

Roj: STS 376/2015 - ECLI:ES:TS:2015:376  
Id Cendoj: 28079120012015100032

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1372/2014

Nº de Resolución: 19/2015

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil quince.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de **Fausto y Matías**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, por delitos de los arts. 175 y 176 del Cpenal, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sra. Julia Corujo y Sra. Villalonga Vicens.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, incoó Procedimiento Abreviado nº 176/12, seguido por delitos contra los arts. 175 y 176 del Cpenal, contra **Fausto, Matías y Luis Enrique**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, que con fecha 10 de Abril de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Se declara probado que los acusados Fausto, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1972, cuyos antecedentes penales no constan (sin que haya estado privado de libertad por esta causa), cabo 1º de la Guardia Civil con número profesional NUM001.- Matías, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM002 de 1989, cuyos antecedentes penales no constan (sin que haya estado privado de libertad por esta causa), agente de la Guardia civil con número profesional NUM003, y Luis Enrique, alias Pirata, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM004 de 1981, cuyos antecedentes penales no constan (sin que haya estado privado de libertad por esta causa), llevaron a cabo los hechos que a continuación se describen, del modo y con la intervención que se precisará.- I/ Sobre las 2 horas del día 5 de agosto de 2011, hallándose los tres acusados en el ejercicio de sus funciones, los dos primeros como agentes de la autoridad y el tercero como vigilante del material que queda en la playa de Magaluf, cuando estaban patrullando por la citada playa y como vieran que el menor Franco (de 16 años de edad en cuanto nacido el día NUM005 de 1994) se acercaba en actitud sospechosa a un bolso que se encontraba en la arena, se acercaron hacia el menor.- 1.- Primero llegó el acusado Luis Enrique, que lo sujetó y le dio un empujón, sin que de ello se derivara lesión alguna para dicho menor de edad.- 2.- Acto seguido llegaron los dos agentes de la guardia civil: el acusado Fausto, extralimitándose en el ejercicio de su autoridad, con total desprecio de la condición de ser humano del menor y con ánimo de humillarlo, vejarlo y envilecerlo, le propinó un bofetón en la cara al menor, haciéndole caer al suelo. Tras ello, dicho acusado ordenó al menor que se dirigiera hacia la orilla de la playa para, a continuación, conminarle a que se desnudara, quedando éste únicamente en ropa interior; el cabo le exigió que se metiera en el agua y nadara hasta una boya, y cuando Franco se hallaba a mitad del trayecto alguno de los acusados -sin que se haya podido precisar quién- cogió su ropa mientras el resto pareció emprender la marcha del lugar, por lo que al verlo desde lejos el menor decidió regresar, momento en el que fue descubierto por el cabo, quien nuevamente le gritó que siguiera nadando hasta la boya, cosa que hizo el menor ante el temor sufrido, para inmediatamente alejarse los tres acusados del lugar, uno de ellos llevando consigo la ropa y zapatos del menor, sin que consiguiera este último recuperar las referidas prendas.- 3.- Por su parte, respecto del acusado Matías (que llevaba no mucho más de un mes ejerciendo sus funciones en el cuerpo) únicamente se ha probado que justo después de llegar con el cabo al lugar donde se hallaba*

*Franco* , procedió a cachearle superficialmente, hallando solamente los efectos personales que portaba, tales como las llaves de su domicilio, llaves de su moto y 20 euros en efectivo; dicho acusado no intervino en modo alguno para impedir las acciones anteriormente descritas, que sin embargo pudo presenciar y comprender perfectamente en todo su alcance, ni tampoco consta que manifestara desacuerdo o reparo alguno a su superior.- II/ A consecuencia de la agresión causada por el acusado *Fausto* , el menor *Franco* sufrió un cervicalgia postraumática y una contractura muscular, necesitando una primera asistencia, precisando para su curación siete días no impeditivos para sus ocupaciones habituales.- Dicho perjudicado, mayor de edad en el momento de la celebración del juicio, manifestó en la vista que no deseaba indemnización". (sic)

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

"LA SALA ACUERDA: CONDENAMOS: al acusado *Fausto* , como autor de un delito del artículo 175 del CP , en su modalidad de atentado no grave, a las penas de 9 MESES DE PRISIÓN, con la accesoría de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de 3 AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO; del mismo modo, por la falta del artículo 617.1 del CP le imponemos la pena de MULTA DE 30 DÍAS con una CUOTA DE 10 EUROS DIARIOS.- Se le imponen las 2/5 partes de las costas del proceso.- CONDENAMOS al acusado *Matías* , como autor de un delito del artículo 176 del CP , a las penas de 6 MESES DE PRISIÓN, con la accesoría de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y DE 2 AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO.- Se dirigirá al Gobierno exposición razonada sobre la excesiva penalidad resultante, en especial respecto de la inhabilitación para empleo o cargo público, tal y como se expuso en el fundamento quinto, apartado segundo, de esta resolución, de conformidad con el artículo 4.3 del CP .- Se imponen al acusado las 2/5 partes de las costas del proceso.- CONDENAMOS por último al acusado *Luis Enrique* , como autor de una falta de maltrato de obra del artículo 617.2 del CP , a la pena de MULTA DE 20 DÍAS con una CUOTA DE 6 EUROS DIARIOS.- Se impone al acusado 1/5 parte de las costas del proceso". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Fausto y Matías** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de **Fausto** formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO: Fundado en el art. 851.1º LECriminal .

TERCERO: Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 C.E . y con amparo en el art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

La representación de **Matías** , formalizó su recurso en base a un UNICO MOTIVO DE CASACION: Por infracción por indebida aplicación del art. 176 Cpenal y con fundamento en el art. 849.1 LECriminal .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugnó; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 15 de Enero de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 10 de Abril de 2014 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , condenó al cabo primero de la Guardia Civil *Fausto* como autor de un *delito contra la integridad moral en su modalidad de atentado no grave* y como autor de una falta de lesiones a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo. Asimismo condenó a *Matías* , agente de la Guardia Civil, como autor del delito de permitir que otras personas cometieran el delito contra la integridad moral, faltando a las obligaciones de su cargo, y, finalmente condenó a *Luis Enrique* , vigilante de la playa, como autor de una falta de maltrato de obra del art. 617-2º Cpenal .

Los hechos, *en síntesis*, se refieren a que sobre las dos horas del día 5 de Agosto de 2011 encontrándose *Fausto* , cabo primero de la Guardia Civil en unión de *Matías* , también miembro de la G.C. y *Luis Enrique* --alias *Pirata* -- en la playa de Magaluf, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia los dos primeros, y el tercero vigilante del material que queda en la playa, vieron que el menor de edad *Franco*

, nacido el NUM005 de 1994, se acercaba en actitud sospechosa a un bolso que había en la playa, se le aproximaron. Luis Enrique que fue el primero en llegar y le dio un empujón sin causarle lesión alguna. Seguidamente el cabo primero de la G.C., Fausto con clara extralimitación de su autoridad y con intención de humillarle, vejarlo y envilecerlo, le propinó un bofetón haciéndole caer al suelo y acto seguido le ordenó que se dirigiera a la orilla de la playa y tras conminarle a que se desnudara, quedando solo con ropa interior, le exigió que se introdujera en el mar y nadara hasta una boya, lo que efectuó el menor, quien como viese que se alejaban las tres personas citadas, llevándose uno de ellos su ropa, el menor volvió hacia la playa, lo que apercibido por el mismo Fausto le ordenó que nuevamente siguiera nadando hasta la boya, cosa que hizo, marchándose las tres personas llevándose la ropa y zapatos del menor.

El también agente y recurrente, Matías que llevaba un mes ejerciendo las funciones en el cuerpo de la G.C. solo procedió a cachear al menor superficialmente encontrándole las llaves de su casa, de su moto y unos 20 # en efectivo. Dicho agente no intervino en las acciones descritas las que presencié y comprendí en todo su alcance, no constando que manifestara reparo o desacuerdo ante sus superiores.

El menor sufrió una cervicalgia a consecuencia del bofetón que le propinó Fausto que solo precisó primera asistencia. Dicho menor ha renunciado a toda indemnización.

Se han formalizado recursos de casación por parte de Fausto y Matías a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- Recurso de Fausto .

Su recurso está desarrollado a través de **tres motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como *indebidamente aplicado el art. 175 del Cpenal* , relativo al delito contra la integridad moral del que ha sido condenado el recurrente quien, *solicita asimismo se le aplique el artículo 620-2º Cpenal* relativo a la vejación injusta de carácter leve.

Dado el cauce casacional utilizado del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal se debe partir del *riguroso respeto* a los hechos probados que actúan como presupuesto de admisibilidad del mismo.

El recurrente efectúa un relato de los hechos en lo referente a la introducción del menor en el agua absolutamente inocente y neutro y por tanto desprovisto de todo el cortejo de expresiones y actitudes que colorean y muy vivamente la acción ordenada al menor que desde luego *en nada se acerca* a una --repetimos-- "*inocente*" introducción del menor en el mar. Retenemos en este sentido lo que constituye *la tesis* que se sostiene en el motivo del *recurso* .

*"...Un hombre metiéndose en el agua en una playa de Mallorca, y sin estar completamente desnudo, no encuentra esta parte el contenido vejatorio o el comportamiento degradante o humillante, sino simplemente una acción habitual dado el lugar y época del año, de esta forma --se concluye por el recurrente-- no le parece a esta parte que desde un punto de vista objetivo, un hombre joven entrando en el agua puede ser constitutivo de una acción socialmente inadecuada con respecto a su dignidad como persona...."*

Ocurre que el relato de hechos objetivado por el Tribunal tras la valoración *crítica* de toda la prueba, de cargo y de descargo, *es radicalmente distinta estando ausente tal acción de la normal* , acción de "*...un hombre metiéndose en una playa de Mallorca....*" .

Los hechos objetivados fueron muy distintos. *Basta recordar la redacción de los hechos probados* .

El recurrente, *tras propinarle un bofetón* al menor que se encontraba en la playa de Magaluf a las dos horas del día 5 de Agosto:

- 1) Le ordenó que se dirigiera a la orilla de la playa.
- 2) Le conminó a que se desnudara.
- 3) Quedó en ropa interior.
- 4) Le exigió que se metiera en el agua y que nadara hasta la boya.
- 5) Como viera Franco --el menor-- que se retiraban inició --nadando-- la vuelta a la orilla.
- 6) Al observarlo el recurrente, regresó al lugar y le gritó que siguiera nadando hasta la boya lo que hizo el menor por el temor que tenía.
- 7) Las tres personas condenadas se alejaron llevándose la ropa y calzado del menor.

*Este y no otro fue el escenario en el que ocurrieron los hechos actuando como hilo conductor una clara e injusta situación de vejación y humillación por parte del recurrente que al menos avisado lector de la sentencia no se le escapa.*

Basta retener el planteamiento conminatorio utilizado por el Tribunal: le ordenó, le conminó, le exigió, nuevamente le gritó. Hay un *claro hilo conductor en toda la secuencia* en el que el recurrente, recordemos que cabo primero de la G.C., con patente extralimitación de sus funciones y *sin que quedara justificada ni mínimamente* su actuación --el menor solo iba a examinar un bolso que había en la playa en esas horas de la madrugada--, actuó de la manera descrita, que ya *se inició con un bofetón* que arrojó al menor al suelo.

Es obvio que tal actuación se sitúa ya en su inicio extramuros de la correcta actuación a que debe atenerse la policía en su actuación.

El recurrente, en cuanto cabo de la Guardia Civil *no fue símbolo de protección sino de vejación y de dominación frente al ciudadano* . SSTS 806/2005 ; 403/2014 ó 465/2013 .

*Los hechos hablan por sí mismos. Res ipsa loquitur* . Es tan clara la antijuridicidad de la acción analizada, que el propio recurrente trata de derivar la calificación jurídica a la más liviana de las tipicidades que sobre el maltrato se recoge en el Cpenal: la de falta del art. 620-2º Cpenal , tesis que no puede admitirse.

La jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala ha venido configurando los *elementos del delito contra la integridad moral* .

El Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990 de 27 de Julio realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el art. 15 de la Constitución Española "*se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular*". Se ha dicho por doctrina que se relaciona la integridad moral con la idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de "*incolumidad*" e "*integridad personal*".

El Tribunal Constitucional , recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de Enero de 1978 --caso Irlanda contra el Reino Unido --, en 25 de Abril de 1978 --caso Tyrer --, en 6 de Noviembre de 1980 --caso Guzzardi --, en 25 de Febrero de 1982 -- caso Campbell y Cossans --, en 7 de Julio de 1989 --caso Soering --, en 20 de Marzo de 1991 --caso Cruz Varas y otros--, en 30 de Octubre de 1991 --caso Vilvarajah y otros--, etc., ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución "*torturas*" , penas o tratos "*inhumanos*" y penas o tratos "*degradantes*" son, en su significado jurídico, "*nociones graduadas de una misma escala*" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "*padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente*" -- SSTC 120/1990 , 137/1990 y 57/1994 --.

Por ello el concepto de atentado contra la integridad moral, *se integra por los siguientes elementos* :

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
- b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto, y
- c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Por su parte, de esta Sala podemos , y ya en relación al art. 175 Cpenal , citar la sentencia 465/2013 de 29 de Mayo . Acotamos el siguiente párrafo:

*"...El delito contra la integridad moral del art. 175 se integra por los siguientes elementos :*

- a) *El sujeto activo tiene que ser funcionario público o autoridad.*
- b) *La acción típica supone una extralimitación en la actividad desarrollada, y por tanto de naturaleza abusiva, de hecho, el tipo se refiere a "...abusando de su cargo...", lo que integra a su vez un prevalimiento de su condición, dicho de otra manera supone una vulneración del ordenamiento jurídico por quien aparece como su guardián o custodio .*
- c) *Exige como resultado una lesión a la integridad de la persona víctima, derecho protegido en el art. 15 de la Constitución .*

d) Tiene el tipo un carácter residual respecto del delito de torturas en cuanto su ámbito lo es extramuros del contenido propio del delito de torturas que tiene como elemento definidor la ejecución de hechos "....con el fin de obtener una confesión o información....".

e) En todo caso, y de conformidad con el art. 177, las lesiones que se causen serán sancionadas con independencia.

¿ Qué debe entenderse por integridad moral ?.

Dice la STS de 2 de Noviembre de 2004 que si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el art. 15 C.E . permiten acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta --como manifestación directa de la dignidad humana-- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano ....".

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que con el castigo de las conductas atentatorias contra la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es un fin en sí mismo sin que quepa "cosificarlo" -- STS 28/2015 de 13 de Enero .

En definitiva en palabras de la STS 1725/2001 de 3 de Octubre "...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....".

El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana.

De este modo, integra el delito del art. 175 Cpenal *cualquier conducta arbitraria* de agresión o ataque ejecutada por *funcionario público abusando* de su cargo que aún sin causar lesión y que tenga *cierta intensidad, provocando humillación, quebranto degradante* en el sujeto pasivo/víctima, con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174 (tortura), que por ello tiene un carácter residual en relación al delito de torturas, si además, causa lesiones, las mismas deben ser sancionadas autónomamente como prevé el art. 177 Cpenal . En idéntico sentido STS 1246/2009 de 30 de Noviembre .

El tipo penal del art. 175 Cpenal recoge *dos modalidades* en atención a la gravedad de los hechos. El atentado contra la integridad grave, y no grave, cerrándose el abanico penal *con la falta del art. 620-2º* que tipifica la vejación injusta de carácter leve.

Se está en presencia de una *degradación de más o menos que en atención a las concretas circunstancias del caso enjuiciado* , deben quedar alojadas o bien dentro del delito del art. 175 Cpenal ya como grave o no grave, o bien, como fórmula de cierre la falta del art. 620 Cpenal .

El Tribunal de instancia ha calificado el atentado a la integridad como constitutivo de delito en la modalidad de no grave y lo justifica en el apartado III del f.jdco. tercero de la sentencia.

La pretensión del recurrente de degradarlo a la falta del art. 620-2º Cpenal *no* se corresponde con la *intensidad* del ataque sufrido por el menor, la actuación del recurrente acompañado por otras dos personas, la intensidad del sentimiento de miedo, y de inferioridad y temor, en el escenario de una madrugada del mes de Agosto en una playa, todo ello con el *hilo conductor* ya citado de las reiteradas órdenes de introducirse en el agua, llega a la boya, reiterarlo ante el intento de volverse el menor a la orilla, y verse despojado de sus ropas En idéntico sentido atentado a la integridad moral no grave se sancionó la acción de policías que dieron patadas y puñetazos a una persona -- STS 465/2013 --.

Estamos en presencia de una *arbitraria y persistente* situación de dominación / humillación por quien, como hemos dicho, debería ser garante de la legalidad y no su vulnerador dada su condición de Guardia Civil. *En modo alguno puede estimarse la tesis de la falta* , por el contrario debemos *mantener la calificación* de atentado contra la integridad moral no grave.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Tercero.-** El **segundo motivo** , por la vía del Quebrantamiento de Forma y con apoyo en el art. 851 LECriminal , denuncia la existencia de conceptos que por su naturaleza jurídica *predeterminan* el fallo citando como tales los siguientes:

*"...El acusado Fausto , extralimitándose de su autoridad y con total desprecio de la condición de ser humano del menor y con ánimo de humillarlo.... le propinó un bofetón en la cara del menor haciéndole caer al suelo...."*

De acuerdo con la doctrina de esta Sala, últimamente, la STS 194/2013 de 7 de Marzo , y otras muchas anteriores:

*"En lo que respecta a la predeterminación del fallo , tiene establecido numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación que se contempla y proscribe en el art. 851.1º de la LECr . es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre ala esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el histórico sin base alguna y carente de significado penal -- SSTS 667/2000, de 12 de Abril ; 1121/2003, de 10 de Septiembre ; 401/2006, de 10 de Abril ; 755/2008, de 26 de Noviembre ; 131/2009, de 12 de Febrero ; 381/2009, de 14 de Abril y 449/2012, de 30 de Mayo , entre otras muchas--.*

Por lo demás, ya se ha dicho por esta Sala que este vicio procesal *solo se produce cuando no se respetan los tres escenarios de la sentencia condenatoria* -- STS 438/2011 --:

1) *El relato fáctico* o juicio de certeza constituido por la narración en términos *no jurídicos* , sino usuales, de lo ocurrido según el Tribunal sentenciador constituyendo el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal tras la valoración crítica de toda la prueba practicada.

2) *La fundamentación* que a su vez se integra por *la fáctica* ; es decir el andamiaje probatorio que sostiene, y justifica el hecho probado, y la fundamentación *jurídica* integrada por la subsunción jurídica en el delito correspondiente, y

3) *Finalmente el fallo* o decisión donde se declaran todas las consecuencias jurídicas del delito cometido.

Pues bien, este vicio procesal *solo se da cuenta en el hecho probado* donde se describen *delitos* , por lo tanto conceptos jurídicos y no hechos.

Tal vicio no ocurre en el caso de autos. La frase acotada por el recurrente no describe delitos sino que narra hechos, por lo demás, y como ya se ha dicho con reiteración es patente la *correlación* --que no predeterminación-- *que debe existir entre el hecho probado y su calificación jurídica* , salvo que se incurra en manifiesta incongruencia lo que ocurriría si se describieran, por ejemplo, hechos de un apoderamiento de objeto con agresiones a sus titulares y luego se calificase de violación. Por eso, los hechos y la calificación jurídica deben ser coherentes entre sí. -- SSTS 409/2004 ; 893/2005 ; 1290/2009 ; 489/2010 ; 72/2011 ; 286/2012 ; 685/2013 ó 600/2014 , entre otras muchas--.

Todo ello lleva a la conclusión de la *relativa efectividad* de este vicio procesal.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Cuarto.-** El **tercer motivo** , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia *violación del derecho a la presunción de inocencia* por falta de prueba de cargo capaz de soportar la condena por la falta de lesiones por la que ha sido condenado al darle el bofetón que arrojó al suelo al menor, y sin embargo califica como maltrato de obra del art. 617 Cpenal el empujón que le dio el otro recurrente.

*El motivo debe ser desestimado .*

La alegación de quiebra del derecho a la presunción de inocencia la anuda el recurrente al hecho de que la sentencia haya calificado de falta de lesiones del art. 619-2º el bofetón que le dio el recurrente al menor, en tanto que califica de falta de maltrato de obra del art. 617-1º el empujón que primeramente de dio Luis Enrique .

La condena por *falta de maltrato de obra del art. 617-2º CPenal* que se imputa al acusado Luis Enrique tiene por base fáctica el siguiente relato : "*Primero llegó el acusado Luis Enrique que lo sujetó y le dio un empujón, sin que de ello se derivara lesión alguna para dicho menor de edad*".

Por el contrario el recurrente fue condenado por una *falta de lesiones del art. 617.1 CPenal* en razón al siguiente hecho declarado probado: "*Acto seguido llegaron los dos agentes de la guardia civil: el acusado Fausto extralimitándose en el ejercicio de su autoridad con total desprecio de la condición de ser humano del menor y con ánimo de humillarlo, vejarlo y envilecerlo, le propinó un bofetón en la cara al menor, haciéndole caer al suelo*" . Y esta agresión originó en el menor "*una cervicalgia postraumática y una contractura muscular, necesitando una primera asistencia, precisando para su curación siete días no impositivos para sus ocupaciones habituales*".

Existieron *dos acciones con entidad propia* cada una de ellas y atribuible a sujetos diferentes y a la vista del resultado debe calificarse de forma distinta según los arts. 617-1º y 619-2º. Obviamente se califican de forma distinta hechos que son diferentes. Por otra parte hay que recordar 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 art. 173 como el art. 177 CPenal , establecen una regla concursal que *obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral que es lo sucedido en el caso de autos* , pues no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos como la integridad física, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar lesión alguna a otros bienes personalísimos -- STS 27 de Noviembre de 2012 --, lesiones que en el presente caso están acreditadas y objetivadas con la pericial médica correspondiente en relación al bofetón dado por el recurrente por lo que la tesis de la absorción de tal lesión en el delito del art. 175 CPenal no puede ser admitida.

*Procede la desestimación del motivo .*

Quinto.- Recurso de Matías .

Se trata del agente de la Guardia Civil que estando de servicio, junto con el anterior recurrente, cabo primero de la G.C., *no intervino en los hechos pero los presenció sin hacer nada* .

El recurrente fue considerado en la sentencia como *autor de un delito del art. 176 CPenal* .

Formaliza su recurso a través de un **único motivo** por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal por indebida aplicación del art. 176 del CPenal .

El *factum* , nos dice expresamente que "*....por su parte, respecto del acusado Matías (que llevaba no mucho más de un mes ejerciendo sus funciones en el cuerpo) únicamente se ha probado que justo después de llegar con el cabo al lugar donde se hallaba Franco , procedió a cachearle superficialmente, hallando solamente los efectos personales que portaba, tales como las llaves de su domicilio, llaves de su moto y 20 euros en efectivo; dicho acusado no intervino en modo alguno para impedir las acciones anteriormente descritas, que sin embargo pudo presenciar y comprender perfectamente en todo su alcance, ni tampoco consta que manifestara desacuerdo o reparo alguno a su superior....*".

Establece el artículo 176 del CPenal por el que ha sido condenado el recurrente que:

*"....Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos procedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiese que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos...."*.

El Ministerio Fiscal en el trámite de *conclusiones definitivas* efectuó una *modificación* en relación a este recurrente interesando la condena *no* por el art. 175 del CPenal , que inicialmente había interesado, sino por la conducta de pasividad que establece el art. 176 CPenal .

El Tribunal de instancia acoge satisfactoriamente tal modificación y *estima que la acción pasiva, de consentir al estar presente y no impedir* la acción desarrollada por el otro recurrente, *tiene su encaje en el art. 176 CPenal* del que resultó condenado el recurrente.

El *Tribunal sentenciador* , justificó la aplicación de dicho tipo penal en los *siguientes términos* --j.dco. segundo, apartado II, pág. 23--:

"...La Sala tiene el convencimiento de que Matías no fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente, al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso y de la distancia con el recto proceder, y esta conciencia le impulsó a formular su propia diligencia de exposición de hechos.

Sin embargo, aunque no pueda ser valorada a efectos ortodoxos con la Teoría General del Delito, ni siquiera la rectificación de la conducta que inició Matías con posterioridad -en dicha diligencia de exposición- supone la llana denuncia de los hechos, sino que omite, dejando además un elocuente espacio en el texto, el suceso grave y principal. Independientemente, decimos por ello, de la consumación previa de la acción o de la omisión en este caso, es inevitable pensar que en cierto sentido, con su silencio no ya en el momento de cometerse el atropello (en caliente, de modo inopinado, con poco más de un mes de ejercicio profesional y frente a un cabo), sino después, de modo reflexivo en la diligencia de los hechos, el agente permitió y siguió permitiendo que despreciables acciones como éstas se perpetren y continúen perpetrándose....".

Como puede observarse, el Tribunal de un lado reconoce una cierta impotencia del recurrente en oponerse a la acción que llevó a cabo el anterior recurrente que, recordemos era cabo primero, y ello por dos razones :

1) Porque el autor del delito del art. 175 Cpenal tenía una graduación superior a la del recurrente, era cabo primero, y el recurrente simple número de la G.C., y

2) Porque llevaba "...no mucho más de un mes ejerciendo sus funciones en el cuerpo....". No obstante el Tribunal sentenciador justificó su condena vía art. 176 Cpenal porque *si bien puede serle disculpable su actuación en el momento en el que se estaba cometiendo el delito* contra la integridad moral de Fausto , es lo cierto que *tampoco estuvo* el recurrente al nivel de la actuación que le era exigible como agente de la autoridad ante la comisión de tales hechos en su presencia, *cuando, más tarde, ya en el cuartel, y por tanto libre de la tensión ambiental* que sin duda sufrió cuando se estaba en la playa, *no denunció los hechos* que había presenciado y tolerado por la presión a que se vio sometido.

Al respecto, como ya se ha recogido antes, el Tribunal de instancia reconoce que el recurrente omitió el suceso más grave en la propia exposición de hechos que efectuó en el cuartel.

En este control casacional verificamos la exactitud de la afirmación efectuada por el Tribunal sentenciador, pero de ahí *no* se deriva la comisión del delito por el que ha sido condenado como se razonará seguidamente.

En el atestado incoado por la Guardia Civil --Unidad Orgánica de Policía Judicial-- y que obra a los folios 1 y siguientes de la Instrucción, con motivo de un supuesto delito contra la integridad moral, en la exposición de los hechos se nos dice que del Puesto de la Guardia Civil de Palmanova se informa que en relación a la investigación efectuada en esclarecimiento de los hechos, *se habían realizado tres informes* :

*Un primer informe* --folio 34-- efectuado por el cabo primero T.I.P. NUM006 y primer recurrente, a las 11 horas del día 5 de Agosto en el que se decía que encontrándose de servicio dicho cabo y el Guardia Civil T.I.P. NUM007 --el actual recurrente-- en la playa de Magaluf, fueron requeridos por varias personas (uno de ellos en calzoncillos) y les dijeron que unos Guardias Civiles de paisano les acusaron de sustraer un bolso y que le golpearon. Que dieron una batida y nada vieron. Que el joven estaba en estado de embriaguez. Dicho informe fue firmado por los dos Guardias Civiles recurrentes.

*Un segundo informe* --folio 36--, efectuado a las 22'15 horas del 5 de Agosto exclusivamente por el actual recurrente, T.I.P. NUM007 en el que *rectifica* el anterior informe. Se dice en el informe que estando de servicio en Magaluf se encuentran con un vigilante --el tercer condenado, identificado como Pirata --, y que observan a un joven que lleva un objeto en la mano y que iba a enterrarlo, que se trataba de un bolso, que se le acerca el vigilante y escucha al joven que se queja de porqué le había pegado; que el informante efectúa un cacheo superficial y el cabo le ordena al menor que se quite la ropa, y le acompaña a la orilla en unión del vigilante para lo que el informante pensaba iba a ser un cacheo más exhaustivo, que se recoge la ropa del menor y se deja encima de un contenedor y ve como el cabo y el vigilante volvían solos de la orilla. Que el cabo le dio a la persona que se encontraba medio desnuda las explicaciones oportunas, que su actuación había sido correcta y que nadie le había agredido.

Hubo *un tercer informe* efectuado por otros Guardias Civiles, a las 20 horas del día 6 de Agosto que se encuentra a los folios 38 y siguientes.



Es significativo a los efectos del examen que se está efectuando, referirnos a la declaración en sede *policial* del recurrente efectuada a las 12'15 horas del día 7 de Octubre --meses después de los hechos--, en donde, en lo que aquí interesa, se dice por el recurrente que:

*"...En un momento dado y sin motivo aparente puede observar que el cabo primero y el vigilante de la playa tiraron a dicha persona al suelo, y después le dijeron que se quitara la ropa que iba a ir al agua. Ante tales órdenes la persona se desnuda, quedando en calzoncillos...."*

Después de este relato, se dice en la declaración que cuando el cabo primero y el vigilante regresan a donde estaba el declarante oyó que entre ellos decían *"....esto se arreglaba así, que era un ladrón...."*

Considera esta Sala, que del relato fáctico de la sentencia, del que debemos partir dado el cauce casacional utilizado, y unido a ello de las argumentaciones de la sentencia, profundizando en ellas, debemos llegar a la conclusión ya anunciada de que *no le es aplicable el art. 176 Cpenal del que se ha condenado a Matías*, no porque carezca de antijuridicidad su silencio, sino porque en las *concretas condiciones* en las que fue mudo espectador pasivo del atentado no grave contra la integridad moral efectuado por el cabo primero, *no puede serle exigible una conducta que incluso pudiera ser cercana al acto heroico*, que como es obvio, nunca puede serle exigido a persona alguna bajo la presión de la imposición de una pena. Las circunstancias concretas en las que se produjeron los hechos *son las siguientes*:

- 1- El recurrente a la sazón tenía 22 años (exactamente menos un día).
- 2- Llevaba poco más de un mes ejerciendo sus funciones de miembro de la Guardia Civil.
- 3- El otro recurrente, Fausto, tenía a la sazón tenía 38 años, y además era cabo primero de la G.C., cuestión relevante dada la rígida jerarquización de la Guardia Civil.
- 4- También Luis Enrique, vigilante de la playa era mayor en varios años al recurrente.
- 5- Los hechos ocurren estando los tres, a las *dos de la madrugada en la playa de Magaluf*, no constando que en las cercanías existiesen más personas.

En esta situación, *la propia sentencia*, como ya hemos dicho, reconoce que *"....no fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso...."*

Es de esta situación conflictiva y traumática de la que surge, en opinión de esta Sala, no le era exigible otra actuación en términos jurídicos. Dicho más claramente, *se está ante una causa de exculpación en clave individual vía no exigibilidad de otra conducta* a la vista de las *concretas* circunstancias particulares a que se ha hecho referencia.

Estimamos, y en ello se coincide con el diagnóstico del Tribunal sentenciador que el recurrente *se encontraba en una situación motivacional anormal* en la que, a pesar de ser miembro de la Guardia Civil, dada su evidente bisoñez y falta de experiencia, y que el autor material del ilícito penal era su superior jerárquico, no le era exigible por la presión excepcional en que se encontraba demandarle otro comportamiento. Su actuación posterior, ya en el cuartel en base a la cual le condenó el Tribunal de instancia, se produjo en otro escenario y con quebrantamiento de otras normas jurídicas.

En definitiva las circunstancias que determinaron la anormalidad del proceso motivador --por tanto exógena a la persona concernida-- son las que justifican la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta.

Un derecho penal democrático es un derecho a la medida de la mayoría de los ciudadanos, no hay, como ya se ha dicho, una exigencia a la heroicidad. La *no exigibilidad de otra conducta* excluye la responsabilidad penal, pero *no* la antijuridicidad del hecho ni su prohibición. Es una situación límite en la que como tal, se *"disculpa"* a la persona concernida de la respuesta punitiva, y fue esa situación en la que se encontró el agente Matías.

La propia jurisprudencia de esta Sala no ha sido ajena a esta construcción, precisamente en relación al art. 176 del Cpenal.

La STS 1050/1997 de 18 de Julio de 1997, citada en la sentencia sometida al presente control casacional, consideró que para entender que el sujeto consiente en el verbo nuclear del tipo *"....permitiera que otras personas...."* es preciso que *no tenga inferior rango* que el sujeto principal, lo que es de especial significación en un cuerpo militar --a pesar de su nombre-- tan rígidamente jerarquizado como la Guardia Civil.

En el caso de dicha sentencia *se trataba de la condena al Instructor y Secretario del atestado que consintieron las torturas infringidas al detenido por otros funcionarios*. Se dice en dicha sentencia que el

especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican la equiparación punitiva prevista en el art. 176 Cpenal .

Ciertamente *tal requisito* de ser el sujeto del delito del art. 176 Cpenal de igual o superior categoría que el autor material del delito, *no es exigido por el tipo penal* y por otra parte la anterior sentencia quedó matizada en la posterior sentencia de esta Sala nº 1809/2002 de 5 de Noviembre . También se trataba de un caso de *torturas infringidas en Comisaría a un detenido* a presencia de otros agentes de igual rango. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo del f.jdco. sexto:

*"...La cuestión que en el presente caso se plantea en sí, con respecto a este acusado, concurren los requisitos que el dicho artículo 176 establece. Alguna resolución jurisprudencial de esta Sala --sentencia de 18 de Julio de 1997 -- parece entender que, para poder "permitir", término que el texto legal utiliza, a alguien comisión de torturas es preciso ostentar superioridad jerárquica sobre el torturador. Sin embargo, el texto del artículo 176 del Código Penal no exige esa condición y habrá que atender en cada caso a observar si la conducta concreta ha consistido realmente en una actitud de permisividad respecto a los torturadores activos. Hay que señalar a este respecto que en el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, se define el verbo permitir como "no impedir lo que se debiera y pudiera impedir". Por tanto ha de observarse en este caso si el acusado que ahora recurre debió y pudo impedir lo que en su presencia se estaba realizando...."*

*"...Y también podía este acusado no permitir a sus compañeros realizar lo que hicieron mediante la simple indicación de su improcedencia y desacuerdo con las normas, actitud que le era posible y pudo haber sido eficaz entre compañeros no relacionados entre ellos jerárquicamente...."*

En todo caso *no* hay que olvidar que la razón de ser de la equiparación de la pena del omitente con la del autor material está pensado, precisamente, en *evitar espacios de impunidad* en delitos de una gravedad y de muy difícil investigación, singularmente en relación al delito de torturas del que el artículo contra la integridad moral tiene un valor residual.

La situación del cuadro de torturas a que se refieren las dos sentencias, reflejan situaciones *cualitativamente distintas del delito del art. 175 Cpenal* , y de forma *más acusada* si tenemos en cuenta las concretas circunstancias del caso enjuiciado.

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

*En el presente caso* , estimamos que el recurrente se encontró en una situación tal que *no* pudo impedir el atentado contra la integridad moral efectuado por su superior. No le era exigible jurídicamente tal deber específico, por lo que *no* puede ser condenado por tal delito del art. 176 del Cpenal .

*La actuación claramente delictiva* que cometió el recurrente, y que aparece expresada en la propia sentencia para justificar la condena del recurrente vía art. 176 Cpenal , *fue la de no denunciar los hechos* , cuando se vio *libre* de la presión ambiental en la playa, *ya en el cuartel* , primero firmó un informe, junto con el cabo primero, totalmente inexacto, y después cuando efectuó su propio informe ya referido, en el que, como ya se ha dicho *"maquilló"* los hechos *ocultando* la realidad de lo ocurrido, *es decir no denunciando los hechos presenciados* . Dicho informe fue redactado por el recurrente a las 22'15 horas del día 5, --los hechos ocurrieron sobre las 5 horas del 5--, y cuando estaba en el cuartel, es en ese momento, cuando cometió el ilícito claramente penal de no denunciar los hechos que presenció respecto del que como agente de la autoridad estaba ineludiblemente obligado. *Cometió el delito del art. 408 del Cpenal* , relativo a la omisión del deber de perseguir delitos que se impone a la autoridad o funcionario que dejase de promover intencionalmente la persecución de los delitos de que tuviese conocimiento por razón de su cargo. Esa y no otra fue la acción antijurídica cometida por el recurrente.

Ahora bien, los hechos que integran este delito *son diferentes* de los del art. 176 del Cpenal del que ha sido condenado, y no siendo acusado de tal delito, es claro que esta Sala no puede en esta sede casacional imponerle una condena que *vulneraría el principio acusatorio* porque los elementos vertebradores de uno y

otro delito *no son iguales*, y en todo caso procedería inexcusablemente la audiencia del recurrente, lo que no es posible en esta sede casacional como es bien sabido.

*En conclusión procede la estimación del motivo*, y con el, el del recurso formalizado y acordar la *absolución* del recurrente del delito del que ha sido condenado, *lo que se efectuará en la segunda sentencia*.

**Sexto.-** De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso de Matías dada su estimación, y la imposición a Fausto de las costas de su recurso dada su desestimación.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Matías**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, de fecha 10 de Abril de 2014, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Fausto, contra la referida sentencia, con imposición al recurrente de las costas de su recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguida y separadamente se va a pronunciar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Perfecto Andres Ibañez

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, Procedimiento Abreviado nº 176/12, contra **Fausto, Matías y Luis Enrique**, se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**Unico.-** Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Unico.-** Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. sexto de la sentencia casacional, debemos absolver al recurrente Matías del delito del que fue condenado en la instancia, declarándose de oficio la mitad de las costas de la instancia.

### III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Matías del delito contra la integridad moral del que fue condenado en la instancia, con declaración de oficio de la mitad de las costas de la instancia.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Perfecto Andres Ibañez

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