T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 985/2012

RECURSO CASACION Nº:568/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 27/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: CPB

Delito de tortura: requisitos
*** Denegación de prueba: procedía**
*** Presunción de inocencia**
*** Error del 849.2 LECrim.: doctrina**
*** Recurrido absuelto: derecho de defensa**

Nº: 568/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Fallo: 22/11/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 985/2012

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados **VÍCTOR BAYONA VIEDMA y BAKARI SANYANG DAVILA,** representados por el Procurador D. Álvaro de Luis Otero, y por **YURI SARRAN JARDINE** representado por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Barcelona,** con fecha **17 de octubre de 2011,** que les condenó por delitos de lesiones y torturas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, abrió Diligencia Previas nº 3488/06, contra Yuri Sarran Jardine, Víctor Bayona Viedma, Bakari Sanyang Dávila, Javier Ortega Herrero, Jordi Gil Tares, Antonio Clemente Relats y Raúl Aguilar Alvarez, por delitos contra la salud pública, atentado y torturas y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 17 de octubre de 2011, en el rollo nº 81/09, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados:**

*"**ÚNICO.-** Ha resultado probado y así se declara que:*

*A partir de las 24:00 horas de la noche del día 6 al 7 de septiembre de 2006, YURI SARRAN JARDINE, mayor de edad, nacional de Trinidad y Tobago, siendo residente en Barcelona y estudiante de Administración de Empresas en la escuela B.B.S, sita en la misma ciudad, junto a unos compañeros de estudios Fareed Malik, Emma Harley, Kristine Svolmane y Edyta Kurowska, se dirigieron a la discoteca denominada Bikini, sita en la calle Deu y Mata nº 195, de Barcelona.- En la citada discoteca se encontraban esa noche, francos de servicio, los agentes de la Guardia Urbana: **VICTOR BAYONA VIEDMA** (agente de la G.U. nº 24751), **BAKARI SAMIANG DÁVILA** (agente de la G.U. nº 24738), **JAVIER ORTEGA HERRERO** (agente de la G.U. nº 25121), **JORDI GIL TARES** (agente de la GU nº nº 23957) **ANTONIO CLEMENTE RELATS** (agente de la G.U. nº 24278), Y **RAÚL AGUILAR ÁLVAREZ** (agente de la GU nº 25101), todos ellos mayores de edad.- **A.-** Alrededor de las 1:30 horas de esa noche, cuando las amigas de YURI*

SARRAN JARDINE se hallaban en la pista de baile de la citada discoteca, o cerca de ella, VICTOR BAYONA VIEDMA molestó a Edyta Kurowska. Al apercibirse de esa situación YURI SARRAN JARDINE -que en aquel momento llevaba un vaso de consumición-, se acercó a ellos y requirió a Victor para que dejara en paz a su amiga, momento en que ambos, Victor y Yuri, ignorando éste la condición profesional de agente de la autoridad franco de servicio de aquél, se encararon y empujaron mutuamente, y en el curso de este corto incidente YURI SARRAN JARDINE golpeó voluntariamente con el vaso que llevaba en la mano la cara de VICTOR BAYONA VIEDMA, ocasionándole unas lesiones consistentes en: contusión facial y heridas inciso-contusas en cara que precisaron para su sanidad aplicación de cuatro puntos de sutura, tardando en sanar catorce días de carácter impeditivo y quedándole como secuelas cuatro cicatrices determinantes de perjuicio estético leve.- A la vista de estos hechos los otros cuatro agentes francos de servicio: JORDI GIL TARES, ANTONIO CLEMENTE RELATS, BAKARI SAMYANS DAVILA y también RAÚL AGUILAR ALVAREZ, sin que mostraran a Yuri la identificación, o le hicieran saber su condición de agentes de la autoridad, se arrojaron sobre YURI SARRAN JARDINE consiguiendo reducirle, impactando uno de ellos -sin que se encuentre probado quien fue de ellos- un vaso en la cabeza de Yuri sufriendo éste unos cortes en la misma que sangraron de forma abundante. Como consecuencia de esta acción el agente ANTONIO CLEMENTE RELATS sufrió contusiones en brazo derecho y labio, de las que sanó en siete días no impeditivos, con una sola asistencia facultativa, y el agente RAÚL AGUILAR ALVAREZ sufrió contusión brazo derecho y muslo, de las que sanó en siete días no impeditivos, con una sola asistencia facultativa.- ***B.-*** *Una vez reducido y detenido, YURI SARRAN JARDINE fue conducido por empleados de seguridad de la discoteca a una sala anexa de misma donde fue custodiado por uno de ellos hasta que llegó una dotación policial uniformada, cuya presencia en el lugar había sido requerida por los agentes acusados a fin de realizar el traslado de Yuri, en tal condición de detenido, a las dependencias policiales de la Guardia Urbana.-* ***C.-*** *Una vez llegó el furgón policial con la correspondiente dotación uniformada de la Guardia Urbana, se introdujo a Yuri en dicho furgón, colaborando tanto BAKARI SAMYANG DAVILA, como ANTONIO CLEMENTE REALTS, ya en el interior del furgón BAKARI SAMYANG DAVILA propinó dos golpes en el pómulo de YURI SARRAN JARDINE. Seguidamente se efectuó el traslado del indicado detenido a las dependencia de la Guardia Urbana sitas en la Zona Franca de Barcelona.- Hallándose en dichas dependencias y a una hora no determinada se condujo a*

YURI SARRAN JARDINE a una estancia, donde, como represalia por la intervención de éste en el incidente que tuvo VICTOR BAYONA VIEDMA con Edyta Kurowska en la discoteca, y por la lesión que Yuri produjo a Víctor, y con la presencia coactiva de BAKARI SAMYANG DAVILA y de otros agentes uniformados y de paisano no identificados, el repetido VICTOR BAYONA VIEDMA lanzó puñetazos y propinó varias patadas al detenido YURI SARRAN JARDINE , así como varios golpes hasta derribarle al suelo, donde continuó recibiendo golpes por parte de los allí presentes sin poder apreciar al causante directo de los mismos. Una vez dejaron levantarse al detenido le continuaron pegando, llegando, BAKARI SAMYANG DAVILA, a hacerlo con un objeto contundente en la cabeza, tras lo cual, este último le apagó un cigarrillo en el hombro izquierdo, y finalmente VICTOR BAYONA VIEDMA con una fregona le restregó la cara a YURI SARRAN JARDINE. Seguidamente BAKARI SAMYANG DAVILA solicitó que alguno de los presentes le dieran una pistola diciéndole a Yuri si quería que le enseñara un juego, sin que nadie se la diera. Durante las referidas agresiones los presentes, en especial BAKARI SAMYANG DAVILA , le formuló preguntas sobre su familia, actividad laboral, aficiones y hábitos.- En las expresadas dependencias policiales YURI SARRAN JARDINE firmó un impreso de información a la persona detenida sobre sus derechos en el que se le atribuyeron delitos de lesiones, de atentado contra agentes de la autoridad y contra la salud pública. Delitos por los que se ha seguido la presente causa contra él.- Como consecuencia de estos hechos YURI SARRAN JARDINE sufrió contusiones y erosiones en cara y cabeza, hematoma en párpado y excoriaciones, alargada y redonda en hombro izquierdo, de las que sanó tras una única asistencia medica en un periodo de doce días y además lesiones psíquicas consistentes en ansiedad y estados de depresión transitoria para cuya curación precisó de tratamiento consistente en asistencia psiquiátrica, no farmacológica, y psicoterapia individual, a demanda del lesionado, durante varios meses, quedándole como secuela trastorno por estrés postraumático de carácter leve.- Por Auto de apertura del juicio oral dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 9 de marzo de 2009 se acordó requerir a los acusados para que prestaran fianza para asegurar la responsabilidad civil en la cantidad de 2.376.-€ a YURI SARRAN JARDINE, y en la cantidad de 1.600.-€, a cada uno del resto de los acusados, VICTOR BAYONA VIEDMA, BAKARI SAMYANG DAVILA, JAVIER ORTEGA GUERRERO, JORDI GIL TARES, ANTONIO CLEMENTE RELATS y RAÚL AGUILAR ALVAREZ.- En cumplimiento de tal requerimiento, YURI SARRAN JARDINE consignó en

concepto de tal fianza de responsabilidad civil en fecha 16 de noviembre de 2009 la suma de 2.376.-€ .- Y en cumplimiento de tal requerimiento, los acusados VICTOR BAYONA VIEDMA, JAVIER ORTEGA GUERRERO, JORDI GIL TARES, ANTONIO CLEMENTE RELATS y RAÚL AGUILAR ALVAREZ consignaron en concepto de tal fianza de responsabilidad civil en fecha 25 de marzo de 2010 la suma de 1.333,00.-€ cada uno." (SIC)

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

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a YURI SARRAN JARDINE como autor criminalmente responsable de un delito consumado de lesiones de los artículos 147 y 148.1 del Código penal y de dos faltas consumadas de lesiones del artículo 617.1 del Código penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el delito a la pena de PRISIÓN DE OCHO MESES, y por cada una de las dos faltas la pena de MULTA DE UN MES, con una cuota diaria de veinte euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de quince días, con expresa imposición de un quinceavo de las costas procesales.- Se le condena a pagar, en concepto de responsabilidad civil a VICTOR BAYONA VIEDMA la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA EUROS; a ANTONIO CLEMENTE RELATS la cantidad de TRESCIENTOS QUINCE EUROS; y a RAUL AGUILAR ALVAREZ la cantidad de TRESCIENTOS QUINCE EUROS. Las expresadas sumas devengarán el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Y para el cumplimiento de la responsabilidad principal y subsidiaria que se impone, se le abona el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.- Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a YURI SARRAN JARDINE de toda responsabilidad criminal por los restantes hechos por los que se ha seguido la causa contra él.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a VICTOR BAYONA VIEDMA y a BAKARI SAMYANG DAVILA, como autores criminalmente responsables de un delito consumado de torturas graves del artículo 174.1, y de conformidad con el artículo 177, ambos del Código penal, en concurso real con una falta consumada de lesiones del artículo 617.1 del Código penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, por el delito a la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS Y TRES MESES y a la pena de INHABILITACIÓN ABSOLUTA DE OCHO AÑOS Y TRES MESES, y por la falta la pena de MULTA DE TREINTA Y CINCO DÍAS, con una cuota diaria de seis euros, con una responsabilidad

personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de diecisiete días, con expresa imposición de un quinceavo de las costas procesales a cada uno de ellos.- Se les condena a pagar, en concepto de responsabilidad civil, conjunta y solidariamente, a YURI SARRAN JARDINE la cantidad de quince mil euros. La expresada suma devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- De la expresada responsabilidad civil se declara responsable civil subsidiario al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BARCELONA." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por Víctor Bayona Viedma, Bakari Sanyang Dávila y Yuri Sarran Jardine, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso interpuesto por Víctor Bayona Viedma y Bakari Sanyang Dávila

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 174.1, 177 y 617.1 del CP.

2º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba.

3º.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim. por denegación de prueba.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

Recurso interpuesto por Yuri Sarran Jardine

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 617.1 del CP.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida del art. 617.1 en relación con los arts. 109 del CP y 106 y 110 de la LECrim.

Recurso interpuesto por Yuri Sarran Jardine (Acusación Particular)

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de los arts. 174.1, 28 y 11 del CP., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, respecto de los acusados Sres. Aguilar, Ortega y Clemente.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de los arts. 456, 457 y 390 del CP.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

4º.- Se renuncia a este motivo, por considerar que ha quedado integrado en los anteriores.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de noviembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Víctor Bayona Viedma y Bakari Sanyang Dávila

PRIMERO.- 1.- Aún cuando los recurrentes parecen ordenar los motivos formulando primero y separadamente los que denuncian infracción de legislación ordinaria y, después, los de contenido constitucional, resolveremos en primer lugar aquellos cuya eventual estimación condiciona la de los siguientes.

El identificado como motivo III y el motivo IV.2 se fundan en similar argumento: la indebida denegación de un medio de prueba (al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.2 de la Constitución).

Hacen referencia los motivos, en primer lugar a la no admisión de la prueba documental que reflejarían instrucciones del Ayuntamiento sobre como *deben* comportarse los agentes, y otros dos que harían referencia a *actividades de la víctima* denunciante D. Yuri.

Estiman los recurrentes que los primeros corroborarían la versión de los agentes en orden, a su vez, a acreditar que su comportamiento adecuaba a lo debido en caso de encontrarse ante un delito contra la salud pública. Y los segundos acreditarían que la víctima no soportó padecimientos psíquicos, y que su actividad acreditaría la exigencia de fuerza física para reducirle.

Desde la perspectiva constitucional, además de reproducir la anterior queja sobre quebrantamiento de forma contraria a legalidad ordinaria, se denuncia que la misma denegación tiene contenido constitucional, anunciando para otro motivo la inexistencia de una diligencia de reconocimiento en legal forma, que examinaremos al estudiar ese otro motivo.

2.- Desde luego mal podrá decirse que hay vulneración del derecho fundamental alegado cuando ni siquiera puede tenerse por cometida la supuesta infracción legal.

Tampoco es necesario reiterar la bien conocida doctrina, que excluye la infracción a que se refieren los citados motivos, si la propuesta de prueba, cuya inadmisión se denuncia, no satisface las exigencias de pertinencia y necesidad o, cuando menos, utilidad.

Pues bien, cabría una flexible interpretación sobre la *pertinencia* de los documentos propuestos en cuanto guardan relación con el objeto del debate. Pero resulta poco discutible su **intrascendencia** a los efectos de acreditar hechos relevantes para la decisión.

Porque una cosa es como *debe* ser el comportamiento de los agentes denunciados en determinadas circunstancias, y otra que tales circunstancias ¬actuación de la víctima dirigida al tráfico de drogas¬ hayan concurrido. Y esto es lo discutido y lo que los documentos no pueden acreditar.

Los reportajes fotográficos y de vídeo sobre el "estilo de vida" de la víctima tampoco pueden cuestionar la realidad de la agresión en las circunstancias que se describen en el hecho probado y que desde luego no fueron ni fotografiadas ni grabadas en vídeo. Tampoco se acredita la utilidad en cuanto al desmentido que tales documentos habrían de reportar sobre la lesión psíquica. Por sí solos mal pueden desmentir esos documentos los efectos que la sentencia proclama. Por lo demás bien escasos, dada la tipificación del resultado como mera falta y la relevancia del componente moral para fijar la indemnización, que no es tributaria sólo de una especial entidad del daño psíquico.

SEGUNDO.- 1.- En el motivo señalado como IV. 3., se denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Añadiendo que también se vulnera el principio *in dubio pro reo*, las reglas de valoración probatoria y la exigencia de motivación.

El argumento central del motivo se reconduce a la afirmación de que solamente una prueba avala la tesis de la acusación: la declaración del testigo-víctima. Y que ésta no reúne esa tríada de características del testimonio que una cierta praxis ha erigido en dudoso canon excluyente e ineludible: credibilidad por ausencia de motivos espurios, persistencia y verosimilitud.

Al respecto contrapone a los argumentos de la sentencia otros que estima de obligada consideración para rechazar la aceptación de tal testimonio: motivos espurios por sostener acusado y acusador imputaciones cruzadas, falta de corroboración por otros medios de prueba de la versión de la víctima o ciertas contradicciones en las plurales declaraciones. Entre éstas menciona la ausencia en

las iniciales declaraciones de toda alusión a la existencia de quemaduras causadas con un cigarrillo.

Enfatiza a continuación la irrelevancia en cuanto al núcleo de la imputación de lo reportado por los demás testigos. Amén de recordar la poca credibilidad que merecerían por su vinculación con el acusador D. Yuri.

Sigue un reproche de irracionalidad respecto a las valoraciones que la sentencia recurrida formula para reconstruir los hechos que fundan la imputación.

Y concluye con una referencia a la ausencia de una diligencia sumarial de reconocimiento con resultado positivo respecto de la persona del recurrente. Lo que relaciona con la existencia de animosidad, predicada incluso de la persona del Letrado de la víctima, originada por otras actuaciones policiales del recurrente ajenas a esta causa.

Llega el motivo a imputar a la defensa de la víctima verdaderas coacciones a otros testigos.

El recurso da cuenta que respecto de tales actuaciones ya han interpuesto denuncia contra los letrados.

2.- En la medida que todos los anteriores argumentos llevan a la garantía de presunción de inocencia como fundamento del motivo, comenzaremos por recordar los presupuestos que legitiman por razón de aquélla una decisión de condena penal:

1º.- En primer lugar la doctrina constitucional y jurisprudencial ha incluido en el contenido de la presunción de inocencia la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación.

Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad.

2º.- Que, con independencia de esa convicción subjetiva del juzgador, **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación**. Tal objetividad concurre cuando y sólo si: **a)** puede afirmarse la *inexistencia de vacío probatorio*, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador y **b)** la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permite predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación., partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas*.

3º.- Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

4º.- Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que **no concurre cuando existen alternativas** razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las **objeciones** a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten **dudas razonables** sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una **duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

5º.- Cuando se trata de **prueba indiciaria**, la prueba directa no se traduce en tal caso en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos. En tal caso merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este **razonamiento** esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en **una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes**". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia ....cuando "la inferencia sea **ilógica** o tan **abierta** que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la **solidez** de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter **concluyente** que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

(Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre, 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio, reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTS nums. 122/2012 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre).

3.- El delito respecto del cual se invoca la garantía constitucional es el que resulta del apartado C de la declaración de hechos probados. Se inician con la introducción de la víctima en el furgón donde se dice que D. Bakari le propina dos

puñetazos. El comportamiento relevante es, sin embargo, el llevado a cabo en las dependencias policiales.

Por ello la queja constitucional ha de circunscribirse a la prueba referida a ese concreto episodio. No a la que concierne a los hechos anteriores, objeto de consideración a efectos de otras imputaciones. Así en lo relativo a existencia o no de un delito previo contra la salud pública.

Se minimizan de tal suerte las quejas sobre el rechazo de las pruebas documentales. Es evidente que ningún protocolo de comportamiento de los agentes autoriza los golpes gratuitos, innecesarios para el desempeño de la función policial, ni siquiera ante un imputado por delito contra la salud pública. Ni las actividades de la víctima ajenas a los hechos son relevantes para acreditar la veracidad de la imputación del comportamiento torturador.

Y se minimiza la relevancia del testimonio de quienes ya no estaban presentes en el momento del acto calificado de tortura.

La sentencia de instancia hace una detenida exposición de los elementos de juicio que le convencen sobre la existencia de los actos imputados, de los autores de tales actos y de los motivos por los que éstos los llevaron a cabo. Así como respecto al resultado de aquellos actos.

Ciertamente entre esos elementos el protagonismo probatorio corresponde a lo dicho por la víctima. De ella, debemos advertir, no cabe predicar condición de coimputado, en el sentido relevante de ese término a los efectos de las exigencias constitucionales que debe reunir para enervar la presunción de inocencia. Una cosa es ser acusado en la misma causa y otra serlo por el mismo hecho, que es lo trascendente.

Ante una prueba de naturaleza directa, cuya validez no se cuestiona, -como ocurre respecto a la declaración en este caso de la víctima- solamente la evidenciada irracionalidad de su discurso y correlativamente de su asunción como creíble por el juzgador, permite la exclusión en este momento de la casación. Y a estos efectos la tríada antes citada de tan recurrida invocación, tiene un valor relativo y circunstancial. Lo esencial es que, en tanto no se evidencia una

obvia arbitrariedad, que haga inatendible objetivamente ¬prescindiendo de valoraciones subjetivas¬ ese testimonio, la queja *ex garantía presunción de inocencia* no puede acogerse en el marco de la casación..

Desde luego la argumentación de la sentencia recurrida está muy lejos de la arbitrariedad. Asumir el testimonio de quien reconoce incluso hechos que le perjudican ¬golpe a D. Víctor¬ dista de la irracionalidad. Y no desmerece esa prudencia valorativa la falta de plena persistencia en los particulares irrelevantes de la narración. Desde luego no cabe en casación entrar a un examen tan premioso y pormenorizado de cada una de las versiones dadas por el testigo para concluir en una ponderación milimétrica de lo reflejado en las actas que recogen esas declaraciones. Porque solamente la evidencia de lo absurdo de la confianza en la sinceridad del testimonio puede ser controlada por quien -como el órgano jurisdiccional que conoce en vía de recurso- no percibe el testimonio cada vez que es prestado. Y porque, como dejamos expuesto, no es ese el contenido de la garantía constitucional invocada cuando de prueba directa se trata.

Tampoco puede tenerse por irracional la vinculación, que describe el hecho probado, entre lo que ocurre en la instalación policial y el incidente de la discoteca. Ahí el testimonio de Doña Enma y Doña Kristine al menos corroboran que D. Víctor tuvo un incidente con doña Edyta y que esto fue lo que determinó el enfrentamiento con la luego víctima de la tortura. Las lesiones de uno y otro de los fogosos intervinientes no hacen sino dar cuenta de la verosimilitud de tal testimonio, a su vez, corroborador del de la víctima.

La absoluta falta de acreditación de acto alguno que justifique el comportamiento agresivo sobre una persona ya privada de libertad y controlada en instalaciones policiales, realza la razonabilidad de la inferencia sobre el motivo ajeno a los intereses policiales de tales agresiones.

Al menos en la medida exigida por el canon constitucional antes expuesto en la doctrina constitucional. Coherencia lógica, y adecuación a máximas de experiencia generalizada, así como carácter concluyente y no equívoco de dicha inferencia.

En cuanto al reproche de ausencia de otra prueba de cargo -como la diligencia de reconocimiento respecto a la persona de este concreto recurrente- no puede

erigirse en un contraindicio. La ausencia de refuerzo de una convicción impedirá que esta sea aún mayor, pero no anula la convicción ya obtenida por otras pruebas efectivamente dispuestas.

Tampoco cabe atribuir contravalor, como indicio de signo contrario, a los eventuales motivos que determinaron la imputación contra este recurrente. Y menos los aludidos sobre comportamiento delictivo de los Letrados de la defensa de la víctima. Desde luego mientras no se dilucide la denuncia que se dice interpuesta y sin perjuicio en su caso de una eventual revisión.

Por todo ello el motivo se rechaza.

TERCERO.- 1 En el segundo motivo de casación, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también se combate la declaración de hechos probados de la recurrida. Ahora denunciando que aquélla obedece a un error de valoración. Y que ese error se pone de manifiesto por virtud de ciertos documentos que se invocan: informes médicos, fotografías de la víctima en relación a la existencia o no de quemadura por aplicación de un cigarrillo, y partes médicos psicológicos relativos a consecuencias patológicas de las agresiones a la víctima.

Y todo ello para concluir que la correcta valoración probatoria debiera haber constatado que la víctima solamente necesitó una primera asistencia.

2.- Conforman las exigencias para la estimación del motivo examinado las siguientes:

a) Presupuesto inicial es la existencia de un error en la narración del hecho tal como es descrito al enunciar los probados. Sea por afirmar que ocurrió lo que no ocurrió, sea por omitir hechos acaecidos.

b) El ámbito de control casacional bajo esta invocación es el relativo a errores cuya evidencia se acredite exclusivamente mediante documentos. Siquiera ya no sea requerido que tal documento sea fehaciente.

c) Cuando concurran esos dos presupuestos, debe considerarse si se satisfacen los siguientes requisitos:

1º.- Que el documento invocado no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección).

Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: **1ª)** existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y **2ª)** cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero, 1224/2000 de 8 de julio, 1572/2000 de 17 de octubre, 1729/2003 de 24 de diciembre, 299/2004 de 4 de marzo, 417/2004 de 29 de octubre).

Aún debe añadirse otra importante advertencia, como recordábamos en la sentencia antes citada, y es que la excepcional reconducción del informe o informes periciales a la categoría equivalente a la prueba documental no abre la vía para una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe documentado. Por ello, si el Tribunal de instancia ha puesto en relación tales enunciados con los producidos por otros medios de prueba, o cuestiona la conclusión reflejada en el dictamen escrito, por atender al resultado de sometimiento de los peritos autores del dictamen a contradicción en el juicio oral, ese dictamen emitido con anterioridad pierde la excepcional habilitación como documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2º.- Que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..." Porque,

en tal caso, habría de valorarse en el momento de la casación esos otros medios no documentales, lo que no es posible al no producirse los mismos con inmediación ante el Tribunal que conoce del recurso extraordinario.

3º.- Que la mendacidad del hecho, cuya inclusión se denuncia errónea, o la veracidad del omitido, cuya inclusión se postula, en la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo **de manera directa y sin recurrir a inferencias**, es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen -lo que se conoce por "litero suficiencia".

4º.- Que tal modificación sea **trascendente** para la subsunción es decir que por su relevancia la resolución recurrida deba modificarse en el sentido de su parte dispositiva, al menos en parte.

Pueden verse, entre otras las Sentencias de este Tribunal Supremo de 27 de Mayo del 2011 resolviendo el recurso: 10219/2011, y en las nº 1159/2010 de 27 de diciembre, la nº 427/2010 de 26 de abril, nº 1.148/2009 de 25 de noviembre y la nº 996/2009 de 9 octubre núms. 248/09 de 11 de marzo, 440/09 de 30 de abril, la de 27 de mayo de 2009 y la nº 807/2009 de 13 julio.

3.- Conforme a esa doctrina en el caso que juzgamos es evidente que los documentos invocados no tienen la naturaleza de casacionales a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por constituir documentación de actuaciones del procedimiento. Los informes que pueden calificarse de periciales ya son valorados por la sentencia cuya argumentación lejos de prescindir de aquéllos, asume su contenido. Y en todo caso el establecimiento del hecho probado no tiene tales hechos documentados como única prueba, ya que se funda en otros medios como las declaraciones de la víctima, por lo que tampoco se cumple en lo alegado el requisito de literosuficiencia y ausencia de contraposición con el resto de medios probatorios.

El motivo se rechaza

CUARTO.- 1.- En el primero de los motivos el recurso acude al cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar como vulnerados los artículos 174.1 y 177 del Código Penal y, además, el 617.1 del mismo.

Tres son las tesis mantenidas. La primera que los hechos no constituyen el delito de tortura del artículo 174.1 La segunda que, en todo caso, subsidiariamente, la tortura sería no grave. La tercera que la falta de lesiones quedaría absorbida por el delito de tortura.

Entienden los recurrentes que el tipo penal de tortura exige lo que denomina un "plus de vejación o humillación" que aquí no concurre. A lo sumo habría acaecido una "extralimitación" policial, que no incide en la calificación de degradante o humillante. Asegura que la victima "durmió" en las instalaciones hasta el día siguiente, "sin miedo, temor ni angustia".

Por ello, afirma, subsidiariamente, de no reducirse a una mera falta de lesiones, los hechos habrían de tipificarse conforme al artículo 715 del Código Penal.

A mayor abundamiento el recurrente también pasa a cuestionar las afirmaciones sobre los hechos que la sentencia asume como probadas.

2.- Desde luego esta última pretensión no ha de ser objeto de otra consideración por nuestra parte que no sea la de su prescindencia. El cauce casacional elegido no tolera otro debate que el relativo al acierto o corrección de la subsunción del hecho tal como ha sido declarado probado. No el acierto en el establecimiento del resultado de tal probanza.

En relación al tipo penal cuestionado hemos dicho en nuestra Sentencia nº 922/2009 de 30 de septiembre, que: La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el arrículo 173 como el artículo 177 del Código Penal, establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo **posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.**

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, 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****.*

Esta Sala, (STS 3.10.2001) al referirse bien jurídico protegido, declara: "*El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribe con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, 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****.*

De la definición del delito que da el artículo 174 del Código Penal, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales, y especialmente por el V Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente de 1.9.75, y por la Convención contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10.12.84, ratificada por España el 21.10.87, deriva la exigencia de los siguientes elementos del tipo penal (STS. 701/2001 de 23.4 y STS. 1391/2004 de 26.11):

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.*

La definición de tortura que se ha recogido en el artículo 174 del actual Código Penal establece además una diferenciación de la conducta, y de la sanción correspondiente, en función de la gravedad del atentado, señalando tan solo como pautas en alguna forma orientadoras para determinar cuando puede una conducta constituir tortura, el sometimiento a "condiciones o procedimientos que por su ***naturaleza, duración u otras circunstancias****" determinaran los resultados antes enunciados.*

Finalmente, no es preciso para la ***consumación*** *del delito que el propósito que guía al agente se va cumplido, sino que constituye un elemento tendencial, junto con el dolo, que debe darse en quien actúa.*

3.- Así pues la impugnación fundada en la exigencia de una especial gravedad no puede acogerse en el presente caso en la medida que la descripción del hecho probado (apartado C) refiere una situación de la víctima en la que el comportamiento de los acusados resulta por sí solo, sin otras consideraciones, un sufrimiento moral, aparte del físico ostensible. Pero además las referencias a una

pistola, a la imputación de un delito con maliciosas referencias a un juego con la misma y restregar una fregona por la cara de la víctima, durante un considerable tramo de tiempo, realzan la afrenta a la dignidad a que hace referencia la doctrina que acabamos de exponer sobre el tipo penal aplicado.

Se comprende también la irrelevancia que, para la consideración de consumación del tipo penal, tiene la insistente referencia por el recurrente a la falta de credibilidad sobre los efectos psicológicos residuales en la víctima.

Finalmente cabe reiterar la doctrina ya indicada en la sentencia que venimos citando cuando recuerda que: *El sistema penológico varia si además del atentado a la integridad moral, se produjese lesión o daño a la vida, , integridad física, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero se castigarán los hechos pro separado, con la pena que corresponde por los delitos o faltas (art. 177 CP .), pues al tratarse de entidades delictivas independientes, con bienes jurídicos de distinta naturaleza, es posible su castigo por separado (STS. 769/2003 de 31.5), estableciendo en el art. 177 una regla concursal que obliga a castigar separadamente la lesiones a los bienes jurídicos que enumera de las producidas a la integridad moral (SSTS. 1218/2004, 414/2007 y 891/2008).*

Por lo que tampoco es de recibo la pretensión de excluir la autónoma consideración de la falta de lesiones imputada al recurrente. Basta con leer a estos efectos lo dispuesto en el artículo 177 del Código Penal.

Tampoco es aceptable la pretensión subsidiaria de calificar los hechos como el delito del artículo 175 del Código Penal. Basta advertir a estos efectos que la diferencia entre este tipo penal y aquél por el que viene penado el recurrente no estriba tanto en la gravedad de la afrenta a la dignidad cuanto en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico -en este caso de venganza- que exige el artículo 177, por ello adecuadamente aplicado.

El motivo se rechaza en su totalidad.

QUINTO.- El motivo IV apartado 1 del recurso pretende la atenuación justificada por haberse incurrido en dilaciones indebidas en la decisión de la causa.

En modo alguno cabe estimar esa pretensión pues la misma no se acompaña de la indicación de paralizaciones concretas, adecuadamente identificadas, que permitan valorar si estaban o no justificadas. Se limita el recurrente a aludir al tiempo que va desde la denuncia a la sentencia. Y a proclamar que en ello influyeron las pretensiones de investigaciones formuladas por otro acusado pero no su comportamiento procesal.

Tal planteamiento del motivo hace imposible valorar en esta casación si concurren o no los presupuestos que el artículo 21.6 del Código Penal exige.

Recurso interpuesto por Yuri Sarran Jardine

SEXTO.- 1.- En el primero de los motivos, actuando en calidad de acusador, pretende el recurrente, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la condena se extienda a otros acusados del delito de torturas no penados por el mismo.

2.- En la Sentencia de este tribunal de 12 de junio de 2012, resolviendo el recurso 1304/2011, decíamos extensamente que: *el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediación por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación.*

Lo recordábamos recientemente en nuestras Sentencias núms. 798/11 de 14 de julio y 698/2011 de 22 de junio, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reafirmada en su Sentencia 45/2011 de 11 de abril, matizando la previa dicha en la sentencia de dicho Tribunal 184/2009 de 7 de septiembre.

Conforme a la misma la garantía del derecho de defensa del acusado absuelto en la sentencia recurrida se encuentra en función de la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos.

Recogíamos dicha doctrina en nuestras citadas Sentencias en los siguientes términos:

"Entre los postulados establecidos destaca como rector que, cuando el órgano ad quem "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Ilisescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000 , de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica, cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal Constitucional que el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 36).

Es verdad que en la reciente Sentencia Tribunal Constitucional nº 45/2011 se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus característicos y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, abriendo el debate sobre el hecho objeto de imputación, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza".

Y eso es lo que pretende el motivo formulado por los querellantes que ahora examinamos ya que, lejos de limitarse a discutir si el hecho probado es subsumible en la norma típica, lo que postula es que se mude la declaración de tal hecho probado estableciendo nuevas afirmaciones fácticas, como la relativa a la existencia de un verdadero engaño constituido por la maquinación que describe y que la sentencia de instancia no asume, para, desde esa nueva base histórica, formular un nuevo juicio de culpabilidad.

Dado que eso es lo proscripto por el contenido esencial del derecho de defensa conforma a su constitucional configuración, también por este motivo hemos de rechazar el recurso interpuesto (SSTS 500/2012, 1160/2011 y 798/2011).

3.- En cuanto a la pretensión de condena de los absueltos del delito de torturas, el motivo entiende que todos los acusados han actuado como un equipo coordinado, y que mienten en su versión de los hechos. Estima en fin que los indicios respecto de su intervención son abrumadores.

Es evidente que tal tesis implica una petición de modificación del hecho probado. Lo que ni permite el cauce casacional elegido, que solo autoriza a debatir la calificación del hecho sin modificar su descripción, ni sería compatible con el derecho de defensa a conforma a la doctrina consolidada que dejamos expuesta.

Y no solamente en cuanto al tipo penal del artículo 174. También en lo que se refiere al tipo penal del artículo 176 ya que el hecho probado tampoco permite tener por identificados a esos acusados como presentes y omitiendo cumplir determinados deberes respecto de la eventual permisión de los actos que los otros penados llevaron a cabo.

Se rechaza pues el motivo primero.

SÉPTIMO.- En el segundo de los motivos se pretende excluir la absolución de los ya penados, y del resto de los acusados, pero en relación a otros delitos (denuncia falsa, simulación de delito y falsedad documental) que se le atribuyeron por la acusación y de los que han sido absueltos.

Ciertamente en cuanto a esos otros delitos el recurrente afirma que la sentencia sí ha considerado probados todos los elementos típicos del delito de denuncia falsa. Pero en realidad la queja no se funda en la absolución, sino en la negativa del Tribunal a deducir testimonio contra los acusados para que puedan ser perseguidos por dichos delitos. Lo que se somete a esta casación no es pues una pretensión de condena si no una revisión de una decisión -absolución por "restantes hechos" por los que se ha seguido la causa- en la medida que haría inviable una efectiva eventual posterior acusación que no se habría formulado en esta causa.

5.- La sentencia recurrida -fundamento jurídico 15- proclama que respecto de los hechos, con los que se fundaría la imputación de los delitos de denuncia falsa, simulación de delito y falsedad, **no se formuló acusación.** Pero seguidamente cree advertir que tales hechos "están **incluidos** en los hechos **por los que se siguió** este procedimiento". Y, precisamente por falta de acusación, estima que la sentencia **"resuelve definitivamente"** su enjuiciamiento**.** En la parte dispositiva, más allá de la denegación de la deducción del testimonio solicitado, establece que los acusados son **absueltos** de "toda responsabilidad criminal por los restantes hechos por los que se ha seguido la causa contra ellos".

6.- Es obvio que respecto de hechos que no son objeto de acusación no cabe decisión alguna sin notoria incongruencia. Tales hechos, ausentes de los escritos que determinan el objeto del proceso, no integran éste, de ahí que la sentencia que pone fin al proceso ningún efecto de cosa juzgada puede producir sobre tales hechos, excluido de su objeto.

La inanidad de ese inciso pseudo absolutorio de la sentencia de instancia es por ello evidente.

Pero lo que el recurrente pretende es que tal absolución implica vulneración de los artículos reguladores de los tipos penales que se propone imputar en posterior procedimiento.

Y esa pretensión debe relacionarse con la denuncia en el motivo tercero, al amparo ya del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del derecho a la tutela judicial efectiva precisamente por estimar que la denegación del testimonio solicitado obstaculiza el ejercicio de acciones penales para la protección de intereses legítimos como perjudicado por aquellos delitos que se propone imputar.

En la medida que el particular de la parte dispositiva de la sentencia carece de todo efecto respecto a hechos que, no obstante el discurso de la sentencia, no han sido erigidos en objeto del proceso, y respecto de los cuales tampoco en momento previo consta una decisión con rango que le atribuya fuerza de cosa juzgada (sobreseimiento libre), es claro que en modo alguno cabe entender que existe obstáculo alguno para esa posterior promoción de proceso en el que se formule la pertinente acusación. Por otra parte ningún precepto condiciona la denuncia del ofendido, y la subsiguiente incoación del procedimiento, a una previa autorización del órgano jurisdiccional que entiende por razón de la denuncia tenida por falsa o por razón de la simulación del delito.

Así pues, ni la sentencia vulnera unos preceptos legales, que tipifican unos delitos, si los hechos que fundarían los mismos no son objeto del proceso delimitado por las partes acusadoras en sus escritos de calificación, ni cabe tener por obstruida la eventual persecución de aquellos delitos, ni, en consecuencia afectado el derecho a la tutela judicial, si las partes legitimadas formulan en definitiva tales acusaciones.

Por esa razón ha de desestimarse también el segundo y tercero de los motivos.

OCTAVO.- En el primero de los motivos formulados en calidad de acusado penado se denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia en relación a la condena por falta de lesiones en la persona de D. Raúl.

Sin embargo tal motivo se formula de manera subsidiaria respecto del tercero. Dado que éste sí ha de ser estimado, el primero queda sin contenido.

Sin perjuicio de ello cabría dar por reproducido en cuanto a este motivo lo que diremos en relación al tercero.

NOVENO.- En el segundo de los motivos formulados en calidad de acusado penado se denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia en relación a la condena por falta de lesiones en la persona de D. Antonio Clemente.

Estima el recurrente que debe considerarse que si los agentes mintieron en otras imputaciones respecto al recurrente tampoco son creíbles al atribuirle la causación de estas lesiones.

No obstante, la convocatoria para resolver esta queja del canon que la garantía constitucional impone, conforme expusimos anteriormente, hace injustificada la argumentación del recurrente.

La sentencia de instancia es particularmente parca en la expresión de los elementos de juicio que le llevaron a imputar estas lesiones al recurrente. Pero ello no obstante indica en el fundamento jurídico cuarto, primer párrafo, cuales son tales medios de prueba que "conforma la convicción del Tribunal" y que considera "suficiente para considerar enervado el principio (sic) de presunción de inocencia".

Lo que en el contexto del resto de la argumentación, pone de manifiesto que acepta la versión de los testigos sobre la maniobra de reducción del recurrente como origen de las lesiones que la actuación de éste causó al citado agente franco de servicio. Conclusión tanto más razonable cuanto que ninguna otra podría explicar aquel resultado lesivo.

Por ello el motivo se rechaza.

DÉCIMO.- El tercero de los motivos que como penado esgrime el recurrente encuentra el apoyo parcial del Ministerio Fiscal y debe, en efecto, ser estimado.

En el mismo se denuncia vulneración del artículo 617 del Código Penal pero en relación al precepto que regula la responsabilidad civil (artículo 109 del Código

Penal) y ello porque la responsabilidad civil que se le impone por razón de las lesiones causadas a D. Raúl, no ha sido objeto de pretensión por ninguna de las partes.

Ciertamente en este motivo reitera también la alegación de vulneración de la presunción de inocencia y del precepto legal regulador de la falta de lesiones. Y ello al estimar que la sentencia no dispuso de medios probatorios acreditativos de la autoría de la agresión imputada.

En cuanto al defecto probatorio damos por reproducido lo dicho respecto a la falta atribuida por las lesiones causadas a D. Antonio Clemente. Con lo que se reitera la desestimación del motivo primero. Y excluida la modificación de la descripción del hecho, también se rechaza este motivo en cuanto se formula al amparo del artículo 849.1 por vulneración del artículo 617 del Código Penal.

No obstante, como anticipábamos, debe estimarse parcialmente el motivo en cuanto a la pretensión de reparación civil ya que la condena por tal concepto vulnera el principio dispositivo que rige el ejercicio de las acciones civiles, también en el ámbito del procedimiento penal. En efecto el antecedente cuarto de la sentencia recurrida no recoge la pretensión civil de indemnización a D. Raúl por ninguna de las partes que intervinieron.

UNDÉCIMO.- Las costas derivadas de cada recurso deben imponerse al que lo formula si es desestimado, pero declarándose de oficio las derivadas del recurso estimado, aunque sea parcialmente. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declarar **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación formulados por **BAKARI SANYANG DAVILA** y **VÍCTOR BAYONA VIEDMA,** contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Barcelona,** con fecha **17 de octubre de 2011,** que les condenó por

delitos de lesiones y torturas, que confirmamos en cuanto a la condena a dichos recurrentes, a quienes imponemos las costas de sus recursos de casación.

Debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso interpuesto por **YURI SARRAN JARDINE,** contra la misma sentencia, que casamos en el único particular relativo a la parte de la responsabilidad civil impuesta, en los términos de la segunda sentencia que dictaremos a continuación; con declaración de oficio de las costas derivadas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

568/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: **Luciano Varela Castro**

Fallo: **22/11/2012**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: **985/2012**

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil doce.

En la causa rollo nº 81/09 seguida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de las Diligencias Previas nº 3488/06,

procedentes del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, por presuntos delitos contra la salud pública, atentado y torturas, contra **Yuri Sarran Jardine,** con NIE Nº X 6042675, nacido el 3 de julio de 1984, hijo de Stuart y de Sara, **Víctor Bayona Viedma,** con DNI nº 43534488-L, nacido en Barcelona el 14 de noviembre de 1980, hijo de Manuel y de Juana, **Bakari Sanyang Dávila,** con DNI nº 46691502-F, nacido en Badalona el día 3 de diciembre de 1975, hijo de Susayman y de Paula, **Manuel Javier Ortega Herrero,** con DNi nº 46801774, nacido en Sabadell el 21 de octubre de 1975, hijo de José Olegario y de Ana María, **Jordi Gil Tares,** con DNI nº 46994589-X, nacido en Barcelona el 24 de diciembre de 1974, hijo de Miguel y de María Rosa, **Antonio Clemente Relats** con DNI nº 43424751, nacido en Barcelona el 29 de junio de 1972, hijo de Antonio y de Lourdes y **Raúl Aguilar Alvarez,** con DNI nº 46871681G, nacido en Barcelona el día 6 de abril de 1985, hijo de Juan Miguel y de María del Carmen, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de octubre de 2011, que ha sido recurrida en casación y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados de la recurrida. Así como los antecedentes procesales que en la misma se exponen.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Dando por reproducido lo dicho en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la condena de D. Yuri Sarran Jardine, al abono de indemnizaciones a favor de D. Raúl Aguilar Alvarez, confirmándose en lo demás la recurrida.

III. FALLO

Se deja sin efecto la imposición de la obligación de indemnizar por Yuri Sarran Jardine, a Raúl Aguilar Alvarez, confirmándose en lo demás lo decidido en la sentencia de instancia.

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

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.