



Roj: **STS 3976/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3976**

Id Cendoj: **28079120012022100834**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **23/2021**

Nº de Resolución: **861/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 861/2022

Fecha de sentencia: 03/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 23/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

razón

RECURSO CASACION núm.: 23/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 861/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 3 de noviembre de 2022.



Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Salvador y D. Pedro , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 19 de octubre de 2020, que desestimó los recursos de apelación formulados por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, de fecha 30 de enero de 2020, que los condenó por delitos de torturas y leve de lesiones, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por el Procurador D. Rafael Morín Benítez y bajo la dirección Letrada de D. Alfredo Velloso González y por el Procurador D. Fernando Lepiani Velázquez y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Lepiani Velázquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 5 de El Puerto de Santa María incoó Diligencias Previas con el nº 337/2017 contra Salvador y D. Pedro , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, que con fecha 30 de enero de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Mediante Auto de 2-6-2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arcos de la Frontera se ordenó el ingreso en prisión provisional de Rubén como presunto autor de un Delito de asesinato al haber terminado con la vida de su hijo de 8 meses de edad y haber golpeado a su pareja sentimental, persona que tenía dificultades en el lenguaje y en la audición por tener estas capacidades mermadas, extremos todos ellos que trascendieron a la opinión pública y que por tanto eran conocidos en el establecimiento penitenciario en el que Rubén fue ingresado, DIRECCION000 de DIRECCION001 , aplicándosele por este motivo desde Instituciones Penitenciarias el protocolo Anti-Suicidios y asignándosele un interno de apoyo desde el principio, siendo con Doroteo con el que compartiría celda desde el 8-6-2017. Esa noche, sobre las 21'30h, el acusado Pedro mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario de prisiones adscrito a DIRECCION000 y que estaba asignado al turno de noche en el departamento de enfermería, se acercó hasta la celda número NUM002 en la que sabía que se encontraba el interno Rubén y le anunció: "Esta noche vas a dormir calentito". Tal y como había anunciado, el acusado Pedro se dirigió horas después hasta la celda nº NUM002 acompañado por el también funcionario de prisiones Salvador mayor de edad y sin antecedentes penales, acusado que estaba destinado en DIRECCION000 y que tenía asignado el mismo turno de noche que su compañero pero en el módulo II; al llegar a la celda mencionada, y tras proceder a su apertura sobre las 23:45 horas, encontraron durmiendo tanto a Rubén como al interno de apoyo Doroteo , al que ordenaron que saliese de la celda al pasillo, obedeciendo éste al instante. Una vez se quedó Pedro a solas en el interior de la celda con Rubén , y Salvador de vigilancia en la puerta, siendo conscientes de su posición de superioridad al ser funcionarios de prisiones y tener asignada la custodia del interno en el Centro Penitenciario, y con el objetivo de aplicarle un severo castigo por los hechos que presuntamente habría cometido, comenzó el primero a propinarle patadas y puñetazos por todo el cuerpo con la intención de menoscabar su integridad física, mientras le gritaba: "Hijo de puta, has matado a un niño de 8 meses, has pegado a una mujer inválida y le has matado al bebé de 3 meses que llevaba en el vientre", golpes que eran propinados mientras que el interno les suplicaba que "no le pegaran más", súplicas que no fueron atendidas por sus agresores, interviniendo también ya de forma activa Salvador ante la resistencia de Rubén , los acusados se mantuvieron en la celda durante unos dos minutos con la violencia ejercida sobre el interno que ha sido descrita, todo ello hasta que lo dejaron semi-inconsciente tumbado en el suelo y ensangrentado, instante en que ordenaron al interno Doroteo que entrase en la celda y se hiciese cargo de él, consiguiendo limpiarle la sangre de las heridas provocadas en el rostro, y colocarlo tumbado sobre la cama de la celda. Horas después, hacia las 2:45h, Pedro , guiado por idéntico ánimo que en el caso anterior, regresó a la celda nº NUM002 , para conseguir de nuevo el objetivo de infligir un castigo físico a Rubén . Así las cosas, y tras abrir la celda nº NUM002 , el acusado Pedro , ordenó al interno de apoyo Doroteo que bajase de la litera, instante en que se acercó a Rubén y con ánimo de menoscabar su integridad física, le tumbó en el suelo y comenzó a propinarle de nuevo puñetazos y patadas por todo el cuerpo, logrando Rubén repeler por unos instantes la agresión al lanzarle una patada que alcanzó al reloj de pulsera que llevaba el acusado, que al romperse provocó que se enfureciese y ordenase al interno Doroteo que le pisara el cuello a Rubén para facilitar así las patadas que a continuación el acusado continuó propinando hasta que el interno Doroteo le pidió que no continuara. Ya en la mañana del 9-6-2017 el Educador y la Psicóloga del Centro Penitenciario encontraron a Rubén descalzo deambulando con la mirada perdida y cubierto de heridas en el rostro, y hematomas, por lo que le llevaron a la Enfermería y desde allí donde fue examinado y fotografiado por la subinspectora médico , quien lo remitió al Hospital de DIRECCION002 para el examen de las lesiones, que consistieron en: -policontusiones. -equimosis en región supraciliar, en región frontoparietal izquierda, en zona preauricular, en arco zigomático derecho producidas en la agresión de las



23:45 horas. -hematomas en hombro, escápula y brazo izquierdo. -hematoma en pectoral izquierdo, y en cresta iliaca izquierda. -hematomas en región costal y en rodilla y pierna derechas. -hematomas en región epigástrica y peri-umbilical. Tales lesiones requirieron de 15 días de perjuicio personal básico y 2 días de perjuicio personal particular con la aplicación de medidas asistenciales de carácter sintomático".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Condenamos a Pedro y a Salvador como autores de un delito de torturas a la pena de 3 años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante éste tiempo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante 10 años para Pedro. A Salvador como autor de dicho delito, a la pena de un año de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante éste tiempo e Inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante 8 años. Como autores de un delito leve de lesiones, pena de un mes multa a Salvador, dos meses multa a Pedro, en ambos casos, cuota diaria de 6 euros con arresto subsidiario caso de impago de 15 y 30 días respectivamente. Pedro indemnizará a Rubén en la suma de 720 euros y con carácter solidario Salvador en la suma a determinar en ejecución de sentencia una vez se determine por el Médico Forense los días de perjuicio personal básico y los días de perjuicio personal particular en su caso. Ilimitado a las lesiones consistentes en equinosis en región supraciliar, en región frontoparietal izquierda en zona preauricular, y en arco zigomático derecho descritos en el informe forense. Costas por partes iguales. Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio literal a los autos y se notificará a las partes con los prevención de no ser firme por haberse interpuesto recurso de Apelación que se podrá anunciar por escrito, y por ante esta Sala, para ante la Sala de lo Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a su notificación, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los acusados Pedro y Salvador ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 19 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por el procurador Sr. Martín Benítez, en nombre del acusado Salvador, y por el procurador Sr. Lepiani Velázquez, en nombre del acusado Pedro, ambos contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2020 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz en el rollo de procedimiento abreviado n.º 37 de 2019, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia. Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes, y al acusado, a través de su Procurador, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala. Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución de lo definitivamente resuelto".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Salvador y D. Pedro, 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.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Salvador**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por cuanto se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E., y a su vez en inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y todo ello en relación con el derecho a un juicio justo y al derecho a la defensa. La consecuencia fatal de la violación denunciada, ha sido la condena del recurrente, fruto de la errónea e indebida aplicación de los arts. 174.1 del C. Penal y 147.2 C.P.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la L.E.Cr., por error en el hecho de la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos, y en las declaraciones prestadas en el plenario, que demuestran la equivocación del juzgador al no concurrir los requisitos establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los fundamentos necesarios para el dictado de una sentencia condenatoria en base a la declaración de la víctima.

Tercero.- Por Infracción de Ley del art. 849 1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 174.1 CP.



Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 147.2 del C. Penal, en cuanto a la persecución de un delito leve sin concurrir denuncia previa del ofendido.

Quinto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. sobre la inaplicación de la atenuante de reparación del daño recogida en el art. 21.5 del C. Penal.

Sexto.- Al amparo del artículo 852 L.E.Cr. y 5.4 de la L.O.P.J., por cuanto se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en su modalidad "In dubio pro reo" consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con indefensión material por error en la valoración de las pruebas videografías aportadas por la Secretaria General De Instituciones Penitenciarias imposible valoración de parte del material probatorio: la falta de una consignación completa de las pruebas practicadas en la vista vulnera dos de los pilares básicos del derecho procesal. En primer lugar, el Derecho Fundamental a la prueba de las partes (artículo 24 CE) y en segundo lugar, dificulta al Tribunal De Justicia el correcto desarrollo de su principal actividad, que no es otra que la función jurisdiccional regulada en el artículo 117 de la Constitución, imposibilitando al Órgano Judicial su actividad juzgadora por carecer del material fáctico y jurídico necesario.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Pedro** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Conforme al art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por cuanto se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E., y a su vez en inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y todo ello en relación con el derecho a un juicio justo y al derecho a la defensa. La consecuencia fatal de la violación denunciada, ha sido la condena del recurrente, fruto de la errónea e indebida aplicación de los arts. 174.1 del C. Penal y 147.2 C.P.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr., por error en el hecho de la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos, y en las declaraciones prestadas en el plenario, que demuestran la equivocación del juzgador al no concurrir los requisitos establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los fundamentos necesarios para el dictado de una sentencia condenatoria en base a la declaración de la víctima.

Tercero.- Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 174.1.

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 147.2 del C. Penal, en cuanto a la persecución de un delito leve sin concurrir denuncia previa del ofendido.

Quinto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. sobre la inaplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 2 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Pedro y Salvador contra la sentencia número 277/20 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 19 de octubre de 2020.

Hay que señalar que ambos recurrentes plantean como "cuestiones previas o motivos preliminares", un conjunto de alegaciones que se plantearon en el recurso de apelación. Pero estas alegaciones no se presentan en la forma establecida en el artículo 874 LECrim y no mencionan el artículo y número de la LECrim que las autoriza como motivos de casación.

No puede omitirse, u obviarse, la forma de la interposición de un recurso de casación que está estructurado en motivos en referencia al art. 874 LECRIM. No existe artículo alguno en la LECRIM que habilite en un recurso de casación a admitir unas denominadas "cuestiones preliminares o previas de un recurso de casación".

Tal consideración de la interposición de un recurso de casación supone un grave defecto de forma, porque ni tan siquiera se configura o conforman las alegaciones como "motivos" del recurso de casación, ya que estos los enumera y lista después, y la sentencia de casación debe dar respuesta en atención al principio de congruencia a lo que son motivos de casación estructurados y ordenados ex art. 874 LECRIM porque lo está



de esta forma presentado es directo motivo de inadmisión ex lege. No puede existir una forma arbitraria de interponer un recurso de casación, sino que es un sistema tasado con arreglo a las exigencias del art. 874 LECRIM de obligado cumplimiento formal.

En cualquier caso se alega que "se debió acceder a dicha prueba y haberse aportado el acta de dicho Consejo de Dirección para valorar dicha circunstancia anterior al día 9 de junio de 2017", pero pese a que no se plantea correctamente como motivo propio de recurso de casación hay que señalar que no es válida "cualquier prueba" sino la que sea pertinente y necesaria, y al objeto de la ocurrencia de los hechos concretos de las agresiones que se alega por los recurrentes que recibió de otros internos la víctima hay que tener en cuenta que el dato planteado es circunstancial, ya que los hechos probados se evidencian en razón a una prueba consistente y que ha sido motivada por el tribunal de instancia de forma debida y analizada por el TSJ en cuanto a las agresiones de los recurrentes a la víctima. Así, la existencia de otros hechos no es objeto de enjuiciamiento, y lo que ha quedado probado es el ataque perpetrado por los recurrentes a la víctima, por lo que las pruebas accesorias a este hecho probado quedan al margen del contenido probatorio.

Así, la circunstancia de datos relativos a incidentes distintos de la víctima con otros internos no altera el resultado de la prueba practicada, ya que a lo que se refiere la parte es a arrojar dudas sobre que las lesiones las pudieron causar otras personas, pero que el tribunal no admite ni tiene dudas ante la contundencia de la prueba que conduce directamente a que los hechos suceden como se cita en los probados.

Así, la prueba rechazada para que tenga operatividad debe ser trascendente, pertinente y necesaria, y, sobre todo, como esta Sala ya ha declarado reiteradamente, (Entre las más recientes, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 613/2022 de 22 Jun. 2022, Rec. 3226/2020) y este análisis se lleva a cabo ex post a la sentencia para evaluar la posible incidencia en una posible nulidad, pero en este caso ese análisis de lo alegado con respecto al "después de la sentencia" evidencia que no era pertinente y necesario recurrir a la cuestión referida al consejo de dirección que se cita.

En la antes citada sentencia de esta Sala se recoge que: "*Es absolutamente clave que el análisis de cuestionar la indebida denegación de prueba se centre en el eje de exponer cuál ha sido la sentencia y cuál podría haber sido el contenido de la sentencia distinta de haberse admitido y practicado esa prueba que ahora es objeto de la queja por parte de quien recurre. De esta manera, el análisis no puede hacerse tan solo planteando que una prueba se denegó y debió ser admitida, o una pregunta que no se permitió hacer, sino en un análisis ex post a la sentencia examinando la misma y puntualizando cuál hubiera sido el resultado final de esa sentencia con la prueba que se denegó y que de admitirse hubiera cambiado el sentido de la misma, explicando en qué medida lo hubiera hecho y las razones por las que así hubiera ocurrido de admitirse la prueba que se denegó o que se admitió y no se practicó.*"

La referencia a que la víctima sufrió otras agresiones es concepto tenido en cuenta y se cita en la sentencia en el análisis de lo hallado en el cuerpo de la víctima respecto de lo que se refería a las lesiones causadas recientemente y las que no. Pero no se está juzgando este extremo, sino si los recurrentes cometieron la agresión que es el objeto de investigación, y sobre ello el tribunal de instancia ha hallado prueba bastante, como a continuación se expone, y ello ha sido validado por el TSJ. La referencia a que pudo tener otras agresiones es un concepto "accesorio" que analizado ex post a la sentencia no tiene virtualidad a los efectos que se pretende, una vez analizada la prueba de los hechos que eran objeto de acusación.

De todos modos, el TSJ ya dio respuesta a ello señalando que: "ninguna de estas diligencias de prueba, con la relativa excepción señalada, reunía los caracteres de pertinencia y relevancia para el enjuiciamiento de los hechos que pretende la parte proponente, ni su resultado hubiera podido alterar la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de instancia, por lo que su falta de práctica no supone ningún quebrantamiento de garantías ni ha causado indefensión a la parte proponente y apelante."

Con ello, ex post a la sentencia la prueba que se refiere no hubiera determinado la nulidad por su ineficacia para alterar el proceso de convicción del tribunal acerca de cómo ocurrieron los hechos en base a la prueba existente y tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia que a continuación se cita.

RECURSO DE Pedro

SEGUNDO.- 1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE).

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.



Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado las pruebas concurrentes. Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia, y lo valide el TSJ, especifique qué prueba conduce a la condena y la motive no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Pues bien, los hechos probados determinan que:

"Mediante Auto de 2-6-2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 3 de Arcos de la Frontera se ordenó el ingreso en prisión provisional de Rubén como presunto autor de un Delito de asesinato al haber terminado con la vida de su hijo de 8 meses de edad y haber golpeado a su pareja sentimental, persona que tenía dificultades en el lenguaje y en la audición por tener estas capacidades mermadas, extremos todos ellos que trascendieron a la opinión pública y que por tanto eran conocidos en el establecimiento penitenciario en el que Rubén fue ingresado, DIRECCION000 de DIRECCION001, aplicándosele por este motivo desde Instituciones Penitenciarias el protocolo Anti-Suicidios y asignándosele un interno de apoyo desde el principio, siendo con Doroteo con el que compartiría celda desde el 8-6-2017.



Esa noche, sobre las 21.30 h, el acusado Pedro mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario de prisiones adscrito a DIRECCION000 y que estaba asignado al turno de noche en el departamento de enfermería, se acercó hasta la celda número NUM002 en la que sabía que se encontraba el interno Rubén y le anunció: " Esta noche vas a dormir calentito".

Tal y como había anunciado, el acusado Pedro se dirigió horas después hasta la celda nº NUM002 acompañado por el también funcionario de prisiones Salvador mayor de edad y sin antecedentes penales, acusado que estaba destinado en DIRECCION000 y que tenía asignado el mismo turno de noche que su compañero pero en el módulo II; al llegar a la celda mencionada, y tras proceder a su apertura sobre las 23:45 horas, encontraron durmiendo tanto a Rubén como al interno de apoyo Doroteo , al que ordenaron que saliese de la celda al pasillo, obedeciendo éste al instante.

Una vez se quedó Pedro a solas en el interior de la celda con Rubén , y Salvador de vigilancia en la puerta , siendo conscientes de su posición de superioridad al ser funcionarios de prisiones y tener asignada la custodia del interno en el Centro Penitenciario, y con el objetivo de aplicarle un severo castigo por los hechos que presuntamente habría cometido, comenzó el primero a propinarle patadas y puñetazos por todo el cuerpo con la intención de menoscabar su integridad física, mientras le gritaba: "I Hijo de puta, has matado a un niño de 8 meses, has pegado a una mujer inválida y le has matado al bebé de 3 meses que llevaba en el vientre", golpes que eran propinados mientras que el interno les suplicaba que "no le pegaran más", súplicas que no fueron atendidas por sus agresores , interviniendo también ya de forma activa Salvador ante la resistencia de Rubén , los acusados se mantuvieron en la celda durante unos dos minutos con la violencia ejercida sobre el interno que ha sido descrita, todo ello hasta que lo dejaron semi-inconsciente tumbado en el suelo y ensangrentado, instante en que ordenaron al interno Doroteo que entrase en la celda y se hiciese cargo de él, consiguiendo limpiarle la sangre de las heridas provocadas en el rostro, y colocarlo tumbado sobre la cama de la celda.

Horas después, hacia las 2:45h, Pedro , guiado por idéntico ánimo que en el caso anterior, regresó a la celda no NUM002 , para conseguir de nuevo el objetivo de infligir un castigo físico a Rubén .

Así las cosas, y tras abrir la celda no NUM002 , el acusado Pedro , ordenó al interno de apoyo Doroteo que bajase de la litera, instante en que se acercó a Rubén y con ánimo de menoscabar su integridad física, le tumbó en el suelo y comenzó a propinarle de nuevo puñetazos y patadas por todo el cuerpo, logrando Rubén repeler por unos instantes la agresión al lanzarle una patada que alcanzó al reloj de pulsera que llevaba el acusado, que al romperse provocó que se enfureciese y ordenase al interno Doroteo que le pisara el cuello a Rubén para facilitar así las patadas que a continuación el acusado continuo propinando hasta que el interno Doroteo le pidió que no continuara .

Ya en la mañana del 9-6-2017 el Educador y la Psicóloga del Centro Penitenciario encontraron a Rubén descalzo deambulando con la mirada perdida y cubierto de heridas en el rostro, y hematomas, por lo que le llevaron a la Enfermería y desde allí donde fue examinado y fotografiado por la subinspectora médico , quien lo remitió al Hospital de DIRECCION002 para el examen de las lesiones, que consistieron en:

-policontusiones.

-equimosis en región supraciliar, en región frontoparietal izquierda, en zona preauricular, en arco zigomático derecho producidas en la agresión de las 23 horas

-hematomas en hombro, escápula y brazo izquierdo.

-hematoma en pectoral izquierdo, y en cresta iliaca izquierda. -hematomas en región costal y en rodilla y pierna derechas.

-hematomas en región epigástrica y peri-umbilical.

Tales lesiones requirieron de 15 días de perjuicio personal básico y 2 días de perjuicio personal particular con la aplicación de medidas asistenciales de carácter sintomático.

Por estos hechos los recurrentes fueron condenados como autores de un delito de torturas a la pena de 3 años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante éste tiempo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante 10 años para Pedro .

A Salvador como autor de dicho delito, a la pena de un año de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante éste tiempo e. Inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante 8 años.

Como autores de un delito leve de lesiones, pena de un mes multa a Salvador , dos meses multa a Pedro , en ambos casos , cuota diaria de 6 euros con arresto subsidiario caso de impago de 15 y 30 días respectivamente.



La sentencia fue recurrida ante el TSJ que confirmó la condena y desestimó los recursos de apelación contra la sentencia dictada.

Pruebas valoradas por el Tribunal de instancia:

1.- Extremo que no resulta controvertido que Pedro y Salvador, eran funcionarios del Centro Penitenciario DIRECCION000 de DIRECCION001, en el mes de junio de 2017, y que, concretamente, realizaban los turnos de la noche del día 8 al día 9 del referido mes y año, encontrándose Salvador asignado al turno de noche como ayudante en el módulo II y Pedro al turno de noche de vigilancia Centro Enfermería (folio 64).

2.- En dicha fecha, se encontraba como interno en calidad de preso preventivo, y, desde el día 2/6/17 Rubén, quien el día 8, había sido ubicado en la celda nº NUM002 del módulo de enfermería, con asignación como interno de compañía de Doroteo, siendo el motivo de ingreso como preso preventivo de Rubén, la orden del Juzgado Mixto 1103 de Arcos de la Frontera como presunto autor de un delito de asesinato sobre su hijo de 8 meses de edad.

3.- En la noche del día 8 de junio, sobre las 23:45 horas aproximadamente, Pedro y Salvador, ambos funcionarios, se personaron en la celda nº NUM002 donde se encontraba el referido interno, Rubén, tal extremo fue por primera vez reconocido tanto por Pedro como por Salvador en el acto del plenario, ya que, en las declaraciones que prestaron ante el inspector Urbano y el Inspector que actuó como Secretario en las Diligencias Penitenciarias 2017/0095 (folio 98 ss), Jose María, como ambos testigos ratificaron en el plenario, negaron por parte de Pedro haber estado en la celda II y, respecto de Salvador, negó haber estado incluso en el módulo de enfermería. Ante el Juez Instructor, una vez que comparecen en calidad de investigados (folio 167-169) se acogieron a su derecho de no declarar.

4.- En el acto del plenario, ambos acusados, reconocen que el DVD no NUM000, que se visualiza ante el Tribunal hasta el minuto 15 y, desde el minuto 43,50 hasta el minuto 50, se corresponde efectivamente con la noche del día 8 de junio (extremo que además se constata a través de la documental instada por las propias defensas y aportada a la causa como propuesta de estas, consistente en el oficio firmado por el Director de DIRECCION000 confirmando que la copia del DVD remitida se corresponde con la noche del día 8 de junio, concretamente desde las 23 horas a las cero horas, oficio de 17/9/19 con el que se aportan además croquis y fotografías del módulo de enfermería), e igualmente, ambos acusados se reconocen en dicha grabación, extremo por otra parte comprobado directamente por el Tribunal.

5.- La versión que, como punto de partida ofrecen los acusados es, que sí estuvieron en la celda nº NUM002 sobre las 23:45 horas aproximadamente, y el pretexto que ofrecen es, que Pedro había recibido de un confidente la noticia de que Rubén había hecho acopio de sustancias o medicamentos con peligro para su vida, por lo que Pedro decidió realizar un cacheo personal y de celda, solicitando para ello la ayuda y colaboración de Salvador, resultando que, practicado el cacheo éste fue negativo, marchándose sin más de dicha celda.

6.- La versión exculpatória no es aceptada por el Tribunal por las razones siguientes:

a.- El referido jefe de Servicio en aquel turno, funcionario nº NUM003 a quien se visualiza por este Tribunal en el DVD antes reseñado, como entra y sale del módulo de enfermería junto con persona uniformada de sanitario que, resultó ser el ATS Arcadio, lo que viene a decir en el acto del plenario es, que en ningún momento ni autorizó ni fue informando de que se iba a practicar por la noche un cacheo en celda alguna, y mucho menos estuvo presente en dicho cacheo.

b.- Expone al Tribunal el protocolo de cacheo conforme al cual, siendo él el jefe de servicio es quien debe ordenarlo, no pudiendo quedar dicha actuación a iniciativa de ningún funcionario. Una vez ordenado el cacheo existe un libro Registro de cacheo donde se recoge ya sea positivo, ya sea negativo, a efectos de que quede constancia del trabajo realizado. Es más, especifica que el cacheo, si es de celda, la documentación a rellenar la tenía solamente él como jefe de servicio, la rellena él y se hace firmar por los funcionarios ejecutantes.

c.- Credibilidad de este testimonio: consta al folio 53 el parte de incidencias del día 8 de junio, turno de mañana-tarde, y se observa como se recoge en el mismo que se practica una requisa en el módulo 4, además de otras incidencias tales como que se reubica a Rubén en la celda NUM001 del módulo 6 (enfermería), con interno de apoyo, esto es, se hace constar una simple requisa practicada y, sin embargo, en el parte de incidencias del día 8 de turno noche, no se hace constar que, se practica un cacheo personal y de celda con Rubén.

d.- El referido jefe de servicio justifica su presencia en el módulo de enfermería en dar compañía al ATS que tenía que practicar una prueba de glucemia sobre un interno, y, efectivamente el ATS Arcadio, confirma en el plenario que, acude a una visita que la había programado el médico respecto del interno Bernardo (esta visita si se recoge en el parte de incidencias, folio 54), que quien le acompaña en la sala de curas (que se observa en el croquis se encuentra bastante alejada de la celda de Rubén) es el jefe de servicio, encontrándose ya allí el



interno en cuestión, y cuando se va del módulo de enfermería sale con el jefe de servicio. Este último extremo se constata además en la visualización del DVD, (minuto 43,14), observando este Tribunal que, efectivamente, el sanitario sale con el que luego se comprueba también por el Tribunal al comparecer como testigo, resulta ser el citado jefe de servicio funcionario NUM003 .

e.- El ATS manifestó que estuvo en módulo de enfermería con el jefe de servicio hasta que sale con él, y, lo que se visualiza en la grabación es que efectivamente, los dos, el ATS y el referido jefe de servicio salen al mismo tiempo del módulo de enfermería.

7.- Prueba testifical que corrobora cómo sucedieron los hechos frente a la versión exculpatoria expuesta por el recurrente.

a.- *Declaración de Doroteo . Testigo relevante. Estaba en la celda de los hechos.*

El testigo de cargo que más detalles ha ofrecido por su condición de testigo presencial es, Doroteo . Este testigo era el interno de apoyo en la celda nº NUM002 donde se encontraba Rubén y relata, como sobre las 23 horas aproximadamente, se personó en la celda Pedro , y lo expulsa a él fuera, y comienza a golpear a Rubén , le golpea usando tanto los pies como las manos, todo ello acompañado de palabras tales como "asesino", "hijo de Puta", pidiendo auxilio Rubén que se quejaba y gritaba que no le pegara mas. Especifica este testigo que, el otro acusado Salvador se mantiene en el exterior de la celda y acude al interior en ayuda de Pedro cuando este recibe una reacción defensiva de Rubén , matizando este testigo que, cuando entra Salvador , la agresión no concluye sino que continua gritando "que me matan" y escuchaba los ruidos de los golpes. Declara dicho testigo que, cuando los funcionarios salen de la celda, Rubén estaba mal, tirado en el suelo, con sangre que él le limpió.

b.- *Declaración de Gumersindo . Testigo celda contigua.*

Este suceso así acaecido, viene corroborado por Gumersindo , el interno que se encontraba en la celda contigua, la nº NUM001 , y aunque evidentemente, por su posición el no vio, si que escuchó, y lo que escuchó fue los ruidos de los golpes, los gritos de "asesino" "que has matado a tu hijo", "hijo de puta", y los gritos de auxilio de Rubén .

Este testigo matizó que, lo que escuchó fue ruido de golpes de pegar a una persona, no de simples guantazos. Dicho testigo, aunque con mucho miedo, reconoció a Pedro como el funcionario que vio pasar por delante de su celda antes de oír los golpes, y al que volvió a ver pasar una vez aquellas cesaron. Resulta irrelevante para este Tribunal que no llegara a ver a Salvador no solo porque este es plenamente identificado por el testigo Doroteo , sino porque el propio Salvador , como hemos expuesto, no niega haber estado con Pedro en la celda nº NUM002 , aunque su versión es la del cacheo. Gumersindo describe como efectivamente ve en el pasillo a Doroteo y que éste gesticulando le dice algo así como "la que le están dando".

Al interno Doroteo también lo ve a esa hora, sobre las 23:45 horas en el pasillo, orto interno del módulo de enfermería, concretamente el testigo Desiderio , quien también en el plenario corroboró que escuchó los lamentos del Rubén : ¡Ay! ¡Ay!, "no pegarme", el se encontraba en "Brigada" y desde ahí veía la puerta de la celda nº NUM002 de la que ve salir a dos funcionarios, volviendo entonces a entrar en la celda el interno Doroteo una vez se cierra la celda, en lo único que dicho testigo se retractó en el plenario respecto de su testimonio obrante al folio 94-95 describiendo tales extremos, es en el extremo relativo a la identidad de estos dos funcionarios, extremo irrelevante por cuanto no se discute la presencia por parte de los acusados en la celda nº NUM002 como ya se ha dicho antes, sino qué hicieron allí.

c.- *Testigo Fructuoso .*

El testimonio de otro interno, Fructuoso , quien se limitó en el plenario a manifestar que, cuando declaró dijo la verdad, reconociendo como suyas las firmas de los folios 114 y 116, aunque en la actualidad no recordaba, viene a corroborar que, mientras que el interno Doroteo , se encontraba fuera, en el pasillo, escuchaba los lamentos de Rubén de que no le pegaren mas y que, los dos funcionarios que vio pasar eran los acusados.

d.- *Declaración de la víctima.*

La propia víctima Rubén quien relató cómo efectivamente entraron los dos funcionarios, le patearon, le sacaron de la cama, le dieron puñetazos, al tiempo que le gritaban "perro" "asesino" mientras que el otro interno estaba fuera y él pedía auxilio.

e.- *Advertencia previa a la víctima de lo que iba a ocurrir.*

Coincidieron los testigos Doroteo y Gumersindo en otro extremo, cual es que, al momento de iniciarse el turno de la noche del día 8, al hacer el recuento Pedro , éste se dirigió a Rubén con palabras como cabrón y

que, luego le iban a dar su merecido, corroborando Gumersindo en el plenario que lo que el escuchó de dicho funcionario al hacer el recuento fue "no me he olvidado de ti, esta noche vas a dormir calentito".

f.- Segundo suceso.

El testigo Doroteo, que se estima más creíble por cuanto se encontraba más lúcido que Rubén que había recibido una paliza, especifica que hay un segundo episodio de agresión, sobre las 2:30 horas de la madrugada pero, esta vez, tan solo viene Pedro. Este segundo episodio de violencia es corroborado por Gumersindo, quien narró que no pudo conciliar el sueño y que, de nuevo escuchó el cerrojo, no el timbre de enfermería, y, volvió a ver pasar al que identificó como Pedro, escuchando de nuevo los golpes de pegar. En este segundo suceso escucha gritar al funcionario algo así como "cabrón me has roto la pulsera del reloj" y este extremo es corroborado por Doroteo quien describe que, desde la cama Rubén le pegaba patadas para zafarse y que una le alcanzó en el reloj. Resulta llamativo que puesto de relieve tal extremo por ambos testigos, se visualiza en el DVD correspondiente a la hora del relevo de Pedro con el funcionario NUM004 que, efectivamente, Pedro ya no porta en su muñeca izquierda el reloj, sin dar al respecto ninguna explicación convincente, únicamente que se lo quitó a media noche.

g.- Explica el Tribunal la referencia a los lapsos de tiempo que transcurrieron y la correcta deducción que se obtiene del conjunto de lo que los testigos declaran, pese a la queja de los recurrentes en cuanto a los periodos de tiempo.

h.-En el informe obrante al folio 37 y en el obrante al folio 41, elaborado por la Médico del Centro Penitenciario de Sevilla donde fue trasladado Rubén el mismo día 9 de junio

También precisó la funcionaria NUM005 es que los que sean de color rojizo es que son recientes, estos no pueden calificarse de "evolucionados" y al respecto, la subdirectora médico, con nº NUM006 ratificó en el plenario que, las lesiones que se observan en la foto del folio 43 no las tenía el día 8 por la tarde cuando vio a Rubén, ni tampoco tenía las lesiones de la foto del folio 44, ni 45 y 46 y ss.. Corroboró que puede afirmar que en todas las fotografías que hizo aparecían lesiones compatibles con haberse producido la noche anterior, no solo porque el día antes había visto a Rubén, en el turno de tarde y no presentaba esas lesiones, sino también por el color "rojizo", que en algunas ocasiones confluyen con hematomas amarillentos, pero efectivamente éste color rojizo aparece no solo en las heridas de la cara, las más llamativas sino también en otras zonas, como son piernas y caderas, lesiones éstas que también precisó dicha perito, nada tienen que ver con aquellas que se describen en el parte de asistencia de fecha 3/6/17 que se la exhibió por las defensas, donde se describe en fase de resolución", tratándose pues de lesiones ya resueltas 6 días más tarde, cuando se produce la agresión ahora analizada y describiéndose en dicho parte del día 3, lesiones en zonas anatómicas diferentes a las que se objetivan el día 9 como "rojizos", negando dicha perito también que, las lesiones que se observan al folio 47 en el brazo sean las propias marcas de "presión", no correspondiéndose con la configuración propia de aquellas..

Igualmente dicha perito negó que, las lesiones descritas en el parte facultativo del folio 39 como erosiones lineales en el rostro sean las propias de autólisis.

i.- Conclusión de este tribunal de que, las agresiones producidas en la noche del día 8, conllevaron un resultado lesivo

a.- Testimonios del Educador nº NUM007 y la psicóloga, con nº NUM008, coincidentes en que, cuando acuden a entrevistarse con Rubén por remisión de la subdirectora de tratamiento (persona diferente a la subdirectora médica), visualizan en Rubén lesiones que no tenía el día anterior, que también lo habían visto, concretamente las lesiones en el rostro y en el brazo, matizando el educador que, Rubén entró descalzo y con golpes en la cara perfectamente visibles. Coinciden ambos testigos que cuando ven a Rubén (sería las 8 horas) con esas lesiones que no tenía el día anterior, levantan la camiseta y observan más lesiones, dando cuanta entonces a la subdirectora médica.

b.- Igualmente resulta relevante el testimonio del funcionario NUM004 que da el relevo por la mañana a Pedro. Este testigo si bien comienza diciendo que hace el recuento y no observa nada extraño, cuando se le pregunta cómo se hace el recuento, resulta que este se hace desde la mirilla de cada celda, contando los internos que hay en el interior, ni tan siquiera se abre la puerta para éste recuento, esto es, nada prueba que realizara el recuento 'sin novedad'. Pero dicho funcionario, lo que si llega a reconocer es, que vio las heridas a Rubén al darle la medicación y que, salió de la celda de espaldas y deambulando, de forma rara. Esto es, no se percató de las lesiones al hacer el recuento pero no porque no existieran entonces las lesiones, sino porque en el recuento no ve como se encuentra el interno, lo ve cuando este sale del a celda para la medicación.

c.- Todo ello confirma que Rubén sí sufrió lesiones cuando fue agredido en la noche del día 8, y aun cuando no se estima acreditado que Salvador participara en el segundo episodio de violencia ya en el primero debe



entenderse se produjeron lesiones del artículo 147-2 del CP, al menos las del rostro, las cuales sangraron, ya que, Juan Doroteo, en relación al primer episodio es cuando describe que, cuando se fueron los acusados, Rubén se encontraba con sangre en la cara y en el suelo que él tuvo que limpiar.

Pues bien, ante esta prueba el TSJ llevó a cabo el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y dio validez a la valoración de la prueba antes referida.

Señala, pues, a estos efectos el TSJ que:

"El tribunal a quo ha efectuado un juicio comparativo de credibilidad entre el testimonio inculpatario del interno lesionado, apoyado por un testigo presencial, tres testigos periféricos (los internos que oyeron [los golpes y gritos procedentes de la celda y vieron al menos a uno de los funcionarios acusados en sus inmediaciones) y otros tres indirectos (los funcionarios que observaron en el interno estigmas lesivos que no presentaba el día anterior), frente a la versión exculpatoria de los acusados."

Y ante la contundencia de la prueba existente señala el TSJ que:

"Lo contrario obligaría a suponer que contra ellos se ha urdido una conspiración inculpataria que implicaría a cuatro internos y al menos a cinco funcionarios, estos de especial cualificación o responsabilidad (un jefe de servicio, dos médicas, una de ellas subdirectora, un educador y una psicóloga), sin que sea posible adivinar, ni las defensas lo aventuren siquiera, qué motivo podría explicar que se urdiera una trama tan amplia para perjudicar a los funcionarios acusados, puesto que la hipótesis alternativa, esto es, que los concertados para la falsa imputación fueran solo los internos y hubieran logrado engañar a los funcionarios que corroboran indirectamente su versión, es todavía más inverosímil."

El TSJ descarta los alegatos exculpatorios de los recurrentes. Veamos:

a.- La excusa del cacheo urgente para explicar que los acusados acudieran a la celda del interno es del todo inasumible.

b.- No hay documentación de ello que lo corrobore.

c. Por más vueltas que los recursos quieran dar a la grabación videográfica remitida por la administración penitenciaria, lo cierto es que no hay motivo alguno para sospechar que no corresponde a la fecha y hora que se dice en el oficio remitido del folio 223 (¿también el director del Centro participa de la conspiración contra los acusados?), y que en dichas grabaciones se constata que ambos acusados entraron solos en el módulo de enfermería (primero el Sr. Pedro, algo más tarde el Sr. Salvador) y ambos permanecieron en él al menos dos minutos (entre los minutos 47:11 y 49:15 de la grabación) sin estar acompañados en ese lapso por el Jefe de Servicios, desmintiendo su coartada ya analizada del cacheo.

d.- En relación con lo anterior, dos minutos es tiempo suficiente para propinar una lluvia de golpes a una persona, en especial si esta se encuentra indefensa en un recinto tan exiguo como una celda y teme que cualquier reacción por su parte no redunde sino en su propio perjuicio, por la posición de superioridad de los agresores. A los recurrentes les molesta la comparación que hace la sentencia con la duración de un asalto de boxeo, pero lo cierto es que las condiciones en que se produjo la agresión eran mucho peores para el agredido y mucho más favorables para los agresores que si hubiera tenido lugar en un ring.

e.- De nuevo en relación con las cuestiones temporales, es evidente, por la constancia objetiva de las imágenes, que los testigos exageran notablemente la duración del incidente, pero ello es tan comprensible por mecanismos psíquicos de general conocimiento.

f.- Se hace mención a la desaparición del reloj de Pedro que concuerda con las declaraciones efectuadas al respecto por el testigo Sr. Gumersindo de lo que escuchó respecto a que "me has roto el reloj" ante el segundo hecho, lo que confirma el Sr. Doroteo.

g.- Hace referencia a las declaraciones de las facultativas que examinaron las lesiones y sus conclusiones tendientes a que se referían las examinadas a los hechos ocurridos por la agresión de esa noche. Incluso se refiere que una de las facultativas había visto al interno el día interior, de ahí la capacidad de discernir lesiones y temporalidad.

h.- No se invalida tampoco por el TSJ la versión ofrecida por el testigo Sr. Doroteo, por la circunstancia de que fuera un "preso de confianza". No tiene dudas el TSJ, como así expuso el de instancia, de que este testigo dijo la verdad y no había razón alguna para mentir. Además, lo que declara va en la misma línea de otros testigos que también declararon en la misma dirección que no es otra que la agresión se produjo tal cual relataron y que fueron los recurrentes los autores que se dirigieron a la celda con la finalidad de agredir al preso.



Así, el TSJ realiza una descripción exacta y detallada de la prueba valorada en este caso por el tribunal de instancia en cuanto a cada uno de los datos y extremos que se coligen en la sentencia respecto a los extremos de prueba que se citan por el tribunal sentenciador. Y en este caso realiza una descripción con respecto a todos los puntos que han sido discutidos por los recurrentes en torno a la declaración de los testigos, a los periodos temporales, a las grabaciones, a los informes respecto al momento de las lesiones y su data, lo que resume el carácter de prueba suficiente tenida en cuenta por el tribunal de instancia suficientemente analizado por el TSJ al resolver los recursos de apelación.

Debe entenderse que es cierto que la *falsa cuartada*, o insuficiencia del alegato exculpatorio, no puede tenerse en cuenta para dictar una sentencia condenatoria, pero la condena no se dicta por ello, y porque no se sostenga la exculpación, sino porque existen pruebas de cargo suficientes para entender que se ha enervado la presunción de inocencia con la prueba que se ha analizado y fijado por el tribunal de instancia, y que ha sido analizada por el TSJ.

La doctrina a este respecto ha señalado que el acusado no tiene un derecho a mentir reconocido legalmente, pero que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 25 de febrero de 1993, Funke contra Francia, ha sostenido que el acusado tiene derecho a callarse y no contribuir a su propia incriminación, aunque el art. 6 del CEDH no incluya estos derechos entre los que tienen los denunciados, pues se entienden incluidos en el derecho al proceso debido. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en un número considerable de sentencias (197/1995, 129/1996, 153/1997, 49/1998, 115/1998, 214/1998, 91/2000, 63/2001, 68/2001, 69/2001, 70/2001, 72/2001, 143/2001, 182/2001, 2/2002, 57/2002, 68/2002, 70/2002, 125/2002, 155/2002, 207/2002) sobre los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.

Se incide en que no existe en nuestro ordenamiento un derecho del investigado a mentir, y así se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 507/2020 de 14 Oct. 2020, Rec. 10575/2018, en cuanto argumentó que:

"En efecto, lo concerniente a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados importa recordar los siguientes extremos (STC 136/99, de 20 de julio):

a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado, deberá ser aceptada o rechazada por el tribunal de modo razonado (SSTC 174/85 ; 24/97 y 45/97).

b) la coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que forzosamente ser desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v. SSTC 197/95 ; 36/96 ; y 49/98). En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa.

c) los denominados conraindicios -como vgr. las coartadas poco convincentes- no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 24/97 ; 229/98) aunque sí pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo de prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (STC 76/90 y 220/98).

Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquella en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto ". (SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/2009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10).

Por su parte en STS 528/2008 de 19-6 hemos dicho que "nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del conraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta".

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total



ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS 29.10.2001).

Por tanto, la falsedad de la coartada a que se refiere la sentencia podrá ser un indicio más en orden a la comisión del delito de blanqueo, pero no puede ser, por sí sola, un factor negativo en orden a la individualización de la pena."

La coartada tiene, pues, la consideración de indicio indirecto que podía ser valorado junto con el resto de los indicios tanto directos como indirectos para formar la convicción del Tribunal (art. 741 de la LECrim), si bien no era considerada como indicio suficiente para fundar la condena del acusado en ausencia de pruebas directas o indiciarias. Para llegar a esta posición, el Alto Tribunal razonaba que si el acusado tenía derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, si conscientemente introducía "un dato nuevo en la causa y éste se muestra o acredita falso, la consecuencia es la agregación de otro, y aun decisivo, indicio en el área o ámbito de la prueba circunstancial o indirecta, lo que, obviamente, no constituye el establecimiento de presunción alguna contra reo, sino simple deducción lógica" (S del Tribunal Supremo de 03-10-1987, en igual sentido las SSTs de 7 de octubre, 20 de diciembre de 1986, 4, 7 y 16 de febrero de 1987, 27-10-1987, 01-06-1991, 30-09-1994, 02-10-1996, 24-02-1998). Las coartadas falsas no pueden ser consideradas como indicio con el que fundar una sentencia condenatoria, pero sí que operan como un elemento valorativo para formar la convicción del Tribunal cuando existe prueba directa o indiciaria del hecho delictivo.

Lo que el recurrente expone en el motivo, como se sustentó en sede de apelación es otra apreciación o enfoque distinto ante las pruebas concurrentes en el juicio y para lo que el recurrente ofrecen dudas, pero ello no puede admitirse cuando el de instancia como el TSJ han señalado las pruebas y su conectividad para llegar a la conclusión condenatoria, por lo que en sede de casación cuando ya hay sentencia del TSJ que ha analizado la prueba no tiene cabida el alegato de los recurrentes en torno al "ofrecimiento" al tribunal de casación de "otra visión distinta" a la tenida en cuenta por los dos tribunales precedentes.

El recurrente incide en que había otras agresiones y estas fueron causadas por otras personas distintas de los recurrentes, para lo que el recurrente efectúa un desglose detallado temporal que ya fue tenido en cuenta por el Tribunal de instancia y el TSJ como se exponen en las sentencias, por lo que no puede ser revisado en sede casacional, porque ya hubo respuesta motivada a la temporalidad en la sucesión de los hechos y las grabaciones y el resultado deductivo. Desarrolla una completa revisión de la prueba sobre lo que ya se dio debida respuesta.

El tribunal de instancia valora, así, de forma correcta la prueba indiciaria concurrente en este caso concreto, citando de forma numerada la concurrencia de los indicios que existen en este caso, -y que han sido expuestos de forma detallada anteriormente- y validando la existencia de la pluralidad de los mismos, en orden a llegar al proceso deductivo del tribunal con respecto a la concurrencia de la testifical con los datos de temporalidad y lesiones existentes. Todo ello para llegar a deducir la autoría por parte de ambos recurrentes en orden a una conectividad temporal y fáctica en relación al momento en que se producen los hechos, las lesiones existentes validadas por prueba pericial y la desarticulación del alegato exculpatorio de los recurrentes por la concurrencia de la prueba suficiente tenida en cuenta por el tribunal y motivada de forma debida, así como el análisis del juicio de racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el TSJ.

El Tribunal de instancia y el TSJ han dado debido cumplimiento a que entre la comisión del delito y la autoría del ciudadano no va a bastar con que el Juzgador o Tribunal tenga la certeza íntima, subjetiva y personal, sino que a va ser absolutamente indispensable que se haga una apreciación lógica de la prueba practicada en el plenario, y posteriormente que de esta apreciación "en conciencia" que exige el art. 741 LECR se pueda ofrecer una explicación lógica y racional a la hora de motivar la Sentencia condenatoria, que haya fundamentado la aplicación de la denominada teoría de la prueba concurrente, y esto es lo que se ha llevado a cabo, y con sumo detalle explicativo y motivador tanto por el Tribunal de instancia como por el TSJ.

Así:

- a.- Existe el hecho objetivo de las lesiones, que se causaron esa noche y que los recurrentes entraron en la celda.
- b.- Constan las manifestaciones de la víctima y de los testigos sobre la participación de los recurrentes, declaraciones que, valorando su particular situación (eran internos en una prisión, con dependencia de los funcionarios, como eran los recurrentes), ambos Tribunales han considerado veraces en los extremos que señalan.
- c.- La confirmación de las grabaciones videográficas sobre los hechos relatados por los testigos.
- d.- Elementos objetivos corroboradores como la ausencia del reloj de Pedro comprobada en la grabación después de haber declarado un interno que le escuchó que le habían roto la correa del reloj.



e.- Visualización en la grabación de Salvador poniéndose hielo en la mano inmediatamente después de su salida de la celda de la víctima.

f.- Por otro lado, dos minutos son tiempo más que suficiente para dar una paliza a quien se encuentra en una celda sin posibilidad de escapar o defenderse y con miedo reverencial por su situación de dependencia.

g.- Declaraciones de las facultativas que examinaron las lesiones y sus conclusiones tendentes a que se referían las examinadas a los hechos ocurridos por la agresión de esa noche.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Mantiene el recurrente por la vía del art. 849.2 LECRIM la queja sobre una errónea valoración de la prueba testifical de Rubén (la víctima) discutiendo su persistencia a partir de las manifestaciones de otros testigos a quienes dio otras versiones, y discutiendo también su verosimilitud con referencia a otras circunstancias, por lo que consideran que se incumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para calificar razonablemente de veraz la declaración. Añade las dudas sobre la valoración de la declaración de otros internos y sobre la declaración de la médico del centro penitenciario DIRECCION003 .

Pues bien, esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Por ello, debe entenderse que no puede prosperar este motivo articulado en cuestionar la valoración de pruebas testificales y articular el motivo por la vía del art. 849.2 LECRIM, lo que es directamente inadmisibles por la no conceptualización de una declaración como "documento" a los efectos del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 174.1 CP.



Niegan los recurrentes que se haya acreditado la existencia de acuerdo o connivencia entre ellos, que las agresiones no tuvieron la gravedad suficiente para calificar el hecho de torturas, y concretamente Salvador niega que insultara, amenazara o agrediera a Rubén .

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Consta en los hechos probados que ambos recurrentes se dirigieron a la celda de la víctima. Pero que previamente *Pedro mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario de prisiones adscrito a DIRECCION000 y que estaba asignado al turno de noche en el departamento de enfermería, se acercó hasta la celda número NUM002 en la que sabía que se encontraba el interno Rubén y le anunció: " Esta noche vas a dormir calentito".*

Con ello consta la predisposición y concierto de ambos en llevar a cabo la agresión al interno como así hicieron y se reseña que, una vez en la celda:

Una vez se quedó Pedro a solas en el interior de la celda con Rubén , y Salvador de vigilancia en la puerta , siendo conscientes de su posición de superioridad al ser funcionarios de prisiones y tener asignada la custodia del interno en el Centro Penitenciario, y con el objetivo de aplicarle un severo castigo por los hechos que presuntamente habría cometido, comenzó el primero a propinarle patadas y puñetazos por todo el cuerpo con la intención de menoscabar su integridad física, mientras le gritaba: 'l Hijo de puta, has matado a un niño de 8 meses, has pegado a una mujer inválida y le has matado al bebé de 3 meses que llevaba en el vientre', golpes que eran propinados mientras que el interno les suplicaba que "no le pegaran más", súplicas que no fueron atendidas por sus agresores , interviniendo también ya de forma activa Salvador ante la resistencia de Rubén , los acusados se mantuvieron en la celda durante unos dos minutos con la violencia ejercida sobre el interno que ha sido descrita, todo ello hasta que lo dejaron semi-inconsciente tumbado en el suelo y ensangrentado, instante en que ordenaron al interno Doroteo que entrase en la celda y se hiciese cargo de él, consiguiendo limpiarle la sangre de las heridas provocadas en el rostro, y colocarlo tumbado sobre la cama de la celda.

Horas después, hacia las 2:45h, Pedro , guiado por idéntico ánimo que en el caso anterior, regresó a la celda no NUM002 , para conseguir de nuevo el objetivo de infligir un castigo físico a Rubén .

Asi las cosas, y tras abrir la celda no NUM002 , el acusado Pedro , ordenó al interno de apoyo Doroteo que bajase de la litera, instante en que se acercó a Rubén y con ánimo de menoscabar su integridad física, le tumbó en el suelo y comenzó a propinarle de nuevo puñetazos y patadas por todo el cuerpo, logrando Rubén repeler por unos instantes la agresión al lanzarle una patada que alcanzó al reloj de pulsera que llevaba el acusado, que al romperse provocó que se enfureciese y ordenase al interno Doroteo que le pisara el cuello a Rubén para facilitar así las patadas que a continuación el acusado continuo propinando hasta que el interno Doroteo le pidió que no continuara .



Señala el recurrente que "no consta prueba de entidad con el rigor que requiere el derecho penal para el dictado de una sentencia condenatoria con lo que lleva de privación de libertad y pérdida de su puesto de trabajo, para quien se ha dedicado al Servicio de Instituciones Penitenciarias desde hace muchísimos años y sin tener una macula en su expediente profesional. Por ello debe estimarse este punto del recurso de casación, y modificar la declaración de hechos probados en cuanto al conocimiento que tuvo el acusado de la intención de entrar el día 8 de Junio de 2017 en la Celda NUM002, con la correspondiente atipicidad de los hechos. No hay motivo de nexo casualidad entre la finalidad del castigo con el resultado lesivo".

Sobre la tipicidad de los hechos señala el TSJ que:

"Ambos acusados realizaron la acción descrita en el tipo, en tanto que, prevaliéndose de su condición de funcionarios de la administración penitenciaria, sometieron a un interno a conductas que le causaron sufrimiento físico y mental para castigarle por el hecho que le había conducido a prisión. Que la iniciativa de esa conducta fuera de uno u otro de los acusados, o que la participación de uno de ellos fuera sobrevenida, parcial y secundaria, no empece a la autoría de ambos, en cuanto el concierto instantáneo y adhesivo de voluntades y la ejecución por los dos de actos incurso en los verbos nucleares de la acción típica da lugar a un supuesto de coautoría en sentido estricto por realización conjunta del hecho punible, en el sentido del primer párrafo del artículo 28 del Código Penal."

Hay que tener en cuenta que:

- 1.- Consta en los hechos probados las razones por las que el interno estaba en prisión.
- 2.- Consta en los hechos probados la advertencia previa de Pedro al interno víctima de lo que iban a hacerle.
- 3.- Consta en los hechos probados que antes de relatarse la agresión se refiere a que "Tal y como había anunciado". Es decir, había preparación y concierto.
- 4.- Acuden ambos y mientras uno agredía el otro vigilaba.
- 5.- Consta en los hechos probados que "Una vez se quedó Pedro a solas en el interior de la celda con Rubén, y Salvador de vigilancia en la puerta, siendo conscientes de su posición de superioridad al ser funcionarios de prisiones y tener asignada la custodia del interno en el Centro Penitenciario, y con el objetivo de aplicarle un severo castigo por los hechos que presuntamente habría cometido".

El tipo objeto de condena es el art. 174 CP que castiga 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 sometiende 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

Está específicamente dirigido a casos como el que aquí nos ocupa en donde se relaciona en los hechos probados las razones por las que entró en la prisión el interno, la advertencia del recurrente al mismo de lo que iba a ocurrir y la llegada de los dos recurrentes a la celda sin otro fin o motivo, -aunque expusieron el que fue rechazado de forma motivada por el tribunal- que el de agredirle en "respuesta" por los hechos que había cometido presuntamente.

Con ello, se cumple el elemento del tipo de que no estamos ante una simple pelea o conato entre dos personas de los que se derivan lesiones. No estamos ante un simple delito de lesiones a valorar según su entidad. Estamos ante agresión de funcionario en el ejercicio de su cargo, y aprovechándose del mismo que accede a una celda de un preso que está bajo su custodia y al que agrede *por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido*.

El recurrente incide en este motivo en que no hay prueba para esta condena ex art. 174 CP, pero al movernos en error iuris debemos sujetarnos a los hechos probados, no a si hay prueba bastante para la condena.

La clave está en evaluar el proceso de subsunción de hechos en el tipo penal y ello es incardinable.

- 1.- Consta la razón del ingreso en prisión.
- 2.- Consta que los recurrentes son funcionarios de la prisión.
- 3.- Consta que ya el recurrente se lo advirtió lo que iba a ocurrir.
- 4.- Y consta la razón por la que le agreden como elemento del tipo penal del art. 174 CP *por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido*, a saber: *siendo conscientes de su posición de superioridad al*



ser funcionarios de prisiones y tener asignada la custodia del interno en el Centro Penitenciario, y con el objetivo de aplicarle un severo castigo por los hechos que presuntamente habría cometido.

5.- El ataque supone a su integridad moral.

El Tribunal de instancia, validado por el TSJ, señaló que "los dos acusados se valen de su situación de funcionarios que tenían asignado el turno de noche para acceder y agredir a quien no tenía escapatoria ninguna y se encontraba bajo la protección penitenciaria, y le agredieron para tomarse una particular y personal justicia por los hechos que se le imputaban a Rubén, como se desprende claramente de los gritos de asesino, y demás que acompañaron a las agresiones, que no solamente afectaron a nivel físico a Rubén sino también a nivel psicológico, siendo coincidentes tanto el Educador como la Psicóloga que lo vieron a la mañana siguiente del estado de miedo que presentaba Rubén, quien ni tan siquiera quería contar lo sucedido".

Resulta evidente que a tenor de la prueba testifical, la del resultado lesional por las facultativas, así como su afectación en cuanto al elemento del tipo de "sufrimientos físicos", ya que consta en los hechos probados que *Ya en la mañana del 9-6-2017 el Educador y la Psicóloga del Centro Penitenciario encontraron a Rubén descalzo deambulando con la mirada perdida y cubierto de heridas en el rostro, y hematomas, por lo que le llevaron a la Enfermería y desde allí donde fue examinado y fotografiado por la subinspectora médico, quien lo remitió al Hospital de DIRECCION002 para el examen de las lesiones.*

Con ello, existe la condición de funcionario público de los recurrentes, el objetivo de agredirle por lo que presuntamente había hecho, es decir, para castigarle por cualquier hecho que se sospeche que ha cometido y causarles sufrimientos físicos, todo lo cual consta en los hechos probados y a ello se ha llegado por la prueba practicada que se ha expuesto.

Este tipo penal se configura para sancionar hechos como el que en este caso se ha declarado probado referido a dos recurrentes que agreden a un interno como represalia por lo que se dirigen las diligencias de investigación que determinan el ingreso en prisión, y es a raíz de estos hechos por lo que le agreden. No se trata de un mero "animus laedendi". Se trata de infligir torturas a un preso preventivo por los funcionarios que están encargados de custodiarle, lo que determina la gravedad de los hechos, en tanto en cuanto al interno está en una celda recluso y la superioridad descrita en los hechos probados de ambos recurrentes facilita la agresión de uno mientras el otro vigila, lo que lleva al concierto previo y a la corresponsabilidad por la coparticipación de ambos en el reparto de roles en la coautoría con distribución de "papeles" en la comisión del ilícito.

Sobre este delito hemos señalado:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 601/2013 de 11 Jul. 2013, Rec. 2006/2012

"Tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS 27 de Noviembre de 2012, núm. 985/2012 , entre otras) han destacado que la diferencia entre el tipo penal de tortura del art 174 CP 95 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público, " fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior ", del art 175 CP , no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico -"con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación"- que exige el artículo 174, adecuadamente aplicado en el caso actual.

Ha de tenerse en cuenta que en el art 174 se incluye de forma expresa la sumisión de las víctimas a condiciones o procedimientos... que, de cualquier modo, "atenten contra su integridad moral", por lo que ha considerarse que cuando la autoridad o sus agentes someten a los particulares a condiciones o procedimientos (como malos tratos, insultos o vejaciones) que integran un atentado contra la integridad moral, tanto si el atentado es grave como si no lo es, la única manera de diferenciar dicho comportamiento del sancionado como atentado contra la integridad moral en el art 175, viene establecida por el elemento teleológico, que se exige en el primero de dichos tipos penales (174), pero no en el segundo (175).

Es cierto que este sistema de tipificación determina, como ha destacado la doctrina, que el concepto de tortura en nuestro ordenamiento penal positivo sea más amplio, en lo que se refiere a la entidad de la acción comisiva, que el prevenido en el art 1º de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, pues prescinde de la exigencia de gravedad, que se contiene en dicho precepto internacional. En efecto, nuestro ordenamiento positivo no diferencia entre tratos degradantes y torturas por razón de su intensidad o gravedad, sino que todos ellos se califican de tortura, en el art 174, cuando son infligidos con abuso de su oficio por autoridades o funcionarios, con las finalidades previstas en dicho precepto.



En consecuencia, la gravedad del atentado constituye una circunstancia determinante de la aplicación de una modalidad agravada, sancionada con una pena superior ("el culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuese grave y de prisión de uno a tres años si no lo es"). Pero, aún en los supuestos en los que el Tribunal sentenciador considera que concurre un atentado a la integridad de las víctimas que no sea grave, como sucede en el caso actual, la acción será igualmente tipificada como tortura del art 174 (no grave), siempre que concurra el elemento teleológico que es lo que caracteriza a este precepto.

Es posible que pueda considerarse contradictorio calificar una acción como tortura cuando el atentado a la integridad moral de la víctima no sea grave. Pero cualquier intento, basado en apriorismos, de corregir al Legislador en esta materia, vaciaría de contenido el supuesto legal, expresamente prevenido en el tipo, de torturas no graves, y conduciría a una ruptura del modelo legislativo, pues la diferenciación entre el tipo prevenido en el art 174 y en el 175 no puede fundamentarse en la gravedad del atentado (ambos contienen expresamente dos modalidades de sanción, una para atentados graves y otra para los que no los son), sino en su finalidad."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 718/2013 de 1 Oct. 2013, Rec. 2294/2012

"En nuestra Sentencia TS de 10 de mayo de 2007, recurso 3281/2007, establecimos que, por lo que respecta a los tipos penales de tortura del artículo 174 y ss, y en cuanto a la acción, que el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaliéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento, y en cuanto al resultado, que consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta Magna, que proscribe con carácter general los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo artículo 10º atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social.

Conviene recordar una precisión, que ya hicimos en nuestra Sentencia TS nº 5846/2009 de 28 de septiembre, al advertir que la cuestión de la gravedad es resuelta de manera diferenciada cuando el sujeto activo es funcionario público, cual es el caso de los artículos 174 y siguientes del Código Penal, porque, en este caso, a diferencia de los supuestos del artículo 173 del mismo Código Penal, el delito existe incluso cuando el atentado no fuere grave. La sentencia, en cualquier caso ya tipificó lo imputado como menos grave."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 165/2015 de 10 Mar. 2015, Rec. 1247/2014

En este caso se trató de condena a funcionarios de prisiones condenados por delito del art. 174 CP en concurso real con delito leve de lesiones, igual que en el presente caso.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1391/2004 de 26 Nov. 2004, Rec. 2646/2003

"La Sentencia de esta Sala número 701/2001, de 23 de abril, nos dice que 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 Cruelles, 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 sometiére 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 constituido 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."

Pues bien, podemos, entonces, extraer, seis consecuencias que nos llevan al tipo penal objeto de condena del art. 174 CP, a saber:

- 1.- Con el fin de obtener una confesión o información de cualquier *persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido*.
- 2.- Sumisión de las víctimas a condiciones o procedimientos... que, de cualquier modo, "atenten contra su integridad moral".
- 3.- La única manera de diferenciar dicho comportamiento del sancionado como atentado contra la integridad moral en el art 175, viene establecida por el elemento teleológico, que se exige en el primero de dichos tipos penales (174), pero no en el segundo (175). En este caso: *castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido*.
- 4.- La clave para el tipo del art. 174 CP está en que concurra el elemento teleológico que es lo que caracteriza a este precepto.
- 5.- El sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaliéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento.
- 6.- Se atenta contra la integridad moral de una persona.

Así, en estos casos no debe atenderse (para valorar la intensidad de la tortura) únicamente a los resultados lesivos causados, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias 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.

Como hemos expuesto, el precepto penal del 174 CP exige un elemento subjetivo del tipo, esto es que tenga por finalidad obtener una determinada confesión o información (tortura indagatoria), castigar a otro por un hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido (tortura vindicativa) y por razones discriminatorias. En este caso concurre la tortura vindicativa, tal y como se desprende de los hechos probados.

De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala vienen a apuntar que el tipo básico recogido en el art. 174 CP, utiliza el concepto de tortura reconocido en el derecho internacional público, de forma que necesita tres elementos para que haya tortura: el personal, el material y el teleológico o finalístico:

- 1.- El elemento personal, supone que el sujeto activo es un representante del poder estatal (autoridad o funcionario público) que abuse de su cargo (no cuando actúan por intereses particulares). Por tanto, es un delito especial propio, ya que exige una cualificación en el sujeto activo (autoridades, funcionarios públicos, funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores). Además, el sujeto activo ha de abusar de su cargo, usando medios ilegítimos.
- 2.- El elemento material, en el que concurren una serie de acciones constitutivas de tortura. Es un procedimiento que genera un sufrimiento en la víctima y atenta contra su integridad moral.
- 3.- El elemento teleológico o finalístico, se refiere a la intención. El CP exige que con estas actuaciones se busca una triple finalidad: obtener una información, usar una tortura de carácter punitivo cuya finalidad es el simple castigo y una tortura discriminatoria. Estos elementos finalísticos son elementos subjetivos del injusto (que diferencian a la tortura de otros delitos contra la integridad moral). En este elemento es donde el CP consagra el concepto de tortura indagatoria (que es la principal de las modalidades de tortura que se sanciona en el derecho internacional).

El castigo de estas conductas, varía dependiendo de la gravedad de los procedimientos de tortura empleados. La determinación de la gravedad de la conducta se ha de relacionar con el sufrimiento y el daño moral causado a la víctima.

Por su parte, el 174.2 CP se refiere a la tortura realizada en el ámbito penitenciario, así como la realizada por las autoridades o funcionarios públicos de centros de protección o de corrección de menores.

En el presente caso concurren los elementos antes referidos del tipo penal en el relato de hechos probados en cuanto al fin de la agresión, la razón de la misma, la condición de los autores, el sufrimiento físico que le infligen a la víctima y el atentado que se evidencia de la integridad moral de la víctima, así como el lugar donde se lleva a cabo el hecho de forma conjunta con absoluta indefensión de la víctima y en un conato de agresividad evidente.

El atentado contra su integridad moral

Respecto al concepto de "integridad moral" del tipo la doctrina señala que el art. 15 de la Constitución Española señala que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Este precepto garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular".

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral, pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así, habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990 puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular". Así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2001 ha analizado el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Todas estas consideraciones ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15 CE) y jurídico-penal, que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto.

Resulta evidente el ataque a la integridad moral de un interno en las condiciones probadas por las que los funcionarios que debían vigilarle y custodiarle le agreden en reproche a un presunto hecho por muy grave que sea este que no da derecho alguno a ejercer la violencia que se declara probada a un interno en una celda y lugar del que no puede salir.

Pues bien, expuestas todas estas consideraciones debe entenderse que los elementos objetivos y subjetivos del art. 174 CP se han recogido y reflejado en la sentencia y es acertado el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 147.2 CP.

Señala el recurrente que "con arreglo al artículo 147.2 del Código Penal vigente, el delito leve de lesiones, sólo es perseguible previa denuncia del ofendido. En el presente caso no existió acusación particular por parte del Sr. Rubén y manifestó tanto en su declaración en Instrucción como en el acto de la vista oral, que él mismo no había denunciado, es por tanto que en el presente caso el agraviado por tal delito leve, no manifestó ni inicialmente ni durante la instrucción una voluntad de perseguir ni denunciar los hechos".

Añade que "no cabe condenar lo que no ha sido denunciado, pues no concurre el requisito de perseguibilidad exigible en este delito, en consonancia con el artículo 147.4 del Código Penal: que prescribe; "Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.""



Señala el TSJ que las lesiones leves van unidas a un delito perseguible de oficio, pero se desestima el motivo alegado ante el TSJ porque el requisito de perseguibilidad ha quedado cumplido mediante la presencia en la causa del agraviado o su representante legal sin manifestar oposición a la prosecución de la causa para tener cumplido el requisito, ya que la previa denuncia es un requisito de procedibilidad cuya inexistencia constituye un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación por la posterior actuación de la parte perjudicada y se entiende que existe convalidación cuando aquella comparece en el curso del proceso colaborando la investigación judicial, al ofrecer en sus manifestaciones los datos para esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno.

Señala el TSJ que en este caso el proceso se inicia de oficio por la gravedad de los hechos que lo motivan sin que el lesionado formulara denuncia, pero en su declaración ante el juez de instrucción que está documentada por la grabación manifestó su voluntad de reclamar contra esas personas y proseguir contra ellas, con lo que supone una inequívoca declaración de voluntad que supone convalidar el requisito de perseguibilidad del delito leve de lesiones del art. 147.4 CP:

Esta Sala ya se ha pronunciado exactamente sobre esta cuestión fijando criterio. Y, así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 352/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 2613/2019 con respecto a otro precepto similar al art. 147.4 CP que es el art. 191 CP, y también en el caso del art. 201 CP.

En estos casos se hace mención a que "para proceder... será necesaria denuncia" y en el art. 147.4 CP que "solo serán perseguibles mediante denuncia..."

La pregunta es: ¿Quiere esto decir que si no "se inicia" la investigación por denuncia del agraviado todo lo actuado es nulo?

Pues en modo alguno, porque lo que ha validado la doctrina de esta Sala es lo expuesto por el TSJ, es decir, que si más tarde el perjudicado o agraviado comparece en las actuaciones colaborando en su declaración y ratificando se entiende por cumplido el requisito de perseguibilidad, que es a lo que alude el TSJ.

En la sentencia antes citada se recoge que:

"Así, la palabra proceder que es la que utiliza el artículo 191 del código penal que es objeto de examen proviene del latín *procedere* y significa "ir adelante", "seguir", y sus componentes léxicos son el prefijo *pro*"delante" y *cedere* que significa "ir, caminar, dar el paso".

Pero en modo alguno se significa que cuando el artículo 191 CP utiliza la fórmula *Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada se está refiriendo a que lo es la denuncia "para iniciar el procedimiento"*, ya que éste puede iniciarse por otros métodos, y que la víctima, o víctimas, cuando declaren evidencien, cuando lo hagan, la puesta en conocimiento del juzgado de lo que ocurrió con su "victimización" sirva para dar curso a la exigencia del "proceder" a que se refiere el precepto citado.

Nótese que la forma en que se desarrollan muchas victimizaciones determinan que a la víctima le cueste articular su denuncia, por lo que el procedimiento puede iniciarse por otras vías hasta que llegue el momento en el que la víctima declare lo que ha sufrido, sin que la circunstancia de que no haya sido ella la que lo haya hecho ab initio desnaturalice todo lo actuado, o pueda admitirse una pretensión de nulidad bajo el abrigo de que la inexistencia de denuncia inicial es insubsanable.

Además, como decimos, la noticia criminis puede venir a la investigación policial y judicial por otros caminos y que luego puede complementarse con la declaración de la víctima en la fase sumarial del proceso penal.

Hemos expresado que el propio Tribunal conforma la relevancia de la "aportación" de la víctima en su interrogatorio y en sus declaraciones, por lo que aporta al proceso datos importantes y penalmente relevantes sobre hechos desconocidos por la policía y los órganos judiciales, hechos que son los que, finalmente, han llevado a la condena del recurrente.

La voluntad de denunciar es evidente. Y ello debe dar por cumplido el presupuesto interpretativo del alcance que debe darse al contenido del art. 191 CP, como también consta en el "*Willingness to report*" del derecho anglosajón, al existir en este caso una clara voluntad de la víctima de contar desde un primer momento "su proceso de victimización", lo que da carta de naturaleza al requisito del art. 191 CP que se cuestiona.

La "voluntad de denunciar" a los efectos que aquí nos interesan surge y se desprende del contenido propio de la declaración y de la actitud y posicionamiento de la víctima en el proceso penal dentro de un sistema que exige este requisito de "posicionamiento" de la víctima ante los hechos por los que lo ha sido, y frente a quien los ha cometido frente a ella. Ello permite dar por cumplido el presupuesto objetivo de perseguibilidad que se contiene, no solo en el art. 191 CP, ahora aplicado, sino, también, en el art. 201 CP. De esta manera, en estos



casos, como el aquí ocurrido, el Juez o Tribunal debe averiguar y ahondar en si ha existido esta "voluntad de denunciar" que se deduce y desprende de la posición de la víctima y del contenido de sus declaraciones, que evidencian, esta imputación e inculpación al autor de los hechos que incrimina con una conducta evidente de "perseguidibilidad". No se trata, pues, de un acto ab initio, sino que, como en este caso ha ocurrido, puede tratarse de un acto subsiguiente, donde lo relevante, como decimos, es si le ha quedado claro al Tribunal el denominado "Willingness to report", que en este caso concurre, como clara interpretación integradora de cuál es la voluntad de la víctima con su declaración y la perseguibilidad que postula del tenor de su declaración expresiva de su inculpación al investigado y acusado en el proceso penal. Y más como un acto de interpretación del juez o Tribunal del ánimo e intención de la víctima en el proceso penal, que un acto de contenido meramente formal, u objetivo. Esta debe ser la interpretación integradora del requisito que se analiza."

Con ello, esta tesis del *Willingness to report*" es aplicable, entre otros, a los supuestos indicados de los arts. 147.4, 191 y 201 CP. Como consta la manifestación de reclamación por el perjudicado, el requisito de denuncia previa ha quedado cumplido.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 21.5 a CP.

Los recurrentes reclaman la aplicación de la atenuante de reparación del daño por haber prestado la fianza de responsabilidad civil.

Para denegar la circunstancia atenuante de reparación del daño el TSJ señala con acierto en el fundamento de derecho séptimo que los recurrentes se limitaron al ingreso en la cuenta de consignaciones del juzgado la suma que en el auto de apertura de juicio se acordó requerirles como fianza para asegurar su responsabilidades pecuniarias (al folio 338) sin expresar en ningún momento que la cantidad consignada lo fuera para ser puesto incondicionalmente a disposición del perjudicado como resarcimiento de sus lesiones. Por ello, ese carácter abstracto y condicional de la consignación subordinada a la fianza con el resultado del proceso implica que no pueda sustentarse un atenuante de reparación del daño. Relaciona el TSJ la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que ese tipo de consignación no puede ser entendida para atenuar la reparación del daño dimanante del delito.

La reparación del daño causado debe producirse antes del inicio del juicio oral. Así lo dispone claramente la circunstancia núm. 5 del art. 21 CP: ahora bien, nos tenemos que plantear si cualquier tipo de consignación se debe entender que sirva para atenuar la responsabilidad criminal. Entendemos que cuando se produce una consignación, pero ante la existencia de un requerimiento judicial, no puede luego postularse la aplicación de esta atenuante cuando lo que se ha hecho es cumplir un mandato judicial.

En efecto, recordemos que el art. 589 LECrim. señala que "Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza...", añadiendo el art. 597 las consecuencias derivadas del incumplimiento de este abono de la suma fijada y que se centra en que si no se presta la fianza "se procederá al embargo de los bienes de procesado, requiriéndole para que señale bienes suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias".

Por ello, con independencia de que en la aplicación práctica de esta atenuante no se incide en la voluntariedad del acusado a la hora de reparar el daño causado, sino que se trata de una pura objetivización, hay que señalar que en este caso es evidente que no concurre la propia voluntariedad de hacer la consignación, sino que se trata de dar cumplimiento a un mandato judicial sin el cual se procederá al embargo de bienes en cantidad suficiente para cubrir las responsabilidades civiles que puedan declararse procedentes en la sentencia firme que se dicte.

La entrega de una suma económica previo requerimiento judicial no acredita en modo alguno que haya habido algún intento de hacer entrega de cantidad al perjudicado para aminorar los gastos que ha tenido que soportar por los daños y perjuicios sufridos por el ilícito penal cometido por el acusado y la consignación que se verifique dimana del requerimiento judicial en relación a la responsabilidad civil. Por ello, entendemos que no concurren en estos casos los presupuestos exigidos para la estimación de la atenuante alegada.

Además, en algunos casos se ha podido apreciar con una consignación previa para entrega al perjudicado, pero no cuando la entrega se produce de forma coercitiva por un requerimiento judicial, por lo que no puede buscarse el amparo de una atenuante por haber cumplido un mandato judicial de requerimiento para la derivación de responsabilidades civiles.



En consecuencia, la atenuante prevista en el art. 21.5 del CP, no es equiparable, en su significación y naturaleza, a la prestación de fianza, regulada en los arts. 589 y ss. de la LECrim y 783.2 LECrim. para el procedimiento abreviado (tras la Ley 38/2002). En efecto, en el caso del procedimiento abreviado recordemos que en el apartado 2.º del art. 783 LECrim., se establece que el juez de instrucción cuando dicta el auto de apertura de juicio oral resuelve sobre la cuestión atinente a las responsabilidades civiles exigiendo fianza al acusado y, en su caso, responsables civiles.

Por ello, es preciso distinguir entre los dos conceptos sobre los que tratamos en el presente análisis. Así:

En sentido semántico, reparar significa la conducta de una persona que desea compensar, remediar o paliar los efectos de la ofensa o daño cometidos, causados a otra.

Pagar una fianza en concepto de responsabilidades civiles exigidas en un sumario o procedimiento abreviado (arts. 589 y 783.2 LECrim.) no puede tener efectos atenuatorios, ya que la prestación de la suma indemnizatoria en este último caso se deja depositada como garantía del cumplimiento de una obligación por exigencia o requerimiento judicial.

La prestación de la fianza obedece a causas bien distintas. Mientras que la reparación del daño obedece a una conducta espontánea del investigado, la prestación de fianza tiene su origen en un mandato del Juez de Instrucción, dirigido a una persona, cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra ella, en cantidad bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse procedentes.

Por eso se distingue entre cantidad depositada para que tenga efectos atenuatorios y la verificada como exigencia de requerimiento judicial, ya que al revés de lo que sucede con la cantidad depositada para reparar el daño, que puede ser retirada o cobrada por el perjudicado, previa comunicación y ofrecimiento por el Juzgado -pues ésta es su finalidad, y el propósito que guía al agente-, no sucede lo mismo con la cantidad consignada para la fianza [adviértase que ésta puede ser no sólo de carácter pecuniario, sino pignoraticio o hipotecario, y que puede prestarse por persona distinta del imputado (art. 591 de la LECrim.)]; antes bien, el perjudicado por el delito presuntamente cometido no tiene facultad para hacerse pago con el importe de la fianza, toda vez que ésta se presta, no para reparar o dar satisfacción al ofendido, sino que la finalidad perseguida por la ley procesal criminal es asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran definitivamente imponerse. O, dicho en otras palabras, para el caso de que el imputado fuera condenado en sentencia firme por el delito de que se trate y que lleve aparejada responsabilidad civil, no se haga ilusorio el pago de la cantidad que por ese concepto venga obligado a pagar.

Esta Sala del Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre esta cuestión al señalar en sentencia de fecha 19 de julio de 2005, Rec. 1133/2004, que "se ha entendido que no puede valorarse como reparación el cumplimiento del requerimiento judicial relativo a la prestación de fianza para garantizar el cumplimiento de las responsabilidades civiles, y también lo señala en la STS 455/2004, de 6 de abril, en donde se recoge que "la consignación debe obedecer a la finalidad voluntaria del pago, y no puede estar condicionada a la exigencia del juez de instrucción en la pieza de responsabilidad civil".

Por ello, la mera consignación de la fianza reclamada para cubrir las responsabilidades civiles no cumple con las exigencias para apreciar la atenuante de reparación del daño.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia "en su modalidad in dubio pro reo" (artículo 24.2 CE) por la indefensión producida por la deficiencia en los materiales probatorios y por la falta de consignación completa de las pruebas practicadas en el acta del juicio.

Los recurrentes inciden en la dificultad que hubo de tener el Tribunal de apelación para poder comprobar el contenido de las pruebas practicadas en el acto del juicio, dificultad que debió llevar a la duda sobre la autoría y sobre la realización de los hechos.

Lo cierto es que en ninguna de las dos sentencias dictadas en el proceso se aprecia ninguna duda por parte de los respectivos Tribunales en cuanto a los hechos constitutivos de los delitos por los que se acusaba, ni sobre la participación que en ellos tuvieron los recurrentes, por lo que no es aplicable el principio in dubio pro reo.

Con respecto a las cuestiones relativas al material probatorio tecnológico señala el TSJ que "el recurso llama "imposible valoración de parte del material probatorio", es cierto que en la grabación del acto del juicio resultan prácticamente inaudibles las respuestas de [os dos inspectores de la Secretaría General de II.PP. que declararon por videoconferencia La declaración de los testigos mencionados, cuya relación con los hechos se limita a la de haber sido los instructores del expediente administrativo de información previa, era perfectamente



prescindible, por cuanto todas las personas que declararon en ese expediente interno han declarado también en la causa judicial, y solo a estas últimas declaraciones cabe atender. De ahí que la sentencia no contenga referencia alguna en su valoración probatoria a lo manifestado por los instructores del repetido expediente; y de ahí también que la parte recurrente no sea capaz de articular de qué modo y en qué grado la imposibilidad del tribunal de apelación de conocer el contenido de sus declaraciones puede generarle indefensión."

La grabación videográfica aportada por la Secretaría General de II. PP. carezca de indicación de fecha y hora y de que solo se haya aportado la grabación correspondiente a una hora (de las 23 a las 24 del día 8 de septiembre) y no las de las horas siguientes. Lo cierto es que, como reconoce el propio recurso, en el oficio remisorio de la grabación (folio 223 del sumario) se indicaba la fecha y hora a la que correspondía, y en otro ampliatorio posterior (de 17 de septiembre de 2019, sin foliar en el tomo I del rollo de sala) el referido órgano de la Administración explicaba la causa inocua de que solo se remitiera la grabación de una hora, cuando en el oficio inicial se mencionaban dos. La supuesta indefensión se reduce así a una cuestión de valoración probatoria (como a la propia recurrente se le escapa en la rúbrica del motivo, al aducir también "error en la valoración de las pruebas videográficas"), sobre la que se volverá en su momento.

Por último, se queja la defensa de otra consecuencia negativa de las limitaciones de los modernos medios tecnológicos puestos a disposición de los tribunales -o de la desidia o falta de pericia en la utilización de los disponibles, que también podría ocurrir. Se trata de que la testigo médica del Centro Penitenciario de Sevilla, que declaró también mediante videoconferencia, no pudo ver con claridad las fotografías de las lesiones del interno que intentaron exhibírsele, a fin de que apreciara la coloración de los diversos hematomas ya que la testigo había observado directamente los estigmas lesivos en el cuerpo del interno y emitido un minucioso parte de lesiones en cuyo contenido se ratificó en el acto del juicio oral, con lo que la cuestión se reconduce valoración de prueba y no a regularidad de su práctica".

En este caso concreto para que tuviera virtualidad el motivo alegado por el recurrente tendría que referirse la prueba citada a una prueba de relevancia absoluta y cuya imposibilidad de reproducción de la prueba tecnológica fuera de carácter relevante para la resolución del caso, lo que no concurre en la presente situación en la que el TSJ ha analizado la mención específica en cuanto a la prueba tecnológica cuya duda de reproducción ha planteado el recurrente, pero no se refiere a la tenida en cuenta como relevante para el dictado de la condena, con lo cual no tiene trascendencia en cuanto al alcance de la queja del recurrente en este punto, ya que no se trata de un mal funcionamiento que haya determinado la imposibilidad de la observación de las pruebas tenidas en cuenta por el tribunal para la condena.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Salvador

OCTAVO.- Respecto a las "cuestiones preliminares" alegadas ya se ha dado respuesta a este extremo en el recurso anterior. No se trata de un "motivo de casación". Procede su rechazo, aunque se ha tratado su desestimación anteriormente por las razones indicadas.

1.- Al igual que en el motivo nº 1 del primer recurrente se sostiene la vulneración de la presunción de inocencia.

Se ha tratado con detalle cuál es la prueba concurrente y la validación del TSJ respecto a la tenida en cuenta para la condena. Ambos recurrentes participaron de los hechos probados. Existió coparticipación de ambos aunque en este caso con un rol distinto, pero que no lo excluye de su responsabilidad. Participa en los hechos y los testigos lo implican y ubican en los mismos, aunque no en el segundo. De ahí la menor pena a este recurrente.

Pese a que el recurrente sostiene una distinta valoración de la prueba hay que recordar que el TSJ ha validado la prueba tenida en cuenta para la condena y ya hemos precisado antes ante el mismo motivo que en sede de casación este motivo no puede consistir en una tercera revisión de la prueba valorada.

El planteamiento de la presunción de inocencia en casación no puede consistir en volver a plantear que se opte en la sentencia de casación ante el recurso deducido por la forma en que debió valorarse la prueba por el tribunal de instancia, cuando ya eso si ha sido misión del TSJ en virtud del recurso de apelación.

Cierto y verdad que es posible el análisis de la suficiencia en cuanto a la constancia de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero ello no lleva a un nuevo proceso valorativo por el Tribunal Supremo, sino al análisis de la racionalidad de la valoración probatoria reflejada por el TSJ en su sentencia de apelación.

Llevar a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria supone hurtar la virtualidad de la casación cuando ya habido una previa sentencia de apelación por el TSJ, en virtud de la reforma procesal que estructura la interposición de un recurso de apelación entre la sentencia de instancia y el recurso de casación.



El enfoque que debe darse al planteamiento de la presunción de inocencia por la vía de los artículos 852 de la ley de enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución solo puede llevarse a cabo bajo el marco de cómo ha resuelto el TSJ su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y qué respuesta ha dado al planteamiento que se hizo en el recurso de apelación con respecto a la valoración de la prueba, así como si, efectivamente, había suficiente prueba de cargo para dictar sentencia condenatoria, o la de descargo tendría virtualidad relevante para contrarrestar la prueba de cargo mantenida y sostenida por la acusación.

Es de esta manera como debe realizarse el enfoque de la casación por la vía de la presunción de inocencia y no postulando una repetición de cuál ha sido la prueba de descargo que se propuso y practicó ante el tribunal de instancia. Con ello, la repetición mimética de cuál fue la prueba de descargo y la negativa a aceptar el valor dado a la de cargo, que ya se expuso ante el TSJ, no pueden servir de cauce para enfocar la forma de plantear la presunción de inocencia en sede casacional.

De esta manera, el motivo planteado por la vía de la presunción de inocencia en el recurso de casación tienen enfoque directo con respecto a cómo resolvió el TSJ ese mismo motivo en el recurso de apelación, y es ante esa respuesta sobre la que se debe verificar el motivo de la presunción de inocencia, y no mediante un regreso a la valoración de la prueba en el tribunal de instancia, que debe dejarse aparte para introducirse en ese análisis de la racionalidad de la valoración probatoria que efectuó el TSJ en la sentencia. Y es desde ese punto de partida donde se enraíza el planteamiento del motivo de casación ante el Tribunal Supremo, porque la perspectiva del regreso a la valoración llevada cabo por el tribunal de instancia supone desoír el nuevo enfoque de la casación respecto de la presunción de inocencia tras la existencia un recurso de apelación.

Así, el enfoque en este caso es el siguiente:

Uno.- Valoración de la prueba por el tribunal de instancia de la practicada en el juicio oral.

Dos.- Análisis de la valoración probatoria por el TSJ en virtud del recurso de apelación respecto a la valorada por el tribunal de instancia.

Tres.- Análisis de la racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el TSJ en virtud del recurso de apelación.

El TSJ ya ha valorado el desarrollo de la prueba tenida en cuenta para la participación del recurrente.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 2.- Por la vía del art. 849.2 LECRIM.

Ya hemos precisado ante el mismo motivo del anterior recurrente que no puede acudir a la vía del art. 849.2 LECRIM para sostener declaraciones de testigos en el juicio.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 3.- Alegación ex art. 849.1 LECRIM en relación al art. 174 CP.

Ya nos hemos pronunciado sobre este motivo al que nos remitimos. Los hechos probados permiten la subsunción de los mismos en el tipo penal objeto de condena y que afecta al recurrente en cuanto a su coautoría. Además, no pueden introducirse por este motivo cuestiones de discusión en torno a cómo se valoró la prueba. Ello queda vedado en la vía del error iuris. Nos remitimos al análisis de este mismo motivo precedente en cuanto al estudio del tipo penal del art. 174 CP y su aplicación en el presente caso.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 4. Infracción de ley por no aplicar el requisito de perseguibilidad de la denuncia previa en la condena del art. 147.2 CP.

Ya se ha analizado con detalle este punto en el motivo correspondiente al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 5.- Infracción de ley respecto a no aplicarse la atenuante del art. 21.5 CP.

Ya ha sido también analizado este mismo motivo en el precedente recurrente y al mismo nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 6.- Al amparo del artículo 852 de la Ley De Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica Del Poder Judicial, por cuanto se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en su modalidad "In dubio pro reo" consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con indefensión material por error en la valoración de las pruebas videografías.



Se ha dado respuesta a este mismo motivo ante el recurrente precedente y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Salvador y Pedro , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 19 de octubre de 2020, que desestimó los recursos de apelación formulados por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, de fecha 30 de enero de 2020, que los condenó por delitos de torturas y leve de lesiones. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a os efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet Javier Hernández García