



Roj: **STS 4558/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4558**

Id Cendoj: **28079120012023100784**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2023**

Nº de Recurso: **5997/2021**

Nº de Resolución: **806/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 806/2023

Fecha de sentencia: 26/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5997/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5997/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 806/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 26 de octubre de 2023.



Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 5997/2021, interpuesto por la representación procesal de **D. Armando**, contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 258/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 dictada en el Rollo de Sala nº 151/2020 dimanante de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra la integridad moral, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Ignacio Aznar Gómez; y defendido por el letrado D. Fernando A. Díaz Balaguer, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, tramitó procedimiento abreviado núm. 1851/2019 por delito contra la integridad, contra D. Armando; una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, (Rollo de Sala nº 151/2020) y dictó Sentencia en fecha 24 de mayo de 2021 que contiene los siguientes hechos probados: "Siendo sobre las 4:30 horas del día 29 de agosto de 2019, los agentes de Policía Nacional con carné profesional num. NUM000 y NUM001 procedieron a la detención de Fabio por su supuesta implicación en un delito contra la salud pública y otro de hurto cuando éste iba por la Calle San Vicente de Valencia, llevándose a efecto la mencionada detención sin que por parte del detenido opusiere algún tipo de resistencia o acto violento, siendo trasladado a la ICG del complejo policial de Zapadores de Valencia por los agentes de PN con carné profesional núm., NUM002 y NUM003, cuyo traslado se realizó sin incidencia de tipo alguno, entrando en las instalaciones policiales sobre las 4:50 horas, quedando ingresado en la dependencia conocida como "precalabozo" sobre las 5:01 h, a partir de cuyo momento el detenido manifestó reiteradamente la necesidad urgente de orinar, indicándole el agente PN con CP NUM004 que estuviese tranquilo y una vez se terminase con el papeleo relativo a su detención sería llevado al servicio, pese a lo cual el detenido seguía insistiendo, quien no pudiéndose aguantar, se acercó a la puerta de la dependencia y se orinó en el suelo sobre las 5:14 horas.

Nada más ocurrir esto, el acusado Celestino, PN con CP NUM005 y sin antecedentes penales, entró en el "precalabozo", siendo seguido del también acusado Armando, PN con CP NUM006 y sin antecedentes penales, quienes se encontraban prestando servicio en el complejo policial referenciado, en el Servicio de Calabozos, el primer acusado en sustitución de otro agente y, el segundo, adscrito a la Unidad de Protección y Seguridad de Servicio en los calabozos, siendo en la fecha mencionada el coordinador de calabozos y superior jerárquico del primero.

Tan pronto accedió al "precalabozo" el acusado Celestino comenzó a golpear al detenido, propinándole con las manos varios golpes en la cabeza, así como un puñetazo en el costado izquierdo, agarrándolo seguidamente por la parte posterior del cuello, tirándolo al suelo al paso que el detenido se protegía la cabeza con los brazos, recibiendo éste a continuación una patada a la altura del costado izquierdo, dándole nuevamente con la mano dos golpes más en la cabeza, sin que, ni antes ni durante el desarrollo de la agresión, el detenido hubiere provocado o intentado defenderse de algún modo.

Durante el tiempo que duró la agresión, aproximadamente un minuto, el acusado Armando, quien hubo presenciado el desarrollo de la misma e incumpliendo sus deberes de custodio, mantuvo una actitud pasiva, meramente contemplativa y sin hacer nada para evitar la agresión de su compañero al detenido, a quien aquel no auxilió ni durante la agresión, ni con posterioridad a la misma, dejando al detenido en el suelo cuando los acusados salieron de la citada dependencia.

Como consecuencia de la agresión, Fabio sufrió lesiones consistentes en fractura de los arcos anteriores costales izquierdos 7ª, 8ª y 9ª, las que precisaron de tratamiento farmacológico posterior y calor local, tardando 45 días en curar, de los que 39 estuvo impedido para el desempeño de sus ocupaciones habituales, recuperando sin secuelas." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "I.- Condenar al acusado Celestino como responsable criminalmente, en concepto de autor y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

1.- De un delito de atentado no grave contra la integridad moral, a la pena de prisión de 1 año, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público como agente policial o de seguridad por el tiempo de dos años.



2.- De un delito menos grave de lesiones, a la pena de multa de 7 meses, fijando la cuota diaria en 10 euros, con 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas dejadas de abonar; condenándole, asimismo a que, por vía de responsabilidad civil, indemnice a Fabio en concepto de las lesiones sufridas en la cantidad de mil doscientos quince euros (1.215 eur.)

II.- Condenar al acusado Armando como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 1 año, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público como agente policial o de seguridad por el tiempo de dos años.

III.- Condenar a los acusados Celestino y Armando a que, por vía de responsabilidad civil y en concepto de perjuicio moral, indemnicen, conjunta y solidariamente, a Fabio en la cantidad de tres mil euros (3.000 eur.).

IV.- Condenar al acusado Celestino al pago de dos tercios (2/3) de las costas procesales y, al acusado Armando, al pago del tercio (1/3) restante, cuya condena incluye el pago de las costas de la acusación particular en idéntica proporción.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el mismo.

Contra la presente resolución cabe RECURSO DE APELACIÓN a interponer ante este Tribunal en el plazo de DIEZ DÍAS, siendo competente para conocer del mismo la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (art. 846 ter. L. E. Crim.).

Firme que sea esta Sentencia, anótese en el Registro Central de Penados y Rebeldes y participé a la Junta Electoral de Zona, al Juzgado Instructor y a la Delegación Provincial de Estadística.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, dictándose sentencia núm. 246/2021 por la Sala de lo Civil y Penal, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 21 de septiembre de 2021 en el rollo de apelación núm. 258/2021, cuyo Fallo es el siguiente: "PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Armando .

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Armando, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851, 1º de la LECrim., por no expresarse en la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, resultando además clara contradicción entre ellos.



Segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por infracción del principio del precepto constitucional y derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E., a través de la vía del art. 5.4 LOPJ, habiendo incurrido la sentencia en arbitrariedad, proscrita en el art. 9.3 de la C.E.

Tercero.- Por infracción de ley en base al art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 176 del C.P y de la jurisprudencia que lo desarrolla, dado que se aplica indebidamente dicho tipo penal.

Cuarto.- Por infracción de ley en base al art. 849.1 de la LECrim., por infracción de los arts. 176 y 175 del C.P.

Quinto.- Por infracción de ley en base al art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 42 del C.P.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 2 de marzo de 2022, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 25 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 315/2021, 24 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, condenó al acusado Armando como autor de un delito contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 1 año, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público como agente policial o de seguridad por el tiempo de 2 años.

Esta resolución fue recurrida en apelación por la representación legal de Armando ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que dictó la sentencia núm. 246/2021, 21 de septiembre, acordando la desestimación del recurso.

Se hace valer ahora recurso de casación. Se formalizan cinco motivos que van a ser objeto de tratamiento individualizado, sin perjuicio de las obligadas remisiones con el fin de evitar la reiteración de argumentos.

2.- El primero de los motivos, al amparo del art. 851.1 de la LECrim, sostiene que la sentencia cuestionada no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, siendo apreciable una clara contradicción entre ellos.

A juicio de la defensa, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al conocer del recurso de apelación y aceptar los hechos declarados probados en la instancia, ha avalado el defecto que se denuncia. Reprocha que el juicio histórico no contenga ninguna mención a la circunstancia de que Armando "... *dio verbalmente la orden terminante a su compañero para que depusiera su actitud agresiva*". Sin embargo, en el FJ 2.c) la sentencia cuestionada señala que esa orden sí se produjo: "... *muy al contrario, y según se subraya en la sentencia apelada, se quedó inmóvil durante todo el suceso, contemplando sin rechistar todo lo que su compañero estaba haciendo contra el detenido, y aunque pudo utilizar la expresión "¡Vale, vale, ya está bien!", que según un tercer policía próximo al hecho pronunció el policía apelante...*".

Es aquí donde residiría la contradicción, que obligaría a integrar en el factum que el agente acusado sí dio la orden de detener la agresión. Con cita de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la posibilidad de complementar el relato de hechos probados con afirmaciones fácticas que se contengan en la fundamentación jurídica, se denuncia esa contradicción estructural.

El motivo es inviable.

2.1.- Si bien se mira, lo que la defensa reprocha a la sentencia recurrida es que, habiendo dado por probado que la expresión "...*vale, vale, ya está bien!*", sí fue pronunciada por el acusado durante el desarrollo del incidente, no haya sido incorporada al factum.

La detenida lectura del juicio histórico pone de manifiesto que los hechos probados han sido proclamados con precisión y exactitud. No existe contradicción entre ellos. Para que exista el quebrantamiento de forma consistente en la contradicción entre los hechos probados, es necesario que se den las siguientes condiciones: a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in términos" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique



la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato y d) que sea esencial y causal respecto del fallo (cfr. SSTs 999/2007, 26 de noviembre, 168/1999, de 12 de febrero, 570/2002, de 27 de marzo y 99/2005, 2 de febrero).

En el presente caso, quiebra uno de los requisitos estructurales para la apreciación del motivo, esto es, que la contradicción anide en el relato de hechos probados. Cuando para argumentar la existencia de ese vicio in iudicando la defensa ha de recurrir a un juicio referencial, que ponga en relación el factum con la fundamentación jurídica -en el presente caso, además, la que recoge la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia-, la justificación del motivo se aparta del significado procesal que le es propio. Y esta exigencia no es caprichosa, ni rinde culto a una concepción formalista sin encaje en nuestro sistema constitucional. Lo que tiende a evitar el art. 851.1 de la LECrim, cuando califica como quebrantamiento de forma la existencia de una contradicción en los hechos probados, no es otra cosa que la verificación de un juicio de tipicidad sobre una base fáctica agrietada por su propia incoherencia, sobre una descripción de los elementos del tipo en la que haya espacio para el contrasentido o la confusión. Los elementos fácticos sobre los que se construye el tipo han de estar descrito con precisión, de forma coherente, cerrada, sin divagaciones ni contrasentidos.

2.2.- El pasaje extraído de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia y que la defensa cita -con incuestionable legitimidad- en apoyo de su argumento no puede ser fraccionado. De hacerlo, su verdadero significado se diluye y pierde valor suasorio. Su transcripción literal resulta obligada: "...la decisión del apelante de no intervenir y de permitir a su compañero que agrediese a la persona detenida configura el hecho delictivo del artículo 176 del Código Penal, sin que le sirva de justificación su alegato defensivo de que decidió no impedir la agresión por razones de prudencia basadas en lo peligroso del recinto y en la corpulencia y excitación de su compañero, lo que hubiese originado un enfrentamiento físico entre policías totalmente desaconsejable en un precalabozo, que el detenido podría haber aprovechado para huir. Cree el apelante que su decisión fue consecuencia de la aplicación de la ley del mal menor (en su opinión era preferible el mal menor, consistente en soportar la agresión al detenido, que el mal mayor que se produciría en caso de un enfrentamiento físico entre dos policías), cuando en realidad lo que debió hacer, tan pronto como su compañero inició la agresión del detenido, fue lanzarse sobre el mismo para impedir que continuase, incluso aunque su intento de paralizar la agresión no hubiera tenido éxito, pues con esa acción de arrojar sobre su compañero para poner fin a la agresión que estaba llevando a cabo, al menos le hacía ver que no estaba procediendo correctamente y es muy posible que así hubiese puesto fin a la misma al tomar conciencia entonces de que su conducta agresiva no era en modo alguno aceptable. Y lo bien cierto es que en la grabación que fue visionada durante el acto del juicio oral no se ve que el acusado recurrente se encarase con su compañero agresor poniéndose muy cerca del mismo y diciéndole que detuviese su agresión o, dicho con palabras del recurrente, no se aprecia que el apelante se colocase "justo al lado del coacusado, muy cerca de él y mirándole a la cara, intentando llamar su atención para que responda a la orden y dispuesto a actuar físicamente si resulta necesario". Sino que muy al contrario, y según se subraya en la sentencia apelada, se quedó inmóvil durante todo el suceso, contemplando sin rechistar todo lo que su compañero estaba haciendo contra el detenido, y aunque pudo utilizar la expresión "¡Vale, vale, ya está bien!", que según un tercer policía próximo al hecho pronunció el policía apelante, una expresión así, no acompañada de ningún movimiento impeditivo ni de ningún gesto corroborador, era fácilmente interpretable por el coacusado agresor, si es que realmente llegó a oírlo en el estado de excitación en que se encontraba, como una "mera protesta formularia", según ya se ha dicho más arriba, "que en el fondo apoyaba o daba cobertura a la agresión de su compañero, o bien no se oponía claramente a que eso sucediese".

La sentencia recurrida, como puede observarse, da respuesta a un argumento defensivo que a lo largo del juicio ha venido subrayando el valor probatorio del testimonio de un tercer policía que se hallaba en la comisaría en el momento en que se produjeron los hechos. Pero esa respuesta, que no es ajena a una formulación en términos hipotéticos, en modo alguno neutraliza la claridad y concisión del hecho probado proclamado por la Audiencia Provincial en la instancia y validado en la apelación. En su penúltimo párrafo se apunta lo siguiente: "... durante el tiempo que duró la agresión, aproximadamente un minuto, el acusado Armando, quien hubo presenciado el desarrollo de la misma e incumpliendo sus deberes de custodia, mantuvo una actitud pasiva, meramente contemplativa y sin hacer nada para evitar la agresión de su compañero al detenido, a quien aquel no auxilió ni durante la agresión, ni con posterioridad a la misma, dejando al detenido en el suelo cuando los acusados salieron de la citada dependencia".

El motivo, por consiguiente, tiene que ser rechazado.

3.- La segunda queja del recurrente se formaliza con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. Denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, "...habiendo



incurrido la sentencia en arbitrariedad, proscrita en el art. 9.3 de la Constitución Española, al ignorar las pruebas existentes (fundamentalmente, la declaración del policía NUM000 , en su calidad de exculpatoria, aunque no la ignore en lo que perjudica al acusado)".

Con laboriosa cita de la jurisprudencia de esta Sala y de la dogmática que ha interpretado el alcance del derecho a la presunción de inocencia, la defensa insiste en la necesidad de dar por probado lo que el policía núm. NUM000 escuchó durante el desarrollo de los hechos.

La defensa pide de esta Sala que haga su propia valoración probatoria y rectifique el relato histórico que proclamó la Audiencia Provincial, a la vista de las pruebas practicadas, y que ha sido avalado por la sentencia dictada en grado de apelación, verdadera resolución objeto del presente recurso.

Y esta pretensión no se concilia con el espacio funcional que el recurso de casación, sobre todo después de la reforma de 2015, autoriza a esta Sala. Y es que "...cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba" (SSTS 777/2022, 22 de septiembre; 782/2021, 15 de octubre; 143/2021, 18 de febrero; 718/2020, 28 de diciembre; 490/2020, 1 de octubre; 498/2020, 8 de octubre; 405/2018, 18 de septiembre, y 304/2019, 11 junio, por todas).

La Sala no detecta la contradicción que se denuncia. Tampoco aprecia una arbitraria valoración de la prueba. Antes al contrario, la sentencia de instancia -y, por ende, la de apelación que avala su integridad- incorpora una encomiable apreciación probatoria que se hace explícita en el razonamiento jurídico que lleva a la proclamación del juicio de autoría.

A esa conclusión conduce el razonamiento con el que se da respuesta a las distintas fuentes de prueba:

a) La declaración de la víctima - Fabio - que describió su estado de embriaguez y la imperiosa necesidad de orinar, el dolor que le produjeron los puñetazos y patadas del coacusado no recurrente y su traslado al hospital;

b) La grabación captada por la cámara de seguridad instalada en la estancia "precalabozo" donde se desarrollaron los hechos, en la que los jueces de instancia pudieron ver "...cómo el detenido se encuentra solo en el precalabozo y solicita algo insistentemente al agente que está al otro lado de la puerta; tras ir de un lado al otro de la dependencia algo nervioso, se pone a orinar en una esquina del habitáculo, junto a la puerta de acceso a la misma, viéndose cómo, tan pronto termina de orinar, se introduce en la citada dependencia el acusado Celestino y se dirige a toda prisa hacia donde está el detenido, quien se encuentra sentado en el banco de obra que hay en dicho lugar y, sin dar tiempo a reaccionar de alguna forma, comienza a golpear violentamente a éste en la cabeza, quien se protege ésta con los brazos, dándole el acusado tres golpes en dicho lugar y, seguidamente, un puñetazo a la altura del costado izquierdo; a continuación agarra al detenido de la parte posterior del cuello y lo tira al suelo, dándole una patada en la zona costal izquierda, protegiéndose el acusado con las piernas dobladas, adoptando posición fetal y , en esta posición, el acusado que hacía amago de marcharse, retrocede y da dos golpes más en la cabeza al acusado";

c) La declaración del coacusado Celestino , quien afirmó que "... cuando el detenido se estaba orinando, oyó que le decía que le iba a contagiar y pensó el manifestante que ello podía ocurrir "...no me pude controlarno sé qué me paso por la cabeza ya que yo nunca actúo así....yo estaba obcecado y no escuchaba a nadie....", añadiendo que estaba preocupado por su hija, la que llevaba enferma varios días. Asimismo, adujo que, cuando ese día terminó el servicio, se dirigió al oficial del turno entrante de la mañana y le manifestó lo que había ocurrido en relación con el detenido en cuestión, manifestando a dicho oficial "...si podían llevar al médico al detenido para comprobar que no tenía nada"".

d) El testimonio del propio recurrente, que supuso que había habido algún intento de agresión por parte del detenido y que pensaba "...que su compañero lo estaba reduciendo en el suelo". Añadió que "...cuando se acercó a su compañero le ordenó verbalmente que parase, encontrándose éste muy tenso, consiguiendo que abandonase el lugar, añadiendo que si no intervino físicamente es porque entendió que estando su compañero fuera de sí y el acusado bajo sustancias estupefacientes, hubiera empeorado la situación".

Esa declaración exoneratoria fue rechazada en la instancia a la vista del poder demostrativo de la cámara que grabó los hechos, que permitió apreciar que "...no se trataba (...) de reducción de tipo alguno, sino de un ataque inopinado e injustificado por parte del acusado Celestino , el que fue presenciado por el coacusado Armando , quien claramente vio lo sucedido y cómo se están desarrollando los hechos"

e) También tomó en consideración la Audiencia Provincial el tratamiento próximo a la clandestinidad que los acusados dieron al incidente, que inicialmente no fue debidamente documentado, así como la declaración de



otros agentes que habían trasladado al detenido sin ningún incidente, desde el lugar de su detención, hasta las dependencias policiales.

La defensa enfatiza el testimonio del agente núm. NUM000 , cuya declaración, según se hace valer en el primero de los motivos, no fue debidamente recogida en el relato de hechos probados, que habría omitido que Armando llegó a decir "¡Vale, vale, ya está bien!". Sin embargo, como hemos apuntado *supra*, la referencia que a ese testimonio hace el Tribunal Superior de Justicia, si llegara a haber sido recogida en el *factum*, no habría alterado la coherencia del razonamiento que ha llevado a la condena de Armando . Y es que, como se puntualiza en la sentencia cuestionada, "...una expresión así, no acompañada de ningún movimiento impeditivo ni de ningún gesto corroborador, era fácilmente interpretable por el coacusado agresor, si es que realmente llegó a oírlo en el estado de excitación en que se encontraba, como una "mera protesta formularia", según ya se ha dicho más arriba, "que en el fondo apoyaba o daba cobertura a la agresión de su compañero, o bien no se oponía claramente a que eso sucediese""

En suma, las pruebas practicadas, valoradas en la instancia y avaladas en la apelación, fueron de incuestionable legitimidad y de inequívoco signo incriminatorio. Fueron, además, apreciadas conforme al canon constitucional impuesto por el derecho a la presunción de inocencia que reconoce el art. 24.2 de la CE, lo que debe conducir al rechazo del motivo (art. 885.1 de la LECrim).

4.- El tercero de los motivos, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, por indebida aplicación del art. 176 del CP.

La propia defensa admite que "...el presente motivo solo tiene sentido si se considera probado que mi mandante, cuando comprendió que estaba ante una agresión ilegítima, dio a su compañero la orden de que depusiera su actitud".

Como hemos venido razonando, el hecho probado no da cuenta de esa orden verbal. Y la sentencia dictada en apelación admite que, incluso si llegara a interpretarse que la expresión "¡Vale, vale, ya está bien!" llegó a pronunciarse, habría sido manifiestamente insuficiente para neutralizar el juicio de subsunción que autoriza el art. 176 del CP, a la vista del contexto en el que se produjeron los hechos.

Sólo el hecho probado ofrece las claves para concluir la corrección de la calificación jurídica de los hechos. En eso consiste la premisa metodológica que impone la vía del recurso de casación por error de derecho en la aplicación de la ley penal que faculta el art. 849.1 de la LECrim. No es admisible cuestionar el juicio de tipicidad proclamado en la instancia a partir de un relato fáctico alternativo como el que se ofrece en el desarrollo del motivo. Y lo que ha quedado probado está expresado con nitidez en el siguiente pasaje: "...durante el tiempo que duró la agresión, aproximadamente un minuto, el acusado Armando , quien hubo presenciado el desarrollo de la misma e incumpliendo sus deberes de custodio, mantuvo una actitud pasiva, meramente contemplativa y sin hacer nada para evitar la agresión de su compañero al detenido, a quien aquel no auxilió ni durante la agresión, ni con posterioridad a la misma, dejando al detenido en el suelo cuando los acusados salieron de la citada dependencia".

Y este fragmento tiene pleno encaje en el art. 176 del CP.

La STS 267/2012, 30 de marzo, con cita de la STS 1050/1997, 18 de julio, recordaba que nos hallamos ante una norma penal que constituye un supuesto de comisión por omisión específicamente regulado. En primer lugar, se definen "... los distintos delitos de esta clase por lo que se refiere a las conductas de las autoridades o funcionarios que materialmente los realizan y, finalmente, se sanciona con las mismas penas que a tales autores materiales, a quien, faltando a los deberes de su cargo, permiten su realización. Aunque la doctrina discute si con esta última tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para tales torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por el cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier caso la Ley, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a los jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación".

Y la STS 715/2016, 26 de diciembre, precisa que "... el art. 176 del CP constituye un delito de omisión propia ya que castiga no la mera infracción de un deber genérico, sino la cooperación omisiva en un hecho típico efectuado por otro fundado en la infracción de un deber específico, de ahí que la pena prevista sea la misma que al autor material dada su condición de garante, ya sea superior jerárquico el omitente --lo que será lo más normal--, en el caso de los jefes que consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especial garantías dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica, ya, incluso, en el caso de igualdad de categoría entre los autores materiales y los omitentes o de subordinación de los omitentes a los autores materiales, si bien en estos casos -como ocurre en el supuesto enjuiciado--, hay que analizar si en concreto el



omitente se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba, su superior jerárquico". En la misma línea se pronunciaban, entre otras, las SSTs 19/2015, 22 de enero y 1034/1996, 19 de diciembre).

En el presente caso, la incardinación de los hechos, tal y como han sido declarados probados -no en la versión exoneratoria que ofrece el Letrado de la defensa-, tienen pleno encaje en el art. 176 del CP, interpretado conforme a la jurisprudencia anotada. Que el acusado se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir los hechos es una realidad que fluye de la lectura del juicio histórico: "...tan pronto accedió al "precalabozo" el acusado Celestino comenzó a golpear al detenido, propinándole con las manos varios golpes en la cabeza, así como un puñetazo en el costado izquierdo, agarrándolo seguidamente por la parte posterior del cuello, tirándolo al suelo al paso que el detenido se protegía la cabeza con los brazos, recibiendo éste a continuación una patada a la altura del costado izquierdo, dándole nuevamente con la mano dos goles más en la cabeza, sin que, ni antes ni durante el desarrollo de la agresión, el detenido hubiere provocado o intentado defenderse de algún modo".

No existía razón alguna, vinculada a la peligrosidad objetiva del episodio que se estaba desarrollando en su presencia, que impidiera o desaconsejara una intervención eficaz que deslegitimara la conducta de su compañero y subordinado.

Resulta obligada la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

5.- Se formaliza un cuarto motivo, enunciado con carácter subsidiario para el caso de desestimación del anterior, en el que se denuncia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, un nuevo error de derecho en la aplicación de los arts. 175 y 176 del CP, que se razona en los siguientes términos: "...la remisión que efectúa el art. 176 al art. 175, lo es únicamente a las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes, y por lo que aquí se trata, la pena respectiva se refiere a la de prisión que corresponda según se trate de atentado grave o no contra la integridad moral, pero la remisión no se realiza a la pena de inhabilitación prevista en el último párrafo del art. 175, ya que no es una pena respectiva o alternativa, a la que el 176 se remite, puesto que el 175 se refiere de forma literal únicamente al autor del atentado contra la integridad moral. Entendemos que esta es la interpretación acorde con el principio de legalidad en la imposición de la pena establecido en el art. 2 del Código Penal y en el art. 25 de la Constitución Española".

La inferencia que pretende hacer valer el recurrente, en atención a la literalidad del vocablo "autor" al que se refiere el art. 175 del CP, sugiere una audaz e imaginativa relectura de los arts. 175 y 176, pero no puede ser acogida por la Sala.

Ni siquiera una interpretación *microliteral* de ese vocablo conduciría al efecto perseguido de dejar sin efecto la imposición de la pena de inhabilitación especial. En efecto, el recurrente es autor de un delito del art. 176 del CP. Así lo expresa el fallo de la sentencia por la que ha resultado condenado. Y, como hemos glosado en el FJ 4º, ya se contemple como una modalidad de autoría en comisión por omisión, ya como una cooperación omisiva necesaria, la conducta del acusado tendría pleno encaje en el art. 28 del CP.

La inhabilitación, por tanto, se hace extensiva al autor material de los tratos degradantes de la integridad moral del detenido y, por supuesto, a quien omite en su condición de garante la acción esperada que habría evitado la producción del resultado.

Al margen de lo expuesto, carecería de sentido que un hecho nuclear sobre el que convergen dos voluntades, una activa y otra omisiva, prime al superior jerárquico excluyéndole de la pena de inhabilitación que, conforme a la tesis que alienta el motivo, sólo recaería en el agente subordinado.

6.- El quinto de los motivos, con idéntica cita del art. 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 42 del CP.

El precepto infringido -aduce la defensa- establece en su último párrafo una necesaria especificación de los empleos, cargos u honores sobre los que recae la inhabilitación especial. Esta especificación -se alega- no se realiza en la sentencia, que se remite en bloque a la "...inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público como agente policial o de seguridad por el tiempo de 2 años.", infringiendo lo dispuesto en el último inciso del art. 42 del Código Penal.

El desarrollo de este enunciado lleva al recurrente a solicitar que la inhabilitación se limite exclusivamente a la que impide "...las funciones relativas a la custodia y conducción de detenidos y presos". Su extensión no debería abarcar cualquier actuación funcional, sino que tendría que circunscribirse "...a un suceso acaecido en relación con la custodia de un detenido, sin que, por el principio de la interpretación restrictiva de la pena -principio que se establece para evitar una analogía generadora o indeterminada-, deba necesariamente extenderse la inhabilitación al resto de las múltiples actividades propias de la actuación policial".

El motivo tiene que decaer.



Así lo ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, que en la STS 695/2012, 19 de septiembre, con cita de la STS 887/2008, 10 de diciembre, recordaba que la pena de inhabilitación especial (art. 42 CP) no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionales. Su significado como pena restrictiva de derechos mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita para el ejercicio de esas otras ocupaciones de carácter temporal. De ahí que a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz, con la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales y que sólo se explican por razón de un empleo o cargo que preexiste y que es, en última instancia, el que ha de quedar afectado por la pena.

Y esto es lo que hace la sentencia dictada en la instancia, que impone al acusado la pena de inhabilitación especial "...para el ejercicio de empleo o cargo público como agente policial o de seguridad por el tiempo de dos años".

7.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. Armando** contra la sentencia 246/2021, 21 de septiembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en grado de apelación frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia con el núm. 315/2021, fechada el 24 de mayo del mismo año.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián