



Roj: STS 814/2015 - ECLI:ES:TS:2015:814
Id Cendoj: 28079120012015100106
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1758/2014
Nº de Resolución: 123/2015
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 123/2015

Fecha Sentencia : 20/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Julián Sánchez Melgar

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº : 1758/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Señalamiento: 10/02/2015

Procedencia: A.P. Palma de Mallorca

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

Escrito por : BDL

* **Delitos de tortura y lesiones.**

* **Torturas denunciadas por dos ciudadanos ingleses, que previamente habían tenido un incidente con un sargento de la Guardia Civil, resultando éste lesionado, por lo que fueron condenados en un juicio de faltas.**

* **Los denunciantes nunca ratificaron su denuncia ante la autoridad judicial, no fueron al juicio oral, ni las defensas tuvieron, en consecuencia, la posibilidad de someter su declaración a interrogatorio judicial, con plenas garantías de contradicción (art. 6CEDH).**

* **Acta de manifestaciones notarial, desdiciéndose de su inicial denuncia policial.**

* **En ella se afirma que la denuncia se produjo como táctica defensiva, que le fue aconsejado.**

* **Valor de las declaraciones prestadas en sede policial.**

* **Valor de las declaraciones producidas sin contradicción procesal y sin que, por consiguiente, la defensa pueda interrogar a los testigos de cargo.**

* **El carácter odioso de los hechos denunciados no puede determinar una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.**

* **Presupuestos para admitir como pruebas de cargo una declaración sumarial.**

* **En el caso, ni los denunciantes acudieron al juicio oral, ni se les pudo nunca tomar declaración en sede judicial.**

Nº: 1758/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Fallo: 10/02/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 123/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL y por las representaciones legales de los acusados Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio** , contra Sentencia núm. 95/2014, de 16 de junio de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictada en el Rollo de Sala núm. 107/13, dimanante de las Diligencias Previas de P.A. núm. 4863/09, del Juzgado de Instrucción núm. 5 de dicha Capital, seguidas por delitos de tortura y lesiones contra mencionados acusados; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes: como recurrentes el Ministerio Fiscal, y los acusados representados por: Luis Miguel , Belarmino y Eutimio por el Procurador de los Tribunales Don Julián Caballero Aguado y defendidos por el Letrado Don Gaspar Oliver Servera, y Felix representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y defendido por el Letrado Don Javier Sánchez-Vera Trelles, y como recurrido el Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas de P.A. núm. 4863/09 por delitos de torturas y lesiones contra Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio y una vez concluidas las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 16 de junio de 2014, dictó Sentencia núm. 95/14 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Los acusados Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio , todos mayores de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de funcionarios de la Guardia Civil, en noviembre de 2009 se hallaban destinados en el área de investigación del cuartel de Palmanova, estando al mando de dicha área el primero de los acusados.

En la madrugada del día 21 de noviembre de 2009, estando Felix franco de servicio en el Pub Gallery de la localidad de Palmanova, tuvo un incidente con el ciudadano inglés Paulino , en el transcurso del cual éste le dio un golpe en la cara, cayendo Felix al suelo y quedando semiaturdido, procediéndose a la detención de Paulino , en unión de un amigo de éste llamado Marco Antonio , quien también se había visto involucrado en el incidente.

En su día se dedujo un testimonio de la presente causa por si los hechos perpetrados por Paulino y Marco Antonio pudieran ser constitutivos de alguna infracción penal, procedimiento que finalizó por sentencia del Juzgado de Instrucción no 5 de Palma de 16 de mayo de 2013 (Juicio de Faltas 824/2013) , que condenó

a ambos como autores de sendas faltas de lesiones, del artículo 617.1 del Código Penal y de desobediencia leve a los agentes de la autoridad, del artículo 634 del mismo texto legal .

Los acusados y otros funcionarios Guardias Civiles no identificados, puestos de común acuerdo y movidos por la intención de reprender y escarmentar a Paulino y a Marco Antonio por la agresión al Sargento Felix y la actitud que habían tenido frente a la Guardia Civil, durante la madrugada del día 21 de noviembre de 2009 y durante la tarde de ese mismo día, entraron en repetidas ocasiones en los calabozos donde los había ingresado, agrediéndolos, dándoles golpes por todo el cuerpo, amedrentándolos a la vez que se mofaban de ellos.

Así, durante la madrugada del día 21 de noviembre, varios funcionarios de la Guardia Civil entraron en el calabozo de Paulino hasta en cuatro ocasiones, siendo que en la primera le gritaron, le abofetearon y le pegaron patadas. En otra de las ocasiones, el acusado Felix se puso unos guantes y le dio puñetazos, cogiendo después una porra con la que les pegó por todo el cuerpo. En la siguiente ocasión que el Sargento se presentó en el calabozo de Paulino , le pegó nuevamente con los guantes y después, cogiendo uno de los zapatos del detenido, le agredió repetidamente con el mismo.

Durante la tarde del día 21 de noviembre, los otros tres acusados, a sabiendas de las agresiones que ya se habían producido en los calabozos durante la madrugada y siguiendo con la intención de castigar al detenido Paulino por la agresión al Sargento, entraron en diversas ocasiones en el calabozo de Paulino , preguntándole en repetidas ocasiones si eran conscientes de lo que habían hecho, si en Inglaterra se pegaba a los policías, pegándole puñetazos en la sien y por todo el cuerpo, siendo que en una de las ocasiones el acusado Belarmino le hizo desnudarse y le pegó una patada en los genitales. En otras ocasiones entraban en los calabozos y únicamente hacían ademán de pegar, sin que finalmente llegara a producirse la agresión, lo que producía un enorme desasosiego en el detenido que pensaba que nuevamente se repetirían las agresiones.

El acusado Felix , entró finalmente en el calabozo la tarde del día 21 y se quedó dentro del mismo durante un buen rato, en el que sólo miraba al detenido Paulino , manteniendo una respiración profunda, provocando de esta manera un miedo atroz al mismo, quien le pedía que ya no le pegara más, aprovechando este momento el acusado para manifestar al detenido que si contaba algo de lo sucedido en el Juzgado le rompería las piernas y los brazos, acompañando estas manifestaciones de gestos corporales muy esclarecedores.

Durante la madrugada del día 21 de noviembre de 2009 varios funcionarios de la Guardia Civil, movidos por el mismo ánimo, también entraron repetidamente en el calabozo en el que estaba ingresado el detenido Marco Antonio , agrediéndole y gritándole, siendo que en una de las ocasiones el acusado Felix le sacó del calabozo y le llevó a otro cuarto, donde, junto con otro agente no identificado, le dieron golpes y puñetazos cogiendo una porra y dándole en la ceja, lo que provocó una herida inciso contusa de la que manaba 'abundante sangre, obligado el acusado a Marco Antonio a coger una fregona y recoger "lá sangre que había caído en el suelo, dándole patadas mientras el detenido fregaba el suelo. A lo largo de la madrugada del día 21, varios funcionarios de la Guardia Civil entraron en el calabozo y repitieron las mismas acciones que habían realizado con el otro detenido Paulino propinando golpes al acusado con guantes puestos, con los zapatos, insultando y amedrentando a Marco Antonio .

Como consecuencia de las agresiones, Paulino sufrió multicontusiones, dolor en la muñeca izquierda y parrilla costal bilateral, hematoma orbicular, hematoma en ojo izquierdo, hematoma bpalpebral y hemorragia conjuntival anterior en el ojo derecho, hematomas por todo el costado derecho, tratándose de lesiones compatibles con objeto alargado y romo, contusito, que se repiten en el muslo izquierdo y en la pierna y costado izquierdo, con fractura de apófisis cubital, portando yeso antebraquial, que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, tardando

60 días en curar de los que 45 estuvo impedido para sus quehaceres habituales.

Asimismo y como consecuencia de las agresiones, Paulino , que ha renunciado a cuantas acciones civiles pudieren corresponderle a resultas de la presente causa, padeció un cuadro de estrés agudo, compatible con un trastorno por estrés postraumático, que perjudicó su estado emocional, sufriendo un deterioro de su actividad social y laboral.

Marco Antonio sufrió tras las agresiones, herida inciso contusa en la ceja derecha, fractura de la falange 2a del dedo 3º, contusiones en el costado izquierdo, tercio superior y medio, compatible con objeto romo y alargado, que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa con puntos de sutura y yeso

antebraquial, tardando en curar 60 días, de los que 30 fueron de carácter impeditivo, quedando como secuela un leve perjuicio estético por la cicatriz de la ceja."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Felix como autor criminalmente responsable de dos delitos consumados de torturas graves sobre las personas de Paulino y Marco Antonio a la pena de dos años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 8 años de inhabilitación absoluta, por cada uno de ellos, y, como autor de dos faltas de lesiones a la pena de un mes multa con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de quince días por cada una de ellas, y al abono de la mitad de las costas procesales y al abono de la mitad de las costas ocasionadas a la acusación particular.

Asimismo, se condena a Felix a abonar en concepto de responsabilidad civil, a D. Marco Antonio la cantidad de 2.455,5 euros por las lesiones sufridas, cantidad que devengará el interés del art. 576 del la LEC y de la que responderá subsidiariamente el Ministerio del Interior.

Que debemos condenar y condenamos a Belarmino , Eutimio y a Luis Miguel , como autores de un delito consumado de torturas sobre la persona de Paulino a la pena de dos años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 8 años de inhabilitación absoluta, y como autores de una falta de lesiones a la pena de un mes multa, con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de insolvencia de quince días y a que solidariamente abonen la mitad de las costas procesales incluidas las de la acusación particular."

La anterior resolución lleva unido un Voto particular que emite el Magistrado Ilmo. Sr. D. Hugo M. Ortega Martín.

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por el **MINISTERIO FISCAL y por las representaciones legales de los acusados Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

Único.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 617.1 del C. penal e inaplicación indebida del art. 147.1 y 148.1 y 2 del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del los acusados Luis Miguel , Belarmino y Eutimio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva con producción de indefensión.

Segundo.- Al amparo de los artículos 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ , infracción del art. 24 de la CE por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Al amparo de los artículos 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ , infracción del art. 24 de la CE por vulneración del derecho de defensa, el derecho a no sufrir indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva, reconocidos en le art. 24.1 y 2 de la CE .

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida no apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Felix , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 853 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la CE al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la CE , al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuada la presunción de inocencia en cuanto a la identificación del Sr. Felix como pretendido autor de un delito de torturas.

Tercero.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24 de la CE , al haberse producido quebranto del derecho fundamental al proceso debido con todas las garantías.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la CE , al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia.

Quinto.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la CE , al haberse producido condena a pesar de que no se había desvirtuado la presunción de inocencia.

Sexto.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24 de la CE al haberse dicta una sentencia ajena y contraria la secular y prescrita.

Séptimo.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 54 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., al haberse lesionado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado, y a un proceso público con todas las garantías.

Noveno.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación de la modalidad "Grave" del art. 174.1 del C. penal

QUINTO.- Es recurrido el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, que se persona por escrito de 16 de septiembre de 2014.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 10 de febrero de 2015, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó a Felix , Belarmino , Eutimio y Luis Miguel , como autores de dos delitos de torturas y dos faltas de lesiones para el caso de Felix , y una falta de estas mismas características para los demás, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación todos los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver. También ha recurrido el Ministerio Fiscal en cuanto a la calificación jurídica de las lesiones.

SEGUNDO.- Todos los recurrentes plantean como motivo central la vulneración de su presunción de inocencia, proclamada constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , y ello como consecuencia de que los testigos de cargo, que son los que supuestamente habrían sufrido las torturas infligidas por los acusados hoy recurrentes, no comparecieron nunca ante la autoridad judicial a denunciar los hechos, y por tanto, no existe prueba válida que pueda ser valorada por el Tribunal sentenciador, además de que como consecuencia de esta carencia no han tenido las defensas oportunidad de interrogar a los testigos de cargo, con grave infracción de las garantías proclamadas por los convenios internacionales (art. 6 CEDH).

La secuencia de hechos enjuiciados se remonta a la madrugada del día

21 de noviembre de 2009 en el Pub Gallery de la localidad de Palmanova, en donde tuvo lugar un incidente entre el ciudadano inglés Paulino con el funcionario de la Guardia Civil, Sargento Felix , en el transcurso del cual fue éste golpeado, tanto por el expresado Paulino como por el también ciudadano inglés Marco Antonio , los cuales serían condenados posteriormente en juicio de faltas como autores de dos faltas de lesiones y de desobediencia leve a los agentes de la autoridad. Ambos ingleses fueron detenidos, oponiéndose tenazmente a tal detención y conducidos al Cuartel de la Guardia Civil, en donde se narra que en la madrugada de tal día y durante la tarde «entraron en repetidas ocasiones en los calabozos donde los habían ingresado, agredidos, dándoles golpes por todo el cuerpo, amedrentándolos a la vez que se mofaban de ellos». A continuación, se describen más minuciosamente los hechos que la Sala sentenciadora de instancia declara probados.

Al comienzo del juicio oral, se pone de manifiesto la incomparecencia de tales testigos de cargo, a los cuales no se les ha tomado declaración en ningún momento, y el Ministerio Fiscal (y la acusación particular) solicitaron la suspensión del acto del juicio oral, y que se expidiese la correspondiente comisión rogatoria u oficio a INTERPOL para su localización y declaración aunque lo fuera mediante videoconferencia. El Tribunal sentenciador no dio lugar a tal suspensión, y continuó con la celebración del juicio oral.

Respecto de ambos testigos, la Audiencia hace constar que, a través del Letrado de Marco Antonio , supo la negativa del mismo a declarar, lo que fue expresado así por el padre del Marco Antonio . Y que por lo que hace a Paulino había realizado un acta de manifestaciones notarial, desdiciéndose de su inicial denuncia policial.

Ante ello, la Sala sentenciadora de instancia señala que nada excluye la posibilidad de valorar las declaraciones policiales de Paulino y Marco Antonio , siempre que los funcionarios policiales ante los que se han prestado tales declaraciones acudan al plenario.

En suma, la Audiencia reconoce que tanto uno como otro «no llegaron a declarar ante el juzgado de Instrucción y no han comparecido al acto del juicio por hallarse fuera del país». Únicamente, pues, se les tomó la denuncia policial por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de Palma.

Es por ello que el Tribunal sentenciador dice que ha de valerse de prueba indiciaria para formar su convicción judicial. En tal apartado, la sentencia recurrida cuenta con un voto particular discrepante respecto a tal valoración probatoria, que proclama el resultado absolutorio ante la falta de prueba de cargo valorable judicialmente.

La cuestión sustancial de este recurso reside en la problemática de la falta de oportunidad de interrogar a los testigos de cargo, junto al dato de que tales declaraciones en momento alguno se produjeron en fase judicial.

El resto de la prueba no puede concluirse como suficiente, más allá de toda duda razonable, porque a lo sumo pueden quedar acreditadas las lesiones padecidas por los denunciados, pero sin que conste con toda claridad la etiología de las mismas, ya que es un hecho totalmente pacífico que la detención fue muy violenta (particularmente la introducción en el vehículo policial), y desde luego sin que patentes los informes médicos la autoría de su causación. La Audiencia también recoge el parecer del Capitán Aureliano en el sentido de que tales lesiones «era muy complicado que éstas se produjeran en un calabozo», parecer que «también comparte el médico forense que examinó a los denunciados», según se detalla en la sentencia recurrida (pág. 23 *in fine*). Todo ello sin perjuicio de la alta probabilidad de su causación que maneja la Sala sentenciadora de instancia, en el quinto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

Ni siquiera el llamado testigo directo, arrojó luz alguna sobre el particular, ya que Leopoldo , que compartió calabozo en el Cuartel con Paulino , en ningún momento ratificó su declaración en el atestado policial (folios 161 a 163), de la que dijo que no reconocía su firma. En el plenario, declaró que el ciudadano inglés se encontraba muy violento, que «se recostó en el suelo, se levantó y empezó a dar puñetazos y hacer bulla, cogió un zapato y lo tiró», y «que nadie entró a golpearlo en toda la noche». Afirmó que no percibió directamente los hechos, y únicamente escuchó ruidos. Ante ello, es obvio que esta declaración no puede ser valorada en contra de reo.

Por lo demás, la Sala sentenciadora de instancia también refleja la abundante prueba testifical de los funcionarios de la Guardia Civil que desfilaron en el juicio oral y que declararon en contra de la versión inculpativa sostenida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, afirmando que no vieron las lesiones ni los malos tratos denunciados.

TERCERO.- Centrándonos, pues, en la supuesta imputación de los denunciados, los cuales no acudieron al plenario, ni consta en ellos declaración alguna de naturaleza judicial, y que es la base probatoria de este proceso, pues no nos olvidemos que nada hubiera impedido su comparecencia personal o mediante videoconferencia, ya que en momento alguno consta certificación alguna que afirme que su comparecencia al plenario era imposible o muy dificultosa, conviene tomar en consideración, para valorar los efectos jurídicos de tal falta de asistencia al plenario, la circunstancia de que el Letrado Sr. Calvar Antón que asistió a ambos denunciados en el Cuartel de la Guardia Civil, tras su detención, incluso llegando a formular escrito de acusación en nombre de ambos, se aparta de su patrocinio a Paulino y enseguida toma una nueva representación y defensa, interesando se le tenga por apartado en el procedimiento, manifestando que no tenía nada que reclamar civil ni penalmente, por lo que se declara sin efecto la acusación formula en su nombre por el Letrado Sr. Calvar. Además, respecto de Paulino , consta un acta de manifestaciones (folios 577 a 582) en donde se refleja lo siguiente: «... al cabo de unos días de haber sido detenido por la agresión al Sargento Felix , su Letrado Sr. Calvar y un Teniente de la Guardia Civil llamado Guillermo le aconsejaron como táctica de defensa denunciar por malos tratos al Sargento, viéndose involucrados también otros agentes, a los cuales desconocía, pero que le dijeron que tenía que decir que no iban uniformados... que presentó la denuncia como táctica de defensa... que semanas después le dijo a su abogado que la quería retirar...» y más adelante reconoce «haber tenido una pelea en una noche donde consumió alcohol en abundancia y cocaína».

Ya hemos dicho también que la propia Audiencia señala que por parte del Letrado del Sr. Marco Antonio se dejó constancia de que el padre del referido denunciando, según manifestó el mismo, se encontraba «*fuera del país y que no acudiría a declarar porque no estaba en condiciones de hacerlo*».

En consecuencia, con respecto a la prueba primordial, la defensa no ha tenido la oportunidad de interrogarles, sin que en ninguna fase del proceso se haya tenido tal oportunidad ni siquiera se haya practicado una declaración ante el juez de instrucción.

Paulino y Marco Antonio fueron correctamente citados, y no comparecieron sencillamente porque no quisieron. El Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron la suspensión del plenario, y la Audiencia no lo concedió. No puede, pues, valorarse tal prueba. El testimonio de referencia, caso de que pudiera aquí utilizarse, está reservado a los supuestos en que no haya posibilidad de traer al plenario al testigo directo, no cuando el testigo directo no desea declarar en dicho acto.

CUARTO.- De lo que antecede, debemos plantearnos dos cuestiones:

1º) el valor de las declaraciones prestadas en sede policial; y 2º) el valor de las declaraciones producidas sin contradicción procesal y sin que, por consiguiente, la defensa pueda interrogar a los testigos de cargo. Ambos aspectos son de esencial consideración en el caso de autos.

Respecto a las declaraciones en sede policial, entre otras muchas, la STC 68/2010, de 18 de octubre, despeja cualquier incógnita acerca del problema suscitado, esto es, la utilización como prueba de cargo de la declaración prestada en Comisaría y, por tanto, en ausencia de una contradicción e intermediación judicial efectivas. Recuerda el Tribunal Constitucional que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC núm. 182/1989, de 3 de noviembre, F.2 ; 195/2002, de 28 de octubre, F. 2 ; 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2 ; 1/2006, de 16 de enero, F. 4 ; 345/2006, de 11 de diciembre, F. 3, y muy recientemente la STC del Pleno de 28/02/2013, especialmente F.F. 3, 4 y 5).

En suma, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Sobre este aspecto ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en su conocida STC 31/1981, señalando que «*dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim*» (F. 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en «objeto» de prueba y no en «medio» de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre, F. 2; 303/1993, de 25 de octubre, F. 4; 79/1994, de 14 de marzo, F. 3; 22/2000, de 14 de febrero, F. 5; 188/2002, de 14 de octubre, F. 2).

La STC, Pleno, 165/2014, de 8 de octubre de 2014, concluye del mismo modo: «Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria».

Así, en el caso enjuiciado, la prueba de cargo no se practicó en momento alguno ante la autoridad judicial, sino en presencia exclusivamente policial.

Ahora examinemos, el valor de tal declaración sin la oportunidad de contradicción ni correlativa posibilidad por la defensa de interrogar a los testigos de cargo.

Y ello porque, con nuestra reciente Sentencia 632/2014, de 14 de octubre (citada en la STS 71/2015, de 4 de febrero), hemos de convenir que «*en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso*». Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de

las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con la Constitución. Se añade que la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala imponen la exclusiva validez de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia, pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral. Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (S TEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi ; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros). Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà), " los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

Esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, la principal prueba de cargo, los testigos que denunciaron las torturas objeto de este proceso, no acudieron al juicio oral, ni previamente fueron interrogados por ninguna autoridad judicial con asistencia de los letrados de las defensas que hubieran podido tener oportunidad de preguntar sobre los hechos que les acusaban. Siendo ello así, se han conculcado las garantías constitucionales y la prueba no puede tener valor probatorio alguno. Cualquiera que sea el grado de inferencia que pueda concederse a otros indicios, por lo demás, evanescentes, no pueden sustituir un testimonio posible y practicable a presencia de los jueces «a quo».

Estamos conformes, pues, con las razones expresadas en el voto particular discrepante, que llegó a la conclusión de que no había pruebas de cargo valorables, o las que se practicaron conducían directamente a la absolución al faltar una certeza completa de lo denunciado desde la perspectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, exigida por el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , que aquí se ha conculcado.

En conclusión, esta censura casacional tiene que ser estimada, y declarando la violación de tal derecho fundamental, casar la sentencia, y dictar nueva resolución judicial en la que se absuelva a los acusados de los cargos imputados, sin que proceda ya el estudio de los restantes reproches casacionales ni, por consiguiente, el recurso del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Al proceder la estimación de los recursos de los acusados, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En lo que respecta al recurso del Ministerio Fiscal, en realidad, queda sin objeto, lo que ahora se ha de traducir en una formal desestimación, declarando de oficio las costas procesales del mismo, dada su posición institucional.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **las representaciones legales de los acusados Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio** , contra Sentencia núm. 95/2014, de 16 de junio de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , contra Sentencia núm. 95/2014, de 16 de junio de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

1758/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Fallo: 10/02/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 123/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas de P.A. núm. 4863/09 por delitos de torturas y lesiones contra **Felix , Luis Miguel , Belarmino y Eutimio** y una vez concluidas las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 16 de junio de 2014, dictó Sentencia núm. 95/14 ; la cual ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de los acusados, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala, y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- No se aceptan los hechos probados en cuanto a la autoría de los acusados Felix , Belarmino , Eutimio y Luis Miguel , por falta de pruebas concluyentes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a los acusados Felix , Belarmino , Eutimio y Luis Miguel , de los delitos que les han sido imputados, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.



III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Felix , Belarmino , Eutimio y Luis Miguel , de los delitos que les han sido imputados, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

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

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ