Esta cuestión es explicada en la sentencia recurrida de modo razonable en el párrafo 3º del fundamento de derecho 1º en términos que ahora no hemos de repetir aquí. A lo allí expuesto nos remitimos.

Y en cuanto a lo demás, sólo hemos de decir ahora que hubo prueba acreditativa de la forma en que ocurrieron los hechos y de la participación de los dos condenados en los mismos, tal y como nos dice la propia sentencia recurrida en los ya mencionados fundamentos de derecho 1º y 4º. Baste decir en este momento que la prueba fundamental consistió en las declaraciones de la víctima (y en las prestadas por los propios policías condenados en cuanto que reconocieron haber intervenido en el incidente), corroborada por los numerosos informes médicos -folios 17, 18, 321 a 325, 335 y 423 a 437 de las diligencias previas y declaraciones de los dos forenses que aparecen como última prueba de las practicadas en el juicio oral- que ponen de manifiesto las lesiones sufridas por Eduardo , singularmente grave por lo que se refiere a las del pecho (fractura de costilla con neumotórax derecho) y del abdomen (fisura de hígado con hemorragia interna), que nadie discute se produjeron en ese incidente que ocurrió en los locales de la comisaría de Usera sobre el mediodía del 22 de mayo de 1994.

SEXTO.- Hay una particular referencia en el encabezamiento del motivo 1º a la presunción de inocencia en relación con el dolo que siempre ha de concurrir en estos delitos de lesiones.

Se habla de lesión del derecho a la presunción de inocencia con relación a este extremo. Pero ello se hace, según deducimos del contenido de las diferentes alegaciones que en este recurso se han formulado, con la misma argumentación antes referida, por la que se quiere relacionar cada una de esas lesiones de Eduardo con la mencionada caída al suelo de éste y de Juan Manuel que lo estaba sujetando. No hubo dolo, parece que se quiere decir, porque existió un caso fortuito -esa caída como causa de las lesiones sufridas por aquél.

Repetimos: consideramos razonable la argumentación que al respecto nos ofrece la sentencia recurrida en el párrafo 3º de su fundamento de derecho 1º.

SÉPTIMO.- Tenemos que referirnos aquí a lo que se dice en el motivo 1º, particularmente en su párrafo inicial, cuando se habla de error en la apreciación de la prueba, que es el contenido del nº 2º del art. 849 LECr.

Pero este motivo 1º aparece fundado en el nº 1º del mismo art. 849; aunque no es necesario acudir a razones formales para rechazar esta argumentación.

Parece que se alega aquí el mencionado error en la apreciación de la prueba como si el motivo estuviera amparado en ese nº 2º del art. 849, porque a continuación se hace una relación de documentos con los que se quisiera fundamentar ese pretendido error. Tales documentos son los siguientes:

A) Sentencia 374/94 del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid. Es la dictada en el juicio de faltas a la que nos hemos referido antes a propósito de las alegaciones formuladas sobre la cosa juzgada.

B) Actas del juicio oral. No dice más. Parece referirse a las declaraciones efectuadas en dicho juicio y demás pruebas sobre las que luego se expresa con detalle en el desarrollo del motivo para argumentar en favor de esa caída a la que ya

repetidamente nos hemos referido. Esas pruebas que aparecen recogidas en el juicio oral no tienen el carácter de documento a los efectos del art. 849.2º LECr.

C) Parte de lesiones del folio 13 sobre las sufridas por D. Eduardo, expedido por la doctora Dª Irene. Se trata del parte médico referido a la asistencia inicial prestada en los mismos locales de la comisaría de Usera a los pocos minutos de haberse producido tales lesiones, parte médico, necesariamente incompleto, que ha de ponerse en relación con los posteriores informes sobre la compleja asistencia facultativa recibida por dicho señor a la que antes nos hemos referido.

D) Denuncia de D. Eduardo que aparece a los folios 41, 42 y 43. En ella el denunciante hace una narración de lo ocurrido que, por su propia naturaleza, nada acredita, salvo el hecho mismo de su presentación en el juzgado.

E) Informes forenses, sin especificar cuáles. Ya nos hemos referido antes a las pruebas médicas que, sobre las lesiones físicas del Sr. Eduardo, existen en el procedimiento.

Parece que lo que pretende el recurrente a través de esta pretendida prueba documental, con los razonamientos que se realizan a continuación, es acreditar el error del tribunal de instancia al no acoger como hechos probados la versión de la caída al suelo de Eduardo y Juan Manuel, con lo que nos encontraríamos ante un caso fortuito y no ante un delito doloso de lesiones.

Lo cierto es que tales pretendidos documentos, los de la relación que acabamos de exponer, aparte de que no son de la naturaleza exigida en el art. 849.2º LECr, en nada contradicen los hechos probados de la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Sólo nos queda referirnos a lo que tendría que haber sido el contenido esencial y único del motivo 1º de los dos que aquí estamos examinando, la denuncia de infracción de ley por aplicación indebida del art. 420.1 CP que define el delito básico de lesiones y por el que se condenó al aquí recurrente. Se funda, en su párrafo inicial, en el nº 1º del art. 849 LECr; pero luego, en su desarrollo, nada se razona sobre error en la calificación jurídica, que constituye el contenido propio de esta clase de denuncias en casación referidas a infracción de ley.

Conforme acabamos de exponer en los fundamentos de derecho anteriores, no se dice en este recurso por qué, partiendo de los hechos probados, hubo una equivocada aplicación de la norma jurídica; por el contrario sólo se dan razones sobre la prueba practicada con el fin, repetimos, de que haya de prevalecer en definitiva la versión de la caída y del caso fortuito a la que tantas veces ya hemos tenido que referirnos. Evidentemente, si las lesiones de Eduardo se hubieran producido en la forma expuesta en tal versión, habría existido en el caso aplicación indebida del citado art. 420.1; pero cuando se utiliza el art. 849.1º como cauce procesal para recurrir en casación, han de respetarse los hechos probados (art. 884.3º LECr). El ataque a los hechos probados ha de hacerse por la vía del art. 849.2º o por la del art. 852 en relación con la ilicitud o con la inexistencia de prueba de cargo razonablemente suficiente (derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE).

Quedan así rechazados los dos motivos del recurso de D. Juan Manuel.

Recurso del Ministerio Fiscal y algunos motivos del formulado por D. Eduardo.

NOVENO.- El motivo 1º del recurso del Ministerio Fiscal coincide en lo esencial con el también 1º del recurso de la acusación particular.

Al amparo del nº 1º del art. 849 LECr, en ambos motivos se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso el nº 1º del art. 421 CP 73 que define un tipo cualificado de lesiones "si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladores de acusada brutalidad en la acción".

Contestamos en los términos siguientes:

A) En primer lugar, hay que decir que el uso del subfusil reglamentario aparece excluido y razonado expresamente en el fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida dedicado en su mayor parte a esta cuestión.

B) En cuanto a las defensas reglamentarias expresamente aludidas en los hechos probados, necesariamente hay que completar esta referencia con lo que con más detalle se explica luego en tal fundamento de derecho 3º cuando nos dice que Luis Enrique se

limitó a dar con su defensa reglamentaria algún golpe en las piernas con la finalidad de evitar su resistencia al andar y de defenderse contra alguna posible patada, añadiendo luego que la propia víctima reconoció haberle dado sólo con ese instrumento en las piernas, "golpes que duraron lo estrictamente necesario para conseguir esposarlo y reducirlo". Es decir, el uso de las defensas reglamentarias en estos hechos hay que entenderlo exclusivamente referido a aquella parte de la actuación de los policías causantes de las lesiones que hay que considerar legítima: la que tenía como finalidad detener a una persona que se resistía a ello tras haber dado una patada en los testículos a un policía (cierto que éste le había puesto la mano encima) en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. En ese momento y en esas circunstancias tal funcionario estaba cumpliendo con su deber de detener a quien aparecía como posible autor de un delito de atentado contra agente de la autoridad. Y fue en esta actuación legítima donde hay que dejar encuadrado el uso de las defensas contra la persona del Sr. Eduardo.

C) Luego, en tal obrar inicialmente justificado hubo un exceso, porque existieron unas patadas y puñetazos que causaron las gravísimas lesiones antes referidas. Y se pretende por la acusación particular que la mera existencia de esos resultados lesivos pone de manifiesto ("res ipsa loquitur", nos dice) que, excluida la aplicación del art. 421.1º en cuanto a la agravación por uso de armas, instrumentos u objetos, debe entenderse que existieron en la agresión "medios, métodos o formas" susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado.

No compartimos estas alegaciones: a) Porque los hechos probados al respecto no revelan la existencia de tales medios, métodos o formas. Sólo hablan de patadas y puntapiés que encajan en los golpes propios de las lesiones ordinarias del art. 420: es como normalmente se producen estas lesiones. b) Porque, de seguir el criterio aquí defendido por la acusación particular, la simple existencia de resultados tan graves como los aquí examinados habría de conducir siempre a la aplicación de este tipo cualificado del art. 421.1º, cuando en esta norma penal la agravación viene determinada por el medio utilizado en la agresión, siendo otra agravación, la del nº 2º del mismo art. 421, la reservada para los casos en que el legislador tiene en cuenta los resultados producidos (únicamente cuando son incurables, lo que aquí no ocurrió).

D) Y en cuanto a concurrencia de medios, métodos o formas "reveladores de acusada brutalidad en la acción", entendemos que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular parten de una concepción de los hechos diferente a la que acoge la sentencia recurrida. Hay que tener presente la conducta de resistencia del lesionado a ser introducido en los locales de la comisaría cuando momentos antes había dado una patada en los testículos a un policía. Ya hemos dicho antes cómo, pese a que el policía antes le hubiera puesto la mano encima, consideramos legítima la detención del luego lesionado en calidad de posible autor de un delito de atentado a agente de la autoridad. Frente a tal acción legítima del funcionario, D. Eduardo, se resiste y forcejea para no ser detenido, y frente a tal resistencia reaccionan los dos condenados junto con otros compañeros no identificados. Ciertamente esa actuación inicial pierde su carácter legítimo cuando hay "puñetazos y patadas". Por eso la sentencia recurrida condena por delito de lesiones. Pero entendemos que tal exceso no lo es en grado suficiente como para merecer la cualificación delictiva por "acusada brutalidad" de este nº 1º del art. 420. Repetimos: las patadas y puñetazos constituyen un medio ordinario de producción de lesiones ordinarias, las del art. 420 correctamente aplicado al caso.

E) Hay que hacer aquí una precisión. Entendemos que existe una contradicción entre dos partes diferentes de la redacción de la sentencia recurrida.

Por un lado en los hechos probados se habla de puñetazos y patadas "hasta conseguir reducirlo y esposarlo a una barra".

Luego, en el fundamento de derecho 1º se dice que "fue esposado a unos barrotes o barra en forma de cruz, al menos inicialmente, hasta que recibió los golpes". Con la primera forma de expresarse se afirma que los golpes (patadas y puñetazos) los recibe Eduardo antes de ser esposado a una barra. Cesan cuando lo reducen y esposan. Luego, en el fundamento de derecho viene a decirse que los golpes los recibe incluso después de ser esposado a la barra, siendo más tarde cuando se modifica el modo de quedar esposado, pues al final se le deja solo sujeto con una mano a la barra encontrándosele así la doctora cuando acude a atenderle. Ante tal contradicción hemos de dar preferencia al relato de hechos probados por cuatro razones:

1ª. Porque es más clara la redacción de los hechos probados en este punto.

2ª. Porque el capítulo de los hechos probados es el lugar previsto por el legislador para relatar lo ocurrido.

3ª. Porque de este modo la sentencia recurrida tiene una coherencia. De otra forma no se explicaría, por ejemplo, la exclusión de la alevosía. Por eso, cuando la resolución de instancia nos razona para eliminar las circunstancias agravantes solicitadas por la acusación particular, se hace de forma incompatible con lo que antes se había dicho en ese fundamento de derecho 1º en el punto ahora examinado.

4ª. Porque esta solución es más favorable a los acusados.

F) Y terminamos con otra precisión, ahora más breve. La acusación particular nos habla de que los funcionarios policiales actuaron contra Eduardo en venganza por la patada que éste había dado a uno de ellos. No sabemos si existió tal ánimo de venganza. Puede que alguno actuara con tal sentimiento y otros no. Lo cierto es que la sentencia recurrida no aparece construida sobre la realidad de tal móvil. Al contrario, parte de una acción legítima, que es la detención de quien podría haber cometido un delito de atentado, que luego, por los puñetazos y patadas, se tornó ilegítima, siendo esta la razón por la que condena la Audiencia Provincial.

DÉCIMO.- En el motivo 2º del recurso de Ministerio Fiscal, coincidente con el 3º de la acusación particular, ambos amparados también en el art. 849.1º LECr, se alega otra vez infracción de ley, ahora por no aplicación de la circunstancia agravante de alevosía del nº 1º del art. 10 CP 73. Han de ser rechazados de plano, simplemente porque en esa dinámica, de los hechos, ya reiteradamente explicada, no hubo eliminación de las posibilidades de defensa por parte de la víctima, sino que ésta incluso efectivamente se defendió mediante el forcejeo que mantuvo con quienes estaban procediendo a su detención. Y en esta misma línea rechazamos también la concurrencia de abuso de superioridad, defendida en el motivo 7º del recurso de la acusación particular y apoyada por el Ministerio Fiscal para el caso de que se desestimara el 2º relativo a la alevosía. Cierto que hubo superioridad: varios policías armados con sus defensas reglamentarias al menos algunos de ellos, actuaron contra la persona del Sr. Eduardo. Pero abuso no existió, pues fue necesaria esa conducta conjunta de una multiplicidad de funcionarios precisamente para vencer esa resistencia de quien no

quería ser detenido y forcejeaba al respecto. Hubo abuso después, por el exceso en los golpes, pero no por el número de personas que actuaron contra este último señor. Hay varias fotos unidas al procedimiento que ponen de manifiesto una fuerte contextura física en Eduardo quien en sus declaraciones en el juicio oral dijo hacer deporte y llevar una vida sana. Tenía 41 años cuando ocurrieron los hechos. Añadimos estos datos, aun cuando no aparecen en la sentencia recurrida, porque es en beneficio de los acusados, lo que no estaría permitido para conformar una prueba de cargo.

UNDÉCIMO.- El motivo 3º del recurso del Ministerio Fiscal es equivalente al 4º de la acusación particular. Aquí se denuncia no haberse aplicado la agravante de prevalimiento del carácter público que tenían los culpables, prevista en el nº 10º del mismo art. 10 CP 73.

También han de desestimarse como consecuencia de que, tal y como ya antes ha quedado explicado, los policías actuaron en la línea del cumplimiento de los deberes propios de su cargo, aunque en tal actuación se excedieran, y no por motivos particulares.

Otros motivos del recurso de la acusación particular.

DUODÉCIMO.- Comenzamos examinando el motivo 10º y último de este recurso, único referido a quebrantamiento de forma, amparado en el nº 1º del art. 851 LECr, y en el que se alega el vicio de manifiesta contradicción en los hechos que se consideran probados. Lo que aquí se denuncia nada tiene que ver con este vicio procesal de una sentencia que ha de consistir en que no se puede conocer la realidad de lo ocurrido al existir dentro de la narración de hechos probados unas afirmaciones contradictorias entre sí. Lo que pretende ahora el recurrente es que, pese a haber dicho la Audiencia Provincial que no habían sido identificados varios de los policías que le agredieron, hacernos ver que en tales hechos probados aparecen ciertas expresiones de las que ha de deducirse que fueron cinco los atacantes coincidentes con los cinco funcionarios policiales que allí se encontraban. Tales alegaciones no tienen cabida en este art. 851.1º LECr. En el fondo lo que aquí se denuncia es una contradicción de otra clase, una contradicción entre lo que esta parte acusadora pretende, la condena de los cinco funcionarios, y la absolución de tres de ellos que acordó la sentencia recurrida.

Claramente se afirma en los hechos probados la identificación de los dos condenados y la no identificación de los demás agresores. Ninguna contradicción hay al respecto.

DÉCIMOTERCERO.- En el motivo 2º de este recurso de la acusación particular se alega otra vez infracción de ley, aquí referida a la no aplicación del nº 3º del art. 421 CP 73 que prevé una agravación específica para el delito de lesiones "si se hubiere empleado tortura".

Como bien dice el Ministerio Fiscal, ha de entenderse la expresión "tortura" como desligada del delito definido en el art. 204 bis CP 73 (174 del actual). No nos encontramos ante el caso de unos funcionarios que están interrogando a alguien y quieren obtener una determinada confesión o testimonio, sino ante unos policías que causaron unas lesiones a quien se resistía a ser detenido.

"Tortura" en este sentido tiene una significación equivalente a la de "ensañamiento", es decir, un trato cruel por su desmesura en las agresiones físicas realizado para hacer sufrir a la víctima.

No es esto lo aquí ocurrido. Tal finalidad de hacer sufrir aquí no existió. Sólo hubo un exceso en el cumplimiento de un deber, exceso importante que merece una sanción como delito básico de lesiones del art. 420 y no como cualificado del art. 421.

Con lo dicho desestimamos también el motivo 5º en el que se denuncia la no apreciación de la agravante de ensañamiento, 5ª del mismo art. 10.

DECIMOCUARTO.- El motivo 6º se refiere a la circunstancia del nº 13º del tal art. 10 CP 73, en su apartado relativo a la agravante de cuadrilla que existe "cuando concurren a la ejecución del hecho más de tres malhechores armados".

Ha de rechazarse por lo siguiente:

1º. Porque tal agravante ha desaparecido en el CP 95. Ha habido aquí una despenalización parcial que determina la aplicación del CP actual como más favorable en este punto concreto, lo mismo que reiteradamente tenemos dicho respecto del de premeditación del nº 6º del art. 10 CP 73 que no figura ya en el CP actual.

2º. Porque la definición que nos ofrece el mismo texto del art. 10 no cuadra con lo aquí ocurrido. Entendemos que no cabe hablar de malhechores cuando nos encontramos ante unos funcionarios de policía que, ocasionalmente, incurrieron en un exceso en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo. Malhechor es quien habitualmente hace el mal.

DECIMOQUINTO.- Nos quedan por examinar los motivos 8º y 9º, ambos referidos al tema de la responsabilidad civil.

Comenzamos con el estudio del 9º que se funda en el nº 2º del art. 849, y en el que se alega error en la apreciación de la prueba en relación a un punto muy concreto cuya estimación ha de llevar consigo la indemnización por una determinada secuela psíquica de carácter temporal, acreditada de modo indubitado por prueba pericial y omitida en la sentencia recurrida a la hora de determinar los conceptos a indemnizar; si bien el resultado final ha de ser sólo el aumento de la cantidad a percibir por la víctima en una cuantía de menor importancia.

Nos encontramos, de modo evidente, ante un dictamen pericial, formulada por escrito (folio 124) y ampliado en el juicio oral (págs. 40 a 43) del cual, por ser el objeto único del presente motivo, sólo nos interesa resaltar el párrafo inicial del juicio clínico que aparece a la vuelta del citado folio 124 de las diligencia previas. Dice así:

"En cuanto al motivo de consulta, se trataría de una reacción aguda con sintomatología emocional ante la gran tensión provocada por la agresión física, las consecuencias orgánicas e intervenciones y la amenaza de posibles secuelas. Este trastorno ha sido breve y autolimitado, sin más consecuencias en su evolución posterior."

Se trata de un informe médico emitido por dos especialistas del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid, que examinaron a D. Eduardo a raíz de la intervención quirúrgica a la que éste fue sometido en dicho centro de la Seguridad Social al día siguiente de los hechos aquí examinados.

El extremo antes trascrito acredita una secuela, aunque temporal, omitida en la sentencia recurrida, sin que haya ninguna otra prueba que la contradiga y con incidencia

en el fallo aunque sólo sea en materia de responsabilidad civil y en una cuantía menor que luego quedará concretada cuando examinemos el motivo 8º. Aquí sólo hemos de decir que ha de añadirse a los hechos probados un breve párrafo, síntesis de lo expresado en el mencionado informe escrito.

Todo ello en aplicación de la doctrina de esta sala, muy reiterada en los últimos años, por la que venimos equiparando la prueba pericial con la documental a estos efectos del art. 849.2º LECr, cuando se trata de prueba única o de varias coincidentes que evidencian error del tribunal en el relato de hechos probados.

DÉCIMOSEXTO.- Sólo nos queda por estudiar el motivo 8º, de este recurso de la acusación particular, amparado en el art. 849.1º LECr, en el cual se denuncian cuestiones diferentes que, aunque todas referidas a la responsabilidad civil, exigen tratamiento de modo separado.

Se dice en este motivo 8º, entre otras cosas, que hay un error en el fallo de la sentencia, porque la indemnización, que en su fundamento de derecho último se reconoce a favor del lesionado D. Eduardo, sin embargo, en la parte dispositiva se atribuye a favor del Dr. Luis Andrés. Se trata de unos gastos, por importe de 490.225 pts. acreditados por facturas de este doctor. Es un error evidente que en esta alzada hemos de corregir mediante la consiguiente estimación parcial de este motivo.

DECIMOSÉPTIMO.- Se dice asimismo que hubo otro error en la resolución impugnada cuando se condena al Ministerio del Interior con el carácter de responsable civil subsidiario, pues, a juicio del recurrente, tenía que haber sido condenado en calidad de responsable directo al tratarse de daños ocasionados por el funcionamiento anormal de un servicio público.

Aquí no tiene razón la acusación particular.

El art. 1.092 C.C. dice que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.

El art. 22 CP anterior se expresa en unos términos que los órganos judiciales siempre hemos venido interpretando como aplicables a la responsabilidad civil del

Estado y demás organismos públicos por los delitos cometidos por las personas trabajando a su servicio, criterio que ha pasado ahora de modo expreso al texto del art. 123 CP actual.

Este art. 22 viene considerando tal responsabilidad como subsidiaria, porque es claro que el responsable principal ha de serlo el condenado penal.

DECIMOCTAVO.- En este motivo 8º se impugna también la cuantía de un millón de pesetas reconocida en concepto de reparación del daño moral a favor del lesionado.

Tal impugnación ha de rechazarse, porque, por más que trate de disimularlo el recurrente, lo que aquí pretende es la modificación de la mencionada cuantía de un millón de pesetas. Y esto, según reiterada doctrina de esta sala, no cabe por la vía del recurso de casación, con más razón aún en estos casos de daño moral en los que se pretende con una cantidad de dinero dar una satisfacción a la víctima que pudiera, en cierto modo, compensar ese daño producido que es de otro orden muy diverso al económico.

DECIMONOVENO.- Del contenido de este motivo 8º sólo nos queda por examinar lo relativo a la petición de indemnización de lo que el recurrente viene llamando neurosis postraumática.

Como bien dijo el letrado de la acusación particular en su informe oral ante esta sala, poco importa el nombre utilizado para designar aquella secuela temporal, inmediata a los hechos aquí examinados, a que antes nos hemos referido al tratar del motivo 9º que hemos acordado estimar. Aquí sólo nos queda fijar la cuantía con que ha de cubrirse el daño psíquico que tal secuela produjo en la víctima.

El informe pericial del folio 124 fue emitido el 21.6.94, un mes después de la fecha en que se produjeron las lesiones del señor Eduardo . Éste fue examinado por los referidos peritos a los cuatro días de la intervención quirúrgica que tuvo lugar el 22.5.94, quienes en los días posteriores a la entrevista inicial continuaron examinando al enfermo.

De lo que tal informe nos dice y de las fechas mencionadas, deducimos que fueron pocos los días, aunque no pueda precisarse cuántos, que tardó en desaparecer esa "reacción aguda" consistente en sintomatología emocional ante la gran tensión provocada en la víctima por la agresión de que fue objeto. El propio informe nos habla de un trastorno de duración breve sin consecuencias posteriores.

Por tal escasa duración y por afectar únicamente a la esfera de las emociones, la cifra con que este trastorno ha de indemnizarse ha de ser muy inferior a la solicitada por la acusación particular por este concepto que él llama neurosis postraumática. La fijamos en cien mil pesetas, compatible con las cantidades asignadas en la sentencia recurrida por las lesiones físicas sufridas en la misma época y derivada de los mismos hechos.

Conviene dejar dicho aquí que la cantidad de 1.500.000 Pts., concedida en la sentencia recurrida por el concepto de secuelas [apartado b) del fundamento de derecho 6º de la sentencia recurrida], se fijó en coincidencia con la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal por este mismo concepto (folio 444). Pero como en el propio escrito de acusación en donde tal petición se hace, en el relato que nos ofrece en su apartado 1º, nada se habla de trastorno alguno de carácter psíquico producido por estos hechos en la persona de la víctima, sino sólo de lesiones físicas (folios 442 y 443), entendemos que tal cantidad de 1.500.000 pts. se concedió únicamente para indemnizar estas últimas (las secuelas físicas).

FALLO:

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por D. Juan Manuel y por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid por delito de lesiones con fecha cinco de julio de dos mil. Imponemos a dicho D. Juan Manuel el pago de las costas de su recurso y declaramos de oficio las correspondientes al interpuesto por el Ministerio Fiscal.

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Eduardo en calidad de acusación particular, por estimación de sus motivos octavo y noveno, y en

consecuencia anulamos la mencionada sentencia declarando de oficio las costas de este recurso con devolución del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García Miguel Colmenero Menéndez de Luarca José Aparicio Calvo-Rubio

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 26 de Madrid, con el núm. 3100/94 y seguida ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta misma capital que ha dictado sentencia condenatoria por delito de lesiones contra Juan Manuel, Luis Enrique, Víctor, Juan Miguel y Donato, que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo partes el MINISTERIO FISCAL, el ABOGADO DEL ESTADO y en calidad de acusador particular D. Eduardo. Actuó como ponente D. Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de todos los acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

Antecedentes Segunda Sentencia:

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados al que queda añadido al final el párrafo siguiente:

"Como consecuencia de la agresión física antes referida y de la intervención quirúrgica posterior se produjo en D. Eduardo una reacción aguda con sintomatología emocional de breve duración".

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia con la salvedad de que, como consecuencia de la mencionada reacción aguda de contenido emocional, hay que aumentar la indemnización reconocida en favor del lesionado en la cantidad de 100.000 pts., por lo expuesto en los fundamentos de derecho 15º y 19º de la anterior sentencia de casación.

SEGUNDO.- Los demás de la referida sentencia de casación.

Fallo Segunda Sentencia:

Se tiene por reproducida aquí la parte dispositiva de la sentencia recurrida y anulada, con las dos salvedades siguientes:

1ª. La indemnización de 490.225 pesetas ha de entenderse concedida a favor de D. Eduardo y no a favor del Dr. Luis Andrés.

2ª. La cantidad de 3.500.000 pts., reconocida como indemnización a favor del lesionado referido, D. Eduardo, se aumenta en cien mil pesetas (100.000 pts.).

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

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2003

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de San Sebastián, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 40 de 2001, contra los recurridos Juan María y Jose Augusto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Primera) que, con fecha diez de Junio de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: <<Primero.- Como consecuencia de investigaciones encaminadas a la localización y detención de personas que ejercen

labores de colaboración con la Organización Terrorista ETA, investigaciones centradas, entre otras, en las personas de Alexander y Ernesto, en la tarde del día 2 de mayo de 1.998, Funcionarios de la Guardia Civil observaron a los citados realizando movimientos extraños en las proximidades del Acuartelamiento del Ejército de Tierra de Loyola en la ciudad de Donostia-San Sebastián. Sobre las 23.15 horas del mismo día, tan pronto aquellos abandonaron un punto del terreno, entre vegetación, donde habían permanecido durante un lapso de tiempo, los Funcionarios de la Guardia Civil, tras la oportuna comunicación a sus superiores, confirmaron sus iniciales sospechas al encontrar dos tubos lanzagranadas asentados en el terreno y apunando hacia unas viviendas militares próximas a aquel Acuartelamiento, desplegando un operativo encaminado a su detención. Formando parte de dicho operativo se encontraban los acusados Juan María y Jose Augusto , quienes precisamente cubrían la zona por la que aquéllos trataron de huir, abalanzándose sobre los mismos al observar que Alexander portaba una pistola -que después se comprobó, se hallaba cargada y municionada-. Dicha circunstancia y el hecho de que ambos detenidos opusieran fuerte resistencia a la actuación de los Agentes determinaron que éstos utilizaran la fuerza precisa para reducirlos.

Verificada la detención, una vez instruidos de sus derechos, las personas detenidas fueron trasladadas de manera inmediata a las Dependencias de la Guardia Civil en Madrid, a las que llegaron sobre las 5.00 horas del día 3 de Mayo de 1.998.

Segundo.- Durante el tiempo en que los detenidos permanecieron en las referidas Dependencias, fueron visitados periódicamente por el Sr. Médico Forense adscrito al Juzgado Central de Instrucción nº 6, a cuya disposición se encontraban los detenidos. Las fechas y resultados de dichos reconocimientos médicos fueron los siguientes: El día 3 de Mayo de 1998: a Ernesto le fueron apreciadas pequeñas equimosis redondeadas en brazo izquierdo correspondientes a impresiones digitales; marcas de grilletes; erosión en cara externa de hombro izquierdo con costra; auscultación normal y T.A. 13/8.

A Alexander le fueron apreciadas una contusión con derrame hemático en cara anterior de hombro izquierdo, sin limitación de movilidad; contusión en región cervical; seis equimosis en cara externa de muslo izquierdo y otra en cara anterior por encima de

la ingle; dolor con la presión en cara anterior de tibia derecha; marcas de grilletes; auscultación y tensión arterial normales.

Día 4 de Mayo de 1.998: Ernesto, que manifestó al facultativo encontrarse bien, no deseó ser reconocido por éste.

A Alexander no se le apreciaron cambios con respecto a las lesiones descritas el día anterior.

Día 5 de Mayo de 1.998: Ernesto, que manifestó al facultativo encontrarse bien, no deseó ser reconocido por éste.

A Alexander no se le apreciaron cambios con respecto a las lesiones descritas el día anterior; Día 6 de Mayo de 1.998: Ernesto, que manifestó al facultativo encontrarse bien, no deseó ser reconocido por éste.

Alexander presentaba auscultación normal y buena evolución de las lesiones ya descritas con anterioridad.

Día 7 de Mayo de 1.998, ya en las dependencias de la Audiencia Nacional: Ernesto, que manifestó al facultativo encontrarse bien, no deseó ser reconocido por éste.

Alexander presentaba una evolución favorable de las lesiones ya descritas.

El mismo día 7 de Mayo a su ingreso en prisión, Alexander presentaba un hematoma en hombro izquierdo (amarillento), mientras que no se objetivó lesión alguna en Ernesto .

Por su parte, el Funcionario de la Guardia Civil Jose Augusto le fueron apreciadas por el Sr. Médico Forense de la Audiencia Nacional el día 3 de Mayo de 1.998 las siguientes lesiones: contusión en mano y muñeca derechas con inflamación y limitación a la movilidad. Erosiones en cara interior de muñeca y otra en base de segundo dedo.>> 2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: <<FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados D. Juan María y D. Jose Augusto del delito de torturas del que venían siendo acusados, declarándose de oficio la costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar recurso de casación en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. >> 3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de Ernesto y Alexander , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Ernesto y Alexander, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, derecho a obtener la tutela efectiva.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 174 del Código Penal que tipifica el delito de torturas.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba.

5.- La representación de los recurridos Juan María y Jose Augusto se instruyó del recurso interpuesto por la representación de los recurrentes Ernesto y Alexander.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, solicitando la inadmisión de todos los motivos interpuestos por la representación de los recurrentes, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma el día 23 de Octubre de 2003.

Con la asistencia del Letrado recurrente Don Aitor Ibero Urbieta en representación de los recurrentes Ernesto y Alexander que solicitó la estimación del recurso y la casación de la sentencia.

El Letrado recurrido Don Iñaki Egaña Vicente en representación del recurrido Jose Augusto y el Letrado recurrido Don José Aguilar García en representación del recurrido Juan María, solicitaron la confirmación de la sentencia.

El Ministerio Fiscal se ratificó en su escrito de 25 de marzo de 2003, impugnando todos los motivos del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Motivo Primero del recurso se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.1 de la Constitución, según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Estamos ante un derecho de contenido complejo cuyas más importantes manifestaciones son las siguientes: a) el derecho de acceder a los Jueces y Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos; b) el de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria, sin sufrir en ningún caso indefensión; c) el de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable; d) el de ejercitar los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que se estiman desfavorables, y e) el de obtener la ejecución del fallo judicial.

En este caso el recurrente alega que a pesar de que el 4 de mayo de 1998 el detenido Alexander manifestó en su declaración ante la Policía, asistido de Abogado de oficio, que estaba siendo objeto de torturas, y que el 7 de mayo del mismo año ambos

detenidos hicieran en el Juzgado Central de Instrucción número 6 la misma manifestación, el Magistrado Juez titular del mismo no incoó diligencias en averiguación de los hechos, lo que ha dificultado la obtención y práctica de pruebas que hubieran alejado toda duda sobre la realidad de los hechos denunciados.

Estas alegaciones no suponen una denuncia en el sentido propio de los artículos 265 a 267 de la Ley Procesal Penal. Máxime teniendo en cuenta que los declarantes, como afirma la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián en el Fundamento de Derecho Cuarto de su sentencia, no presentaban sino unas mínimas lesiones que el Médico declaro compatibles con el forcejeo en el curso de una violenta detención, que Alexander reconoció había existido.

Subraya la Fiscal en su Informe la actitud de los recurrentes que solo denuncian formalmente los hechos un año después, el 9 de mayo de 1999. Denuncia que da origen al Procedimiento Abreviado 40/01 del Juzgado de Instrucción número 1 de Donostia y, en definitiva, al a sentencia que ahora se impugna; lo que supone una adecuada respuesta a dicha denuncia en cuanto fue correctamente formulada.

También es importante destacar que como consta en los Hechos Probados de la sentencia de instancia, Ernesto y Alexander, detenidos cuando finalizaba el día 2 de mayo de 1998, fueron reconocidos por el Médico Forense adscrito al Juzgado Central de Instrucción número 6, los días 3, 4, 5, 6 y 7 de mayo siguientes, primero en las Dependencias de la Guardia Civil en Madrid y finalmente en la Audiencia Nacional, lo que ha permitido conocer sus lesiones iniciales y su evolución posterior.

De todo ello deriva que el derecho a la tutela judicial efectiva no ha sido vulnerado en su amplio contenido, y que los ahora recurrentes no han sufrido ningún tipo de indefensión, por lo que el Motivo Primero del recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En aras de una adecuada sistemática casacional examinaremos ahora el Motivo Tercero del recurso en el que, por la vía del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia error en la apreciación de la prueba.

Como actuaciones que evidencian ese error se citan los informes facultativos obrantes a los folios 75 a 79, 310 y 323 de la Causa; la declaración policial de

Alexander, folios 169 y 170; y las declaraciones judiciales del mismo y de Ernesto, folios 311-312 y 324-325.

Respecto a los informes médicos citados por el recurrente es de señalar que, como el mismo reconoce, están expresamente recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia, sin que de ellos derive error alguno.

En cuanto a las declaraciones de lo que en este procedimiento denunciantes -que no constituyen documentos a efectos casacionales, sino pruebas personales documentadas-, el Tribunal de instancia les niega eficacia probatoria a través de una razonada argumentación cuyos pilares fundamentales son los siguientes: A). Ausencia de credibilidad subjetiva, ya que los hoy denunciantes, detenidos como presuntos miembros de la organización terrorista ETA, prestaron en sede policial una serie de declaraciones en las que reconocían unos hechos e implicaban a terceras personas, lo que dio lugar a la incoación de los correspondientes procedimientos. Por lo que resulta razonable pensar en su interés en lanzar cuando menos la sospecha de que tales declaraciones se habían obtenido ilícitamente, con las consecuencias que de ello derivan.

B). Falta de corroboración objetiva de las imputaciones, ya que las lesiones que presentaban los denunciantes eran absolutamente incompatibles con las brutales conductas que relataba -patadas, golpes en todo el cuerpo, intentos de asfixia, empleo de electrodos, ...-, y si perfectamente explicables por el duro forcejeo producido en el curso de su violenta detención.

De todo ello deriva que no existe error en la apreciación de la prueba que se evidencie por documentos con valor casacional, y sí una razonada valoración de la prueba por parte de la Sala a quo; lo que implica la desestimación del Motivo Tercero del recurso.

TERCERO.- En el Motivo Segundo, en base al número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida inaplicación del artículo 174 del Código Penal, que tipifica el delito de torturas.

La vía de impugnación de la sentencia ahora elegida obliga a un absoluto respeto de los hechos que en ella se declaran probados; que en este caso permanecen tal como los narró el Tribunal de instancia dada la desestimación del Motivo anterior.

Y de dicha narración claramente resulta que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como expresamente manifiesta en el párrafo final del Fundamento de Derecho Cuarto de su sentencia, entiende que las lesiones sufridas por Ernesto y por Alexander no se produjeron por la acción intencionada de los acusados, sino "en el curso de la detención y como consecuencia de la fuerza legítima y proporcionada que hubieron de utilizar los Agentes para vencer la resistencia ofrecida por quienes habían de ser detenidos".

Por ello, compartiendo la afirmación del recurrente relativa a que el delito de torturas constituye una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho, el Motivo Segundo del recurso también debe ser desestimado.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Ernesto y Alexander, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, con fecha diez de Junio de dos mil dos, en causa seguida a los recurridos Juan María y Jose Augusto, por delito de torturas.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso, y a la pérdida del depósito que constituyeron en su día al que se le dará el destino legal oportuno.

Comuníquese ésta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

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

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2003

El Juzgado de Instrucción número 1 de Arganda del Rey instruyó Procedimiento Abreviado con el número 50/96, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 18 de abril de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "A) Se declara probado que como consecuencia de una investigación policial llevada a cabo por daños ocasionados en el cementerio de Rivas-Vaciamadrid, agentes de la guardia civil del cuartel de Arganda del Rey, en el legítimo ejercicio de sus funciones, el día 22 de diciembre de 1.993, se personaron en el Instituto "Las Lagunas" sito en Rivas-Vaciamadrid y llevaron a cabo las detenciones de Pedro Antonio , de 16 años de edad, Octavio de 16 años, Claudio de 16 años, Carlos Francisco de 15 años de edad, cuyos padres le acompañaron al cuartel, y de Ignacio de 16 años, los cuales fueron trasladados a las dependencias de la Guardia Civil y tras la adopción de las diferentes medidas de seguridad fueron distribuidos en diferentes estancias hasta que prestaron declaración en presencia del Abogado de Oficio siendo puestos de libertad en el plazo legal.

Durante el tiempo de la detención, el sargento de la Guardia Civil Víctor, mayor de edad, y sin antecedentes penales, guardia civil nº NUM000, antes de que los detenidos prestasen declaración dio a Claudio dos puñetazos en el estómago con la intención de que se autoinculpara de los daños del cementerio, a la vez que el dirigía frases como "vas a ir a la cárcel" "los negros te van a dar por culo" "los negros se lo van a pasar muy buen contigo". Con la misma finalidad dicho acusado profirió frases similares contra Carlos Francisco al que llamó "maricón" y le decía "tienes suerte por ser menor de edad", y le cogió del cuello alzándole para apretarle la nariz. Asimismo, este acusado que participó en la detención de Pedro Antonio, golpeó a éste dándole un cabezazo, le cogió del cuello apretándole y le decía "que cantara", y ante el temor de lo

que pudiera suceder se auto inculpó de los hechos ocurridos en el cementerio y facilitó la identidad de aquéllos que le acompañaron.

B) Durante la detención Octavio y Ignacio también fueron objetos de frases insultantes y de un trato incorrecto, sin que se conozca quien o quienes fueron aquellos que le amedrentaron e incluso golpearon antes de que prestasen declaración y con la finalidad de que se auto inculpasen de los hechos ocurridos en el cementerio de Rivas-Vaciamadrid.

C) Los agentes de la Guardia Civil Hugo, Ángel Jesús, Rubén, Emilio, Jesús Carlos y Mariano intervinieron en las detenciones de los jóvenes, en su traslado hasta el cuartel de la Guardia Civil, o en las gestiones posteriores de la lectura de derechos, aviso a familiares, o custodia en el interior de las dependencias de la Guardia Civil, sin que se haya acreditado que interviniesen en los actos mencionados anteriormente o supieran que los mismos se estaban realizando." [Sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: A) que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Víctor, sargento de la Guardia Civil, como responsable en concepto de autor penal de un delito de TORTURAS, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISIÓN MENOR, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO PUBLICO POR TIEMPO DE SEIS AÑOS Y UN DIA que produce la privación del cargo o empleo sobre que recayese y de los honores anejos a él, y la incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena. Y al pago de 1/7 partes de las costas causadas con inclusión de las causadas a la acusación particular en la misma proporción y que indemnice a Pedro Antonio, Claudio y Carlos Francisco en la suma de 300 euros a cada uno de ellos. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

B) Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Hugo, Ángel Jesús , Rubén , Emilio , Jesús Carlos Y Mariano del delito de TORTURAS que les venía imputando la acusación particular.

Se declaran de oficio 6/7 partes de las costas procesales causadas.

Y para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al condenado todo el tiempo que hay estado privado de libertad por esta causa." [Sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó por Víctor recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el número primero del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al ser denegado por el Tribunal una prueba testifical, debidamente propuesta, es decir, en tiempo y forma, toda vez que se solicitó con el escrito de calificación provisional de defensa, siendo reiterada en el acto de juicio oral, y al ser de nuevo denegada se formuló la oportuna protesta, solicitando de la Sala se recogiera el interrogatorio que se iba a efectuar al testigo propuesto, lo que a su vez fue denegado por la Sala, tal y como consta en el acta de juicio oral. Segundo.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que el apartado de Hechos Probados de la Sentencia recurrida existe una predeterminación del Fallo. Tercero.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar vulnerado el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Crim., y el artículo 24 de la Constitución en cuanto al principio de tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con las garantías debidas. Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, por entender que el relato de hechos probados carece de apoyatura probatoria contrastada. Quinto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber incurrido en error en la apreciación de la pruebas. Sexto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 párrafo 1º de

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse cometido infracción, por aplicación indebida del artículo 204 bis, párrafo 2º del Código Penal de 1.973, en relación con los artículos 650 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Crim., dado que el Sr. Víctor ha sido condenado por un solo delito de torturas, cuando la Sala en su sentencia explica que debía de haber condenado por tres delitos de torturas, cometidos en la personas de Carlos Francisco , Claudio y Pedro Antonio . Séptimo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse cometido infracción, por aplicación indebida del artículo 19 del Código Penal, en relación con el artículo 204 bis, párrafo 2º y con los artículos 650 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Crim., dado que el Sr. Víctor ha sido condenado por un solo delito de torturas, mientras que la responsabilidad civil derivad de la ejecución de un delito se ha extendido a tres a tenor de que debe reparar o indemnizar a tres de los querellantes. Octavo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 párrafo 1º y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los artículos 24 y 120 de la Constitución y 742 de la L.E. Crim., dado que la sentencia recurrida carece de la suficiente motivación. Noveno.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 párrafo 1º y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24 de la Constitución y artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1.950, dado que en la tramitación del procedimiento se han invertido más de ocho años, sin causa imputable a los querellados.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto lo impugnó, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 4 de noviembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, por un delito de Torturas, a las penas de seis meses y un día de prisión menor e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de seis años y un día, fundamenta su Recurso de

Casación en nueve diferentes motivos, de los que Primero y Segundo se refieren a quebrantamientos de carácter formal, por lo que procede su examen con carácter previo a los restantes.

A) El motivo Primero, por vía del el artículo 850.1º, denegación de prueba testifical pertinente y debidamente propuesta, denuncia la inadmisión por la Sala de instancia de testifical referida a la declaración del Juez de Instrucción número dos del Partido en el que los hechos enjuiciados acontecieron, que se personó en la madrugada de autos en las dependencias de la Guardia Civil de referencia.

En tal sentido, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido afirmando la indudable importancia que el debido respeto a la iniciativa probatoria de la parte merece "...desde la perspectiva de las garantías fundamentales y el derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (art. 24.2) y los Convenios internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico por vía de ratificación" (Ss TS de 16 de Octubre de 1995 o 23 de Mayo de 1996).

Pero también se recuerda con insistencia que ni ese derecho a la prueba es un derecho absoluto o incondicionado ni desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo.

Es por ello que, para la prosperidad del Recurso basado en el cauce abierto por el referido artículo 850.1º de la Ley de ritos penal, ha de comprobarse que la prueba que se inadmite lo haya sido con carencia de motivación alguna, lo que nos aproximaría más al campo del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que esa motivación haya de considerarse incorrecta, pues el medio probatorio era en realidad: a) pertinente, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que "venga a propósito" del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) necesario, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros

medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) posible, toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994, 21 de Marzo de 1995, 18 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las Ss TC de 5 de Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991, por citar sólo dos; además de otras numerosas Ss TEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990).

En este caso se trata, como hemos dicho, del testimonio del Juez de Instrucción que acudió al lugar de los Hechos una vez ocurridos éstos.

Y no podemos sino coincidir con el criterio de la Audiencia, cuando rechazó la práctica de dicha prueba, por dos razones fundamentales. De una parte el que el dicho Sr. Juez se personó en esas dependencias policiales cuando ya se habían producido los acontecimientos objeto de las actuaciones, por lo que no podía aportar ninguna noticia directa de lo ocurrido, máxime cuando, dada su condición, cualquier referencia que, en esos momentos, pudiera recibir carecería de los más elementales visos de espontaneidad y objetividad.

Y en segundo lugar, puesto que, precisamente por su función, todo conocimiento que hubiere podido tener de cualquier actuación irregular, habría provocado su actuación jurisdiccional, por lo que resulta, a causa de ello, totalmente superfluo interrogarle con posterioridad al respecto.

B) En el Recurso se alude al artículo 851.1º de la Ley procesal, para apoyar, en el último de los incisos de ese precepto, el Segundo de los motivos de Casación, al considerar que por el Tribunal "a quo" se ha cometido quebrantamiento de forma por incorporar a los Hechos Probados términos que predeterminan el sentido del Fallo

condenatorio. Concretamente con la expresión de que la conducta del recurrente se llevó a cabo "...con la intención de que se auto inculpara..." el interrogado.

Semejante vicio se produce cuando se emplean en lo que debe ser una neutral descripción de la verdad histórica, obtenida como consecuencia del resultado que ofrezca la valoración que el Juzgador efectúa sobre el material probatorio disponible, términos que anticipan y condicionan la ulterior conclusión jurídica en que el Fallo consiste.

Procede en tal caso la censura no tanto por lo que de irregularidad formal supone el ubicar en un apartado de la Resolución, los Hechos probados, algo que en realidad corresponde a la motivación jurídica de la parte dispositiva, cuanto, y esto es lo verdaderamente relevante, porque con ese defecto, de admitirse y dada la intangibilidad que el relato de Hechos ofrece frente al examen del Tribunal de casación, se estaría impidiendo la revisión de la correcta aplicación de la norma al supuesto fáctico o, en otro caso, forzando la automática confirmación de ésta, al situarse en la premisa inicial lo que sólo puede formar parte de la conclusión de ese razonar en que la Sentencia judicial consiste.

De ahí que las expresiones o términos cuya eficacia predeterminante se denuncia han de ostentar un carácter técnico jurídico, como integrantes del tipo penal descrito en la norma, y, en general, que no sean utilizados en el lenguaje común o profano. Que resulten tan determinantes del Fallo que, de su supresión en la narración, se siga la ausencia de un verdadero sustento fáctico para éste (Ss TS de 8 y 18 de Junio de 2001, entre otras muchas).

Con tales puntualizaciones resulta fácil de ver la improcedencia de la pretensión del recurrente, que no señala expresión condicionante del Fallo alguna, sino tan sólo la descripción, en términos de carácter del todo ajeno a lo estrictamente técnico jurídico, de la conducta del acusado. Lo que, por otra parte, siempre resulta necesario cuando de la redacción de unos Hechos Probados de naturaleza incriminatoria se trata, para poder alcanzar la correcta calificación jurídica de los mismos.

Por tales razones, los dos motivos de carácter formal han de ser desestimados.

SEGUNDO.- Con el Cuarto motivo del Recurso se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, con cita de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 24 de la Constitución Española, ante la ausencia de pruebas suficientes de su responsabilidad criminal.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el Fundamento Jurídico Primero de la Resolución de instancia, en el que se señalan las pruebas tenidas en cuenta para fijar la realidad de lo acontecido, que son, en esencia, las declaraciones de las propias víctimas del delito.

Dicha prueba, con matices diferenciadores de la del testimonio del ajeno a los hechos, no obstante es sin duda existente, en este supuesto, y plenamente válida para constituir auténtico acervo probatorio objeto de valoración, al haberse obtenido sin tacha alguna de ilicitud y practicado con estricto cumplimiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, rectores de nuestro sistema de

enjuiciamiento penal, siendo, así mismo, considerada suficiente en multitud de Resoluciones de este Tribunal, para enervar, por sí sola, el derecho a la presunción de inocencia del acusado, máxime en el enjuiciamiento de conductas como la que es objeto de estas actuaciones, caracterizadas, como en otros supuestos delictivos, por la clandestinidad de su producción y, por ende, por la dificultad de su probanza a través de medios externos a los propios implicados directamente en los hechos.

Es, no obstante, respecto de esa suficiencia de tal prueba en casos como el que aquí nos ocupa, que la doctrina de este Tribunal viene insistiendo en una serie de criterios cuya concurrencia determina la credibilidad de la versión del declarante y su suficiencia incriminatoria.

Una vez más hemos de recordar que no se trata con ello de enmendar la actividad valorativa llevada a cabo por el Juzgador de instancia, sino de ofrecer, de una parte, el precedente de los elementos que éste ha de tener en cuenta a la hora de medir la exigencia necesaria para otorgar eficacia bastante a esa prueba y, de otra, ya ubicados en este cauce casacional, de posibilitar el debido control de la correcta aplicación de esos criterios, en tutela del fundamental derecho a la presunción de inocencia que al acusado ampara.

Y así, tales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECr) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de

evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, tales como las que pretenden negar a las declaraciones de los testigos una credibilidad que, por el contrario, la Audiencia les otorga, que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Por todo ello este motivo también ha de desestimarse.

TERCERO.- Alude el recurrente, en el Quinto motivo, a un error en la valoración probatoria, cometido por el Juzgador "a quo", dada la inexistencia de apoyo documental a la versión inculpatoria ofrecida por los testigos.

Es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (Ss. TS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (Ss TS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (Ss. TS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que no se refiere, en realidad, a pruebas literosuficientes que contradigan el resultando probatorio alcanzado por el Tribunal "a quo", sino a algo tan distinto como la ausencia de documentos que corroboren la versión inculpatoria de los testigos, lo que, evidentemente, excede de este motivo para adentrarse en el ámbito

estricto de la valoración de esas pruebas, sobre la que ya se argumentó en el anterior Fundamento Jurídico.

De nuevo, por consiguiente, el motivo debe ser rechazado.

CUARTO.- Por último, los restantes cinco motivos, Tercero y Sexto a Noveno, del Recurso aluden a la infracción de Ley (artículo 849.1º LECr.) supuestamente cometida por la Audiencia, en la aplicación, o inaplicación, de diversas normas.

El común cauce procesal alegado en estos motivos, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad.

En este sentido, pasando a examinar cada uno de tales motivos, ha de afirmarse lo siguiente: A) El motivo Tercero denuncia la vulneración del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 24 de la Constitución Española, al no haberse compuesto la rueda de identificación con personas de similares características físicas, como impone la Ley procesal, sino que se configuró con los guardias civiles sospechosos de haber participado en los hechos, al margen de la similitud, o no, entre ellos.

Pero semejante alegación, además de referirse a la aplicación no de un precepto de carácter sustantivo sino de uno de naturaleza procesal, debe rechazarse dado que, no sólo a la diligencia asistió un Letrado en defensa del recurrente, que no hizo constar irregularidad alguna en la práctica de la misma, sino que debe recordarse que el recurrente había sido ya designado por los testigos, con anterioridad a esa rueda, como autor principal de la infracción.

B) En el Sexto de los motivos se alude a la indebida aplicación del artículo 204 bis del Código Penal de 1973, pues, a juicio del recurrente, al haberse acusado tan sólo por un delito de Torturas, cuando según los hechos que sirven de soporte a esa pretensión, las infracciones habrían sido tres, lo procedente sería la absolución.

Carece, obviamente, de fundamento alguno esa alegación, pues el hecho de que tan sólo se acuse de un delito, cuando en efecto eran tres los cometidos, lo que evidentemente beneficia al propio recurrente, nunca puede conducir a la absolución respecto de la única infracción tenida en cuenta por la Acusación, toda vez que no puede considerarse, en modo alguno, vulnerado con ello el principio acusatorio ya que el Tribunal de instancia contó con la base necesaria, en la pretensión ante él deducida, para la referida condena.

C) Así mismo, y en parte relacionado con el anterior, el motivo Séptimo se refiere al artículo 19 del mismo Cuerpo legal, que también resultaría indebidamente aplicado, por establecerse tres diferentes indemnizaciones cuando, tan sólo, se condena por un único delito de Torturas.

De nuevo hemos de decir a este respecto, que el que tan sólo se condenase por un único ilícito, lo que sin duda constituye un error de calificación de quien acusaba que favorece al acusado, no excluye la posibilidad de establecer una triple indemnización, al ser tres los realmente perjudicados y tres las indemnizaciones interesadas como consecuencia de la conducta ilegal enjuiciada.

D) Con el motivo Octavo, a través del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 742 también de la Ley de ritos Penal y 24 y 120 de la Constitución Española, se cuestiona la Sentencia recurrida, pues no se motivó en ella el por qué los Juzgadores " a quibus" concedieron su crédito a las versiones de los denunciantes para fundamentar, exclusivamente sobre ellas, la condena del recurrente.

En este sentido, todo lo referente a la valoración probatoria llevada a cabo por los Jueces "a quibus" ya ha quedado tratada en el Segundo de los Fundamentos Jurídicos de esta Resolución, mientras que por lo que se refiere a la motivación de esa

decisión basta con la lectura del Fundamento Jurídico Primero de la de instancia, en especial su último párrafo y el sentido general de ese Fundamento, para comprobar que el Tribunal Juzgador se basó en la credibilidad que le merecieron las declaraciones prestadas por las víctimas, testigos en el acto del Juicio Oral, corroboradas tanto por la ausencia de motivos espurios que hicieran dudar de su fuerza incriminatoria como por la coincidencia en el contenido de todas ellas.

E) Y, por último, con el motivo Noveno se denuncian las dilaciones indebidas sufridas en la tramitación del procedimiento, con cita, además del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 24 de la Constitución Española y el 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950.

Y es cierto que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de Mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de Junio de 1999, 28 de Junio de 2000, 1 de Diciembre de 2001, 21 de Marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y

constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de Junio, y del TS de 14 de Noviembre de 1994, entre otras).

Y así, en el caso que nos ocupa, no sólo transcurren más de ocho años desde el acaecimiento de los hechos hasta la Sentencia de la Audiencia, lo que supone un plazo excesivo para alcanzar una Resolución de este carácter, sino que ese retraso se vuelve aún mucho más injustificable si se advierte que nos hallamos ante un supuesto que no presenta complejidad alguna en su investigación y enjuiciamiento, tratándose de unos hechos puntuales, sin más prueba que las declaraciones de los implicados y encontrándose todos ellos perfectamente localizables y en todo momento a disposición del Tribunal.

Razones que nos llevan a considerar, en este caso, la referida atenuante como muy cualificada a los efectos de lo previsto en el artículo 61.5ª del Código Penal aplicable.

Por lo que procede la estimación del Recurso en este último motivo, así como la desestimación de los restantes, procediendo, en consecuencia, el dictado de la Segunda Sentencia, que recoja las consecuencias penológicas derivadas de esa parcial estimación.

QUINTO.- A la vista del resultado parcialmente estimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de oficio de las costas procesales ocasionadas por el Recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Víctor contra la Sentencia

dictada contra él por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha de 18 de Abril de 2002, por delito de Torturas, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. José Antonio Martín Pallín D. José Manuel Maza Martín D. José Jiménez Villarejo SEGUNDA SENTENCIA En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Arganda del Rey con el número 50/96 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid por delito de torturas, contra Víctor , con 39 años de edad, nacido en Cáceres el 20-2-63, hijo de Casimiro y de Lidia , guardia civil con nº NUM000 y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 18 de abril de 2002, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar los siguiente: I. ANTECEDENTES ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los Hechos declarados como probados en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho, y motivado suficientemente, en el Cuarto Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, procede la aplicación de la

atenuante analógica del artículo 9.10ª del Código Penal de 1973, como muy cualificada, por las importantes e injustificadas dilaciones producidas en el enjuiciamiento de los Hechos objeto de las presentes actuaciones.

Debiendo imponerse en consecuencia, atendiendo para la determinación de la pena aplicable a la referida atenuante muy cualificada y, en consecuencia, a lo previsto en el artículo 61.5ª del meritado Texto legal, las penas de cuatro meses y un día de arresto mayor y suspensión para el ejercicio de cargo público por cuatro años y un día, dentro de la pena inferior en grado a la legalmente prevista para la infracción cometida.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso, III. FALLO Que debemos condenar y condenamos a Víctor , como autor de un delito de Torturas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de cuatro meses y un día de arresto mayor y cuatro años y un día de suspensión de todo cargo público, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, en lo relativo a las indemnizaciones y costas.

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

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2003

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao, instruyó sumario 76/96 contra Eloy, Juan Luis, Rafael, Everardo, Juan Francisco, Rogelio, Fernando y Marco Antonio, por delito de tortura y prevaricación, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, que con fecha 24 de julio de dos mil uno dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS "a) Que sobre las tres de la madrugada del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, D. Jose Carlos fue detenido en su

domicilio, sito en el núm. NUM000 de la CALLE000 de Amorebieta, por miembros de la Guardia Civil, siendo trasladado a los alrededores de una zona rural conocida como San Isidro. Al llegar allí fué golpeado en varias partes del cuerpo, utilizando para ello las manos y las armas que portaban los Agentes, recibiendo igualmente patadas, al tiempo que fué amenazado. Seguidamente fue llevado al Cuartel de Amorebieta, viendo a D. Simón , que también había sido detenido esa madrugada, con visibles signos de haber sido maltratado. Inmediatamente fue llevado al Cuartel de La Salve donde fue igualmente golpeado por entre cinco y seis agentes del Cuerpo: Estando esposado, le colocaron de cuclillas, colgándole y dándole golpes en las plantas de los pies; le fue colocada una bolsa de plástico en la cabeza, y cuando, interrogado sobre acciones en las que los interrogadores consideraban había participado, le declaraba algo que no parecía bien a sus interrogadores, le golpeaban, haciéndole comer el papel en el que iban anotando lo que decía el detenido, entre risas de los participantes en estos hechos, al tiempo que seguía recibiendo golpes, que también fueron en la cabeza con lo que al detenido le pareció un listín de teléfonos. Le fue dado un líquido y el detenido creyó ver alucinaciones, además de haber estado durante tiempo totalmente desorientado. Se le dijo que estaba ante el Forense y el Juez, y cuando comenzó a relatar el trato recibido, siguió recibiendo golpes, puesto que, en realidad, seguía ante los Agentes de la Guardia Civil que le habían dado el trato descrito.

Consta que el veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta, entre el mediodía y las tres de la tarde, firmó declaración ante los Agentes núm. NUM001 y NUM002, quienes son el Instructor y Secretario de la parte del atestado correspondiente a este detenido, y que el día que prestó declaración ante el Juez Central de Instrucción núm. Dos presentaba hematoma visible en el ojo.

B) Jose Carlos fue detenido en la madrugada del diecinueve al veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, siendo trasladado al cuartel de la Guardia Civil de Amorebieta, recibiendo algunos golpes, y declarando que en determinado lugar había un zulo. Se le traslada hasta el lugar en el que el detenido indica se encuentra este agujero, y en el vehículo en que se realiza el traslado, D. Rafael se sienta a la derecha

del detenido, golpeándole en el trayecto en los testículos, y además tanto a la ida como a la vuelta, nuevamente hasta el cuartel de Amorebieta, le sigue golpeando. Una vez en el cuartel tanto el Sr. Jose Luis como D. Carlos, que había sido detenido, son introducidos en un vehículo trasladándoles hasta Bilbao, al Cuartel de La Salve. Una vez aquí, es interrogado entre varias personas, entre las que siempre se encontraba el citado Sr. Rafael, quien le golpeó igualmente en varias ocasiones, durante los días en que permaneció detenido en Bilbao, tanto con el puño como un objeto que el detenido creyó era un bate de beísbol. Nunca estuvo a solas con el núm. NUM003 (Sr. Rafael), sino que cuando fue interrogado y firmó se encontraba con él y con otro agente.

En los días que duraron este tipo de interrogatorios, también fue colgado de una barra y golpeado. Consta que prestó declaración ante los núm. NUM003 y NUM004 el día veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta, núm. de T.I.M. que se corresponden al Instructor y Secretario de la investigación correspondiente a este detenido; y que, reconocido por el Médico Forense de los Juzgados Centrales de Instrucción, presentaba hematomas en creta ilíaca derecha y también en la izquierda, además de en el ojo y erosiones en costra en ambas muñecas.

C) D. Carlos fue detenido en su puesto de trabajo de la sucursal que la Caja Laboral Popular tiene en Yurre, a las nueve de la mañana del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, y seguidamente trasladado al Cuartel de la Guardia Civil de Amorebieta, donde recogen a Jose Carlos, siendo trasladados ambos hasta el Cuartel de La Salve. Permaneció detenido en este acuartelamiento hasta el veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta, en que fue trasladado a Madrid, luego de prestar declaración que consta finalizada a las cinco de la tarde de ese día veintisiete, sin que haya podido precisarse quién tomó esa declaración ni tan siquiera quien la tecleó a la máquina en que consta redactada. Durante el tiempo en que duró su detención en La Salve fue interrogado sobre su pertenencia a E.T.A. y las acciones que pudo haber llevado a cabo en el seno de esta organización, por cuatro personas, entre las que se encontraba D. Rafael : al llegar, luego de recibir algunos golpes cuando caminaba desde su salida del vehículo en que fue trasladado hasta el interior de las dependencias, se le indicó, dándole un papel y lápiz que comenzara a escribir todo lo que había hecho en su vida, al tiempo que recibía insultos. Fue colocado entre varios

agentes (entre los que se encontraba D. Rafael) que estaban en círculo, pasándose unos a otros al detenido entre golpes. En una de las ocasiones, estando solo el detenido, entró el Sr. Rafael a su celda, cogiéndole de los testículos y produciéndole fuerte dolor. Fue colgado en una barra mientras recibía golpes por parte de los interrogadores, y quienes debían custodiarle, después de comer pipas, le metían las cáscaras en la boca, mofándose del detenido. Cuando prestó declaración no recibió golpes ni amenazas, y reconocido por el Médico forense de los Juzgados Centrales de Instrucción, presentaba hematoma corneal en ojo izquierdo, en la cara externa del tercio superior del brazo izquierdo, y en región axilar también del brazo izdo.

D) D. Simón fue detenido en su domicilio familiar, sito en Amorebieta, piso NUM005 NUM006. del núm. NUM007 de la CALLE001, en la madrugada del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, siendo trasladado entre golpes (recuerda que uno de los agentes portaba una sortija prominente con la que le golpeó en la cabeza) hasta un Caserío propiedad de su padre, donde fue interrogado sobre su pertenencia a E.T.A. acciones en las que había participado y objetos y armas que pudiera guardar, al tiempo que era golpeado en una de las habitaciones del Caserío. Cuando fue llevado al Cuartel de La Salve, dijo a los Agentes que una de las esposas le estaba apretando mucho, que le hacía daño y se estaba hinchando la mano, recibiendo como respuesta la acción de ser colgado de una pared enganchado a esa esposa y de la otra a unas anillas sitas en tal pared, siendo golpeado en esa posición en ambos costados, al tiempo que era interrogado en esa posición, sobre el comando al que pertenecía y las acciones que había protagonizado. Igualmente recibió golpes en las plantas de los pies, y cuando, por efecto de los golpes, perdía sensibilidad y ya no sentía dolor, era obligado a caminar sobre el suelo frío hasta que volvía a sentir los pies, siguiendo con la práctica descrita. Se le dejó solo en la celda con la prohibición de sentares o tumbarse. Se tumbó, y entraron varias personas que le dieron una paliza por no obedecer las órdenes dadas. Igualmente recibió golpes indiscriminados con objetos que el detenido creyó eran porras y bates de beisbol, y se le colocó un esparadrapo en la boca, además de una bolsa de plástico en la cabeza, y en una de las ocasiones le metieron la cabeza en agua. Consta que prestó declaración en La Salve a las cuatro de la tarde del veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta, ante los Agentes núm.

NUM003 y NUM004, Instructor y Secretario del atestado elaborado respecto de este detenido; y reconocido por el Médico Forense de los Juzgados Centrales de Instrucción, presentaba hematoma en ambas regiones glúteas, omoplato izdo., y en cara externa del tercio superior del brazo izdo.

E) D. Claudio fue detenido el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, e inmediatamente fue llevado hasta una zona rural, diciéndosele por las personas que le custodiaban que ese traslado era para que localizara a miembros de E.T.A. que pudieran encontrarse en esos caseríos, recibiendo en el trayecto amenazas y golpes varios. Seguidamente fue trasladado a La Salve donde fue seguidamente interrogado en varias ocasiones sobre su pertenencia a E.T.A., y su participación en acciones de esta organización, recibiendo golpes varios si no contestaba a las preguntas que se le realizaban. Se le colocó una bolsa de plástico en la cabeza, que le producía asfixia y se le introdujo la cabeza en una palangana llena de agua sucia hasta producirle igualmente sensación de asfixia. En una de las ocasiones le fue arrancada la barba que tenía, y mezclada con tabaco, se le dio para comer. Reconoció, durante las ruedas de reconocimiento que se practicaron en la instrucción de la causa, a D. Rogelio, a D. Fernando y a D. Rafael como las personas que participaron en esos interrogatorios y le infringieron ese trato. Consta firmada declaración del detenido, ante los Agentes núm. NUM008, NUM009, NUM010 y NUM011, el veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta, y que finaliza a las veinte horas de ese día: El núm. NUM009 corresponde a D. Rogelio, y el NUM010 a D. Fernando.

Fue reconocido por el Médico Forense de los Juzgados Centrales de Instrucción, quien hizo constar que, al reconocimiento, presentaba "hematoma en cara posterior del hombro izdo.".

F) Resulta probado y así se declara que a la una de la madrugada del uno de diciembre de mil novecientos ochenta, se presentaron varios miembros de la Guardia Civil en el domicilio de D. Oscar, sito en el piso NUM012 del núm. NUM013 de la CALLE002 de Amorebieta. Le sacaron de su domicilio, esposándole inmediatamente, y al llegar al portal del inmueble, esperaban otros miembros del Cuerpo Policial, quienes le colocaron una bolsa en la cabeza, introduciéndole en un vehículo a motor. Se

sienta en el lugar que le indican, asiento trasero, y le obligan a que meta la cabeza hacia las piernas de una persona que se sentaba a su lado. Luego de realizar un trayecto cuyas características (de lugar y tiempo) no han podido determinarse, le indican que salga del vehículo, tumbándole en el suelo, y al tiempo que le acusaban de haber matado a una persona, fue objeto de golpes en la cabeza con la culata de las armas que portaban quienes custodiaban y trasladaban al detenido, así como patadas por el cuerpo. Subiéndole la capucha con la que le cubrían la cabeza a la altura de la nariz, se le introdujo una pistola en la boca, con amenaza de dispararla, al tiempo que el detenido creyó oír un disparo.

Resulta igualmente probado que, seguidamente le trasladaron al Cuartel de La Salve de Bilbao, donde fue introducido en una celda, y se le dejó allí con las esposas puestas. Posteriormente, en momento que no ha podido ser concretado, varios agentes de la Guardia Civil comenzaron a preguntar al detenido Sr. Oscar por su participación en el asesinato de un taxista en la localidad en que vivía, así como en el de otras personas, al tiempo que era golpeado por quienes llevaba a cabo estos interrogatorios: Los golpes se producían en las plantas de los pies, además de introducírsele la cabeza en una bañera llena de agua sucia, teniéndosela metida en el agua hasta que sentían que podía ahogarse. En ese momento se retiraba al detenido la cabeza del agua, recuperada, volver a introducírsela. Así en varias ocasiones. Antes de proceder a realizarle tal práctica, le desnudaron de cintura para arriba, y le propinaron golpes. También se le obligó a que colocara los pies sobre una silla, golpeándole las plantas de los pies. Cuando se le dejó en su celda (descrita por el detenido como fría y húmeda) se le dijo que debía permanecer de pie, y desde la mirilla de la puerta de la celda, alguien vigilaba en ocasiones que así siguiera, detalle que puso de manifiesto el detenido en sus declaraciones posteriores ante el Juzgado, explicando que le gritaban para que obedeciera la orden recibida.

Posteriormente le dejaron en la celda, y se le dio a beber un líquido cuyo contenido desconoce el denunciante: Al poco tiempo de ingerirlo creyó ver alucinaciones.

Es puesto en libertad, y el día cuatro de diciembre se presenta ante el Juzgado de Instrucción de Bilbao, denunciando lo ocurrido, y siendo reconocido por el Médico Forense de Guardia.

Nunca hubo acusaciones contra el Sr. Oscar ni se ha podido determinar desde diciembre de mil novecientos ochenta hasta hoy, ni quien practicó el trato descrito ni tan siquiera quiénes estaban presentes y/o transcribieron la declaración que prestó (Folio 218), ni quienes fueron Instructor y Secretario del atestado correspondiente a la investigación relativa a este detenido, salvo el núm. de T.I.M. NUM014, que aparece como el Responsable de toda la Investigación practicada en relación con las detenciones llevada a cabo el día uno de diciembre de mil novecientos ochenta en Amorebieta y Durango.

G) Resulta probado que igualmente a primeras horas de la madrugada del uno de diciembre de mil novecientos ochenta, varios miembros de la Guardia Civil se presentan en el domicilio arriba reseñado, correspondiente a la familia Simón, procediendo a la detención de D. Romeo, quien es esposado ya en su domicilio. Le colocaron seguidamente una capucha en la cabeza, y le condujeron al monte. Ya en el vehículo recibe golpes, siendo sacado del mismo por las personas que habían participado en su traslado, diciéndole que corriera, posteriormente que se pusiera de rodillas... el detenido creyó oír disparos. Seguidamente le colocaron una cuerda rodeándole el cuello, levantándolo del suelo, con ademán de ahorcarle, dejándole seguidamente y prometiéndole una muerte atroz. Cerca del lugar había un riachuelo al que le tiraron varias veces, al par que proseguían con las amenazas citadas. Trasladado al Cuartel de la Salve, donde le quitan toda la ropa mojada, dándole un buzo que tenía pequeño, dejándole a la vista los testículos. Le obligaron a saludar con el brazo en alto, mofándose del detenido. Fue introducido en una celda donde no se le dejó sentarse, obligado a permanecer de pie, y siendo seguidamente interrogado sobre atentados protagonizados por E.T.A. en los que podía haber participado el detenido, interrogatorios que se realizaban en varias ocasiones cada día entre el uno y el cuatro de diciembre. En estos interrogatorios era golpeado con un objeto que al detenido le pareció algo similar a un bate de beisbol en las plantas de los pies, testículos, abdomen, espalda y cuello. También se le colocaron bolsas de plástico en la cabeza,

produciéndole asfixia. Firmó la declaración en la Comisaría cubierto únicamente con el buzo mencionado, ante los Agentes núm. NUM008 y NUM003 el día cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta por la tarde. Estos dos Agentes son el Instructor y Secretario de la parte del atestado correspondiente a este detenido.

El día seis de diciembre, ante el Juez Central de Instrucción negó haber recibido maltrato, al ser preguntado por el Instructor a la vista de los restos de golpes que eran visibles. El día diez de diciembre de mil novecientos ochenta sí denunció el maltrato a que había sido sometido durante los interrogatorios, y reconocido por el Médico Forense adscrito al Juzgado Central de Instrucción núm. Dos, se le apreciaron diversos hematomas en regiones rotulianas, córnea, párpado, omoplatos... sin que conste si recibió asistencia médica por los mismos.

Por último, y antes de ser presentado ante el Juez Central de Instrucción, fue amenazado por quienes le habían interrogado que, de denunciar lo padecido, sería trasladado nuevamente al Cuartel, para recibir similar trato.

SEGUNDO.- Resulta igualmente probado que todas las personas que participaron en las detenciones, custodia, interrogatorios y traslados de los detenidos, eran, en las fechas a que se refieren los hechos descritos, miembros de la Guardia Civil, sin que se haya podido identificar a todos los partícipes en tales hechos, sino únicamente a:

1.- D. Eloy, que figura con los núm. de T.I.M. NUM014 y NUM015, con el cargo de Teniente en aquellas fechas y que fue quien dirigió la investigación en la que fueron detenidos todas las personas reseñadas, y quien participó el resultado de la investigación y de los interrogatorios realizados.

2.- D. Rafael, que figura con la T.I.M. núm. NUM003, que participó en los hechos descritos en la forma que ha quedado reflejada, además de haber participado en la toma de declaración de las personas que se han hecho constar.

3.- D. Juan Miguel, que consta con el T.I.M. núm. NUM011, con la participación que se ha reseñado igualmente.

4.- D. Luis Francisco, T.I.M. núm. NUM001.

5.- D. Juan Francisco, con la T.I.M. núm. NUM002.

6.- D. Marco Antonio, con la T.I.M. núm. NUM004.

7.- D. Juan Luis, con la T.I.M. núm. NUM008.

8.- D. Fernando, con la T.I.M. núm. NUM010.

9.- D. Rogelio, con la T.I.M. núm. NUM009."

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a D. Rafael como autor responsable de cinco delitos de tortura, a la pena de cuatro meses de arresto mayor por cada uno de los delitos, así como a la pena de cuatro años de suspensión para todo cargo o empleo público por cada uno de los delitos por los que se le condena.

Que debemos condenar y condenamos a D. Juan Luis como autor responsable de dos delitos de tortura, a la pena de cuatro meses de arresto mayor y cuatro años de suspensión para todo empleo o cargo público por cada uno de los delitos.

Que debemos condenar y condenamos a D. Juan Francisco como autor responsable de un delito de tortura a la pena de cuatro meses de arresto mayor y a cuatro años de suspensión para todo empleo o cargo público.

Que debemos condenar y condenamos a D. Marco Antonio como autor responsable de dos delitos de tortura a la pena de cuatro meses de arresto mayor y cuatro años de suspensión de empleo o cargo público por cada uno de los delitos citados.

Que debemos condenar y condenamos a D. Rogelio como autor responsable de un delito de tortura a la pena de cuatro meses de arresto mayor y cuatro años de suspensión de empleo o cargo público.

Que debemos condenar y condenamos a D. Fernando como autor responsable de un delito de tortura a la pena de cuatro meses de arresto mayor y cuatro años de suspensión de empleo o cargo público.

Que debemos condenar y condenamos a D. Eloy como autor de dos delitos de prevaricación a la pena de siete años de inhabilitación especial por cada uno de ellos.

Que debemos absolver y absolvemos de las acusaciones formuladas en su contra a D. Cristóbal y a D. Cesar.

Igualmente deberán indemnizar con la cantidad de un millón de pesetas para cada uno de los perjudicados, en el modo siguiente:

1.- A D. Jose Carlos, personal y solidariamente D. Luis Francisco y D. Juan Francisco.

2.- A D. Simón, personal y solidariamente D. Rafael y D. Marco Antonio.

3.- A D. Romeo, D. Juan Luis y D. Rafael, personal y solidariamente.

4.- A D. Claudio, D. Juan Luis, D. Rogelio, D. Fernando, y D. Rafael, deberán abonar personal y solidariamente, la cantidad de un millón de pesetas referida.

5.- A D. Carlos le será abonada la cantidad de un millón de pesetas por D. Rafael.

6.- A D. Jose Luis, personal y solidariamente, por D. Rafael y por D. Marco Antonio y 7. A D. Oscar por D. Eloy la cantidad arriba expresada.

Todo ello con la responsabilidad directa y solidaria de D. Eloy y la subsidiaria del Estado.

Además deberán abonar las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares: D. Rafael, la tercera parte de las causadas (5/15); D. Juan Luis las 2/15 partes; D. Luis Francisco, 1/15; D. Juan Francisco, 1/15; D. Marco Antonio 2/15; D. Rogelio, 1/15; D. Fernando, 1/15 y D. Eloy, 2/15 de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se solicita por la representación de la Acusación Particular la aclaración de la misma, ante lo cual la mencionada Audiencia dictó con fecha 17 de septiembre de 2001 el siguiente Auto de aclaración:

"PARTE DISPOSITIVA: Procede aclarar la sentencia únicamente en cuanto al error padecido en el nombre Don. Jose Luis, haciéndose constar que es Jose Luis y no Jose Carlos.

No procede añadir a la pena que se interesa en el escrito de solicitud de aclaración presentado por la Sra. Apalategui en nombre del Ayuntamiento de Zornotza-Amorebieta".

Cuarto.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y la representación de Eloy, Juan Luis, Rafael, Everardo, Juan Francisco, Rogelio, Fernando y Marco Antonio, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

PRIMERO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos 130.5º, 131.1 y 132 del Código Penal vigente (o sus equivalentes 112 y siguientes del Código Penal de 1973), en relación con el artículo 359 del Código Penal de 1973 indebidamente aplicado respecto de Eloy.

SEGUNDO.- Al de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en

relación a su vez con lo dispuesto en el artículo 204 bis "in fine" en relación con el párrafo segundo, del Código Penal de 1973 respecto de la condena por dicho precepto respecto de Juan Luis , Luis Francisco , Juan Francisco , Marco Antonio y Rafael , así como y con invocación de idénticos preceptos pero en relación, en este caso, con el artículo 359 del Código Penal de 1973 respecto de Eloy .

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículo 9.3º y 24.2º de la Constitución Española en relación a su vez con lo dispuesto en el artículo 359 del Código Penal respecto de la condena por dicho precepto respecto de Eloy.

CUARTO.- Con carácter subsidiario a los anteriores, al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la indebida aplicación del artículo 359 del Código Penal de 1973 e indebida inaplicación del artículo 408 del Código Penal de 1995 en relación con el artículo 2.2º y Disposición Transitoria 1ª y 2ª del Código Penal de 1995 respecto de la condena por tales delitos de Eloy.

La representación de Eloy:

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que evidencian la equivocación del juzgador, concretamente los folios 487, 655, 657, 659 y 1641.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a ser informado de la acusación que consagra el artículo 24 número 2º de la Constitución Española.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el artículo 24.2º de la Constitución Española.

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el artículo 24.2º de la Constitución Española.

QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 359 del Código Penal.

SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida de los artículos 112, 113 y 114 del Código Penal Texto Refundido 1973 y artículo 131 del Código Penal vigente.

SÉPTIMO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida de los artículos 113 y 114 del Código Penal Texto Refundido 1973.

OCTAVO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española y arts. 9.10 y 61.5º del Código Penal se denuncia la existencia de dilaciones indebidas.

NOVENO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 2.2 del Código Penal en relación con la Disposición Transitoria del mismo texto legal.

DÉCIMO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5 número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del principio de legalidad previsto en el artículo 25 número 1º de la Constitución Española en cuanto a la prohibición de penas desproporcionadas en relación con el artículo 23.2 como consecuencia de la aplicación del artículo 408 del Código Penal.

La representación de Juan Luis, Rafael, Everardo, Juan Francisco, Rogelio, Fernando y Marco Antonio:

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida de los artículos 112.6, 113 y 114 del Código Penal Refundido 1973.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a no padecer indefensión sancionado en el artículo 24.1º, así como del derecho a ser informado de la acusación sancionado en el número 2º del artículo 24 de la Constitución Española.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el artículo 24 número 2º de la Constitución Española.

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el artículo 24 número 2º de la Constitución Española.

QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el artículo 24 número 2º así como el de interdicción de la arbitrariedad sancionados en los artículos 24.2 y 9.3 de la Constitución Española.

SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que evidencian el error del juzgador.

SÉPTIMO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de las Garantías Constitucionales y, concretamente, por infracción del art. 24.2 de la Constitución que establece el Principio de Presunción de Inocencia y por Infracción del art. 9.3 de la Constitución que prohíbe la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

OCTAVO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida inaplicación del artículo 9.10 del Código Penal, atenuante analógica por dilaciones indebidas.

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la vista y la votación prevenida el día 12 de Noviembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRELIMINAR.- La sentencia objeto de la censura casacional condena a los recurrentes, guardias civiles destinados en el acuartelamiento de La Salve en Bilbao, como autores de los delitos de torturas que se declaran en la sentencia, y a uno de los recurrentes por un delito de prevaricación del art. 359 del Código penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

Los hechos tienen lugar en el mes de noviembre de 1.980, es decir, hace 23 años. Afortunadamente el ordenamiento jurídico, de entonces a acá, se ha dotado de suficientes instrumentos para evitar, o al menos reducir, espacios descontrolados de actuaciones de investigación de hechos delictivos. De manera que hoy son llamativos los plazos de detención policial establecidos en la legislación de la época a la que se remontan los hechos, así como las limitaciones a la actuación jurisdiccional de control adoptadas, sin base jurídica alguna, por los órganos de dependencia orgánica que hoy serían impensables.

La actuación investigadora por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se envolvía en tal oscurantismo y opacidad que motivó la denuncia de los hechos en prevención de lo que pudiera ocurrir y sin mayor base que la existencia de experiencias vividas, en este caso, por ciudadanos del pueblo cuya corporación municipal interpone la denuncia, posteriormente ampliada mediante querella. En el presente sumario, la tramitación ha sido ciertamente complicada, se plantearon cuestiones de jurisdicción, resueltas inicialmente por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo y, recurrida en amparo, por el Tribunal Constitucional; la causa fue archivada en dos ocasiones y concluida sin procesamiento en otra, con las subsiguientes impugnaciones que dieron

lugar a su definitivo enjuiciamiento; los imputados declararon en el procedimiento seguido ante la jurisdicción militar y, remitida a la ordinaria, a través de exhorto en sus nuevos destinos a inicios de los años 90. Se practicaron numerosas ruedas de reconocimiento, 42 el día 24 de febrero de 1.988, 63 del 16 al 20 de diciembre y otras 16 el catorce de marzo de 1.989, la mayoría de ellas infructuosas, pues reconocimientos de identidad en el delito objeto de la acción ejercitada sólo se realiza respecto a tres de los imputados, aunque uno de ellos haya sido reconocido por varios de los querellantes.

Pese a la dilatada en el tiempo instrucción son pocas las diligencias de prueba practicadas. Como antes señalamos, los imputados declararon prácticamente al inicio de la investigación y lo volvieron a realizar, mediante exhorto, transcurridos más de diez años de la primera declaración. Otros diez años después, declararon en el juicio oral. Los perjudicados y querellantes, han declarado, primero al tiempo de su detención con escasas manifestaciones en cuanto a las torturas que posteriormente amplían y desarrollan en sucesivas declaraciones. Las periciales con las que se cuenta son las que fueron realizadas al tiempo de la declaración en el juzgado central de instrucción y el tribunal echa en falta una pericial más detallada sobre etiología y evolución de las lesiones declaradas. Las resoluciones sobre jurisdicción competente, archivos, estimaciones de los recursos y periodos de paralización para la emisión de escritos, han supuesto la extraordinaria dilación en el tiempo de la tramitación, dilación en la que convergen tanto el tribunal, como acusadores y acusados, cuestión distinta es la valoración jurídica de esa dilación y su conceptuación como indebida.

La sentencia es recurrida por Eloy , por los demás condenados, incluido Marco Antonio, quien se adhirió al recurso presentado por estos recurrentes, y por el Ministerio fiscal, en una impugnación que es coincidente en alguno de los motivos con los formalizados por los otros recurrentes. Por ello, realizamos el estudio de los motivos formalizados por los recurrentes con remisión a la alegación del Ministerio fiscal en cuanto coincida en la impugnación que el Ministerio público expone en su formalización.

RECURSO DE Eloy

PRIMERO.- 1.- Anticipamos en el estudio el motivo formalizado en sexto lugar, por indebida aplicación de los arts. 112 y 113 del Código penal, al entender que el delito objeto de la condena estaría prescrito. Este motivo es coincidente con el opuesto por el Ministerio fiscal en su primer motivo.

Argumenta el recurrente que su intervención se limitó a la realización de una diligencia de exposición de hechos que antecede el primero de los atestados levantados tras la detención de varias personas en la localidad de Amorebieta y a la realización de un registro domiciliario sin haber tenido noticias de los hechos hasta el día 30 de abril de 1.992 fecha en la que declaró con relación a los hechos y que se corresponden con un escrito de acusación fechado el 20 de diciembre de 1.990. Reproduce la jurisprudencia de esta Sala, de la que deduce la prescripción del delito porque los hechos no fueron lo concretos que requeriría la imputación del recurrente como para estimarla suficiente con efectos para interrumpir la prescripción. En parecidos términos se expresa el Ministerio fiscal para quien entre los delitos investigados en la denuncia y querella inicial, los malos tratos producidos durante la detención, y el delito imputado a este recurrente, no existe la necesaria conexión ni la unidad que la jurisprudencia ha considerado para interrumpir el plazo de prescripción cuando se trata de investigaciones en el seno de grupos, más concretamente "el círculo autores investigados", en el sentido de que el autor está entre los investigados y sólo entre ellos.

Resolvemos conjuntamente la cuestión deducida como motivo de oposición, que servirá también para dar respuesta al motivo primero del resto de los recurrentes, también formalizado por error de derecho en denuncia de la indebida aplicación de los arts. 112 y 113 del Código penal.

2.- Una definición comúnmente admitida de la prescripción de delitos la considera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo en acontecimientos humanos. Mayor discusión plantea la consideración sobre su naturaleza. Así, algunos autores refieren un fundamento material, sustantivo penal, pues lo que desaparece con el transcurso del tiempo es la necesidad de pena. Consecuencia de esta afirmación es reconocer que esta institución

puede ser aplicada de oficio, aunque no haya sido alegada como cuestión de previo pronunciamiento (art. 666.3 LECrim.), y la de reconocer a la prescripción los mismos efectos de irretroactividad que los correspondientes a las normas sustantivas penales, a salvo su consideración de mayor favorabilidad. También se ha sostenido una naturaleza procesal, basando la institución en la dificultad de prueba que determina el transcurso del tiempo. Otros fundamentos de la prescripción se han encontrado en las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un tiempo; en la seguridad jurídica; en la negación de las finalidades de celeridad en la realización de la justicia, etc.

La jurisprudencia de la Sala II, ha afirmado "resueltamente su naturaleza material, ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria" (SSTS. 10.3.1993, 18.6.1992 y las que cita 30.11.1963, 23.11.1989). Añade la Sentencia de 18.6.1992, "El fundamento se ha buscado en principios o razones de orden público, de interés general o de política criminal, que han expuesto ampliamente y con buen tino las resoluciones citadas, y que pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente -el ius puniendi- depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico; y, como es obvio que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial, e incide contraproducentemente en la llamada resocialización o rehabilitación del sujeto, finalidades primordiales de la sanción penal. Esta naturaleza sustantiva lleva al reconocimiento y admisión de la prescripción siempre que concurran los presupuestos materiales en que se asienta: paralización del procedimiento y el lapso de tiempo correspondiente, pues ningún otro condicionamiento procesal procedente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o trasvasado de la estructura característica de su homónima institución civil pueden impedir que se decrete la extinción de la responsabilidad penal, legalmente expresada en el art. 112.6 (C.p.1973) a la que se reconoce los siguientes y trancedentales matices: la de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal, siendo temporánea su alegación (pese al carácter de cuestión nueva), en el escrito de interposición de la casación, incluso en la misma vista del recurso, y la de referir al dies a quo cuando

existe actividad procesal a la fecha en que cesa o paraliza, con abstracción de sus motivaciones".

El primer problema que plantea la inteligencia de este precepto es el de dar contenido a la expresión "el procedimiento se dirija contra el culpable", como dato que permite la interrupción de la prescripción. El vigente art. 132 del Código penal reproduce prácticamente el anterior art. 114 del Código anterior, texto refundido de 1973, si bien clarifica los efectos del tiempo transcurrido con anterioridad a la interrupción. El nuevo Código penal previene, al respecto, que el tiempo transcurrido antes de la interrupción quedará sin efecto, cuestión que con anterioridad podía plantear alguna duda.

La expresión "el procedimiento se dirija contra el culpable" ha sido objeto de crítica jurisprudencial. Así la STS. 20.5.1995, nos recuerda que nuestro Código "a diferencia de otros Códigos penales no establece -como sería preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica- qué actos procesales concretos determinan dicha paralización.”. A continuación, la referida Sentencia entiende que la expresión "el procedimiento se dirija contra el culpable" para interrumpir la prescripción "proporciona un importante apoyo a la interpretación", pues de ello se deduce "que no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción. No tendría sentido que la ley exigiera que el acto se dirigiera contra el culpable sólo en relación al primer acto posterior a la comisión del delito, pero no requiriera lo mismo después de una paralización cualquiera del procedimiento. Concretamente, lo que la ley exige, en todo caso, no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable, dado que lo que determina la extinción de la responsabilidad es el aquietamiento de la acción y que la acción sólo se impulsa mediante actos que tiendan a su realización". Esta Sentencia fundamenta la prescripción no sólo en función de los tradicionales criterios materiales y procesales, sino también en función del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En la Sentencia 12.2.1994, se atribuye capacidad para interrumpir la prescripción, al escrito de calificación de la defensa, el Auto confirmando la conclusión del sumario y decretando la apertura del juicio oral, y considera esta doctrina como

"incuestionable" para la Sala II, y así reproduce SSTS. de 13.5.1993, 22.6, 24.6 y 22.7 de 1993 y 15.5.1993.

En el mismo sentido, la STS de 17.11.1993, para la que la "prescripción sólo se interrumpe cuando se ha llevado a efecto una efectiva actividad judicial que se plasme en actos concretos que produzcan actuaciones del órgano jurisdiccional encargado de la instrucción o enjuiciamiento". En consecuencia, no son actuaciones procesales que interrumpan la prescripción, la citación del denunciante para el ofrecimiento de acciones, la tasación de objetos robados, y la reclamación de antecedentes penales.

La STS de 10.7.1993, estima que "las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de prescripción", citándose como tales, el Auto transformando en sumario las diligencias previas (STS 18.6.92) o en general las que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable (STS 31.10.92).

La STS 16.12.94, continúa la misma doctrina y señala que "no pueden alegarse como causa de interrupción de dicho plazo las actuaciones judiciales por cuanto las mismas han seguido una atípica e irregular línea de investigación". En el supuesto objeto del recurso la denuncia se había interpuesto por delito de desobediencia y se concluyó con una acusación por delito de estafa.

En esta línea la STS de 11.10.97, señala que no interrumpe el plazo de prescripción el auto declarando la rebeldía y los acuses de recibo del Registro de penados y rebeldes porque ninguna de esas diligencias "tienen la naturaleza jurídica, ni la finalidad, de lo que se llama impulso procesal, de tal manera que el proceso quedó paralizado aún habiéndose llevado a cabo".

Un punto de inflexión en la jurisprudencia transcrita se produce con la STS de 25.1.94, conocida como "caso Ruano" en la que se interpreta de forma extensiva la frase "el procedimiento se dirija contra el culpable". Señala la Sentencia "El art. 113 del Código penal cuando determina los plazos de prescripción se está refiriendo al delito, es decir, a la existencia o no del mismo, o lo que es igual, a la determinación de cómo ocurrieron los hechos y paralelamente o a continuación de quienes pudieron ser sus autores, de tal forma que según ese precepto no nos hallamos en presencia de

determinar "ab initio" las personas posiblemente inculpadas sino de averiguar la existencia o no de infracción legal y, como consecuencia (y solo como consecuencia), de resultar positiva esa investigación determinar los posibles responsables.

Sin embargo, para entenderlo así, nos encontramos con el escollo que supone el párrafo 2º del art. 114 del Código penal cuando dice de este modo "Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable...". Por ello, desde lo objetivo que supone el precepto anterior (prescripción del delito), esta norma parece subjetivizar la aplicación de los plazos prescriptivos (prescripción de la autoría), por lo cual su interpretación es difícil y de no muy clara solución, sobre todo cuando ese último precepto, además, habla de "culpable", siendo así que, por propia definición, culpable sólo puede entenderse como la persona que haya sido condenada por sentencia firme, pues entender lo contrario sería tanto com prejuzgar de antemano la autoría, destruyendo así, sin más, el principio fundamental de la presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la CE. Por ello, insistimos, que ese vocablo "culpable" no nos puede servir de modo alguno para asentar en él la idea de la prescripción de delito sino, en todo caso, de la prescripción de la pena que se establece en el art. 116 Cp.

Decimos esto porque de ello inicialmente se deduce que este párrafo 2º del art 114 no puede interpretarse, como parece hacer la sala de instancia, siguiendo el dictamen del Ministerio fiscal, de un modo puramente literal, sino que en su hermenéutica deben emplearse otros mecanismos diferentes como pueden ser el de naturaleza lógica, también, el de carácter finalista. En este sentido, y partiendo de la base de que no nos ofrece ninguna garantía la interpretación puramente gramatical de la norma, nos podemos preguntar, desde otra perspectiva, que quiso decir o pretendió el legislador cuando empieza esa frase en la redacción del precepto. Esta interrogante puede tener tres respuestas distintas, cual son: en primer lugar, la necesidad de que el procedimiento se dirija de manera muy exacta contra una o varias personas, supuesto este del auto de procesamiento o de inculpación formal; en segundo término, que baste con que desde el inicio del sumario, o en fases posteriores de su tramitación, se concrete o nomine a unas determinadas personas como posibles autoras del hecho, o, en último término, si es suficiente con la incoación del procedimiento en averiguación del hecho y de sus posibles responsables.

De esta tres posibles soluciones debemos desechar la primera de ellas, pues desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala así lo ha venido indicando mediante Sentencias que no por remotas son menos válidas y así tenemos que, entre otras, las de fecha 2.5.63, 1.6.65 y 6.6.67 nos dicen los siguiente: "por procedimiento dirigido contra el culpable han de entenderse todos los actos encaminados a la instrucción de la causa para el descubrimiento del delito perseguido y determinación de los culpables sin que sea necesario que se haya dictado auto de procesamiento", añadiendo una de ellas que "el plazo de prescripción hay que entenderle desde el día en que se comete el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución, pues a eso equivale la frase dirigirse el procedimiento contra el culpable.

Por exclusión, nos queda sólo un dilema a resolver que no es otro de que si en la investigación deben aparecer nominadas unas determinadas personas, o bien si basta únicamente con que el procedimiento se abra en averiguación del modo y forma de ocurrir los hechos y de sus posibles responsables. Ante esa dicotomía interpretativa que nos habríamos de inclinar por la primera solución, pero esto, sin embargo, es una pura apariencia en cuanto hemos de entender, en los casos concretos como el que ahora nos ocupa, que ambas interpretaciones se conjugan y pueden ser idénticas en su aplicación y perfectamente válidas cuando, dadas las características del hecho y los hipotéticos resultados que se pudieran extraer, sólo pueden haber o existir unas personas perfectamente definidas que hubieran podido cometer la acción sometida a investigación". En idénticos términos la STS 14.4.97.

En parecidos términos se expresa la STS. 20.6.94 que reproduce varios pronunciamientos de la Sala sobre el contenido de la expresión "se dirija el procedimiento contra el culpable" y concluye afirmando, con transcripción de la STS 6.6.67, que el plazo de prescripción "hay que entenderle desde el día en que se comete el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución". En la sentencia como se ha dicho, se recogen anteriores pronunciamientos de la Sala al respecto, como la STS 7.2.92, "no cabe entender por procedimiento a efectos de la prescripción solamente las diligencias sumariales o previas, sino todas las que sean necesarias para lograr una resolución provisional o

definitiva que lo ponga fin", entre las que incluye las resoluciones dictadas en la fase intermedia.

La Sentencia de 4.6.97, en el sentido que se indica, señala que "la prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y por tanto por la presentación de la querella o denuncia en que se de cuenta de los hechos y se interese la persecución de ellos como integrantes de delito".

La STS. 11.11.97, con apoyo en las Sentencias de 14.4.97, 25.1.94 ("caso Ruano"), 3.2.95 y 1.3.95, recuerda que la jurisprudencia mantiene "una posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación.. pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción... que en la querella, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en los que la denuncia, querella o investigación se dirija contra personas que aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas, doctrina también acogida sustancialmente en los autos dictados en la causa especial núm. 880/91, "caso Filesa", de 20 de diciembre y 19 de julio de 1997 y en las SSTS de 30.9 y 3.10 de 1.997".

En la STS 484/1997 de 31 octubre se aprecia la prescripción en un caso de detención ilegal practicada por funcionarios públicos. Se sigue la tesis del caso Ruano, según la cual es necesario atender a la determinación de las personas que podrían ser hipotéticamente culpables. Se indica que el caso es diferente, pues "cuando se inician las diligencias relativas a la averiguación del delito y de sus posibles culpables, éstos no están en forma alguna determinados".

En ese sentido, la STS 1543/1997 de 16 diciembre subraya que "si las características del hecho permiten identificar a las personas que lo han cometido mediante elementos que lo distinguen personalmente, es claro que la necesidad de pena no disminuye ni desde puntos de vista de las teorías absolutas de la pena (retribución)

ni desde puntos de vista preventivos". Por tanto, si la misma naturaleza del hecho investigado permite identificar de forma inmediata al autor -como sucede en el caso tratado en la sentencia, de falsedad en documento cometida por funcionario público o de una estafa con uso de certificación falsa- no es necesario que la acción deba ejercitarse contra una persona identificada con su propio nombre. La STS 1620/1997 de 30 de diciembre se refiere a un caso en que la querella por estafa se dirigía contra un matrimonio. Posteriormente, la querella se amplía también respecto a los hijos, pero ya en el día en que se cumplían los cinco años desde el comienzo del plazo de prescripción del delito. Sin embargo, no se acepta la prescripción respecto a los hijos porque "antes de que venciera el plazo de referencia, pudo conseguir el juzgado que compareciese, pese a sus graves dolencias, la querellada que declaró eran ajenos, tanto ella como su esposo, a las operaciones realizadas por sus hijos en relación con la construcción y venta de los pisos a los que se refería la querella (...) En virtud de esa declaración, y aunque de momento no se dirigiese formalmente el procedimiento contra los presuntos culpables, éstos quedaron clara e inequívocamente identificados".

En el mismo sentido la STS de 25 de enero de 1999 que declara "En la actualidad la doctrina mayoritaria de esta Sala respecto del momento interruptivo de la prescripción adopta una posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por "dirigirse el procedimiento contra el culpable" (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya sentencia firme condenatoria) que en la querella, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querella o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas, doctrina acogida sustancialmente

en las sentencias de 25 de Enero de 1994, 104/95 de 3 de Febrero, 279/95, de 1 de Marzo, 437/97, de 14 de Abril, 794/97, de 30 de Septiembre, 1181/97, de 3 de Octubre, y 1364/97 de 11 de Noviembre, entre otras. Como se deduce de la trascendental Sentencia de 25 de Enero de 1994 (caso Ruano), cuando la denuncia se refiere a un delito cometido durante la detención del denunciante o víctima, por quienes le custodian o interrogan, el carácter aparentemente indeterminado o genérico de la denuncia no es obstáculo para que se interrumpa la prescripción contra quienes resultaren responsables, pues en realidad se está señalando de modo inconcluso y directo a las personas que intervinieron en los malos tratos cometidos durante la detención, un círculo cerrado de responsables, y no pueden ignorarse las dificultades existentes para nominarlos individualizadamente, ya que dichos nombres se mantienen generalmente ocultos al perjudicado".

Asimismo la Sentencia nº 2/98, de fecha 29 de julio de 1998, dictada en causa especial nº 2530/95 (caso Marey), aporta una especificación para aquellos supuestos de co-delincuencia, en los que se efectúe en un mismo proceso el enjuiciamiento conjunto de un hecho delictivo cometido por una pluralidad de acusados en una misma fecha (por lo que no existe justificación, desde la perspectiva del fundamento, tanto material como procesal, de la prescripción, para estimar que la responsabilidad penal derivada para todos los partícipes por la comisión simultánea del hecho, únicamente subsista para algunos de ellos, pues no parece razonable que el tiempo transcurrido - igual para todos- borre para unos los efectos de la infracción y no para otros), declarando que en estos supuestos, cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que exista una organización, más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse, ha de entenderse que ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querella o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aun cuando no exista designación nominal ni identificación individual de

los responsables, interrumpiéndose por tanto la prescripción para todos los partícipes, criterio éste de la interrupción simultánea de la prescripción para todos los partícipes de un mismo hecho delictivo enjuiciados conjuntamente, que es también admitido en el Derecho Comparado.

En definitiva, si el fundamento material de la prescripción consiste básicamente en que el transcurso del tiempo legalmente prevenido termina excluyendo la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, no se aprecia fundamento razonable en la pretensión de que dicha necesidad de pena subsista únicamente, en estos supuestos, para los acusados situados en los puestos inferiores de la escala delictiva (normalmente aquellos que resultan más prontamente identificados), y por el contrario se haya extinguido para los mandos superiores o intermedios, lo que incluso podría considerarse discriminatorio, pues todas ellas son penalmente responsables de un mismo hecho delictivo, investigado en un mismo procedimiento que progresa en el tiempo hasta el total esclarecimiento del hecho y de sus últimos responsables y todos son enjuiciados simultáneamente, por lo que el tiempo transcurrido -a los efectos de borrar la "memoria" social del delito y eliminar la necesidad de pena- es igual para todos.

Consecuentemente, existe un criterio jurisprudencial consolidado sobre la posición intermedia, según la cual para la interrupción del plazo de prescripción no se exige una inculpación formal ni es sólo suficiente con el inicio de diligencias. Surge entonces el problema de indagar qué criterios permiten afirmar que determinados actos procesales son capaces de interrumpir los plazos de prescripción aunque no impliquen una imputación formal y directa al acusado en cuestión.

a) En ese sentido, la línea que marca la STS 25 enero 1994 (caso Ruano) permite que la denuncia o actos de parte -la querella- impliquen ya la interrupción. En otras palabras: la actuación del denunciante o la interposición de la querella (o su ampliación) son actos que permiten afirmar que "el procedimiento se dirige contra el culpable".

b) Esta consideración que afecta a actos de las partes se ve ampliada, además, en dos sentidos diferentes:

1) La atribución de la capacidad de interrupción de la prescripción a las declaraciones de acusados, cuando éstos mencionan o han hecho mención de la participación de otras en los hechos (STS 1620/1997 de 30 de diciembre).

2) La extensión de efectos de interrupción a actos procesales que no identifican por sí mismos a los sujetos, si bien hacen posible su determinación inmediata a través de la propia naturaleza de:

a?) El acto procesal que implica la interrupción. Se produce la interrupción con una denuncia en la que, pese a que no exista identificación personal de los denunciados con nombre y apellidos, esta identificación es posible a través de la propia determinación del círculo de autores posibles del hecho (sentencia caso Ruano).

b?) El delito que se denuncia, cuando éste sustancialmente sólo puede ser cometido por un sujeto de acuerdo con la determinación del hecho denunciado. El ejemplo de la falsedad documental cometida por funcionario público es muy claro, pues sólo el funcionario con competencia para realizar el documento puede cometer el delito (cfr. STS 1543/1997 de 16 diciembre).

En el supuesto cuya impugnación atendemos se presenta una nueva complicación, planteada en la impugnación del Ministerio fiscal y de recurrente Sr. Eloy, relativa a la imputación no un delito de torturas, que era el objeto de la inicial investigación, sino de un delito de prevaricación, precisamente, por no haber perseguido el delito de torturas.

En este apartado de la impugnación se ha producido una mayor uniformidad en la jurisprudencia. La STS de 6.11.1991 declara que "Cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc., no concurren las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiendo todo como una unidad. Se trata en definitiva de un propósito único que se proyecta penalmente hacía varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción... ... La detención ilegal, seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal

no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado (art. 17 LECR.)".

En parecidos términos se expresan las SSTS de 18.5.1995 y 10.10.1997, para las que "no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos, ya que todos hay que considerarlos como una sola unidad al tratarse de un proyecto único aunque bifurcado en distintas direcciones".

La STS de 6.7.1995 señala, en el mismo sentido que "el art. 114 CP dice que la prescripción del delito se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable y tal interrupción existió en el caso presente, en el que había un proceso pendiente dirigido contra el recurrente por una complejidad de hechos constitutivos de una pluralidad de delitos".

Consecuentemente, en el presente supuesto en el que los delitos imputados aparecen fuertemente relacionados y conectados en orden a la investigación y posterior enjuiciamiento, la prescripción no puede ser acordada para uno y no para otros, pues la prevaricación objeto de la condena es una imputación, a manera de intervención posterior, en el delito de torturas.

Aducen los recurrentes que esta posición jurisprudencial sobre la prescripción para el delito de torturas, u otros delitos, cometidos en el seno de lo que se ha denominado "aparatos de poder" caracterizados por su realización en un concreto círculo en el que se encuentran los posibles autores y en el que las dificultades de investigación surgen, precisamente, de la propia existencia del grupo no interesado en la investigación que se realiza, puede convertir a estos delitos en imprescriptibles. Esta afirmación no es compartida, pues hemos visto las circunstancias excepcionales para esta interpretación del término "el procedimiento se dirija contra el culpable" que interrumpe la prescripción, por otra parte necesaria para la depuración de conducta ilícitas vulneradoras de derechos fundamentales realizados desde círculos, normalmente, de poder, como son las fuerzas de seguridad.

SEGUNDO.- El recurrente opone varios motivos, por error de hecho en la valoración de la prueba, por vulneración de derechos fundamentales y por error de

derecho, así como por entender que el nuevo Código penal es bastante más beneficioso que el aplicado en la sentencia, lo que resulta patente.

Soslayamos el examen de alguno de los motivos, que pudiera merecer la estimación, como el error de hecho en la valoración de la prueba al declarar que el recurrente tenía dos Tarjetas de Identificación Militar, la correspondiente al nº NUM014 y la nº NUM015. Los documentos designados, particularmente el oficio de la Dirección General de la Guardia Civil, obrante en el rollo de sala, acreditan el error al atribuir ambos números al recurrente, y afirmar que utilizaba, indistintamente, ambos números. El error, es un error material, que se arrastra de la certificación de la Dirección General de la Guardia Civil que atribuye ese número al recurrente, folio 601, cuando en realidad ese número correspondía a un Capitán, también oficial de la Guardia civil y con el mismo destino en el servicio de información del acuartelamiento en el que ocurrieron los hechos. Bien es cierto que en el oficio del folio 487 se atribuye al Capitán un número de identificación distinto, pero ese error es desvanecido en las siguientes comunicaciones.

Ese error demostraría que los dos oficiales, el Capitán no acusado y el Teniente ahora recurrente, intervinieron en los atestados pero no evita que pueda afirmarse que el acusado, y condenado en la sentencia, era el instructor de la operación articulada para desarticular el comando de la organización terrorista como resulta de la inicial diligencia de exposición de hechos contenida en el primer atestado que concluye declarando la condición de oficial instructor del atestado, es decir, de la investigación.

Como hemos dicho, abordaremos la impugnación desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico,

antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

La prueba ha de acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo penal necesitados de acreditación. El delito por el que ha sido condenado el recurrente es la prevaricación del art. 359 (Cp. 1973) que se corresponde con el 408 (Cp. 95). La modalidad de prevaricación prevista en el art. 359 del Código penal es una modalidad omisiva de prevaricación que no se rellena, en cuanto a sus exigencias típicas, obviamente, con la mera pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones frente a un comportamiento tenido por una parte como antijurídica o contraria a la legalidad. Para que tenga las consecuencias de responsabilidad criminal se requiere, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, es preciso que concurran los demás requisitos, objetivos y subjetivos, contemplados por el tipo penal descrito en el artículo 404 del Código Penal y desarrollados por una doctrina jurisprudencial reiteradamente expuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En iguales términos señalamos en la STS de 3 de diciembre de 1.993 que el tipo del art. 359 del Código Penal precisamente por constituir una hipótesis omisiva de prevaricación, debe reunir un conjunto de elementos característicos de la prevaricación y comunes a todas las formas de este delito. De ello se deduce que la omisión del art. 359, como modalidad de la prevaricación consistente en dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, debe ser también una forma de torcer el derecho, aunque, en lugar de manifestarse en una decisión, se concrete en la omisión de la obligación de perseguir un delito por quien viene obligado a realizarlo, el funcionario debería haberlo hecho.

El carácter marcadamente excepcional de este tipo delictivo va más allá de las exigencias generales del principio de intervención mínima del Derecho penal pues, en efecto, como tantas veces se ha cuidado de decir el Tribunal Supremo, el bien jurídico que se protege con este delito no se identifica con los que contempla la norma vulnerada, sino que es el mismo principio de legalidad y la sujeción de las autoridades y funcionarios al Derecho, con interdicción del puro arbitrismo consistente en aprovechar la situación de poder que tiene encomendado una determinada persona para anteponer a la recta aplicación del Derecho intereses o criterios puramente personales y caprichosos. De ese modo, la ilegalidad o contrariedad a Derecho de una determinada actuación de una autoridad o funcionario es sólo una premisa, un punto de partida que ha de ser completado con ese plus de antijuridicidad castigado por el delito de prevaricación. Pero, y sobre todo como exigencia de este tipo penal, el funcionario no sólo debe pretender "torcer el derecho", sino que debe conocer que su conducta se desarrolla sobre un hecho delictivo que, maliciosamente, no persigue. Esta exigencia requiere que el autor sepa y conozca la existencia de un delito y que decida no actuar conforme viene obligado. La prueba del delito ha de acreditar que el funcionario sabía la comisión de un hecho delictivo y que, no obstante, y de forma maliciosa, se abstuvo de realizar lo que el ordenamiento le exige realice, esto es, su persecución.

El tribunal de instancia afirma ese conocimiento desde lo que no es más que una sospecha. Fundamenta la sentencia impugnada que dada la posición que ocupaba el recurrente en la instrucción de la causa debió ver a los acusados, sus deplorables condiciones físicas y, consecuentemente, conoció la existencia del hecho delictivo.

Sin embargo no resulta acreditado que el recurrente ocupara la posición de especial relevancia en la investigación respecto a todos los detenidos. La documental a que se refiere el primer motivo de la oposición pone de manifiesto que el número de tarjeta de identificación militar que se le atribuye, pertenecía a un Capitán con el mismo destino, y de graduación superior que el recurrente. Además, lo que el recurrente podría ver, supuesto que no participó en los interrogatorios, como se afirma en la sentencia, es la existencia de hematomas, normalmente ubicados en la espalda, glúteos y brazos de los detenidos, es decir, en lugares no visibles del cuerpo. Tres de los detenidos, Jose Carlos, Jose Luis y Carlos, presentaban hematomas en un ojo, que podían sugerir,

como indicio, un hecho constitutivo de delito, no la acreditación del delito por no ser tan meridianamente claro al tiempo de la presentación al juzgado central de instrucción. De hecho, esta causa incoada en averiguación e investigación de un delito de torturas ha sido objeto de tres resoluciones de archivo y sobreseimiento y sólo después de un enjuiciamiento se ha alcanzado unos hechos probados y la subsunción en el delito. Lo que no quiere decirse es que el delito que se deja de perseguir necesita de un previo enjuiciamiento y declaración penal, sino que debe reunir, al tiempo de la omisión, las características precisas y claras que permitan su consideración de hecho delictivo, lo que en este supuesto no concurre, o al menos no resulta acreditado que concurra.

Pero, además hemos de tener en cuenta que la calificación de la acusación no se ajusta a los hechos que fueron objeto del proceso penal. Si lo que se acusa es que el imputado era el instructor de la investigación en la que se cometen los hechos típicos de tortura, la especial posición de garante que el ordenamiento dispone para el instructor, en la que destaca el deber de velar por la observancia de los derechos del detenido a su cargo, le sitúa bien en la causación directa de las torturas, si así se acredita, bien en la conducta omisiva del último párrafo del art. 204 bis vigente, pues su inacción permitió la acción de los autores activos de las torturas, inacción que deviene en comportamientos activo, al incumplir las obligaciones asumidas y dispuestas en el ordenamiento para los instructores.

Desde esta perspectiva, el delito que debiera haberle sido imputado al hoy recurrente es el previsto en el art. 204 bis del Código penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos, al no impedir la comisión de las torturas, estando presente dada las obligaciones asumidas y dispuestas para el instructor de unas diligencias de investigación criminal. Esa calificación de los hechos, ahora vedada por exigencias del principio acusatorio, impide la comisión por el acusado de un delito de prevaricación, pues supuesta la concurrencia de los requisitos anteriormente expuestos, relativos al conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, le llevaría a la auto denuncia de su propia conducta delictiva, lo que la norma penal no exige, como consecuencia del derecho a no declararse culpable.

RECURSO DE Juan Luis, Juan Francisco, Rafael, Fernando, Luis Francisco, Rogelio, al que se adhiere, Marco Antonio.

TERCERO.- Formalizan un primer motivo de oposición en el que reproduce la impugnación por error de derecho por indebida aplicación de los preceptos del Código penal reguladores de la prescripción de los delitos.

Reproducimos para su desestimación, el fundamento primero de esta Sentencia. El precedente jurisprudencial que cita en la impugnación no guarda relación con el hecho objeto del presente procedimiento en el que la investigación judicial va referida a un hecho cometido por un grupo inconcreto de personas pertenecientes a un grupo concreto, esto es unas personas, los culpables, pertenecientes a un grupo suficientemente concretado por su localización en el atestado correspondiente elaborado por el acuartelamiento de la Salve de la guardia civil.

CUARTO.- En segundo de los motivos de la formalización denuncia la vulneración de su derecho a ser informado de la acusación que entienden concurre por cuanto fueron citados, tras la estimación de un recurso contra el sobreseimiento de la causa acordado por el instructor, a través de exhorto en el que se les formulaban cuatro preguntas y se acompañaba la denuncia interpuesta por uno de los detenidos, precisamente uno de los detenidos en el mes de diciembre, en tanto que el objeto de la causa se extendía a las detenciones del mes de noviembre, las cuales no les fueron comunicadas, al igual que el Auto que ordenó la transformación del procedimiento y imputación de los acusados.

El motivo se desestima. En reiterados precedentes, por todas STS 1642/2002, de 7 de marzo, hemos declarado que las irregularidades procesales provocan la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la

anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las Partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles de corrección disciplinaria al responsable.

En el supuesto objeto de la casación, se trata de una mera irregularidad por no acompañar al exhorto las actuaciones completas para la declaración de los inculpados pero ese defecto de información aparece subsanado en autos al constatarse que previamente a esa declaración por exhorto, ya habían declarado con anterioridad sobre los hechos y que tenían conocimiento de los hecho que integraban el objeto del proceso, como lo prueba el propio contenido de las declaraciones realizadas sobre los hechos que fueron objeto de la imputación.

QUINTO.- El tercer motivo se formaliza en interés de los condenados Rafael , Rogelio y Fernando , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia argumentando que el reconocimiento de identidad practicado en el Juzgado de instrucción fue realizado sin observancia de los derechos de los imputados, al no ser asistidos de Letrado alguno, y no haber sido reconocidos en el juicio oral, por lo que no existió actividad probatoria sobre la identificación de los condenados en cuyo interés se interpone este motivo.

Ciertamente el telegrama que dispuso la citación de los imputados para la realización de ruedas de identificación no fue lo preciso que debiera, pues tenía que haber dispuesto una comunicación de los derechos que asistían a los imputados en el hecho, entre ellos el de la asistencia Letrada a esas diligencias de reconocimiento. Ahora bien, esa irregularidad no determina la nulidad de los reconocimientos pues materialmente no se produjo ninguna indefensión. En efecto, el examen de las actuaciones revela que en las diligencias de reconocimiento celebradas los días 24 de febrero, 16 y siguientes de diciembre de 1.988, y 14 de marzo de 1.989, asistieron a las diligencias los Letrados Sres. D Humberto de la Torre y Dª Nieves González, Letrados que en ese momento sólo asistían a los imputados Juan Miguel y Luis Francisco , quienes se habían personado en las diligencias y solicitado vista de lo actuado, en tanto que los demás imputados no hicieron designación alguna en ese momento y se

personaron en el sumario con la misma representación y asistencia que sus compañeros en el mes de junio de 1.993. Otro tanto cabe decir respecto a las declaraciones prestadas por estos tres recurrentes, el 22 de julio de 1.988, que se realizaron en presencia de los Letrados personados en la causa, debiéndose entender que los Letrados Srs. D. Humberto de la Torre y Sra. Dª Nieves González, que finalmente serían designados por todos los coimputados, les asistían en las declaraciones personales y las diligencias de carácter personal realizadas.

Consecuentemente, la ausencia de indefensión material hace que el motivo se desestime.

SEXTO.- 1.- Anticipamos el estudio de los motivos formalizados en sexto y séptimo lugar en los que se denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de la documentación del atestado policial, en el sexto, y la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Eje central de los motivos opuestos es discutir la afirmación del tribunal de instancia cuando declara que los recurrentes, condenados por delitos de tortura, son responsables del mismo en función de su condición de instructores y secretarios que aparece reflejada en las declaraciones de cada uno de los detenidos que obra en el atestado de la guardia civil, señalando que en esa condición de instructor y secretario "asumen las citadas funciones [se refiere a las de garante de los derechos del detenido] en relación con el detenido que tienen a su cargo para responsabilizarse de las actuaciones policiales respecto del mismo", criterio que recogen de la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1.997.

El motivo será estimado parcialmente. Ciertamente, el criterio empleado en la sentencia para determinar la autoría de las torturas al instructor y secretario de las diligencias es correcto y así lo hemos expuesto al tratar la impugnación del recurrente Eloy . El instructor y secretario de un atestado policial tienen encomendadas unas funciones específicas de garantía de los derechos del detenido que se concretan en la realización y cumplimiento de la comunicación de derechos conforme al art. 520 de la Ley procesal y en la vigilancia activa en el cumplimiento de los deberes para con los detenidos a su disposición. Esta construcción hubiera llevado a la condena del instructor del atestado por delito de torturas en su modalidad de comisión omisiva pues

debió conocer el estado de salud de los detenidos y era el garante de la observancia de los derechos y, sin embargo, no actuó conforme se le exige en el ordenamiento jurídico. Pero esa condición de instructor la tenía quien así figura en el atestado policial levantado en averiguación de los hechos objeto de la investigación y estos no eran los acusados quienes eran, efectivamente, instructores y secretarios de una concreta diligencia la declaración de los detenidos en el atestado. Para el instructor del atestado no se formuló acusación por este delito, por lo que las exigencias del principio acusatorio impiden la condena.

Los recurrentes, Luis Francisco, Juan Luis, Juan Francisco y Marco Antonio, son instructores y secretarios de una concreta diligencia, sin que pueda afirmarse que eran instructores y secretarios de los detenidos durante su estancia en el acuartelamiento. En primer lugar, porque esa situación de nombramiento de un instructor y un secretario por cada detenido es ajena a la experiencia, a la normativa y a una mínima organización del trabajo de investigación en el que debe figurar un instructor y un secretario de cada investigación articulada en un atestado, pudiendo existir otros respecto a diligencias que así lo exijan por tener cierta autonomía respecto a la investigación principal, lo que no concurre respecto a las declaraciones de los detenidos. Sobre todo porque el atestado en el que se adoptaron las medidas de detención ya tiene un instructor que dirige la operación de investigación.

En este sentido constan acreditadas la realidad de las torturas en establecimiento policial; igualmente consta, a través de las declaraciones de los perjudicados, que determinados imputados participaron directamente en la realización de los hechos y otros, por su presencia mientras eran interrogados, participaron de forma omisiva en la causación de las torturas. Pero no puede afirmarse como probado, por carecer de instrumento acreditativo que permita esa declaración fáctica, que quienes figuran como instructor y secretario de las diligencias intervinieran en la causación de las lesiones, bien de forma activa u omisiva, pues no fueron reconocidos por los perjudicados en los hechos como intervinientes en la producción o presentes durante las diligencias policiales en las que se actuó de forma contraria al ordenamiento penal.

El delito de torturas exige, en su comisión omisiva, que el imputado tenga conocimiento de la realización de las torturas y no actúe en la forma exigida en el ordenamiento para impedirlas o perseguirlas. En las diligencias no consta acreditado la situación generadora del deber de actuar y ésta no puede resultar de la mera participación en una diligencia de declaración respecto a la que los testigos afirmaron que fue desarrollada en condiciones de normalidad y legalidad.

Consecuentemente, los motivos se estiman para los condenados Juan Luis , Marco Antonio , Luis Francisco y Juan Francisco y estimando parcialmente para el recurrente Rafael que ha sido condenado en dos de los mismos delitos de tortura por su condición de instructor y Secretario.

3.- Con relación a los otros condenados, Rogelio, Rafael y Fernando, el tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria derivada de la testifical oída y las corroboraciones al testimonio que obran en las diligencia y que el tribunal ha razonado de forma extensa y pormenorizada con argumentaciones que sólo desde la inmediación pueden obtenerse y que esta Sala respeta en función de la presencia activa del tribunal en el desarrollo de la prueba personal, fundamenta de la inmediación de la que esta Sala carece.

En el motivo cuarto de la impugnación se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en interés del recurrente Fernando y en el quinto, se formaliza en interés de los condenados de Rafael y Rogelio, con argumentaciones que parten de las declaraciones de los perjudicados. En primer lugar, porque el perjudicado Claudio declaró reconocer a Fernando por estar presente mientras le interrogaban, no mientras le golpeaban, como dice el tribunal de instancia. Con relación a los otros dos recurrentes, por estimar que las declaraciones incriminatorias carecen de base suasoria suficiente para enervar el derecho que alegan, la presunción de inocencia, en función de que las declaraciones carecen de los requisitos de persistencia, ausencia de incredibilidad y de corroboraciones ajenas al testimonio, que permiten su consideración de prueba de cargo. Si bien, y con relación al condenado de Rafael, que lo ha sido por cinco delitos de torturas, se estima el recurso respecto a dos de ellos, con reiteración de la argumentación contenida en este

fundamento en ordena a su intervención como instructor o secretario en alguna declaración.

Ambos motivos se desestiman. Hemos dicho que el control casacional del derecho que alega en la impugnación se contrae al examen de la existencia de una actividad probatoria calificada de prueba de cargo y obtenida lícita y regularmente, quedando al margen de ese control lo referente a la credibilidad de un testigo, en este caso de varios, al carecer de la necesaria inmediación que preside la valoración de la prueba de carácter personal. Esa prueba ha de ser valorada por el tribunal que directamente percibe esa prueba atento no sólo a lo que el testigo dice, también a las circunstancias de su declaración, la seguridad que transmite, las reacciones que provoca esa manifestación en otras personas, etc., es decir, al contenido propio de la inmediación de la que goza el tribunal que preside la práctica de la prueba y a la que esta Sala es ajena.

La sentencia de instancia, valorada por el tribunal enjuiciador, contiene una detallada valoración de la convicción obtenida desde la inmediación expresando las razones que le llevan a otorgar credibilidad a los testimonios oídos en el juicio por las razones que expolia en la motivación.

Con relación al condenado Fernando, es cierto que frente a lo señalado en la argumentación de la sentencia, en la que se afirma que este imputado fue reconocido como uno de los que estaban presentes cuando le golpeaban, la documentación de la diligencia de reconocimiento permite constatar que los que el testigo dijo es que el reconocido estuvo presente en los interrogatorios, pero esa distinta versión de los hechos carece de la transcendencia que el recurrente pretende darle. Lo relevante es que este recurrente estuvo presente en los interrogatorios en el curso de los cuales los perjudicados sufrieron las agresiones típicas del delito de torturas respecto a cuya situación el recurrente debió actuar en la forma que el ordenamiento quiere.

En orden a los otros dos recurrentes, constatamos la existencia de la precisa actividad probatoria derivada de las declaraciones personales con sentido indudable de cargo, tanto con relación a los hechos como con relación a la imputación a los condenados. Aduce el recurrente la inobservancia de los criterios de valoración de la

prueba de la declaración de la víctima, esto es, persistencia en la declaración, ausencia de incredibilidad subjetiva y corroboraciones ajenas al testimonio.

En reiteradas resoluciones hemos aludido a estos criterios, como criterios suministrados por la jurisprudencia para la valoración de la prueba testifical de la víctima, criterios no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional.

El tribunal de instancia realiza una valoración racional de la prueba fundamentada en la recepción inmediata de la testifical y en las corroboraciones derivadas de la pericial obrante en la causa.

Consecuentemente, el motivo se desestima para estos tres condenados.

SÉPTIMO.- En el octavo de los motivos opuestos denuncian la vulneración de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones, entendiendo que concurren en los hechos, que ocurrieron en el mes de noviembre de 1.980 y han sido enjuiciados en el mes de julio de 2001

Ciertamente el larguísimo tiempo transcurrido desde los hechos a su enjuiciamiento evidencia una dilación que ha de ser tachada de indebida, lo que excusa del examen de las actuaciones para comprobar si, efectivamente, la dilación es indebida. Es tanto el tiempo transcurrido que cualquier criterio que se emplea hace que la dilación deba ser tildada de indebida.

Hemos declarado (STS 3.7.98, 8.6.99) que las dilaciones indebidas, pueden suponer un menor reproche penal de la conducta en la medida en que la lesión al derecho de la persona se traduce en un recorte de la pena. Pero esa construcción requiere que junto al dato objetivo de un plazo no justificado se constate una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por

reducción del interés social de la condena, etc. a los que la sentencia impugnada se refiere en la motivación, que hagan que la pena a imponer resulta desproporcionada.

Por ello esta Sala en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 21 de Mayo de 1999 y en su jurisprudencia, por todas STS 583/01, de 3 de abril, ha venido exigiendo que el perjudicado denuncie, durante la tramitación del procedimiento, la lesión a su derecho a fin de que, por una parte pueda ser remediado y, por otra, poder constatarse una efectiva lesión susceptible de ser compensada mediante la atenuación.

Como dijimos en la Sentencia 1614/2001, de 25 de septiembre, dictada en un supuesto también de torturas, la demora del procedimiento no ha supuesto lesión alguna al derecho de los recurrentes quienes, precisamente por la demora, han continuado en el ejercicio de su función policial pese a la comisión de hechos tan graves como los que determinan la condena impuesta. En otras palabras, no se constata, ni se alega, un perjuicio en consecuencia de la dilación, antes al contrario, la detención ha beneficiado al recurrente manteniendo una actividad profesional pese a la gravedad de los hechos por los que ha sido condenado.

No obstante lo anterior, el tiempo excesivo en el enjuiciamiento será tenido en cuenta al actuar las facultades de individualización previstas en el ordenamiento penal y la pena será impuesta en su extensión mínima.

FALLO:

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por el Ministerio Fiscal e igualmente HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por las representaciones de los acusados Eloy, Everardo, Juan Luis, Juan Francisco y Marco Antonio, contra la sentencia dictada el día 24 de julio de dos mil uno por la Audiencia Provincial de Bilbao, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito de tortura y prevaricación, declarando de oficio las costas correspondientes a estos recursos.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la sentencia por la representación de Rafael, Fernando y Rogelio, contra la sentencia dictada el día 24 de julio de dos mil uno por la Audiencia Provincial de Bilbao, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito de tortura y prevaricación. Declarando de oficio las costas correspondientes a estos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín, Andrés Martínez Arrieta Enrique Abad Fernández.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao, con el número 76/96 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, por delito de tortura y prevaricación contra Eloy, Juan Luis, Rafael, Everardo, Juan Francisco, Rogelio, Fernando y Marco Antonio, y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 24 de julio de dos mil uno, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

Antecedentes Segunda Sentencia:

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya con las modificaciones derivadas de la fundamentación de la anterior sentencia en orden al derecho fundamental a la presunción de inocencia de los acusados cuyos recursos han sido estimados.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso presentado por Ministerio Fiscal y Eloy, Everardo, Juan Luis, Juan Francisco y Marco Antonio y estimar parcialmente el interpuesto por Rafael, Fernando y Rogelio.

Fallo Segunda Sentencia:

F A L L A M O S: Que debemos absolver y absolvemos a Eloy , Everardo , Juan Luis , Juan Francisco y Marco Antonio de los delitos de los que venían siendo acusados. Se declaran de oficio la parte proporcional de las costas correspondientes a sus recursos.

Debemos condenar y condenamos a Rafael, como autor responsable de tres delitos de tortura a la pena de 1 MES Y UN DÍA de arresto mayor y dos meses de suspensión por cada uno de los delitos de torturas, siendo absuelto de los otros dos delitos de los que había sido acusado.

Que debemos condenar y condenamos Fernando y Rogelio, como autores de un delito de torturas a la pena de 1 MES Y UN DÍA de arresto mayor y dos meses de suspensión.

En concepto de responsabilidad civil se condena a Rafael a que indemnice en 6.010,12 Euros (un millón de pesetas) a Jose Luis y en la misma cantidad a Carlos; a Rogelio, Fernando y a Rafael se les condena a indemnizar conjunta y solidariamente en 6.010,12 (un millón de pesetas) a Claudio. En estas condenas se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares, se imponen en 3/15 partes a Rafael y en 1/15 partes a Rogelio, Fernando, con declaración de oficio del resto de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín, Andrés Martínez Arrieta Enrique Abad Fernández

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

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Voto Segunda Sentencia:

FECHA: 19/11/2003

LECTORES:

COMENTARIOS:

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Don José Antonio Martín Pallín en disidencia parcial con la Sentencia dictada, de la Sala Segunda, que resuelve el Recurso de Casación número 757/2002 promovido contra la sentencia de la Sección Segunda, Sala de Refuerzo, de fecha 24 de julio de dos mil uno.

1.- El motivo de la discrepancia radica en la absolución de los funcionarios de policía que actuaron como instructores y secretarios, respectivamente, de los atestados policiales por considerar que no participaron activamente en las torturas ni conocieron que los detenidos habían sido sometidos a malos tratos.

La secuencia cronológica de los acontecimientos es importante, junto con los elementos normativos que constituyen el núcleo del delito de torturas, para determinar sí, su actuación puede ser incardinada en el tipo penal entonces vigente, del artículo 204 bis del Código Penal de 1973.

En todos los casos que son objeto de la presente causa se sigue una secuencia parecida, en orden a la práctica de la detención, malos tratos, interrogatorio y redacción de los atestados por los policías a los que se le atribuye la consideración de Secretario e Instructor. Además de esta circunstancia se añade también que, con posterioridad a la redacción del atestado y después de entregar a los detenidos al Juez de Instrucción Central correspondiente de la Audiencia Nacional, el Médico Forense observó signos de malos tratos, que se describen en el relato de hechos probados, que no ha sido modificado.

Aunque el bien jurídico protegido en el delito de torturas, es tanto la integridad física y moral como la dignidad de la persona, no hay duda que su rasgo más característico es el de tratarse de un comportamiento que, por lo general, procede de los aparatos de investigación del Estado. Por consecuencia también debe velarse porque la organización estatal, en su conjunto, se responsabilice política o penalmente, en su caso, de los actos de tortura que hayan podido cometerse por sus funcionarios. No es el proceso penal un cauce para exigir responsabilidades políticas y, por otro lado, el derecho penal no puede generalizarse de manera indiscriminada a un colectivo de funcionarios sin vulnerar los principios de culpabilidad y de responsabilidad debidamente individualizada.

En el tipo de torturas, el legislador, es consciente que, cuando se desarrollan en el ámbito de una investigación policial, como sucede en el caso presente, no es normal, aunque no se pueda descartar absolutamente, que la responsabilidad pueda recaer sobre una sola persona. Por su propia forma de actuación y por su integración en equipos, el interrogatorio se lleva a cabo en dependencias policiales, en las que el Estado adquiera la responsabilidad de garantizar la indemnidad física y moral de los detenidos. Por consiguiente la responsabilidad que se tipifica en el artículo 204 bis del Código Penal de 1973 y se reproduce sustancialmente en el de 1995 abarca las varias actuaciones que pueden producirse. Por un lado se establece una responsabilidad individualizada, para cada uno de aquellos agentes policiales que materialmente y activamente practican los tratos inhumanos y degradantes de tortura física o mora, pero amplia la responsabilidad a los que por omisión las consienten, facilitan o las permiten infringiendo su consideración de garante.

Esta participación colectiva, no hace sino reflejar la realidad sobre la que se pretende actuar, ya que es prácticamente imposible la tortura por iniciativa personal y aislada del contexto, en el que actúan los equipos de investigación, con funciones diversas, entre las que, el punto culminante, donde se debe extremar el cumplimiento de la legalidad es precisamente en la redacción del atestado recogiendo las manifestaciones de los detenidos.

La naturaleza de las cosas hace inverosímil que los funcionarios que tuvieron la misión de pasar a texto escrito las declaraciones de los detenidos, no hayan participado en el interrogatorio previo, ya que, sostener lo contrario sería tanto como admitir que actúan como una especie de buzón, sin conocimiento ni de los hechos ni de las manifestaciones verbales, que necesariamente deben preceder su transcripción escrita. Si no se declara probado, como sucede en el caso presente, que de ninguna manera participaron en las tareas previas del interrogatorio preceptivo, es evidente que estaban presentes cuando los detenidos fueron maltratados o, en todo caso percibieron claramente los signos de tortura de los que prestaban declaración.

En Sentencia de esta Sala de 31 de Mayo de 1999 se condena a dos funcionarios policiales que actuaron respectivamente como Instructor y Secretario en la investigación policial faltando a la obligación de su cargo y permitiendo, por lo menos, que otras personas ejecutaran los actos materiales de maltrato físico o mental. La ilicitud del hecho como se dice en la sentencia de 2 de Junio de 1998, no depende de la función que se ostenta durante la investigación sino que se deriva de la participación en todo el proceso de la misma. Cualquier funcionario de policía que interroga a un detenido en el que se observan, de forma notoria, como sucede en el caso presente, huellas de malos tratos y que realiza su labor cerrando la investigación con la redacción del atestado está incurso en la previsión típica del legislador. Sostener lo contrario sería prestarse a un fraude u ocultación de la responsabilidad, diluyendo o difuminando la autoría: la responsabilidad es no solo del que golpea o degrada sino también de todo el aparato social involucrado en la investigación.

Los centros de detención policial deben ser un lugar en el que se respeten escrupulosamente los derechos fundamentales de la persona detenida. Su transparencia

y control, recae sobre los propios funcionarios responsables y sus jefes. Cuando no se actúa de esta forma se está degradando la confianza en el Estado de derecho y justificando practicas degradantes que no tienen cabida en su sistema democrático.

En consecuencia nuestra discrepancia radica en considerar que todos los funcionarios que intervinieron como Secretarios e Instructores en la práctica del interrogatorio que se plasma en el atestado, son autores de delitos de torturas, por lo menos en la modalidad omisiva.

Madrid 19 de Noviembre de 2003.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2003

El Juzgado Instrucción nº 5 de San Sebastián incoó el Procedimiento Abreviado 414/98 contra Jesús Carlos y Emilio y, una vez terminado, lo elevó a la Audiencia Provincial de San Sebastián -Sección 2ª- que, con fecha veintitrés de abril de dos mil uno, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Los acusados, D. Jesús Carlos; Policía Autonómico nº NUM000, y D. Emilio, Policía Autonómico nº NUM001, ambos mayores de edad y cuyos antecedentes penales no constan en la causa, sobre las 18,35 horas del día 8 de abril de 1997, en ejercicio de sus funciones públicas, procedieron a la detención de D. Roberto, por la presunta comisión de un delito de desobediencia a agentes de la autoridad y por negarse a identificarse.

Por ello, el mencionado Sr. Roberto fue trasladado a la Comisaría de la Policía Autonómica sita en el barrio del Antiguo, en la localidad de San Sebastián, siendo la conducta del detenido correcta y colaboradora.

En el interior de dichas dependencias policiales y sin hubiera causa de seguridad o circunstancia de investigación que lo justificara en absoluto, los dos

acusados procedieron a exigir al detenido que se desnudara y, a continuación, que realizara, desnudo, flexiones sobre el suelo.

El Sr. Roberto fue puesto en libertad a las 21.31 horas del mismo día".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a cada uno de los acusados D. Jesús Carlos Y D. Emilio como autores responsables de un delito de trato degradante, previsto y penado en el artículo 173 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE PRISION CON SUSPENSION DE SU EMPLEO DE AGENTES DE LA ERTZAINTZA E INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria al Sr. Roberto en la cantidad de 100.000 pesetas para reparar el perjuicio moral causado. De dicha cantidad responderá de forma subsidiaria el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en aplicación de lo establecido en el art. 121 del Código Penal".

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por los acusados Jesús Carlos y Emilio , así como por el GOBIERNO DEL PAIS VASCO, 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 el recurso.

4.- La representación procesal de Jesús Carlos y Emilio, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del nº 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 851.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber sido dictada la sentencia por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley.

TERCERO.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

CUARTO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber incurrido la sentencia en error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 173 del Código Penal.

SEXTO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la eximente completa contemplada en el artículo 20.7 del Código Penal.

SEPTIMO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 14.3 del Código Penal.

OCTAVO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 124 del Código Penal.

NOVENO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 131.2 del Código Penal y consiguiente inaplicación del artículo 131.1 del mismo texto legal.

La representación procesal del GOBIERNO DEL PAIS VASCO, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 851.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 137 en relación con la causa de justificación 20.7 o subsidiariamente 21.6 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, interesó la desestimación de los motivos; asimismo dado traslado a la parte recurrida impugnó los recursos. La Sala admitió los recursos quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevista para el día 18 de marzo de 2003, dictándose seguidamente providencia suspendiendo el plazo para dictar sentencia y acordando librar fax a la Sección 2 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa interesando testimonio de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado. Y con fecha once de abril se libró oficio al Consejo General del Poder Judicial interesando datos al Servicio de Inspección, con relación a las Diligencias Informativas 23/02.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Recurso de Jesús Carlos y Emilio.

PRIMERO.- Se formula el inicial motivo de impugnación por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 4 del artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 C.E.

Ha de reconocerse que la presente sentencia ofrece singularidades que le hacen integrar un caso excepcional en los anales judiciales.

Efectivamente, una de las Magistradas, emite voto particular (si bien, ha de reconocerse que el mismo es cuando menos peculiar por cuanto no contiene fallo, sino únicamente aboga por la nulidad radical de lo actuado desde el momento en que se produjo la falta que denuncia) por considerar que no se ha producido votación y deliberación de la resolución a adoptar.

Es evidente que tal hecho, si fuese cierto, integraría un vicio sustancial de la decisión adoptada, sin que sea válido argumentar que toda vez que los Magistrados que suscriben las sentencias son mayoría, para nada afectaría la eventual discrepancia del disidente; y ello no es así, por cuanto lo que la Ley prevé y quiere, es que exista discusión, con la libre emisión de pareceres por parte de cada uno de los Magistrados asistentes a la Vista Oral, de tal modo que, al menos en un plano teórico, el inicialmente minoritario pueda convencer a otro u otros de sus posiciones, y por ende modificar aquella primera impresión y en consecuencia el sentido del fallo.

Sin embargo, la existencia de tal anomalía sólo está avalada por la palabra de parte interesada, cual es en éste caso, la Magistrada disidente.

La sentencia mayoritaria ninguna mención hace de que existiera irregularidad alguna, por lo que, en buena lógica, ha de estarse a respetar su tenor literal, pensando que todo se ha desarrollado con normalidad y el voto particular, no es sino la manifestación de una decisión contraria al fallo mayoritario.

Esta Sala, para poder esclarecer dicha controversia solicitó de la Audiencia, testimonio literal de la sentencia, así como de las posibles irregularidades que constaran en el rollo de Sala de la misma, apareciendo que la resolución mencionada estaba firmada por la Magistrada que emite el voto particular, lo cual es opuesto frontalmente a la postura mantenida por la misma, ya que lo procedente hubiera sido negarse a suscribir la misma, o al menos, resaltar que la firma de aquella, significaba su oposición expresa por ausencia de deliberación.

También se solicitó del Consejo General del Poder Judicial, ya que el Servicio de Inspección del mismo, había iniciado Diligencias informativas 23/02, como consecuencia de Acuerdo de la Comisión disciplinaria, en virtud de escrito de la Fiscalía General del Estado, en el que se comunicaba las irregularidades expuestas con anterioridad, que terminó decretándose el sobreseimiento y archivo de dichas diligencias, incoadas a los componentes de la Sección que dictó la sentencia impugnada, ya que según se expresa en dicho expediente, "es lo cierto que tan solo tenemos como hechos base esas manifestaciones de los propios integrantes del órgano que, como se dice, resultan contradictorias, pero sin que de ellas se pueda extraer

conclusión alguna. En definitiva, no existen elementos de juicio suficientes para determinar que no se produjo esa deliberación de la causa por parte de los Magistrados."

En conclusión, pues, y a tenor de lo expuesto, el motivo, conforme interesa el Ministerio Fiscal, debe desestimarse.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.5 LECrim, al haber sido dictada la Sentencia por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley, se formula el segundo motivo de impugnación.

Los recurrentes vuelven a insistir, ahora desde el aspecto de infracción de legalidad ordinaria, en el tema examinado en el anterior motivo.

Las argumentaciones expuestas para desestimar aquél, deben ser suficientes para que éste siga idéntica suerte.

TERCERO.- En el tercer motivo, se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 C.E.

Las reglas básicas, y consolidadas jurisprudencialmente por su reiteración, para analizar el ámbito y operabilidad del derecho a la presunción de inocencia pueden resumirse de acuerdo con múltiples pronunciamientos de esta Sala, como las Sentencias de 4 de octubre de 1996 y 26 de junio de 1.998 entre otras, en el sentido de que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley

corresponde con exclusividad dicha función (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución Española).

En términos de la Sentencia de 2 de abril de 1996 su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa), como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 30 de septiembre de 1994). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (entre varias, Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1993, y las en ella citadas). En este sentido recuerda la Sentencia de 20 de mayo de 1997 que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad.

Los impugnantes entienden vulnerado el derecho alegado, por cuanto en su estimación, el sujeto pasivo del delito ofreció su consentimiento a la realización de la actividad considerada como deshonrosa.

Resulta obvio que aun cuando fuese cierta la afirmación de que parten aquellos, la presunción de inocencia no resultaría afectada. Se trata de un elemento subjetivo, concurrente además, no en los autores del hecho delictivo, sino en la víctima del mismo, extremo que es ajeno al ámbito de aplicación del principio referido.

Pero es que además, lo cierto es que Roberto nunca prestó su acatamiento a la vejación de que fue objeto. Así se desprende de los hechos declarados probados, y de la más elemental norma de experiencia: no es normal que nadie acceda de buen grado, una vez que ha sido conducido a las dependencias policiales, a desnudarse completamente, y en ese estado efectuar flexiones en presencia de terceros.

Por lo demás, es evidente que el tipo, aplicado tiene un marcado carácter objetivo, esto es que el trato en sí mismo considerado sea humillante o degradante, independientemente de la opinión o sentimiento personal de quien lo sufre. Ello se

acentúa más si se considera que la acción reseñada sólo se produjo por el apremio, a que estaba sometido el detenido.

El motivo ha de desestimarse.

CUARTO.- Se formaliza el cuarto motivo de impugnación, por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 LECrim, al haber incurrido la sentencia de instancia en error en la aplicación de la prueba basado en la Instrucción sobre la detención de la Viceconsejería de Seguridad del Departamento de Interior del Gobierno Vasco.

Lo cierto es que, pese a la opinión de los recurrentes en la Instrucción reseñada no se autoriza a realizar actos como los ahora enjuiciados. Se habla de "registro del detenido", practicando un "cacheo exhaustivo", por razones de seguridad tanto para los Agentes, como para los propios detenidos.

Pero, aunque a efectos puramente dialécticos, expresamente se autoricen actos como los descritos, ello no impediría la exigencia de responsabilidad a los Agentes que los efectuaran; como tampoco si una norma permitiera la tortura, esta dejaría de constituir un ilícito penal y comportaría la inculpación de quien concretamente la llevara a cabo.

El motivo debe rechazarse.

QUINTO.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 LECrim, se invoca aplicación indebida del artículo 173 del C. Penal en el quinto motivo de impugnación.

Los recurrentes cuestionan que su intención fuera infligir vejaciones a la víctima, sino únicamente cumplir la normativa existente para garantizar la seguridad.

Es obvio que la sentencia sólo puede deducir las intenciones. En el caso que nos ocupa se llega a tal conclusión, a la vista de la endeblez de los motivos por los que se produjo la detención, conducta del detenido desde que ésta se produjo, que en modo alguno hacía prever reacciones violentas y la existencia de medios menos humillantes para conseguir idénticos resultados.

El Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, -sentencias 18 enero 1978, caso Irlanda contra el Reino Unido-, 25 abril 1978, caso Igrer-, y 25 de febrero de 1982-, caso Campbell y Cosans-, caracteriza la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, nociones graduadas y de una misma escala, entrañan, "sean cuales fueran los fines, padecimientos físicos, psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de doblegar y vejar la voluntad del sujeto paciente". Y para apreciarlas en el ámbito punitivo, "es necesario que acarreen sufrimientos de manera especial o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena" y "aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se le pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados -sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 de 27/6 y 137/1990 de 19/7, y 57/1994.

Por tanto, son sancionables los tratos degradantes graves no constitutivos de tortura, que tienen un plus de agravación, y que constituyen aquellas intervenciones en la esfera corporal o psíquica ajena que por su crueldad o por el doblegamiento o negación radicales de la voluntad de la víctima constituyen una humillación o vejación de la misma y suponen, generalmente, la consecuente aflicción de un padecimiento psíquico.

Las sentencias de esta Sala de 5 de octubre de 1989 y 11 de mayo de 1996, declararon que el hecho de desnudar a una persona, implica un ataque a su intimidad, y si además se le obliga a realizar flexiones, supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los arts. 18.1 y 15 de la CE. Las sentencias de 22 de septiembre de 1995 y 23 de marzo de 1993, exponen, conforme al criterio expuesto, la significación del trato degradante.

El motivo, pues, debe desestimarse.

SEXTO.- En el sexto motivo, se alega infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849.1 LECrim, por inaplicación de la eximente contemplada en el artículo 20.7 del C. P.

La desestimación de los motivos anteriores determina que éste deba seguir idéntica suerte.

La circunstancia 7ª del art. 20 del C. Penal declara exento de responsabilidad criminal al que "obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

De las tres referencias que contiene el citado precepto hemos de escoger la primera, en la que se establece una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir. El cumplimiento de un deber ha de ajustarse a la norma jurídica que le sirve de base. Sus límites se hallan en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales. De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente.

Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber cuando, como aquí, se trata de la actuación de un agente de la autoridad.

Ni la acción efectuada era necesaria, ni puede entenderse que estuviese entre las competencias o funciones de los Agentes que la ejecutaron.

Hay que resaltar que no se condena por realizar un registro corporal o cacheo, sino por la forma en que éste se llevó a cabo. El motivo, pues, debe rechazarse.

SÉPTIMO.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 LECrim, en el séptimo motivo, se invoca inaplicación del artículo 14.3 del C.P.

El motivo es improsperable. En efecto, por lo expuesto en anteriores fundamentos, puede afirmarse que no existe error de ninguna clase en la conducta de los recurrentes, porque el dolo como elemento intelectivo del delito, supone la representación o conocimiento de un hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la misma. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, incidirá necesariamente sobre

la culpabilidad. En el supuesto de autos, el pragmatismo y, racionalidad del hecho enjuiciado, hacen prácticamente incompatible los argumentos aducidos con su adecuación a la realidad. En todo caso, la vía elegida exige el máximo respeto a los hechos declarados probados, lo que imposibilita el éxito de la pretensión.

Lo esencial para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal, es que sea probado por quien lo alega, y ello no aparece acreditado en el proceso. (SS. 20 febrero 1998 y 22 marzo 2001).

El error de prohibición, que es el que ahora interesa, consiste en la creencia de obrar lícitamente, si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, cual ocurre en el supuesto ahora enjuiciado, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal -cuando sea invencible-.

En los casos de error vencible se impone la pena inferior en uno o dos grados, por prescripción del artículo 66 del Código Penal.

El motivo ha de desestimarse.

OCTAVO.- En el octavo motivo que se formula por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 LECrim, se aduce aplicación indebida del artículo 124 C.P.

Como también se indica en el fundamento de derecho octavo la intervención de la acusación particular fue de significativa relevancia en la fase de investigación del hecho.

En todo caso, y pese a que sus pretensiones fuesen sustancialmente idénticas a las del Ministerio Fiscal, es evidente que la acusación particular además de ejecutar un legítimo derecho, no entorpeció la labor de enjuiciamiento, ni sus peticiones fueron notoriamente inútiles o superfluas.

Tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (S.T.S. de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997 y 29 de julio de 1998 y 25 enero de 2001, entre otras), coinciden en destacar la naturaleza procesal de las costas penales, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado. Por ello señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que "la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales."

A través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales, -sentencia: 25-01-2001-.

El art. 124 del Código Penal 1995, que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos, (S.T.S. 27 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995, 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996, entre otras), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la

acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables (sentencia núm. 430/99, de 23 de marzo de 1999).

En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios (S.T.S. de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997, 29 de julio de 1998, 25 de enero de 2001, y 15 de abril de 2002, entre otras):

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluye siempre las de la acusación particular (art. 124 C. Penal 1995).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluye como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (S.S.T.S. 26.11.97, 16.7.98, 23.3.99 y 15.9.99, entre otra muchas).

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (sentencia núm. 430/99, de 23 de marzo de 1999, entre otras).

4) Es el apartamiento dela regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (S.T.S. 16.7.98, entre otras).

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (S.T.S. 21 de febrero de 1995 y 2 de febrero de 1996, entre otras).

El motivo, pues, debe desestimarse.

NOVENO.- Por el cauce del nº 1 del artículo 849 LECrim, se alega aplicación indebida del artículo 131.2 C.P. y consiguiente inaplicación del artículo 131.1 del mismo texto legal.

La tesis del recurrente resulta cuando menos curiosa. Afirmar que el plazo de prescripción del hecho cometido por el denunciante va inexorablemente unido, al de los

delitos sufridos por él, es absolutamente ilógico y carente de apoyo legal y jurisprudencial.

Una cosa es que todos los delitos imputados a una persona, en un mismo contexto de acciones y momento, tengan el plazo de prescripción correspondiente al más grave de los delitos, y otra distinta que tal tesis pueda extrapolarse a otros individuos por la única razón que son juzgados en el mismo procedimiento.

En efecto, el denunciante sólo cometió una falta, que por el tiempo en que estuvo paralizada la causa fue declarada prescrita, extremo que por lo demás no es susceptible de recurso de casación en este momento, por cuanto tampoco la sentencia se pronunció sobre este punto.

El motivo ha de perecer.

Recurso del Gobierno Vasco.

DECIMO.- El inicial motivo de impugnación, se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del 851.5 LECrim.

El motivo coincide con el segundo del anterior recurso, por lo que debe ser desestimado por las razones expuestas al rechazar aquel, en el fundamento de derecho de esta resolución del mismo ordinal.

UNDECIMO.- En el segundo motivo, formulado por infracción de ley al amparo del art. 849.1 se alega indebida aplicación del artículo 137 en relación con la causa de justificación 20.7 o subsidiariamente 21.6 del C. Penal.

Al coincidir con el sexto motivo del anterior recurso nos remitimos a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución para desestimar el presente.

FALLO:

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación vulneración de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por Jesús Carlos, Emilio y EL GOBIERNO VASCO, como responsable civil subsidiario, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda

de la Audiencia Provincial de San Sebastián, de fecha veintitrés de abril de dos mil uno, en causa seguida contra los recurrentes, por un delito de trato degradante, con expresa condena a los mencionados de las costas ocasionadas.

Notifíquese esta resolución a los recurrentes, Ministerio Fiscal y a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió en su día e interesando .acuse de recibo.

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

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2003

El Juzgado de Instrucción nº 1 de los de San Sebastián, incoó Procedimiento Abreviado nº 48/00 contra Franco y Ildefonso , por delito de torturas y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha veinticinco de junio de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Sobre las 22 horas del día 21 de octubre de 1996, Eloy fue detenido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía por su vinculación con los denominados "Taldes Y" o Grupos de Apoyo a la Organización Terrorista E.T.A. Tras la detención y después de realizarse un registro en su domicilio familiar, el detenido fue trasladado a las Dependencias del Cuerpo Nacional de Policía en esta Capital. Posteriormente y, siguiendo una práctica habitual, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía Franco y Ildefonso, fueron comisionados para trasladar al detenido a las Dependencias del Cuarto de Socorro, en aquel entonces sito en la C/ Pedro Egaña nº 8 de San Sebastián, emitiéndose sobre las 2,40 horas del día 22 de octubre por el facultativo, tras la entrevista con el detenido, el correspondiente informe médico en el que se hizo constar textualmente "no aqueja lesiones ni enfermedades. Se

halla algo nervioso".- Finalizado el reconocimiento, Eloy fue de nuevo conducido a la Comisaría. En el trayecto, el detenido se quejó de que uno de los grilletes que le habían sido colocados le hacía daño en la muñeca, por lo que uno de los agentes, concretamente Ildefonso que ocupaba junto con el detenido los asientos situados en la primera fila de la parte trasera del furgón policial, procedió a soltarle una de las esposas, circunstancia que Eloy aprovechó para tratar de zafarse de los agentes e intentar abrir la puerta lateral del furgón. Ante dicha actitud, el agente Ildefonso le asió enérgicamente de la parte posterior del cuello, tirándole hacia los asientos; su compañero Franco, conductor del furgón, frenó bruscamente, cayendo aquéllos dos sobre el suelo del furgón como consecuencia del frenazo. Eloy fue rápidamente reducido y esposado de nuevo.- Comunicado por radio el incidente a sus superiores en Comisaría, a los referidos agentes se les ordenó regresar al Cuarto de Socorro para un nuevo examen médico al detenido. Verificado el reconocimiento médico, sobre las 3,05 horas del mismo día 22 de octubre, el facultativo encargado de aquel servicio emitió un nuevo informe en el que se hace constar "varios hematomas-equímosis, en espalda -zona de ambos omóplatos- y contusión en codo derecho. Crisis de llanto".- SEGUNDO.- Durante el tiempo en que el detenido permaneció en Dependencias Policiales estuvo sometido a supervisión y control del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de esta capital, con al menos dos visitas al centro policial de la Comisión Judicial integrada por la Ilma. Magistrada-Juez, la Médico-Forense Dra. Dolores y la Secretaria del Juzgado.- En fecha 24 de octubre de 1996 el detenido fue trasladado a la Audiencia Nacional, siendo reconocido con carácter previo a su declaración judicial por el Médico Forense Dr. Daniel, adscrito a los Juzgados Centrales de Instrucción, quien emitió informe en el que se objetivan las siguientes lesiones: "erosión equimótica en dorso lineal descendente de lado izquierdo a derecho de una data de 48 horas aproximadamente".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a los acusados D. Franco y D. Ildefonso de los delitos de que venían siendo acusados, declarándose de oficio las costas procesales causadas".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Eloy, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: PRIMERO.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción del artículo 24.1 de la Constitución según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 174 del C.P. que tipifica el delito de torturas. TERCERO.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sobre la base del artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta parte designa los siguientes particulares de documentos que muestran el error en la apreciación de la prueba: informes facultativos obrantes a los folios 46 a 48, 178 y 207 de las actuaciones, todos ellos expresamente recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 20 de noviembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo correlativo denuncia al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J. la infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que proclama el artículo 24.1 C.E. El fundamento de la

denuncia estriba en que el Juez de Instrucción debía haber investigado de oficio porque había apariencia de delito teniendo en cuenta las lesiones que presentaba el detenido y los partes médicos realizados en las primeras horas de su detención. Se argumenta que el acusador particular "alegó y denunció que estaba siendo objeto de torturas ya en dependencias policiales con ocasión de la primera visita de la Comisión Judicial", sin que ninguna medida fuese adoptada por la Magistrada responsable. Igualmente, una vez en dependencias de la Audiencia Nacional, ante el Juez Central de Instrucción nº 5, en el momento de prestar declaración, también denunció "haber sido objeto de torturas y maltratos". Ello, además, "ha dificultado la obtención y práctica de pruebas que nos hubieran alejado de toda duda".

Es claro que la denuncia, ya sea verbal o escrita, formulada ante la autoridad competente para su comprobación, según ordena el artículo 269 LECrim., determina la obligación de proceder o mandar proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. Este mandato se constitucionaliza a través del artículo 24.1 C.E. en la medida que una de las manifestaciones genuinas de la tutela judicial efectiva es el derecho al acceso a la Jurisdicción y a obtener una respuesta fundada. Es cierto que la formulación de la denuncia no supone el ejercicio de la acción penal ni constituye en parte al que la formula, a diferencia de la querella, y precisamente por ello puede ser desechada de plano, lo cual no significa que el órgano judicial de conformidad con lo prevenido en el artículo 120.3 C.E. pueda prescindir de fundar dicho rechazo, pero también lo es que al denunciante le asiste el derecho a obtener una respuesta en la medida que tiene un interés legítimo en que se inicie una investigación cuyo objeto es aclarar la naturaleza de los hechos y la posible culpabilidad de sus autores (S.T.C. 115/1984). Sin embargo, el propio artículo 269 LECrim. faculta a las autoridades comprendidas en el mismo a abstenerse de dicha comprobación en dos supuestos concretos: cuando el hecho denunciado no revistiere carácter de delito o cuando la denuncia fuere manifiestamente falsa. La única cuestión en estos casos es la necesidad de fundar esta decisión. En todo caso el propio precepto establece la responsabilidad en que incurran si desestimasen la denuncia indebidamente. Por último, es necesario, para completar lo anterior, tener en

cuenta que la vulneración del derecho fundamental sólo puede tener lugar si la actuación de los Jueces o funcionarios ha causado verdadera indefensión material a la parte que reclama.

Teniendo en cuenta lo anterior el motivo debe ser desestimado.

El detenido presentaba las lesiones descritas en los partes médicos e imputó a los agentes que habían intervenido en su detención como posibles autores de hechos que podían ser constitutivos de tortura. Sin embargo, tanto la Juez de Instrucción del lugar donde se produjeron los hechos como posteriormente el Juez Central de Instrucción necesariamente tuvieron también a la vista el atestado policial donde se reflejaba la causa de las mismas, absteniéndose de proceder por entender que concurría alguna de las causas que autorizaban dicha abstención. La cuestión es que debieron fundar la misma, pero ello tampoco ha producido indefensión al denunciante cuando es lo cierto que se ha seguido el presente procedimiento para depurar precisamente la veracidad de su denuncia. Tampoco se deduce que la inicial omisión en la investigación haya dificultado la obtención y práctica de pruebas sobre la veracidad de los hechos pues no se trata de argumentar genéricamente sino que es preciso especificar las causas de ello.

SEGUNDO.- Debemos anteponer el examen del motivo tercero al precedente en la medida en que aquél cuestiona los hechos declarados probados. Efectivamente, amparándose en el artículo 849.2 LECrim., denuncia el error en la valoración de las pruebas designando para evidenciarlo los informes facultativos obrantes a los folios 46 a 48, 178 y 207, "todos ellos expresamente recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia". Tras transcribir parcialmente el fundamento cuarto de ésta, que precisamente tiene por objeto la valoración de dichos informes, concluye que "no son coincidentes en sus contenidos".

Los dictámenes periciales excepcionalmente se han asimilado por la doctrina del Tribunal Supremo a los documentos literosuficientes a que se refiere el precepto señalado (artículo 849.2 LECrim.) para demostrar el error de hecho cuando se trate de uno o varios de igual contenido cuyas apreciaciones técnicas o científicas hayan sido desconocidas por la Sala de instancia o bien se haya apartado de las mismas sin

expresar razones para ello y los mismos arrojen hechos o datos que determinen una adición, modificación o supresión relevante del hecho probado, siempre y cuando no existen en autos otras pruebas, cualquiera que sean, que contradigan sus conclusiones, siendo el fundamento de ello una forma de corregir la arbitrariedad de las resoluciones judiciales (artículo 9.3 C.E.) (entre muchas, S.T.S. 1458/02).

En el mencionado fundamento de derecho cuarto la Audiencia analiza cada uno de los informes designados, valorando el alcance de los mismos, hasta alcanzar una conclusión conforme a la lógica y a las reglas de experiencia, incorporando como síntesis que "valorados en su conjunto todos los elementos anteriormente expuestos, no existe la necesaria seguridad en este Tribunal para la afirmación de la presencia de las lesiones y mecanismo de producción descritos (recuérdese que únicamente como compatibles, no como ciertos) por Doña. Dolores, sino que se antepone como más coherente desde un plano de lógica argumentativa, la lesión y mecanismo de producción definidos en el informe Don. Daniel.- Y esta lesión y ese mecanismo de producción resulta absolutamente incompatible con las declaraciones vertidas por el denunciante y, por el contrario, resulta ser plenamente congruente con la explicación dada por los acusados". El propio recurso admite la falta de coincidencia de los informes médicos que designa, suscitando por ello una cuestión valorativa ajena al recurso de casación.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Por último, el segundo motivo ex artículo 849.1 LECrim. denuncia la inaplicación al caso del artículo 174 C.P. que tipifica el delito de torturas.

En todo caso este motivo es subsidiario del anterior y en la medida que el "factum" debe permanecer intangible (artículo 884.3 LECrim) no es posible concluir en ningún error de subsunción por cuanto los hechos descritos no contienen los elementos objetivos y subjetivos propios del delito que se pretende aplicar, sin que sea posible admitir otra argumentación que no se atenga al contenido del hecho probado.

El motivo también se desestima.

CUARTO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Eloy frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, en fecha 25/06/02, en causa seguida por delito de torturas, con imposición al mencionado acusador particular de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003

El Juzgado de Instrucción nº 34 de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado nº 5058/01 contra Carlos Alberto, por delito de lesiones y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, que con fecha veintisiete de junio de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: De la apreciación de la prueba practicada resulta probado y así se declara: I.- Sobre las 17,20 horas del día 15 de junio del 2001, en la calle Ombu de Madrid, el policía municipal del Ayuntamiento de Madrid, con carnet profesional NUM000, debidamente uniformado y en el ejercicio de sus funciones, procedió a dar el

alto a Guillermo con motivo de circular el mismo en un ciclomotor sin llevar el preceptivo casco, solicitándole su documentación personal y la del vehículo, careciendo de ambos Guillermo . En un momento dado se sumó a la intervención el ahora acusado Carlos Alberto , policía municipal del Ayuntamiento de Madrid con carnet profesional NUM001 que se encontraba en el ejercicio de sus funciones, requiriendo a Guillermo para que facilitase sus datos de identidad, haciéndolo verbalmente Guillermo pero participando un número de documento nacional de identidad incorrecto, y mientras el primer agente verificaba los datos Carlos Alberto se encaró con Guillermo , reprochándole el carecer de documentación y facilitar datos inexactos, haciéndole saber que procederían a su traslado a dependencias policiales para su correcta identificación, llegando en un momento dado Carlos Alberto propina un cabezazo en la cara a Guillermo , así como un puñetazo y un golpe en la cadera con su defensa reglamentaria en la cadera, cesando en su conducta ante la intervención del agente NUM002 siendo seguidamente trasladado Guillermo a un centro médico para su reconocimiento y presentado en calidad de detenido en la Comisaría de Arganzuela, donde fue puesto en libertad a las pocas horas. II.- Guillermo resultó con contusión en nariz con epistaxis en fosa nasal derecha, contusión en región malar izquierda y cadera izquierda, para cuya curación necesitó además de primera asistencia tratamiento consistente en septoplastia y reducción de fractura nasal, curando a los diez días durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que absolviendo a Carlos Alberto del delito de tortura del que venía acusado por la acusación particular, debemos condenarle y le condenamos como autor penalmente responsable de un delito de lesiones ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de prevalerse de carácter público, a la pena de prisión de un año y nueve meses, con la accesoria de inhabilitación especial de cargo público como policía municipal, pago de la mitad de las costas procesales con inclusión de las devengadas por la acusación particular, declarando de oficio la otra mitad de las costas, y a indemnizar a Guillermo en 601 euros, que devengarán el interés previsto en el

artículo 576 de la LECrim., declarando la responsabilidad civil subsidiaria del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID.- Aprobamos por sus propios fundamentos el auto de solvencia elevado en consulta por el Instructor y obrante en la pieza de responsabilidad civil".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de Carlos Alberto (Acusado) y Guillermo (Acusador Particular), 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron sus recursos, alegando los motivos siguientes: I.- RECURSO DE Carlos Alberto: UNICO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio de presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución Española. II.- RECURSO DE Guillermo: PRIMERO.- Por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del 174.1 del Código Penal. SEGUNDO.- Por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta aplicación de los artículos 109, 110 y 116 del Código Penal. TERCERO.- Por infracción de ley del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 3 de diciembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO DE Carlos Alberto (ACUSADO).

PRIMERO.- Formaliza por adhesión, invocando el artículo 861.4 LECrim., un único motivo de casación por haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

La doctrina de esta Sala, en punto a la extensión y alcance de la adhesión a la casación, prevista en el mencionado artículo 861 LECrim., señala que dicha posibilidad está abierta a las partes que no hayan preparado el recurso, en el término del emplazamiento o al instruirse del formulado por la otra parte, pero ello no significa que pueda consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, "pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado" (S.T.S. nº 1023/99 o 996/01, A.A.T.S., entre otros, de 7/3/88, 20/7/92, 16/9/94 o 17/2/00).

En cualquier caso el motivo esgrimido carece de fundamento si tenemos en cuenta que su desarrollo se endereza a cuestionar la valoración de los medios de prueba desarrollados en el juicio, lo que significa la inexistencia del vacío probatorio que caracteriza esencialmente la vulneración del derecho mencionado. Así, en el fundamento de derecho tercero, la Sala de instancia se refiere a "la prueba practicada en el acto del juicio oral", relacionando a continuación el testimonio del perjudicado, el informe de asistencia médica y otro testimonio de una testigo "que si bien no presenció el inicio de los hechos, sí resulta relevante por cuanto expone que vió a Guillermo acorralado por dos policías, uno le empujaba y le daba con la porra en la pierna y costado, mientras el otro parecía detener a su compañero, testigo ajena a todos los intervinientes en los hechos y a las pretensiones deducidas". Por ello no ha sido sólo la declaración de la víctima la que ha servido de fundamento al Tribunal sino también la existencia de dicha testigo y la corroboración objetiva del resultado del incidente que se plasma en los informes médicos tenidos en cuenta por la Sala, cuyos autores comparecieron en el acto del juicio oral.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Guillermo (ACUSADOR PARTICULAR).

SEGUNDO.- El primer motivo se ampara en el artículo 849.1 LECrim. para denunciar la inaplicación del artículo 174.1 C.P. que tipifica el delito de torturas del que había sido acusado por esta parte. Debemos señalar que nada obsta esta calificación el hecho de que en el Auto de apertura del juicio oral no se haya recogido la misma, teniendo en cuenta que tiene naturaleza meramente provisional y que lo relevante desde el punto de vista del principio acusatorio es que los hechos potencialmente subsumibles bajo un tipo delictivo estén incorporados como objeto del juicio en los escritos de calificación y el debate haya sido contradictorio a propósito de dicha calificación.

Con independencia de lo anterior, partiendo como es obligado en un motivo como el presente de la intangibilidad del "factum" (artículo 884.3 LECrim.), aduce el recurrente que se trata de un supuesto de tortura vindicativa o de castigo, concurriendo por ello el elemento teleológico o finalista que forma parte del tipo penal inaplicado, es decir, la conducta del policía "estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia". Los elementos que integran el delito de torturas previsto en el artículo 174 C.P., incorporado en su vigente redacción por el Código Penal de 1995 que lo caracteriza autónomamente, se desglosan: en un elemento material constituido por someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan alguno de los resultados descritos a continuación, sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad; la especial cualificación del sujeto activo, autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo; por último, el elemento teleológico que consiste en que la acción, condiciones o procedimientos ejecutados por el sujeto activo, lo sean con la finalidad de obtener una confesión o información o de castigar por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido el sujeto pasivo (S.S.T.S. 701/01, citada por el propio recurrente, o 1644/02). Pues bien, en el presente caso, aun admitiendo que la Audiencia en el fundamento de derecho

segundo, desestima la concurrencia del elemento finalista, lo cual si nos atenemos al "factum" no es enteramente diáfano (lo que tampoco puede perjudicar al acusado) habida cuenta que la acción del acusado se produce después de que el perjudicado participase un número de documento nacional de identidad incorrecto, -se afirma "se encaró (el acusado) con Guillermo , reprochándole el carecer de documentación y facilitar datos inexactos ..... llegando en un momento dado Carlos Alberto a propinar un cabezazo en la cara a Guillermo, así como un puñetazo y un golpe en la cadera con su defensa ...."-, lo cierto es que el elemento material consistente en someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, supusieran alguno de los resultados previstos (las lesiones descritas), no se expresan en el "factum" con la debida claridad, pues comportan algo más que una actuación policial puntual y abusiva, como la que se describe, exigiéndose una actuación de cierta contumacia y persistencia en la acción delictiva por el funcionario público, y en ello consiste la diferencia entre este delito autónomo y el de lesiones con la agravante de prevalerse el culpable de su carácter público.

Por ello el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero son interdependientes y por ello vamos a analizarlos conjuntamente. El último, suscita la cuestión de hecho ex artículo 849.2 LECrim., denunciando el error en la apreciación de la prueba, designando para ello el informe emitido por el Doctor Fernando (folio 47), ratificado en el acto del juicio oral. El segundo, se atiene a la ordinaria infracción de ley por vulneración de los artículos 109, 110 y 116, todos ellos C.P. La cuestión es que la indemnización declarada por la Audiencia se refiere al tiempo que tardó en curar la víctima, acogiendo el Tribunal el dictamen del médico forense (folio 32), que también acudió al Plenario, que lo cifra en 10 días, mientras que el otro perito establece la baja laboral en 37 días.

El motivo tercero, por error en la apreciación de la prueba, no puede ser estimado en la medida que se trata de dos informes contradictorios, no unívocos, y la Audiencia ha otorgado mayor convicción al del médico forense (ver el interrogatorio contradictorio a que fueron sometidos por las partes los peritos en el acto del juicio

oral). Ahora bien, admitiendo que son dos conceptos distintos el tiempo de sanidad de las lesiones y el comprendido entra la baja y el alta laboral, la Audiencia ha considerado sólo indemnizable el primero, es decir, no se trata ya de fijar la coincidencia de la sanidad y el alta laboral del lesionado sino de entender que aquélla debió coincidir con la segunda, y como el perito forense "no está de acuerdo con los días de incapacidad reflejados por su compañero" y "entiende que son 10 días" ésta es la base indemnizatoria tenida en cuenta por el Tribunal, sin que por ello pueda tampoco admitirse la infracción de los artículos mencionados en el segundo de los motivos.

Por todo ello, ambos deben ser desestimados.

CUARTO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas correspondientes a los recursos deben ser impuestas a los respectivos recurrentes.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigidos como recurrente principal por Guillermo y por adhesión por Carlos Alberto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, en fecha 27/06/02, en causa seguida contra el segundo de ellos por delito de lesiones, con imposición a cada uno de los mencionados de las costas correspondientes a sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2004

El Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado con el número 6989/99 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de esta capital que, con fecha 11 de octubre de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El día 4 de noviembre de 1999, como consecuencia de haberse personado una dotación policial, sobre las 5,30 horas, en las inmediaciones del Club Blancos, sito en la C/ Illescas de esta Capital, a raíz de una pelea en la que había tenido intervención, entre otros,

Felipe, dicha dotación trasladó, voluntariamente, a éste a la Comisaría de Policía de Latina, al objeto de presentar una denuncia por los hechos que dieron lugar a tal intervención, mostrando ya durante el trayecto un comportamiento quejoso por la actuación policial.- Una vez en comisaría y durante su espera, en tono airado exigió al agente Pedro Antonio un cigarrillo y, como no se lo diera, se abalanzó sobre él, momento en el que, con voces de socorro, pidió la ayuda de otros compañeros, apareciendo José y Mauricio, quienes, mediante el empleo de fuerza, tuvieron que reducirle para que no continuase en su acometida.- Una vez reducido, se procedió a su detención, con la correspondiente información de sus derechos y traslado a un centro hospitalario, donde sobre las 7 horas fue atendido, emitiéndose posteriormente por el médico forense dictamen, en el que informó que las lesiones que padeció Felipe curaron tras una primera asistencia médica, sin necesidad de ningún tipo de tratamiento médico ni quirúrgico y habiéndolo hecho en 12 días sin impedimento.- En la acusación de dichas lesiones no ha quedado acreditado que tuvieran intervención alguna José, Pedro Antonio, ni Felipe, como tampoco que éste profiriese algún tipo de expresión amenazadora".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente a José, Pedro Antonio y Mauricio de los delitos de torturas, detención ilegal, amenazas y falta de lesiones de que venían siendo acusados en la presente causa, con declaración de las costas de oficio.- Queden sin efecto cuantas medidas cautelares hubieren sido dictadas contra los

mismos con motivo de las presente causa.- Notifíquese a las partes personadas esta Sentencia, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de Casación para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el plazo de 5 días".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de la Asociación contra la tortura se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 174, 175, 176, 617.1 y 167, todos del Código Penal, en relación con los artículos 21 y 22 del mismo texto legal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la votación prevenida el día 28 de abril de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 174, 175, 176, 617.1 y 167, todos del Código Penal, en relación con los artículos 21 y 22 del mismo texto legal.

Se denuncia, en primer lugar, que las lesiones fueron producidas por golpes y no para reducir al denunciante y si no se estimaron que fueran constitutivas de delito debieron sancionarse como falta.

En segundo lugar se dice cometido delito de torturas, en la modalidad de trato degradante, previsto en el artículo 174.1 del Código Penal.

Y en tercer lugar se dice producido un delito de detención ilegal afirmándose que no existían motivos para la detención.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Respecto al delito de lesiones, o en su defecto falta de lesiones, examinado el relato fáctico, puede apreciarse que el recurso se pretende sustentar en un error mecanográfico que queda perfectamente esclarecido con la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

Ciertamente, tras declararse probado que

Felipe

curó de sus lesiones tras una primera asistencia médica, sin necesidad de ningún tipo de tratamiento médico ni quirúrgico, habiéndolo hecho en 12 días sin impedimento, añade a continuación que en la causación de dichas lesiones no ha quedado acreditado que tuvieran intervención alguna José, Pedro Antonio, ni Felipe (sic). Es decir que siendo tres los funcionarios policiales a los que se extiende en un principio la acusación, aparece perfectamente claro que cuando se hace mención, entre los que no está acreditado que intervinieran en las lesiones sufridas por Felipe, precisamente a Felipe, se deduce con toda lógica que se ha querido mencionar al tercer acusado, Mauricio, ahora parte recurrida, como resulta del contenido de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

Efectivamente, examinados los fundamentos jurídicos, puede leerse al final del segundo que en consecuencia, ante tal pericia debemos descartar que el querellante (Felipe) fuese agredido durante sus estancia en Comisaría con posterioridad a su detención, y que las lesiones que padeció bien pudieron ser como consecuencia del incidente en el que participó antes de acudir a Comisaría, bien como consecuencia de la actitud violenta que mostró en Comisaría, cuando tuvo que ser reducido por los

funcionarios policiales al practicarse su detención, por lo que, ante tales alternativas, el resultado debe ser una sentencia absolutoria, no sólo por la falta de lesiones, sino por las amenazas que se imputan también al acusado (se está refiriendo al ahora recurrido Mauricio).

Seguidamente, el Tribunal de instancia, en el siguiente fundamento jurídico, añade que procede, por lo tanto, la libre absolución de José y Pedro Antonio, al haber sido retirada la acusación que contra ellos venía siendo formulada, así como la de Mauricio, éste por las razones que se han expuesto en el fundamento jurídico anterior.

Así las cosas, el motivo se presenta enfrentado al relato fáctico de la sentencia de instancia, en el que se expresa que no ha quedado probado que el ahora único acusado hubiera intervenido en las lesiones sufridas por el querellante Felipe.

En los hechos que se declaran probados tampoco existe base o elemento alguno que permita sustentar, como se pretende en el recurso, la existencia de delitos de torturas, en su modalidad de trato degradante, ni detención ilegal.

Ciertamente, respecto al delito de torturas, no consta que el funcionario ahora acusado, con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. Tampoco se aprecia la concurrencia de los elementos típicos del atentado contra la integridad moral al que se refiere el artículo 175 del Código Penal.

Y con relación al alegado delito de detención ilegal, lo único que se declara probado es que Felipe fue detenido tras abalanzarse sobre un funcionario de policía que pidió ayuda a sus compañeros, quienes con empleo de la fuerza tuvieron que reducirle para que no continuase en su acometida.

Así las cosas, el recurso carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

FALLO:

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley interpuesto por la acusación particular, en nombre de la ASOCIACION CONTRA LA TORTURA, contra sentencia absolutoria dictada por la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 11 de octubre de 2002, en causa seguida por delitos de torturas, malos tratos, detención ilegal, amenazas y lesiones. Condenamos a la entidad recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

23-SENTENCIA DEL TRIBUNLLA SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2004

El Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla, instruyó sumario con el número 51/02, contra Daniel, Humberto, y Alfonso y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla que, con fecha 31 de Marzo de 2003, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO RESULTANDO: Probado, y así se declara, que el día 2 de Mayo de 1.998, sobre las 10,30 horas de la mañana, el acusado Daniel en su calidad de cabo de la Policía Local de Sevilla, con nº de carnet profesional NUM000, que se hallaba prestando sus servicios en el recinto de la Feria de Abril de Sevilla, requirió para que se identificasen y mostrasen su documentación a un grupo de 4 jóvenes, que resultaron ser Marcos, Luis Antonio, Jesús María y Narciso, pues las características de algunos de ellos coincidían con las de unos jóvenes que habían sustraído una gorra de un Policía

del interior de un vehículo oficial, mientras el agente se hallaba prestando un servicio a gente no identificado, que le dejaron sentado en el vestíbulo de entrada, lugar en el que permaneció por espacio de unos minutos, durante los cuales se personaron en el lugar sus amigos Narciso y su primo Marcos . Al salir, instantes después de los calabozos Luis Antonio, abandonaron los 4 las dependencias de la Jefatura de Policía Local y tras sentarse en una terraza a tomar un refresco, acudieron a un Centro Médico, donde fueron atendidos a las 13,05 horas, Luis Antonio y Marcos, de las leves contusiones faciales causadas por el agente NUM000, de las que curaron en 3 días con una sola asistencia médica y sin ningún día de impedimento para sus ocupaciones habituales.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Daniel, como autor de un delito de detención ilegal, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 4 años y como autor de dos faltas de lesiones ya definidas, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a pena de 2 meses de multa con cuota diaria de 6 euros por cada una de ellas, pagaderas en otros tantos meses desde que sea requerido al efecto, y con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, condenándole asimismo al pago de la quinta parte de las costas procesales, incluidas las causadas por la acusación particular.

Asimismo deberá indemnizar a Luis Antonio y a Marcos en la suma de 90 euros por lesiones a cada uno de ellos, y en la suma de 600 euros Marcos por la detención ilegal.

Y debemos absolver y absolvemos libremente a Alfonso y Humberto de los delitos y faltas de que venían acusados, declarando de oficio el resto de las costas procesales causadas, a excepción de las correspondientes a la representación y defensa de Humberto, que se declaran de cargo de la acusación particular.

Reclámese al Juzgado de Instrucción la pieza de responsabilidad pecuniaria del acusado Daniel debidamente concluida conforme a derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación e interponer ante este Tribunal en el plazo de cinco días desde la última notificación, mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los acusadores particulares y por el procesado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los acusadores particulares, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Alega la parte recurrente infracción de los preceptos constitucionales de los artículos 15 y 17.1 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de prueba que resulta de los documentos.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción del precepto constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española referente a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Por infracción del precepto constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española referente a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 530 del Código Penal en relación con el artículo 25.1 de la Constitución Española, referente al principio de legalidad.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 620.2 del Código Penal.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 17 de Junio de 2004, con la asistencia de los letrados de ambas partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El condenado Daniel formaliza un primer motivo al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

1.- Admite que la Sala sentenciadora ha llegado a su decisión inculpatoria por el testimonio de las víctimas, que entiende corroborado por los dos amigos que acompañaban a los lesionados si bien recuerda que la sentencia reconoce que no

presenciaron las agresiones. Considera que los testimonios están viciados por la amistad, por lo que la conclusión establecida por la sala sentenciadora resulta arbitraria e ilógica. También denuncia que no se ha tenido en cuenta la prueba de descargo ofrecida por el acusado.

2.- Está consolidada la doctrina que permite, por la vía de la presunción de inocencia o más ajustadamente por la invocación de la tutela judicial efectiva, que el proceso valorativo de la prueba disponible se ajuste a criterios de armonización lógica y de inducción racional.

En todo proceso se dispone, casi siempre, de pruebas de cargo y de descargo y la labor del órgano juzgador consiste en seleccionar, en primer lugar, el material probatorio que ha superado el filtro de la legalidad y una vez realizada esta misión, debe explicar el proceso de decantación por las que considere más ajustadas a la realidad sustancial que se trata de buscar. Es evidente que puede haber siempre una hipótesis alternativa, las más de las veces surgida de la versión exculpatoria que facilita el acusado. No se puede exigir que, de manera automática, triunfe la versión exculpatoria cuando se dispone de otras pruebas de signo contrario y de carácter prevalente. La responsabilidad y la tarea de los jueces, consiste en hacer un proceso de evaluación y graduación de las pruebas. Si así lo hacen y no existen evidencias documentales que acrediten el error del juzgador, la decisión resulta ajustada a derecho y, por tanto, inconmovible.

3.- La Sala sentenciadora explica razonadamente cuales han sido los datos probatorios manejados y justifica la imputación del delito y de las faltas, en función de las pruebas practicadas en el juicio oral. Considera que los testimonios inculpatorios de los denunciantes fueron precisos y detallados, descartando, en el uso de sus facultades valorativas, la verosimilitud de las declaraciones exculpatorias del acusado, por considerar que carecen de firmeza y que están contrarrestadas por multitud de indicios incriminatorios. Por ello, se ha cumplido escrupulosamente con la función motivadora, que impone el principio de tutela judicial efectiva, habiéndose contrastado unos y otros testimonios e inclinándose razonadamente la Sala por aquellos que ha considerado más consistentes.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo segundo vuelve a insistir en la vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia, referido a un particular concreto del relato fáctico.

1.- En este punto combate la afirmación del relato fáctico cuando dice que el acusado, "también acordó el traslado de Marcos a las dependencias policiales". Rechaza que se produjese en los términos que relata la sentencia. Niega que estuviese perfectamente identificado, que no se contase con su anuencia y que fuese trasladado por agentes no identificados. Realiza un intento loable para dar la vuelta a todas las pruebas, alegando que no son terminantes sobre este punto controvertido. En contra de lo que sostiene el recurrente, con la lectura de los pasajes seleccionados se podría llegar a la conclusión de que los hechos fueron más graves de lo que resultaron de la calificación final realizada por la sentencia.

2.- El fundamento de derecho cuarto de la sentencia, no deja lugar a dudas sobre la exactitud de este dato y la postura adoptada por el detenido que, en todo momento, y estando suficientemente identificado se negaba a ser trasladado a las dependencias de la policía local por considerar que el hecho era banal y que no merecería la detención.

Remitiéndonos al resto de los razonamientos que se contienen en el citado fundamento de derecho de la sentencia recurrida, debemos concluir, con el Tribunal de Instancia, que el traslado en calidad de detenido a la Jefatura resultaba ilegítimo al no contar con su aquiescencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El motivo tercero se formaliza por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 530 del Código Penal en relación con el artículo 25.1 de la Constitución que consagra el principio de legalidad.

1.- La parte recurrente admite que el motivo se formaliza con carácter subsidiario para el caso de que se desestime el anterior. En este punto no plantea cuestión alguna sobre la existencia de prueba. Respetando de forma correcta el contenido casacional, plantea que los hechos que se declaran probados y que imputan al recurrente la decisión de acordar el traslado a las dependencias policiales sin solicitar en momento alguno su anuencia, no son suficientes para considerarlos como constitutivos de delito.

Recuerda que es imprescindible la existencia de un elemento subjetivo consistente en que la autoridad o funcionario actúe con conciencia y voluntad deliberada de practicar una detención ilegal, es decir, de privar de libertad en los casos en que no está permitido por la Ley.

Variando, en cierto modo, el propósito inicial, viene a argumentar que la expresión, sin solicitar su anuencia, no quiere decir que fuese en contra de su voluntad y considera relevante que el hecho probado diga que al llegar a las dependencias policiales le dejaron sentado en el vestíbulo de entrada, lugar en el que permaneció durante algunos minutos. Finalmente se dice que al llegar sus amigos, abandonaron los cuatro las dependencias de la Jefatura local.

Admite finalmente que el denunciante fue privado de su libertad ambulatoria, si bien durante un breve lapso de tiempo, concretamente durante el trayecto a la sede de la Policía. El motivo era la instrucción de un atestado por la sustracción de una gorra de un vehículo policial, que concluyó en la condena del mismo por una falta leve.

2.- Dado por sentado que nadie debate la existencia de los requisitos objetivos que configuran el delito de detención ilegal realizado por autoridad o funcionario público, sólo se discute si el agente ha obrado dolosamente, teniendo conciencia plena de que la privación de libertad que acuerda, practica o prolonga, es ilegal.

El elemento subjetivo, exigible por el principio de culpabilidad, hay que construirlo a través de los datos externos y circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Como puede observarse, la acusación inicial se formula por dos delitos de detención ilegal y la Sala sentenciadora, después de analizar detenidamente los hechos, llega a la conclusión de que, en uno de ellos, no existe el elemento subjetivo por lo que absuelve al recurrente.

Sin embargo, con abundancia de argumentaciones estima que sí se ha cometido este delito en la persona de otro de los denunciantes.

3.- El relato de hechos probados llega a la conclusión de que el incidente que motiva la actuación de la policía local, no puede ser más banal. Se le acusa, en pleno recinto de la Feria de Sevilla, de haber sustraído la gorra de un policía del interior de un vehículo oficial, sin que exista ninguna otra actuación o comportamiento que pueda ser añadido para justificar medida alguna, como la que adoptó el acusado.

El Cabo de la Policía Local pidió a los jóvenes, que parecían ser los autores de una simple gamberrada, que se identificasen y mostrasen su documentación. En ningún momento opusieron resistencia sino que accedieron a lo solicitado, por lo que, si hubiera procedido iniciar un atestado por tan leve hecho, ya se habían cumplido todas las previsiones legales y no era necesario trasladar a nadie en calidad de detenido a las dependencias de la Policía Local.

Con estos antecedentes, creemos que se cumplen las previsiones del tipo penal aplicado. Sin necesidad de hacer referencia a las disposiciones complementarias de carácter internacional, lo cierto es que en este caso la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaba investido. Todo ello para reprimir una conducta que, en ningún caso, dadas sus características, podría ser considerada como delito.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

CUARTO. Se formaliza al amparo de lo dispuesto en el número uno del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha inaplicado indebidamente el artículo 620.2º del Código Penal. 1.- El motivo se plantea con carácter alternativo y viene a mantener que los hechos, en todo caso, serían constitutivos de una falta de coacciones leves prevista en el artículo antes mencionado.

El artículo 620.2 castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve. Este apartado contiene una referencia específica, al sujeto pasivo pero nunca toma en consideración al sujeto activo, que al ser un funcionario solamente tiene la alternativa de haber actuado ajustándose a la legalidad o bien con un error vencible o invencible que pudiera excusar o disminuir su culpabilidad.

Al tratarse de un delito especial propio que solamente puedan cometer los funcionarios o autoridades y más habitualmente los funcionarios de policía, no cabe rebajar la gravedad del hecho alojándola en las previsiones establecidas para las faltas que pudieran cometer los particulares.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Los denunciantes Luis Antonio y Marcos, presentan recurso de casación, solicitando que los hechos sean calificados como constitutivos de delitos de tortura y otro de detención ilegal. El motivo primero denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

1.- De manera incorrecta llegan a la conclusión de que se han vulnerado los artículos 15 y 17 de la Constitución en lo referente a la integridad física y moral y el derecho a la libertad y a la seguridad. La formulación se remite posteriormente a los tipos penales sustantivos que regulan dichos delitos.

2.- Ciñéndonos exclusivamente a la denuncia que se formula contra la resolución recurrida, debemos reiterar que el planteamiento resulta incorrecto, ya que la sentencia es un modelo de análisis exhaustivo de toda la prueba y de razonamientos jurídicos precisos e inobjetables. Explica, además, las razones por las que estima unos y descarta los otros.

No puede admitirse la queja sobre la inexistencia de motivación suficiente y cualquier otra alegación no tiene cabida dentro de los límites del recurso planteado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEXTO. El motivo segundo de estos recurrentes denuncia, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inaplicación del art. 174 del Código Penal. 1.- Desarrollando dicho precepto recoge los presupuestos legales exigidos para configurar determinadas actuaciones como delitos de tortura. Los recurrentes admiten que la conducta desarrollada no fue para obtener una confesión o información sino que, en todo caso, fueron sometidos a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza, duración y circunstancias supusieron un atentado contra su integridad física y moral. A continuación invocan una serie de hechos que, a su juicio, integran el delito de tortura.

2.- Sin necesidad de entrar en mayores matizaciones, conviene recordar que en el hecho probado no se contiene ninguno de los elementos fácticos que los recurrentes alegan como base para el delito de tortura. No existe la más mínima referencia a comportamientos que atentasen contra su integridad física o moral. La sentencia, de manera escueta, se limita a decir que, una vez que abandonaron los cuatro las dependencias de la jefatura de la Policía Local y tras sentarse en una terraza, acudieron a un Centro médico donde dos de ellos fueron atendidos de lesiones leves y contusiones faciales causadas por el agente NUM000, es decir el acusado, de las que curaron en tres días con una sola asistencia médica y sin ningún día de impedimento para sus ocupaciones habituales.

Como puede verse no existe ningún sustento fáctico que encaje en las previsiones del artículo 174 del Código Penal.

3.- De forma anómala plantea la indebida inaplicación de los arts. 163 y 167 en relación con el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana respecto del acusado recurrente y de otro policía que resultó absuelto.

Esta alegación carece del más mínimo fundamento, ya que las infracciones que pudieran haberse cometido en su vertiente administrativa en orden a la forma de llevar a cabo la detención, nada tienen que ver con el objeto de este proceso.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados.

SÉPTIMO.- Analizaremos conjuntamente los motivos tercero y cuarto que, por diversas vías, tratan de combatir el contenido del hecho probado.

1.- En el motivo tercero denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documento el libro registro de custodia de detenidos, que acredita que Luis Antonio estuvo en el interior de la celda y así consta por la firma de los Agentes que suscriben la entrega.

La parte recurrente admite que la absolución de este delito de detención ilegal, se produce por creer que el acusado actuaba legítimamente, con la orden de detención, traslado a la jefatura y lectura de derechos, cumpliendo las órdenes de su Cabo. Ahora bien, estima que la detención pudo ser legítima en su inicio, pero ilegítima en su desarrollo, al ser introducido en una celda.

2.- Con estos datos o elementos se puede llegar a la conclusión de que efectivamente estuvo en el calabozo, pero ya ha dicho la sentencia recurrida que la absolución del agente de policía por este delito se debe a que la actuación se llevó a cabo en la creencia de estar actuando legítimamente. Este dato lo corrobora el hecho de que dejara constancia escrita de la detención a través de la diligencia de instrucción de derechos al detenido, así como en su manifestación ante el instructor del atestado, donde hacía constar igual extremo. En consecuencia y como ya hemos dicho anteriormente, la Sala considera que no existe el elemento subjetivo configurador de la detención ilegal, por lo que resultan indiferentes los datos que invoca la parte recurrente.

3.- En el motivo cuarto se ampara en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la sentencia omite, en la relación de hechos probados, unas declaraciones que considera fundamentales para la calificación jurídica.

Es evidente que el artículo citado se refiere a la falta de claridad, contradicción o utilización de conceptos jurídicos en la redacción del hecho probado y nada tiene que ver con lo alegado por la parte recurrente.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

OCTAVO.- El motivo quinto se ampara en el artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que no se han resuelto todos los puntos que han sido objeto de acusación y de defensa.

1.- De manera incorrecta vuelve a insistir en la vulneración del artículo 15 de la Constitución, en lo que se refiere al ataque a la integridad moral, como calificador del delito de tortura, considerando que dicha vulneración se produce por los insultos proferidos por el acusado contra dos de los denunciantes.

2.- El motivo carece de la más mínima consistencia y está incorrectamente formulado, pero, además, consta en la sentencia que el hecho fue valorado y descartado, por lo que no hay base para admitir el quebrantamiento de forma alegado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

FALLO:

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por Daniel como acusado y, Luis Antonio y Marcos, como acusadores particulares, contra la sentencia dictada el día 31 de Marzo de 2003 por la Audiencia Provincial de Sevilla en la causa seguida contra el primero por los delitos de detención ilegal y lesiones. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

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

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2004

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Arcos de la Frontera, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 19/2002, y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, que con fecha siete de febrero de dos mil tres, dictó sentencia que contiene el siguiente Hecho Probado:

"HECHOS PROBADOS.- Queda probado y así se declara que como quiera que el 19 de Julio de 1994 se tuvo conocimiento en la jefatura de la Policía Local de Ubrique de un robo producido en el interior del bar, Polideportivo, local del que habían sustraído diversos efectos, botellas de whisky y ginebra, y habiendo recibido en dicha jefatura diversas llamadas telefónicas de diversas personas que denunciaban que Luis Francisco, apodado Pelos, y Benito estaban vendiendo en la calle botellas de whisky a bajo precio, se procedió a la búsqueda de tales personas.- La patrulla formada por los agentes, y acusados, Francisco y Marcos localizaron sobre las 23 horas y en el Paseo de Las Palmeras a lo antes mencionados y les comunicaron que el jefe de la Policía Local, el acusado Inocencio , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien se había enterado de lo sucedido y había ordenado que se empezaran las gestiones de localización, quería hablar con ellos. Benito les dijo que iba a jefatura pero que le llevaban ellos en el furgón policial ya que no podía andar bien, por lo que los agentes accedieron a la petición a la par que llamaban a Inocencio, quien se presentó en el lugar vestido de paisano. El acusado habló con Luis Francisco, persona ya conocida por él y con la que hasta entonces había tenido buenas relaciones, y le convenció para que se montara con él en su vehículo. Así lo hizo el Sr. Luis Francisco y emprendieron la marcha tanto el vehículo del Sr. Inocencio como el furgón policial.- A la altura de la Plaza de la Estrella, como quiera que entre Luis Francisco y el acusado Inocencio se había producido una fuerte discusión en el interior del vehículo, sin que se haya llegado a determinar que en la misma se ejerciera algún tipo de violencia física sobre aquél, si bien sí que ha quedado probado que el acusado quería que Luis Francisco reconociera su participación en el robo denunciado, a lo cual se negaba éste, habiendo alcanzado la actitud del acusado un tono intimidatorio hacia Luis Francisco , éste aprovechando una parada del vehículo, ya que había un atasco de tráfico, salió del vehículo no sin antes forcejear con Inocencio. Esto último fue visto por el agente Francisco, quien se había bajado del furgón con el fin de regular el tráfico, por lo que salió tras Luis Francisco, dándole alcance, cogiéndole por el brazo y cayendo con la fuerza que llevaba ambos por el suelo, donde forcejearon, llegando en ese momento el agente Marcos, que ayudó a su compañero a reducir y detener a Luis Francisco. En esos momentos llegaron los agentes Franco y Mauricio, quienes solo pudieron presenciar que Luis Francisco era introducido en el furgón y conducido a la jefatura de Policía, lugar al que también se

dirigieron.- Al llegar a Jefatura y al salir Luis Francisco del furgón cae al suelo por causas no aclaradas, si bien al querer ayudarle Mauricio, Pelos se lo impide, hace que aquél se levante sólo y lo introduce a empujones en Jefatura y más concretamente en la sala de atestados. Allí entran ambos junto con Marcos, ya que los agentes Franco, Francisco y Benito entraron en otra sala, la de televisión, junto con el otro detenido Benito. Una vez allí, el acusado Inocencio insistía a Luis Francisco en que reconociera ser el autor del robo y que le dijera donde se encontraban las botellas sustraídas, para lo cual a la vez que le llamaba hijo de puta y se acordaba de sus muertos, le golpeaba con los brazos y codos por detrás y en la cabeza, al mismo tiempo que le pegaba patadas, ante lo cual en primer momento Luis Francisco intentó irse, lo cual redobló los golpes del acusado, quien incluso llegó a ser tirado al suelo donde también recibió golpes, venciendo la resistencia de Luis Francisco , quien terminó asustado, reconociendo su participación y comunicándole que las botellas se encontraban en casa de Benito. Inocencio hizo entrar entonces a Franco para que le leyera los derechos al detenido. Los gritos fueron oídos por Francisco y Mauricio , quien llegó a preocuparse por el cariz que tomaba el asunto.- A continuación Inocencio llevó en su vehículo particular al detenido Luis Francisco a casa de Benito , donde llegaron y se encontraron al hermano y a la madre de Benito, Julián y Virginia, quien permitió entrar en la casa para recoger las botellas. Al mismo tiempo y como quiera que Luis Francisco había salido de la sala de atestados con la camisa salpicada de sangre, el acusado pidió a la madre de Benito que le dejara una camisa nueva, a lo que accedió aquella, poniéndosela Luis Francisco y tirando Inocencio la otra camisa a la basura.- Luis Francisco sobre 23,30 horas fue asistido por la médico Inés en el Centro de Atención Primaria de Ubrique, donde lo encontró nervioso y asustado observando la existencia de lesiones contusas en zona lumbar y dorsal y en ambas piernas a la altura de los gemelos.- El médico forense asistió a Luis Francisco y dictaminó la existencia de lesiones que no precisaron tratamiento médico y que tardaron en curar catorce días, de los cuales estuvo seis incapacitado para sus ocupaciones habituales. Dichas lesiones contusivas en zona toraco abdominal fueron: hematoma con erosión superficial por contusión-abrasión en costado derecho; equimosis contusivos en región dorsal de hemitorax derecho; hematoma de 7 por centímetros de dimensión en región escapular izquierda, de coloración rojiza y pérdida epidérmica superficial con

costra fina sero-hemorrágica; hematoma ovalado de 4 por 1,5 centímetros de diámetro, de coloración azul violáceo en región lumbar baja izquierda; excoriación de 3 por 1,5 centímetros con costra sanguínea superficial en región para vertebral derecha de zona lumbar a nivel sacroiliaco; pérdida epidérmica por abrasión contusión en flanco izquierdo sin costra y hematoma profundo de color azulado en glúteo izquierdo y equimosis redondeados en glúteo derecho. Otras lesiones contusivas fueron en miembros siendo las siguientes: equimosis leves en ambos brazos; tumefacción sensible a la palpación en pantorrilla izquierda con desarrollo de hematoma profundo y equimosis superficiales, y equimosis superficiales en pantorrilla derecha, lesiones todas de dos a tres días de evolución y siendo compatibles con el mecanismo de producción consistente en golpes de puño y puntapiés, propinados de manera repetida e intencionada.- Esa misma noche y en el puesto de la Guardia Civil, el agente Baltasar recibió denuncias de varias personas por malos tratos al Pelos . La Policía Local llegó poco después con el furgón conduciendo a Benito, quien reconoció los hechos pero comunicó al guardia civil que no se iba con la Policía Local y que se quedaba allí. Sobre la una de la madrugada llegó el acusado Inocencio en su vehículo particular llevando a Luis Francisco.- Las actuaciones judiciales se iniciaron el veinte de Julio de 1994, continuando su tramitación normal hasta el 28 de Octubre de 1994, fecha desde la que estuvieron prácticamente paradas hasta el 23 de Marzo de 1995, día a partir del cual se realizaron esporádicas diligencias, hasta que el 30 de Abril de 1996 se dictó Auto de incoación de Procedimiento Abreviado. El Fiscal interesó el 22 de Noviembre de 1996 nuevas diligencias, las cuales fueron realizándose de manera lenta, hasta que el 29 de Abril de 1999 se dictó Auto de apertura del Juicio Oral, presentando las defensas sus escritos y remitiéndose las actuaciones al Juzgado de lo Penal de Jerez de la Frontera, que las recibió el 16 de Diciembre de 2000. A continuación se suscitó la cuestión del órgano competente para el juicio, dictándose el 22 de Enero de 2001 Auto en el que el juez de lo Penal exponía a esta Sala ser ella la competente. Desde dicha fecha hasta el 25 de Febrero de 2002 las diligencias se quedaron en el interior de un armario del Juzgado de lo Penal número Tres, hasta su remisión a esta Audiencia, que recibió las diligencias el 19 de Abril de dos mil dos. Se remitieron al Juzgado de Instrucción número Tres de Arcos para la subsanación de diversos defectos, volviéndose a recibir las actuaciones en esta Audiencia a finales de Septiembre de dos mil dos. Se

señaló un primer juicio para el veinte de Diciembre de 2002, si bien no se celebró por imposibilidad del abogado de la acusación particular, volviéndose a señalar para el día 27 de Enero de 2003, fecha en la que se ha realizado el juicio oral".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Inocencio , como autor criminalmente responsable de un delito de tortura ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante analógica de dilación indebida, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION, OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA; a que indemnice a Luis Francisco en la cantidad de mil doscientos euros (1.200 Euros), y al pago de las costas procesales, sin incluir en las mismas las de la acusación particular. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del AYUNTAMIENTO DE UBRIQUE.- Y que debemos absolver y absolvemos a dicho acusado y a Marcos, Francisco, Franco y Mauricio de las faltas de lesiones que se les imputaban".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación del acusado Inocencio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: PRIMERO.- Por infracción de precepto Constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al haberse condenado sobre la base de unas pruebas testificales que crecen de la necesaria fiabilidad, para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que se traduce aludido derecho fundamental.- SEGUNDO a CUARTO.- Todos por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, por vulneración del principio de legalidad penal -arts. 9.3, 25.1 y 117.1 CE (motivo segundo); de los principios de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad de la pena -

arts. 1.1 y 10.1, en relación con los arts. 9.3, 17, 24 y 25 CE (motivo tercero); y del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables -art. 9.3 de la CE en relación con art. 24 de la citada Ley Fundamental que establece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (motivo cuarto).- QUINTO.- Por Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim. por aplicación indebida del artículo 9.10 en relación con los artículos 61, reglas 5ª y 7 y 73 del Código Penal de 1.973, al no haberse apreciado la atenuante analógica de dilación indebida como muy cualificada.- SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim. por aplicación indebida del art. 174. 1 del Código Penal de 1.995 e inaplicación indebida del art. 204. Bis párrafo segundo del Código Penal de 1.973, e infracción por aplicación indebida de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Texto de 1.995.-

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día 23 de junio de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo inicial, al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J., denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado ex artículo 24.2 C.E., que ha sido condenado "sobre la base de unas pruebas testificales que carecen de la necesaria fiabilidad", concretamente, la declaración de la víctima y la de los testigos que depusieron en el juicio, así como los informes médicos, conforme se relacionan en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia. Aduce el recurrente que determinadas pruebas "deben ir rodeadas de determinadas garantías para poder desvirtuar eficazmente la presunción de inocencia..... en concreto en los supuestos de declaración del coimputado y testimonio de la víctima se exige la verificación de una serie de <<factores de fiabilidad>>". Tras exponer la doctrina a propósito del testimonio del coimputado y la declaración de la víctima, el desarrollo del motivo incide directamente en la valoración subjetiva de la parte del contenido de las pruebas personales desarrolladas en el acto del juicio oral.

La Jurisprudencia reiterada y consolidada del Tribunal Supremo (entre muchas, S.S.T.S. 948/99 o más recientemente 731/04) ha sentado básicamente los siguientes principios en esta materia: a) el acusado no tiene que demostrar su inocencia, siendo la acusación la que tiene la carga de demostrar la culpabilidad de aquél; b) no puede emitirse un pronunciamiento de culpabilidad sino en virtud de una actividad probatoria que tenga un inequívoco sentido de cargo; c) en la realización de dicha actividad no se ha debido producir, ni directa ni indirectamente, la violación de un derecho fundamental o libertad pública; d) la prueba, además, sólo es válida al efecto que consideramos cuando se ha celebrado, salvo supuestos excepcionales que han de ser interpretados restrictivamente, en el acto del juicio oral, es decir, en condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, conforme a las normas del proceso debido; e) la apreciación "en conciencia" de la prueba no puede confundirse con una elaboración que, por descansar en la pura subjetividad de quien la hace, sea incomunicable en su génesis y en su fundamento, puesto que apreciar en conciencia significa apreciar racionalmente, no arbitraria ni caprichosamente; f) por ello, la valoración de la prueba, si mediante ella se llega a un juicio de culpabilidad, se debe expresar en términos razonables que pueden ser esquemáticos si el juicio se apoya en pruebas directas o más ampliamente explicativos si únicamente se cuenta con indicios. El Tribunal de Casación, al que el ordenamiento constitucional ha impuesto, junto a su tradicional función nomofiláctica y uniformizadora en la interpretación de la ley, una nueva y transcendental función de amparo constitucional, tiene que velar por la observancia de aquellos criterios en los tribunales de instancia, censurando su eventual infracción cuando se le denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Pero no debe traspasar este límite, si advierte que dichas pautas han sido puntualmente observadas, so pena de invadir un ámbito competencial que le es constitutivamente ajeno. Ello tiene especial relevancia cuando mediante la inmediación el Tribunal de instancia ha percibido directamente, con todos sus matices, las declaraciones de los acusados y testigos, sus contradicciones o silencios, de forma que la valoración de aquéllas no puede ser sustituida por la del Tribunal de Casación. Es cierto que por éste se han dictado pautas a tener en cuenta cuando la prueba de cargo consiste solamente en la declaración de la víctima, pero no se trata de condiciones para su validez sino de referencias a tener en cuenta en el proceso valorativo. En relación

con la declaración del coimputado, sin embargo, es necesario que para su consideración como prueba plena de cargo se añada un elemento de corroboración suficiente. Por último, en cuanto al alcance del derecho fundamental, debemos significar que se refiere a los hechos o relato histórico que constituye el objeto del juicio y a la participación en los mismos del imputado, abstracción hecha del elemento culpabilístico, pues los ingredientes subjetivos del tipo penal sólo pueden ser objeto de constatación mediante el juicio de inferencia del Tribunal de instancia, lo que equivale procesalmente a que su impugnación debe ser combatida a través del artículo 849.1 LECrim.

En el presente caso no se ha vulnerado la doctrina precedente. La prueba fundamental está constituida por la declaración de la víctima y los testigos que han depuesto en el juicio, así como por los informes médicos producidos en las actuaciones. El Tribunal de instancia ha percibido directamente la fuente probatoria y ha expuesto en la sentencia las razones de su convicción, siguiendo precisamente el esquema o pauta cuando se trata del testimonio de la propia víctima: ausencia de incredibilidad subjetiva, deducible evidentemente de circunstancias o hechos anteriores al delito; verosimilitud del testimonio, en el sentido de concurrencia de elementos periféricos que lo corroboren y ausencia de otros que sean incompatibles con el mismo; y persistencia en la incriminación. En el presente caso existe un elemento corroborador especialmente consistente cual es el dictamen de los informes médicos y en cualquier caso la supuesta existencia de contradicciones entre ellos sólo corresponde dirimirla al Tribunal de instancia conforme a la lógica y las reglas de experiencia, de la misma forma que el grado de credibilidad de los testigos sólo puede ser apreciado por el Tribunal que ha percibido directamente su declaración. El recurrente pretende sustituir la valoración de la Audiencia por la suya propia sin evidenciar que los principios que rigen la presunción de inocencia hayan sido vulnerados en el juicio.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Los motivos segundo a cuarto se amparan también en el artículo 5.4 L.O.P.J. y en su enunciado conjunto se aduce vulneración de los principios de legalidad penal, de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad de la pena y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Sin embargo en su

desarrollo se remite a los siguientes motivos por infracción de ley, por lo que estas cuestiones serán tratadas a continuación.

TERCERO.- El quinto formalizado, ya por la vía del artículo 849.1 LECrim., denuncia la aplicación indebida del artículo 9.10 en relación con los artículos 61.5 y 7 y 73, todos ellos C.P. 1973, "al no haberse apreciado la atenuante analógica de dilación indebida ..... como muy cualificada". El desarrollo del motivo se extiende en argumentar la especial incidencia del caso desde esta perspectiva, las circunstancias personales del acusado, lo que debió dar lugar a la estimación de la mayor relevancia de la atenuante, con cita de diversa Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde luego, teniendo en cuenta la vía casacional utilizada, debemos partir de lo que se dice en el "factum" en relación con las dilaciones observadas en las actuaciones judiciales iniciadas el 20/07/94 y concluidas en primera instancia mediante la sentencia recurrida en casación de 07/02/03, exposición suficientemente detallada. A su vez, el fundamento de derecho tercero se ocupa de la aplicación del derecho al sustrato fáctico referido, para llegar a la conclusión de estimar la atenuación pretendida por la defensa como ordinaria, desestimando su especial cualificación en base a los argumentos que tendremos ocasión de considerar posteriormente.

En relación con el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas que proclama el artículo 24.2 C.E. el Tribunal Constitucional ha declarado la autonomía de este derecho, aunque íntimamente relacionado con el de tutela judicial efectiva, destacando su doble faceta prestacional - derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional, -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. El carácter razonable de la dilación de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y el del órgano judicial actuante (ver por todas S.T.C. 237/01). Recientemente, a propósito de la vulneración del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4/11/50, que consagra el derecho a un proceso equitativo,

significando entre otros el correspondiente a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso González Doria Durán de Quiroga y López Solé y Martín de Vargas contra España, S.S. de 28/10/03) ha señalado que el carácter razonable de la duración del procedimiento debe apreciarse a la luz de las circunstancias de la causa, las cuales prescriben una evaluación global, teniendo en consideración los criterios consagrados por la doctrina legal, en particular, la complejidad de la causa, el comportamiento del demandante y de las autoridades competentes, remitiéndose a los precedentes sentados por el propio Tribunal.

El Tribunal Supremo (Acuerdo de Sala General de 21/05/99) ha traducido la existencia de dilaciones indebidas en el ámbito del proceso penal en la exigencia de compensarlas con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 C.P., tras apuntar otras soluciones con anterioridad, entre ellas la posibilidad del indulto, que en todo caso no es incompatible con la apreciación de la atenuante, pero desde luego dichas dilaciones no constituyen una causa de justificación o de inculpabilidad determinantes de una sentencia absolutoria. La reparación exigible, que se fundamenta en razones de justicia y equidad, debe manifestarse a través de la disminución de la pena (S.T.S. 1733/03).

En relación con la especial cualificación de la circunstancia se ha seguido por la Jurisprudencia de esta Sala en línea de principio un criterio esencialmente cuantitativo, consecuencia de traducir la especial intensidad del efecto que se predica de cualquier circunstancia atenuante para estimarla como muy cualificada al caso de las dilaciones indebidas, y así la S.T.S. 32/04 se refiere a supuestos en los que habían transcurrido nueve años (S.S.T.S. 506/02 y 655/03); habiéndose apreciado también como muy cualificada en la S.T.S. 291/03 cuando los hechos habían sucedido en 1993 y fueron juzgados en el año 2001; en igual sentido la S.T.S. 322/04. Pero evidentemente, siendo particularmente relevante el tiempo transcurrido, no por ello deben dejarse de lado otros factores a los que nos hemos referido más arriba, como sucede con la complejidad del litigio o el comportamiento de los litigantes. Igualmente debemos señalar que la Jurisprudencia ha venido exigiendo que el perjudicado denuncie, durante la tramitación del procedimiento, la lesión a su derecho a fin de que, por una parte, pueda ser remediado y, por otra, pueda constatarse una efectiva lesión

susceptible de ser compensada mediante la atenuación (S.S.T.S. 583/01, que sigue el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 21/05/99, o 1614/02, sobre la cual volveremos). Lo que sucede en relación con lo anterior es que tampoco en rigor debe imponerse al imputado la carga de denunciar las dilaciones cuando la prescripción del delito puede correr a su favor.

En el presente caso la Audiencia Provincial ha desestimado la pretensión de la defensa valorando precisamente la dificultad de la instrucción, el hecho de que los retrasos nunca fueron denunciados por el acusado, "quien así se quiso beneficiar de los mismos, sin que por su parte se dé una conducta activa tendente a evitar dichas dilaciones", junto a otros argumentos relativos a la actitud del mismo y el interés de la sociedad en el castigo de la conducta delictiva. Desde luego la complejidad de la causa no justifica su dilación. Sin embargo, el perjuicio sufrido por el acusado mediante la misma, al menos, no es diáfano, pues le ha permitido continuar en el desempeño de sus funciones durante todo el tiempo del proceso. No deja de ser un contrasentido señalar la especial intensidad de unos perjuicios que deben merecer una especial cualificación y por el contrario resignarse pasivamente al paso del tiempo. El resto de los argumentos tienen su fundamento en el especial reproche que merece la conducta enjuiciada. Siendo ello así la Sala de instancia no ha infringido por inaplicación los preceptos invocados en el encabezamiento del motivo.

Por todo ello debe ser desestimado.

CUARTO.- El último motivo formalizado ex artículo 849.1 LECrim., denuncia la indebida aplicación del artículo 174.1 C.P. 1995 y consiguiente inaplicación del artículo 204 bis.2 C.P. 1973 e infracción de las D.D.T.T. 1ª y 2ª C.P. citado en primer lugar. Entiende el recurrente que la aplicación del Código Penal de 1995 como más favorable tiene su origen en el error de subsunción previo cometido por la Sala al calificar los hechos "en el tipo del párrafo 1º del artículo 420 C.P. 1973, en vez de hacerlo, como hubiera sido lo procedente, en el subtipo privilegiado contenido en el párrafo 2º de dicho precepto" (lo que constituye un error del recurrente pues la Audiencia se refiere al artículo 204 bis.1 y al 421.3, ambos C.P. 1973). Suscita a continuación el debate originado sobre el antiguo artículo 582 y su conexión con el

421, para invocar finalmente la S.T.S. 1117/98 y entender que los hechos podrían ser incardinados en el párrafo 2º del artículo 204 bis C.P. 73, ya citado, de forma que en todo caso ello le resultaría más favorable teniendo en cuenta las penas resultantes. Ciertamente la cuestión que se suscita ha perdido interés doctrinal después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y perdura sólo en la medida que deban ser enjuiciados casos anteriores a su entrada en vigor.

La Audiencia Provincial, fundamento de derecho primero, ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de torturas del artículo 174 del Código Penal vigente, por ser más favorable esta calificación para el reo, partiendo previamente de la subsunción de los hechos en el artículo 204 bis.1, C.P. 1973, "ya que el párrafo 2º sólo se refiere a la falta de malos tratos sin lesión (582.2), y a las tipificadas en el artículo 585, toda vez que, para que se pudiera estimar que se hubiera producido la figura menos grave que se recogía en el párrafo 2º del citado artículo 204 bis es preciso que, aún habiéndose golpeado o maltratado de obra, no se hubiera producido lesión, hipótesis contemplada en el párrafo 2º del anterior artículo 582, al que el dicho 204 bis se refería pero no incluyéndose en la referencia el primer párrafo de ese mismo artículo" (precisamente porque los resultados previstos en el antiguo artículo 582.1, lesión sin requerir tratamiento médico causados por torturas, son constitutivos de delito). Este planteamiento determina que la Audiencia entienda como más favorable la aplicación del vigente Código Penal, partiendo de que conforme a la calificación del vigente en el momento de los hechos (artículo 204 bis.1) la pena sería la de prisión menor en su grado máximo (entre tres años y dos meses y seis años), mientras conforme al actual alcanzaría entre uno y tres años de prisión.

La conexión entre los artículos 582 y el 421, según la redacción del Código de 1973, dió lugar a disparidades interpretativas de la Jurisprudencia de la Sala Segunda hasta el acuerdo de Sala General de 17/05/94, que admite la aplicación del artículo 421 y, por tanto, la pena que en él se establece, "si bien es procedente examinar cuidadosamente si en uno u otro caso se dan las exigencias propias de la correspondencia entre el hecho y el resultado punitivo, en función del principio de proporcionalidad, pudiéndose por este camino llevar a cabo una cierta interpretación correctora restrictiva del precepto", en aquellos casos en que el hecho sea constitutivo,

en principio, de una falta del artículo 582 C.P. por tratarse de unas lesiones que no necesitan tratamiento médico o quirúrgico, pero habiéndose empleado en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños a la integridad del lesionado o reveladores de acusada brutalidad en la acción o si se empleó torturas (excluyendo el número 2º del artículo 421 por estimar que es prácticamente imposible que no exijan tratamiento médico o quirúrgico los resultados que se describían en el mismo).

La S.T.S. invocada por el recurrente, 1117/98, en un caso similar al presente (lesiones infligidas por funcionarios públicos en el curso de una investigación policial con el fin de obtener una confesión o información de determinadas cuestiones) pone en evidencia la vulneración del "non bis in idem", cuando argumenta que "la tortura no se agota en el delito de lesiones sino que trasciende a otra conducta delictiva tipificada en el artículo 204 bis, igualmente aplicado por el Tribunal sentenciador", añadiendo que "en este caso se hace preciso examinar, con la necesaria separación, los elementos que integran y caracterizan las lesiones y la tortura, si no lo hiciéramos pondríamos en cuestión el principio de legalidad con vulneración del <<non bis in idem>>. No podemos considerar las gravísimas <<formas, maneras y medios empleados>> que caracterizan una conducta tan degradante para la integridad moral de las personas como es la tortura con un doble alcance, de una parte, para configurar el delito de lesiones, en este caso agravado por la tortura, y, de otra, como determinante del delito propio de tortura". Se refiere más adelante a la adecuada proporcionalidad entre el hecho y el resultado punitivo y subsume la conducta de los acusados en el delito de tortura previsto en el párrafo 2º del artículo 204 bis C.P., "sin que se haya vulnerado el principio de legalidad por el hecho de que se haga mención del párrafo 2º del artículo 582 y no del primero, que es el aplicable en este caso. Esta exclusión sólo se justifica si siguiéramos una remisión automática del artículo 582, párrafo 1º, al artículo 421, que como antes se expresó no es la postura seguida por esta Sala". Realmente lo que sucede es que se tiene en cuenta la doble consideración de los hechos que constituyen las torturas primero para trasformar en delito la falta de lesiones del 582.1 y en segundo lugar para calificar los hechos conforme al artículo 204 bis.1 C.P. 1973, aplicando el principio de proporcionalidad como criterio corrector conforme al Acuerdo de la Sala

General, resultando finalmente en base a ello de aplicación el párrafo 2º del precepto mencionado en último lugar. La S.T.S. 1614/02, ya citada, vuelve a incidir en esta cuestión, subrayando que en relación con la interpretación del antiguo artículo 421, el Tribunal Supremo, según el Acuerdo mencionado, "expuso la necesidad de analizar cada supuesto concreto para comprobar la debida proporcionalidad entre la acción ejecutada y la consecuencia jurídica prevista", entendiendo que, en principio, "las lesiones causadas mediante la utilización de una violencia encuadrada en las torturas, es la de delito y, en consecuencia, del párrafo 1º del artículo 204 bis". Ciertamente esta sentencia suscita algunas reservas a propósito de la vulneración en estos casos del principio "non bis in idem", pero admite que "la aparente vulneración del principio invocado..... se resolvería mediante la no aplicación de la agravación prevista en el artículo 204 bis del Código Penal, al grado máximo de la pena prevista". Es decir, las S.S. analizadas permiten en función del principio de proporcionalidad una interpretación correctora restrictiva del juego de los preceptos invocados que conduce a la misma solución práctica, aplicando en el primer caso el párrafo 2º del artículo 204 bis C.P. 1973 (pena de prisión menor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación especial) y el párrafo 1º en el segundo prescindiendo de la imposición de la pena, también prisión menor en este caso, en su grado máximo, e inhabilitación especial. Admitiendo que las dos soluciones responden al mismo principio, -no es proporcional aplicar el mismo castigo sin tener en cuenta que en unos supuestos el resultado típico del delito se ha producido frente a otros en que el resultado es típico de una falta-, deben calificarse los hechos en este caso conforme a la segunda por parecer técnicamente más correcto.

Por último, hay que tener en cuenta lo que manifiesta la propia Sala, fundamento de derecho primero, cuando afirma que "para la comisión de este delito de torturas el acusado empleó medios y formas que si no son gravísimas, sí pueden calificarse de actos reprochables que por su intensidad no alcanzan el carácter de graves pero que constituyen ataques a la dignidad del ser humano", lo que desde luego justifica el delito de lesiones por torturas pero a su vez en aras de la proporcionalidad debe determinar una interpretación restrictiva bien aplicando directamente el "non bis in idem" o bien por la vía indirecta de eliminar la imposición de la pena en su grado

máximo, como ya hemos dicho. Según ello resulta más favorable para el acusado la aplicación del derecho vigente en el momento de realizarse los hechos enjuiciados.

Se estima el motivo.

QUINTO.- Ex artículo 901.1 LECrim. las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación con estimación del sexto motivo por infracción de ley, dirigido por Inocencio frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, en fecha 07/02/03, en causa seguida frente al mismo y otros por delito de torturas, casando y anulando parcialmente la misma, declarando de oficio las costas del recurso.

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

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Arcos de la Frontera, con el número Procedimiento Abreviado 19/02 y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, por delito de torturas contra Inocencio y otros, nacido en Cádiz el 17 de abril de 1961, hijo de Antonio y de Victoria, con domicilio en DIRECCION000 s/n de Ubrique y con Documento Nacional de Identidad núm. NUM000, sin antecedentes penales; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

Antecedentes Segunda Sentencia:

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada por la Audiencia.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

UNICO.- Se da por reproducido el cuarto de la sentencia de casación y los de la Audiencia que no se opongan al anterior. Los hechos son constitutivos de un delito de torturas del artículo 204 bis.1 C.P. Para la imposición de la pena se deberá tener en cuenta la atenuante apreciada por el Tribunal de instancia, la gravedad de los hechos y las circunstancias del autor, especialmente su condición de Jefe de la Policía Local.

Fallo Segunda Sentencia:

QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Inocencio como autor criminalmente responsable de un delito de torturas, ya definido, concurriendo la atenuante por analogía de dilaciones indebidas, a las penas de UN AÑO DE PRISION MENOR y SEIS AÑOS Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL, manteniendo en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia parcialmente casada.

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

BILIOGRAFIA

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. º 84, páginas. 55-61.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicología. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicología social. Facultat de Psicología. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and OrganitzationalPsichology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organitzational Psichology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., "Diagnósticos para el acoso laboral". 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral". http://www.preventionworld. com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. "La consideración penal del mobbing", Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. "El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales". Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal". Revista Pena y Estado, n.ª1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.