

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**  
**SENTENCIA**

*Sentencia N°:* 1294/2009

*RECURSO CASACION N°:* 1175/2009

*Fallo/Acuerdo:* Sentencia Desestimatoria

*Procedencia:* AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCION 7ª

*Fecha Sentencia:* 04/12/2009

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Alberto Jorge Barreiro

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

*Escrito por:* MVA

— **Detención ilegal y atentado contra la integridad moral imputables a Mossos d' Esquadra.**

— **Prueba de cargo suficiente para constatar la ilegalidad de la detención y la existencia del tipo penal de atentado contra la integridad moral. No acreditación probatoria del error de tipo ni del error de prohibición.**

— **Exclusión del delito de detención ilegal en la modalidad de comisión por omisión y su apreciación como delito de comisión activa. No concurre la posición de garante en los supuestos en que el funcionario no tiene ascendencia jerárquica sobre los compañeros que incurrieron en la conducta punible.**

**Nº: 1175/2009**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro**

**Fallo: 19/11/2009**

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

**TRIBUNAL SUPREMO**  
*Sala de lo Penal*

**SENTENCIA Nº: 1294/2009**

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**  
**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**  
**D. Alberto Jorge Barreiro**  
**D. Diego Ramos Gancedo**

---

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 cuatro de Diciembre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección

Séptima, de fecha diez de marzo de dos mil nueve. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, el acusado Juan Díaz Fortes, representado por el procurador Sr. Blanco Blanco, la acusada Mónica Fraile Villamor, representada por la procuradora Sra. Martín Cantón y el acusado Alberto Fabregat Díaz, representado por el procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 24 de Barcelona, instruyó diligencias previas nº 2182-06, por los delitos contra la integridad moral y detención ilegal y falta de lesiones, contra José Antonio Medina Cuenca, Pedro Sáez Argensó, Alberto Fabregat Díaz, Mónica Fraile Villamajor y Juan Díaz Fortes, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Séptima dictó sentencia en fecha diez de marzo de dos mil nueve, con los siguientes hechos probados: *Se declara probado que el día 2 de junio de 2006, sobre las 3 horas, los acusados Mónica Fraile Villamor, Mozo de Escuadra con TIP 10455, mayor de edad, sin antecedentes penales, Alberto Fabregat Díaz, Mozo de Escuadra con TIP 2689, mayor de edad, sin antecedentes penales y Juan Díaz Fortes, Mozo de Escuadra, con TIP 6826, mayor de edad, sin antecedentes penales, se encontraban fuera de servicio, tomando una copa en el establecimiento denominado BIKINI; en el mismo también se encontraban Pedro Sáez Argensó y José Antonio Medina Cuenca, mayores de edad, sin antecedentes penales, con un grupo de amigos. En un momento dado los tres primeros acusados pasaron junto al otro grupo, produciéndose un roce entre Mónica Fraile y Pedro Sáez, sin que conste que el mismo fuera intencional, por parte de éste último. Tal hecho causó un gran enfado a Juan Díaz Fortes, que se encaró con Pedro pidiéndole explicaciones, pues interpretó que éste había tocado intencionalmente las nalgas de Mónica. Ambos se gritaron y Alberto Fabregat se acercó para ayudar a su compañero, interpretando su gesto José Antonio Medina como intento de agresión, por lo que agarró a Alberto y lo hizo caer al suelo, no constando que golpeara a Juan Díaz en el rostro. De forma inmediata acudieron los servicios de seguridad del*

*establecimiento, ante los que los Mozos de Escuadra se identificaron, y se procedió a acompañar a los dos grupos al exterior, y a solicitar el auxilio de los Mozos de Escuadra. En el exterior los dos grupos estuvieron separados y controlados por los servicios de seguridad; cuando salían al exterior Pedro Sáez y José Antonio Medina tuvieron conocimiento de que los componentes del otro grupo eran Mozos de Escuadra.*

*En pocos minutos, llegaron al lugar los Mozos de Escuadra con carnet profesionales nº 9427 y 10405, ante los que los compañeros se identificaron, manifestando Juan Díaz que José Antonio Medina estaba detenido por delito de atentado contra Agentes de la Autoridad, manifestándole al mismo “ahora te vas a cagar”. Los Agentes uniformados procedieron a identificar a Medina, ponerle las esposas e introducirlo en el vehículo policial, sin que presentara resistencia alguna. En el traslado a Comisaría el detenido permaneció tranquilo y llorando, actitud que mantuvo a su llegada a las dependencias policiales, donde se hicieron cargo del mismo los tres Agentes acusados, informándole de sus derechos Mónica Fraile.*

*El detenido fue introducido en la Sala de cacheos, en la que entraron Alberto Fabregat y Juan Díaz, para realizar un pretendido cacheo preventivo, que no se había realizado en el lugar de la detención, como es preceptivo. En el interior de la Sala los dos acusados le volvieron a manifestar que era un “chulito” y “que se iba a cagar”. Alberto Fabregat le dio un cabezazo, y entre los dos diversos golpes; al marchar le manifestaron que sabían donde vivía y que si tenía cojones para denunciarlo lo matarían y se follarían a su mujer. No consta que en la sala hubiera policías uniformados mientras se realizaban los hechos descritos. El cacheo del detenido lo efectuaron los agentes de servicio en custodia de detenidos.*

*José Antonio Medina sufrió lesiones, que fueron constatadas el día 3 de junio de 2006, por el Médico Forense, el cual estableció que presentaba hematoma periorbitario izquierdo, algias cervicales y cuadro ansioso. Durante la detención sufrió crisis de ansiedad que precisó de tratamiento médico. Las lesiones sufridas precisaron por su sanidad de una primera asistencia.*

*Mónica Fraile efectuó la correspondiente minuta policial de detención, en la que consta que se comienza a las 5 horas del día 2 de junio de 2006 y se finaliza a las 6.15 horas del mismo día. Alberto Fabregat Díaz y Juan Díaz Fortes fueron asistidos entre las 5.46 y 5,56 horas. Presentado el primero contusión frontal y algias cervicales, lesiones compatibles con un cabezazo. El segundo presentaba contusión molar izquierda; todas las lesiones solo precisaron, para su sanidad, de una primera asistencia.*

*José Antonio Medina llegó a las dependencias policiales sobre las 4.30 horas. El atestado no se inició hasta las 13,8 horas del mismo día 2 de junio de 2006, al parecer por problemas informáticos. Fue identificado y huellado al llegar a comisaría. A las 13,18 horas se precedió a la lectura de derechos y a las 18,43 horas se le tomó declaración. En el atestado no consta otra diligencia que el ofrecimiento de acciones a Alberto Fabregat y Juan Díaz, que se efectúan a las 13,21 y 13,23 horas del día 2 de junio, no obstante no se da por finalizado el atestado, del que se hizo cargo el nuevo turno de guardia. El agente con TIP 1710, a las 4,29 horas del día 3 de junio acordó su libertad, citándolo de comparecencia a las 10.30 horas ante el Juzgado de Detenidos nº 3 de los de esta ciudad. Donde, efectivamente compareció y denunció los hechos que nos ocupan. En ese momento fue visitado por el Médico Forense, que precisó las lesiones ya reseñadas.*

*En fecha 28 de noviembre de 2006, Mónica Fraile presentó denuncia contra Pedro Sáez Argensó por la presunta comisión de un delito de acoso sexual.*

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLO:** *Absolvemos a Pedro Sáez Argensó del delito de abuso sexual por el que venía acusado, declarándose de oficio las costas correspondientes.*

*Condenamos a José Antonio Medina Cuenca como autor responsable de una falta de malos tratos a la pena de diez días de multa con cuota diaria de seis euros, y pago de las costas correspondientes. Absolviéndole del delito de atentado y la falta de lesiones por las que venía acusado, declarándose de oficio las costas correspondientes.*

*Condenamos a Mónica Fraile Villamor, Alberto Fabregat Díaz y Juan Díaz Fortes, como autores criminalmente responsables de un delito de detención ilegal,*

*sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por plazo de ocho años, a cada uno de ellos, y el pago de costas correspondientes incluidas las causadas por la acusación particular.*

*Por vía de responsabilidad civil indemnizarán a José Antonio Medina Cuenca, en la cantidad de seis mil euros (6000 euros), de forma solidaria. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.*

*Condenamos a Alberto Fabregat Díaz y a Juan Díaz Fortes como autores de un delito contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de un año de prisión, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de tres años, a cada uno de ellos. Condenándolos, también como autores de una falta de lesiones a la pena de cuarenta días multa, con cuota diaria de diez euros, a cada uno de ellos. Imponiéndoles las costas correspondientes que comprenderán las causadas por la acusación particular.*

*Por vía de responsabilidad civil indemnizarán, con carácter solidario, a José Antonio Medina Cuenca en la cantidad de dos mil doscientos euros (2200 euros). Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.*

*Acredítese la solvencia de todos los condenados.*

*Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.*

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Juan Díaz Fortes, Mónica Fraile Villamor y Alberto Fabregat Díaz, 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 el recurso.

4.- La representación del recurrente Juan Díaz Fortes, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de Ley, al identificarse en la sentencia error en la apreciación de la prueba, basada en documentos literosuficientes (art. 849.2 LECrim), que determina la indebida aplicación del art. 163.2 CP en relación con el art. 167 CP. SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, por no expresarse en la sentencia, de forma clara y terminante, cuáles son los hechos que se consideran probados (art. 851.1 LECrim), lo que determina la indebida aplicación del art. 167 CP en relación con el art. 163.2 CP. TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ, en relación al art. 24.2 CE) derecho a la presunción de inocencia y art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, que determina la indebida aplicación del art. 167 CP en relación con el art. 163.2 CP. CUARTO.- Por infracción de Ley, al suscitarse la infracción de precepto penal (art. 849.1 LECrim) por indebida aplicación del art. 167 CP en relación con el art. 163.2 CP. QUINTO.- Por infracción de Ley al identificarse error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECrim) basada en documentos literosuficientes, que determina la indebida aplicación del art. 14 CP en relación con el art. 163.2 y 167 CP. SEXTO.- Por quebrantamiento de forma, por no expresarse en la sentencia de forma clara y terminante, cuáles son los hechos que se considera probados (art. 851.1 LECrim) que determina la indebida aplicación del art. 14 CP, en relación con el art. 163.2 y 167 CP. SEPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional ex art. 5.4 LOPJ con relación al art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia) y al art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva). OCTAVO.- Por infracción de Ley al suscitarse la infracción de precepto penal (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 14 CP en punto a la indebida inaplicación de las reglas del error invencible (art. 14.1 CP y/o del art. 14.3 CP) en relación con el art. 167 CP. NOVENO.- Por infracción de Ley al suscitarse infracción de precepto penal (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 14.1 CP en punto a las reglas del error vencible en relación con el art. 167 CP. DECIMO.- Por infracción de Ley al suscitarse infracción de precepto penal por indebida inaplicación del art. 14.3 CP en punto a las reglas de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción en relación al art. 163.2 en relación al art. 167 CP. UNDÉCIMO.- Por infracción de Ley, al identificarse error en la apreciación de la prueba, basada en documentos literosuficientes (art. 849.2 LECrim) que determina la indebida aplicación del art. 175 CP. DUODÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional ex art. 5.4 LOPJ, con relación al art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia) y al art.

24.1 CE (tutela judicial efectiva) que determina la indebida aplicación del art. 175 CP. DECIMOTERCERO.- Por infracción de Ley, al identificarse infracción de precepto penal (art. 849.1 LECrim), por indebida aplicación del art. 175 CP.

**5.-** La representación del recurrente Mónica Fraile Villamor, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, y en el art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución. SEGUNDO.- Por infracción de Ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 167 y 163.1º y 2º del Código Penal.

**6.-** La representación del recurrente Alberto Fabregat Díaz, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.-Al amparo del art. 849.2 LECrim, por infracción de Ley. Error en la valoración de la prueba. SEGUNDO.- En virtud del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, así como al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de Ley, al entender que la Sentencia recurrida no conforma adecuadamente el juicio de inferencia propio del dolo necesario para integrar el delito previsto en los arts. 167 y 163.1 y 2 del CP. TERCERO.- A tenor del art. 852 de la LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional. Infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución).

**7.-** Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**8.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 19 de noviembre de 2009.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 10 de marzo de 2009 condenando a los acusados Juan Díaz

Fortes, Mónica Fraile Villamor y Alberto Fabregat Díaz, como autores de un delito de detención ilegal, a la pena cada uno de ellos de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por el plazo de ocho años, y a que indemnizaran de forma solidaria a José Antonio Medina Cuenca en la cantidad de 6.000 euros, indemnización de la que ha de responder de forma subsidiaria el Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.

Juan Díaz Fortes y Alberto Fabregat Díaz también han sido condenados como autores de un delito contra la integridad moral a la pena, cada uno de ellos, de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de tres años. Y como autores de una falta de lesiones, a la pena cada uno de ellos de una multa de cuarenta días, con una cuota diaria de diez euros, y a indemnizar solidariamente a José Antonio Medina Cuenca en la cantidad de 2.200 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.

A José Antonio Medina Cuenca se le condenó como autor de una falta de malos tratos a la pena de diez días de multa, con una cuota diaria de seis euros, y se le absolvió de un delito de atentado y de una falta de lesiones. Y la persona que lo acompañaba la noche de los hechos, Pedro Sáez Argensó, fue absuelto del delito de abuso sexual que se le atribuyó en su momento.

Los hechos que dieron pie a la condena, descritos muy sucintamente, consistieron en un incidente que se originó en la madrugada del día 2 de junio de 2006, en la discoteca “Bikini”, de Barcelona, entre tres Mossos d’Esquadra que se hallaban fuera de servicio (los acusados Juan Díaz Fortes, Mónica Fraile Villamor y Alberto Fabregat Díaz) y otras dos personas que estaban en el local realizando una consumición (los acusados José Antonio Medina Cuenca y Pedro Sáez Argensó). El incidente se inició cuando se produjo un roce entre Pedro Sáez y la agente Mónica Fraile que dio pie a la intervención de su compañero Juan Díaz Fortes, y seguidamente también de la del otro Mosso d’Esquadra, Alberto Fabregat. Al instante intervino también el amigo de Pedro, José Antonio Medina, que agarró a Alberto y lo hizo caer al suelo, ignorando en ese momento que éste tuviera la condición de agente de la autoridad. Con tal motivo y a iniciativa de Juan Díaz, se acordó a la salida de la discoteca la detención de José Antonio Medina, que fue trasladado por otros Mossos d’Esquadra a las dependencias policiales. En el recinto

policial los dos agentes masculinos, según se reseña en la sentencia, golpearon a José Antonio y le amenazaron verbalmente con matarlo y follarse a su mujer en el caso de que los denunciara.

La sentencia ha sido recurrida en casación por los tres Mossos d'Esquadra, tanto por quebrantamiento de forma como por infracción de ley.

#### **A) Recurso de Juan Díaz Fortes**

**SEGUNDO. 1.** En el **motivo primero**, y por la vía del art. 849.2º de la LECr., se denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba que determinaría la indebida aplicación del art. 163.2 del C. Penal, en relación con el art. 167 del mismo texto legal.

La parte recurrente cita como documentos literosuficientes para apoyar el motivo del recurso: un acta de minuta policial; un informe médico de la Clínica Asepoyo de Barcelona; otro informe médico de la misma clínica; acta policial de información y lectura de derechos al detenido José Antonio Medina; y varios informes médicos forenses.

**2.** Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. La precedente doctrina jurisprudencial impide, es claro, que prospere el motivo de impugnación. En primer lugar, porque ninguno de los documentos anteriormente referidos tiene el carácter de documento literosuficiente o autosuficiente a los efectos de demostrar de por sí el error del Tribunal de instancia. Ni los informes médicos que se citan ni las actas y minutas policiales tienen el carácter documental que requiere la jurisprudencia reseñada ni tampoco la literosuficiencia necesaria para evidenciar el error de la sentencia recurrida. A lo cual ha de sumarse que concurren otras pruebas de cargo, personales y de otra índole, que entran en contradicción con las tesis que postula el recurrente con los documentos que refiere.

Así las cosas, el motivo debe decaer.

**TERCERO.** Con base en lo que se dispone en el art. 851.1 de la LECr. y por la vía por tanto del quebrantamiento de forma, se invoca como **segundo motivo** la falta de claridad en el relato de hechos probados. Como argumento del recurso se expone que lo ocurrido en el interior de la discoteca está narrado de forma confusa y con “ambages contradictorios”. Sin embargo, la lectura del desarrollo argumental del motivo denota de forma diáfana que no es la falta de claridad de los hechos descritos sino su repercusión en la fundamentación jurídica de la sentencia lo que cuestiona el impugnante.

En efecto, en la argumentación de la parte recurrente no se especifican qué frases o palabras del “*factum*” se consideran poco claras o confusas, sino que el núcleo de los razonamientos y alegaciones se centra en enfatizar una contradicción entre la resultancia fáctica y la fundamentación jurídica de la sentencia, aduciendo el recurrente que al admitirse que hubo una agresión por parte de José Antonio

Medina contra uno de los Mossos no cabe afirmar que la detención del agresor sea ilegal.

Resulta patente por tanto que la impugnación no se centra en la redacción del hecho probado sino en la subsunción de la conducta del recurrente en el tipo penal de la detención ilegal, subsunción que considera incompatible con la admisión del hecho de que José Antonio agarró al Mosso d'Esquadra Alberto Fabregat y lo hizo caer al suelo.

No cabe duda, pues, que en el motivo se alega realmente una infracción de ley incardinable en el art. 849.1º de la LECr., cauce casacional que se halla fuera del marco propio de la infracción del quebrantamiento de forma que denuncia el impugnante.

El motivo deviene, pues, inasumible.

**CUARTO.** En el **motivo tercero**, y con apoyo en lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.1 y 2 de la CE, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y también del derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto se argumenta que la Sala de instancia valoró de forma indebida en contra del impugnante las declaraciones de José Antonio Medina y de Pedro Sáez y también el informe médico forense, e hizo en cambio caso omiso a las declaraciones de los agentes acusados y al conjunto de los partes médicos. Ello derivó —se dice— en la aplicación errónea del tipo penal de detención ilegal (arts. 167 y 163.2 del C. Penal).

El cuestionamiento probatorio del recurso, como puede fácilmente constatarse, se centra en el análisis de las declaraciones de los distintos protagonistas del incidente en la discoteca, discrepando de forma reiterada la defensa del resultado probatorio que se acoge en la resolución recurrida. Se está pues ante los problemas propios de la apreciación de las pruebas de carácter personal que se practican ante el Tribunal de instancia. Sobre esta modalidad probatoria, este Tribunal tiene declarado de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de

recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras).

Estas afirmaciones, ciertamente, deben ser matizadas, pues este mismo Tribunal también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el Tribunal de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia, ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente. Pues "el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta" (SSTS 1579/2003, de 21-11; y 677/2009, de 16-6). Y en la misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blinda a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7).

Pues bien, en el supuesto que ahora se contempla no se percibe que la Audiencia haya ponderado la prueba de forma irracional o contraviniendo las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. En el recurso se afirma que el acusado José Antonio Medina no ha identificado en rueda a los otros Mossos d'Esquadra que se hallaban en las dependencias policiales y que también intervinieron en la segunda fase de los hechos. Sin embargo, este argumento más que contradecir la credibilidad y fiabilidad de la declaración de la víctima en cierto aspecto la refuerza, porque también indica que no ha querido

inculpar a cualquier sujeto sino sólo a aquellos que realmente intervinieron en los hechos.

De otra parte, tampoco resulta irrazonable la convicción que extrae la Sala de instancia sobre un extremo fáctico crucial para dirimir los indicios de un posible delito de atentado que legitimarían la detención de José Antonio Medina. Nos referimos a si los Mossos d'Esquadra se identificaron o no como tales dentro de la discoteca con anterioridad a la reacción de aquél y de su amigo. Este es el punto clave para dilucidar la existencia de indicios delictivos sobre el delito de atentado que legitimaba la detención. Y aquí la Sala de instancia acoge como cierta y veraz la versión de José Antonio Medina y Pedro Sáez, en el sentido de que los recurrentes sólo se identificaron como Mossos d'Esquadra a la salida de la discoteca, aserto que se considera razonable y ajustado a las máximas de la experiencia.

En efecto, al hallarse José Antonio Medina y Pedro Sáez en el interior de la discoteca realizando una consumición y desatarse de forma repentina el incidente entre ellos y los Mossos d'Esquadra con motivo de un rozamiento entre Pedro y Mónica Fraile, no dio prácticamente tiempo para que los Mossos se identificaran como agentes policiales, de forma que el propio desencadenamiento del incidente y la forma de producirse impedía, en buena lógica, que hubiera margen de tiempo para los formalismos propios de las identificaciones. Por lo cual, la convicción que, merced a la inmediación, obtuvo el Tribunal sentenciador no sólo no presenta signos de falta de verosimilitud y credibilidad, sino que se ajusta a la lógica de lo razonable y a las reglas de la experiencia aplicables a la situación concreta.

El motivo por tanto se rechaza.

**QUINTO.** Como **motivo cuarto** se alega, con apoyo en lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr., la indebida aplicación del tipo penal de la detención ilegal prevista en los arts. 167 y 163.2 del C. Penal. En este caso los razonamientos impugnativos del recurrente van encauzados fundamentalmente a cuestionar el dolo del delito de detención ilegal. Y para ello, claro está, orilla los presupuestos fácticos que se han referido en el fundamento precedente. Pues aduce que no sabía que José Antonio Medina ignorara que ellos eran Mossos d'Esquadra, a partir de lo cual estimó en ese momento, es decir, *ex ante*, que sí se daba un supuesto de

atentado, toda vez que José Antonio, tal como se afirma en la sentencia recurrida, agarró al mosso Alberto Fabregat y lo hizo caer al suelo. El hecho probado de esta agresión y la creencia de que José Antonio conocía la condición de agente de la autoridad de Alberto serían, según el recurrente, datos suficientes para legitimar su conducta.

La tesis del recurso no puede acogerse. Y ello porque, tal como se ha razonado en el fundamento precedente, el acusado conocía perfectamente que no se habían identificado como Mossos d'Esquadra y que por lo tanto José Antonio Medina no estaba incurriendo en un delito de atentado cuando arrojó al suelo a Alberto. Siendo así, la detención no estaba en modo alguno legitimada, puesto que sólo había indicios de una falta de lesiones o de malos tratos, como así acabó resultando a tenor del contenido de la sentencia. Por lo tanto, el recurrente era sabedor de que estaba practicando una detención en un supuesto fáctico ubicado “fuera de los casos permitidos por la ley”, que es la expresión que utiliza el art. 167 del C. Penal para afirmar que la detención practicada por el funcionario es ilegal.

No puede prosperar, por consiguiente, la tesis de la parte recurrente de que *ex ante* la detención se ajustaba a derecho, habida cuenta que ya desde el momento anterior al traslado a las dependencias policiales sabía el acusado que, tal como se produjo el incidente, el detenido no tenía indicio alguno de estar enfrentándose a un agente de la autoridad. Y es que, además de la forma repentina en que se desencadenó el incidente, los Mossos iban vestidos de paisano y no se hallaban en modo alguno en el ejercicio de sus funciones cuando se inició la disputa. Como se dice en la sentencia recurrida, no se daban los supuestos de los arts. 490 y ss. de la LECr. y los agentes actuaron, a sabiendas, de forma arbitraria, por cuanto acordaron la detención con el fin de dirimir una disputa que mantuvieron con el detenido con motivo de hallarse todos como particulares realizando una consumición en un local público, en el curso de la cual no se habían dado hechos indiciarios que permitieran hablar de actos propiamente delictivos, de lo cual eran plenamente conscientes los ahora recurrentes.

Se desestima, en consecuencia, este motivo.

**SEXTO.** En los motivos **quinto**, **sexto** y **séptimo**, el recurrente se remite expresamente a los motivos primero, segundo y tercero, sin ya desarrollarlos

siquiera. Siendo así, sólo cabe ratificarse en los razonamientos de los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto, en los que resultaron aquéllos desestimados.

**SÉPTIMO.** En el ordinal **octavo**, y por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECr., se denuncia la indebida inaplicación del art. 14 del C. Penal en relación con el art. 167 del mismo texto legal. La tesis del recurrente es que concurre un error de tipo invencible en la conducta del acusado (art. 14.1 del C. Penal), y de no considerarlo procedente debiera aplicarse el error de prohibición invencible previsto en el art. 14.3 del C. Penal.

La defensa viene a sostener que el acusado actuó en la creencia errónea de que concurría una conducta delictiva subsumible en el atentado por parte de José Antonio Medina. En virtud de lo cual, o concurriría un error de tipo o, subsidiariamente, un error de prohibición.

Al alegar el recurrente que obró en la creencia de que se daba el supuesto legal de la detención por delito se invoca realmente la existencia de un error sobre un elemento normativo del tipo: que la detención se ejecutaba dentro de los supuestos permitidos por la ley. Es un tema altamente conflictivo en la doctrina penal si los errores sobre los elementos normativos del tipo han de ser catalogados como errores de tipo o como errores de prohibición. En un caso también relativo a una detención policial esta Sala consideró los errores sobre el referido elemento normativo como errores de prohibición (STS 1516/2005, de 21-1). De todas formas, aquí la cuestión dogmática pasa a un segundo plano, puesto que, como ya se argumentó en el fundamento cuarto, se está ante un supuesto en que el dolo consta debidamente acreditado a través de la prueba practicada, por lo que ha de excluirse el supuesto de error que alega la defensa.

En efecto, una vez que se ha argumentado holgadamente en el cuarto fundamento de derecho que el recurrente sabía que José Antonio Medina ignoraba la condición de agentes policiales de los acusados recurrentes, no se precisa acudir a otros razonamientos complementarios, toda vez que decae de plano la existencia de un error al resultar del todo incompatible con el dolo incuestionable con que actuó el acusado.

No concurre, por tanto, el error de tipo ni el error de prohibición. El acusado conocía que no se daba el supuesto normativo de la detención (los indicios de una conducta delictiva) y por lo tanto no puede beneficiarse de la aplicación del art. 14 del C. Penal, ni en su apartado primero ni en el tercero. El motivo ha de ser, en consecuencia, desestimado.

**OCTAVO.** Los motivos **noveno** y **décimo** los dedica el recurrente a alegar de nuevo el error de tipo y el de prohibición, si bien en este caso, valiéndose igualmente de la vía del art. 849.1º, interesa su aplicación en la modalidad de error vencible.

Al haberse descartado la existencia del error como presupuesto imprescindible para sostener la tesis del recurrente, deviene inaplicable también el art. 14 del C. Penal en su modalidad más liviana de error vencible, tanto de tipo como de prohibición, por lo que ambos motivos resultan inasumibles.

**NOVENO.** En el **motivo undécimo**, y por el cauce del art. 849.2º de la LECr., se invoca el error en la valoración de la prueba que habría determinado la indebida aplicación del delito de atentado contra la integridad moral previsto en el art. 175 del C. Penal.

La parte recurrente cita como documentos literosuficientes para apoyar el motivo del recurso los siguientes: acta de minuta policial; las ruedas de reconocimiento practicadas por José Antonio Medina; el parte médico relativo a éste que obra en el folio 17 de la causa; los informes médico forenses que figuran en los folios 30 y 32; el informe médico forense del folio 237; y el informe médico de Mutua Asepeyo del folio 14.

La argumentación de la parte recurrente es la misma que la esgrimida para impugnar la base fáctica del delito de detención ilegal. Por consiguiente, hemos de atenernos a las razones que se expusieron en el fundamento de derecho segundo para desestimar el motivo por no concurrir ninguno de los supuestos que prevé el art. 849.2º de la LECr. para apreciar el “error facti”. Y ello porque ninguno de los documentos que se alegan tiene el carácter de documento literosuficiente o autosuficiente a los efectos de demostrar por sí mismos el error del Tribunal de instancia. Ni los informes médicos que se citan ni las actas y minutas policiales

tienen el carácter documental que requiere la jurisprudencia ni tampoco la literosuficiencia necesaria para evidenciar el error de la sentencia cuestionada. La parte interpreta los informes médicos de forma que concuerden con su versión de los hechos. Sin embargo, la lectura de esos dictámenes muestra la compatibilidad de su contenido con la narración fáctica de la sentencia de instancia. Y desde luego la minuta policial, con independencia de que no se ajusta al concepto de documento que contempla la norma procesal, tampoco corrobora el guión de los hechos que refiere el impugnante. Y otro tanto puede decirse de las ruedas de reconocimiento, a tenor de lo que ya se expuso en su momento en relación con la veracidad de la prueba de cargo.

El único dato probatorio distorsionante con la concordante y coherente prueba de cargo es el informe médico de fecha 12 de junio de 2006, obrante al folio 17 de la causa, que consta emitido a las 12,10 horas, esto es, unas ocho horas después de que José Antonio Medina fuera ingresado en las dependencias policiales. La parte recurrente destaca el hecho de que en el informe, emitido por un médico del Instituto Catalán de la Salud, no se reseña ninguna contusión que constate el cabezazo que dice le fue propinado por el acusado Alberto Fabregat. Se argumenta que, según la versión de la víctima, a esa hora el cabezazo ya le había sido propinado, pese a lo cual no se reseña en el parte médico ningún signo externo de ese acto agresivo.

Frente a ello debe argüirse que la Sala de instancia contó para corroborar esa agresión con el informe médico forense emitido el día 3 de junio de 2006, cuando el agredido se hallaba ya en libertad (folio 32 de la causa). En ese dictamen el médico forense hace constar que el rostro del acusado presenta “un hematoma preorbitario izquierdo”.

Está claro, pues, que el Tribunal de instancia, después de escuchar la versión del agredido y de calibrar los dos informes médicos, consideró como cierta la versión de José Antonio Medina y estimó así más fiable el informe del médico forense que el emitido por el médico del Instituto Catalán de la Salud, informe de urgencia en el que, por ciento, no consta el lugar en que fue atendido el paciente (folio 17).

Ante esa valoración de la Sala de instancia, este Tribunal de Casación carece de argumentos para revisar el resultado probatorio, dado que se trata de pruebas de carácter fundamentalmente personal en cuya apreciación, como ya se ha advertido, no cabe entrar, a no ser que conste una vulneración palmaria de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos, eventualidad que en este caso no se percibe.

Por lo demás, como ya se advirtió en el fundamento de derecho segundo, constan en el proceso otras pruebas de cargo personales y de otra índole que entran en contradicción de pleno con las tesis que postula el recurrente con los documentos que reseña.

Así pues, el motivo debe rechazarse.

**DÉCIMO.** Bajo el ordinal **duodécimo**, y con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 24.1 y 2 de la Constitución, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que respecta a la apreciación del delito de atentado contra la integridad moral (art. 175 C. Penal). La tesis básica que sostiene el recurrente es que no concurre prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sin embargo, lo cierto es que la propia argumentación del recurso revela con notable transparencia cuál es esa prueba, desde luego suficiente.

En efecto, se afirma para apoyar el motivo que la Sala de instancia sólo fundamentó la condena en la declaración de la víctima y en el informe en el plenario del médico forense. Pues bien, lo que la defensa considera como argumento probatorio precario o insuficiente, es claro que goza de entidad y solidez bastante para fundamentar la versión fáctica inculpativa. Y es que no debe olvidarse que se está ante un delito de atentado contra la integridad moral cometido en el interior de unas dependencias policiales, donde lo natural y habitual es que sólo puedan concurrir como elementos probatorios de cargo la declaración de la víctima y la acreditación del resultado lesivo mediante un informe pericial médico imparcial. Y con ambos medios de prueba contó la Sala de instancia.

Por consiguiente, si la Audiencia consideró veraz, fiable y creíble la narración de la víctima y las explicaciones del médico forense sobre los signos

externos que presentaba el cuerpo de la víctima, poco puede argumentar este Tribunal de Casación para desvirtuar la convicción probatoria de los jueces que percibieron y examinaron las pruebas en la vista oral de la instancia, según ya se ha venido razonando en los fundamentos precedentes sobre la revisión y el control en casación de la ponderación de la prueba practicada por la Audiencia Provincial.

El motivo ha de ser por tanto desestimado.

**UNDÉCIMO.** En el motivo **decimotercero**, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr., se invoca la infracción de ley con respecto al delito del art. 175 del C. Penal (atentado contra la integridad moral). Sin embargo, en el propio recurso se admite que este motivo opera de forma “tributaria y gregaria” — según expresiones de la propia parte— en relación con los dos motivos anteriores. De forma que si éstos no se estiman y no se modifica el “*factum*” de la sentencia recurrida es claro que no puede prosperar la infracción de ley. Y como los dos motivos precedentes no han sido acogidos, resulta incuestionable que la desestimación del presente emerge como única respuesta coherente y plausible.

Se rechaza por tanto también este último motivo y la totalidad del recurso de esta parte, con imposición de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

### **B) Recurso de Alberto Fabregat Díaz**

**DUODÉCIMO.** Por la vía del art. 849.2º de la LECr., se denuncia el error en la valoración de la prueba con fundamento en la existencia de documentos que demostrarían de por sí el error del Tribunal de instancia. El motivo es sustancialmente el mismo que el formulado por la defensa del coacusado Juan Díaz Fortes de forma reiterada en su escrito de recurso. También en este caso se citan como documentos determinantes del error los informes médicos que figuran en los folios 17, 32, 237 y 238 de la causa con el objetivo de evidenciar que estas pericias resultan inconciliables con la resultancia fáctica de la resolución recurrida.

Nos remitimos, pues, a los fundamentos de derecho segundo, noveno y décimo de esta sentencia con el fin de no repetirnos. Debe quedar, pues, claro que ni se está ante los documentos literosuficientes que pregona la parte, ni tampoco éstos desvirtúan por sí mismos la versión fáctica inculpativa que acoge la

Audiencia. Sobre la valoración de los informes médicos de los folios 17 y 32 y su aspecto contradictorio ya se ofrecieron razones suficientes en el fundamento noveno. Y en cuanto a las lesiones del ahora recurrente (folio 237 de la causa) y su relevancia para la acreditación del cabezazo denunciado por la víctima, no puede afirmarse que las explicaciones de la Audiencia sean ilógicas ni irrazonables, dado que resulta muy factible, con arreglo a las máximas de la experiencia, que la contusión fronto-parietal que padeció el recurrente se debiera al cabezazo que le imputa José Antonio Medina, cuyas consecuencias aparecen en el informe médico forense del folio 32 de la causa, que a su vez concuerda con el que se emitió el mismo día en que tuvieron lugar los hechos (folio 14).

Por lo demás, y en lo que concierne al argumento de que el denunciante tenía que haber presentado muchos más traumatismos vistos los múltiples actos agresivos que denunció, se trata de una mera conjetura, porque no todos los golpes que recibió han de dejar signos externos perfectamente visibles. Se está, pues, ante un argumento que no desdice los actos agresivos más graves que dejaron mayores vestigios en el cuerpo de la víctima.

En consonancia con lo expuesto, el motivo no puede asumirse.

**DECIMOTERCERO.** El recurrente utiliza el cauce de los arts. 849.1º y 852 de la LECr. y del art. 5.4 de la LOPJ para invocar en el **motivo segundo** la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La argumentación la sustenta en que no se ha practicado prueba de cargo acreditativa del dolo con relación al delito de detención ilegal de los arts. 167 y 163.2 del C. Penal. Se afirma al respecto que el Tribunal de instancia, en el fundamento primero de la sentencia, expone un razonamiento del que se desprende que los acusados no tenían la certeza absoluta sobre si el denunciante los había identificado o no como policías, una vez que ellos mostraron las placas profesionales. Si la Sala admite que se identificaron —se argumenta en el recurso— y José Antonio no lo vio, no puede afirmarse que exista delito de atentado pero tampoco de detención ilegal.

El párrafo de la fundamentación jurídica en que se apoya el recurso es el siguiente (folios 10 y 11 de la sentencia): *“Pues bien, los Mozos de Escuadra acusados manifestaron en el acto del juicio oral que se identificaron ante Pedro Sáez, de manera muy discreta, para preservar su honor e intimidad, llegando a*

*realizar, en el acto del juicio oral, el gesto de sacar la placa del bolsillo e inmediatamente guardarla. Ninguno de los dos manifestó que hubieran enseñado su placa; eso sí, manifestaron que estaban seguros de que Medina la vio. Tal acreditación como Agentes de la Policía no puede tenerse por probada, no sólo por lo ya consignado, sino por la rapidez en (sic) que ocurrieron los hechos, segundos para todos los intervinientes, y la rápida actuación de los servicios de seguridad del establecimiento. Lo que se puede tener por probado es que los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Sáez y Medina”.*

Pues bien, lo que realmente hace la parte recurrente es valerse de que el párrafo transcrito de la sentencia presenta una redacción algo confusa y turbia para realizar una lectura descontextualizada del mismo y conseguir así decir lo que la Sala de instancia realmente no dice.

En efecto, el conflictivo párrafo expone en una primera fase lo que manifestaron los Mossos d’Esquadra en la vista oral del juicio: *“que se identificaron ante Pedro Sáez, de manera muy discreta, para preservar su honor e intimidad, llegando a realizar, en el acto del juicio oral, el gesto de sacar la placa del bolsillo e inmediatamente guardarla. Ninguno de los dos manifestó que hubieran enseñado su placa; eso sí, manifestaron que estaban seguros de que Medina la vio”.*

Y a continuación el Tribunal plasma su criterio sobre la veracidad y credibilidad de lo que manifestaron, y argumenta al respecto: *“Tal acreditación como Agentes de la Policía no puede tenerse por probada, no sólo por lo ya consignado, sino por la rapidez en (sic) que ocurrieron los hechos, segundos para todos los intervinientes, y la rápida actuación de los servicios de seguridad del establecimiento. Lo que se puede tener por probado es que los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Sáez y Medina”.*

En este segundo apartado es claro que la Sala de instancia no acoge como cierto el contenido de las manifestaciones que realizaron los agentes policiales. Y para ello aporta dos argumentos. El primero, “por lo consignado”, es decir, porque ninguno de los dos manifestó haber enseñado su placa. Y el segundo, porque dada

la rapidez con que ocurrieron los hechos no les dio tiempo realmente a identificarse. Y ello es lo que se ha argumentado ya por este Tribunal de Casación en el fundamento cuarto.

A continuación la sentencia afirma en el último inciso del problemático párrafo “*que los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Sáez y Medina*”. Ello significa, ni más ni menos, que antes no realizaron la acción de identificarse y que se acoge la versión de la víctima de la detención y de la persona que le acompañaba esa noche, quienes en ningún momento vieron que los Mossos realizaran además de identificarse.

Por consiguiente, la Audiencia no acoge la versión de los Mossos d’Esquadra ni asume como cierto que realizaran el gesto o la acción de identificarse mostrando las placas, pues no declara probados tales actos relativos a la acreditación, ni siquiera en su modalidad fallida. Descarta así *de facto* la acción de intentar identificarse y afirma que el único momento en que se acreditaron los agentes fue cuando ya estaban todos fuera de la discoteca.

Por lo demás, esa interpretación del párrafo es la única que concuerda con el relato de hechos probados, puesto que en él en ningún momento se dice que los Mossos hubieran realizado un intento de identificarse sin resultado positivo. Lo que se afirma en la premisa fáctica es que sólo se identificaron al salir de la discoteca “Bikini”.

A la misma conclusión se llega al examinar los restantes fundamentos de la sentencia de instancia realizando una lectura contextualizada de la misma. Y así, en el fundamento cuarto (folio 18 de la sentencia) se afirma que “*cuando José Antonio Medina se lanzó contra Alberto Fabregat desconocía que el mismo fuera agente de la autoridad, que estuviera actuando en el ejercicio de las funciones de su cargo, lo que además no era cierto, estaba fuera de servicio tomando una copa y el causante del incidente fue Juan Díaz, quien acordó de forma arbitraria, desproporcionada y clamorosamente ilegal la detención de Medina, sabiendo que el mismo no había cometido el delito de atentado*”.

La última frase citada, referida a Juan Díaz —“*sabiendo que el mismo no había cometido el delito de atentado*”—, es suficientemente evidenciadora de cuál es la convicción probatoria del Tribunal de instancia, pues en el párrafo que se acaba de transcribir no sólo habla de una detención arbitraria y clamorosamente ilegal, sino que también dice que el acusado sabía que José Díaz no había cometido el delito de atentado, y como sólo lo podía saber porque realmente no se había identificado, no cabe hablar de dudas de la Sala interpretadas en contra de los reos, sino de que el Tribunal en ningún caso se creyó el amago de identificación alegado exculpativamente por los Mossos d’Esquadra, y sí que acogió como cierta, en cambio, la narración de los denunciante de la detención ilegal.

Por último, al argüir la Sala que los Mossos d’Esquadra no probaron haber realizado la conducta de identificarse no se está invirtiendo la carga de la prueba, como se aduce en alguno de los escritos de defensa. Lo que sucede es que nos hallamos ante lo que, para las acusaciones, constituye la prueba de un hecho negativo: que los acusados no realizaron conducta alguna tendente a la identificación ante José Antonio Medina y Pedro Sáez. Los denunciante de la detención ilegal no admiten que los acusados realizaran acto alguno de identificación en el interior de la discoteca, y este dato negativo es acogido como cierto por la Audiencia, tanto en virtud de las declaraciones de los denunciante como por lo explicado por los acusados, tal como ya se expuso. Y esto último porque el Tribunal consideró que las manifestaciones de los agentes tenían un contenido contradictorio y nada convincente, según se desprende de la sentencia, y porque, además, con arreglo a las máximas de la experiencia, dada la rapidez con que se produjeron los hechos (en unos segundos, se dice), resulta totalmente anómalo e inverosímil que les diera tiempo en esos momentos a identificarse.

Por lo tanto, cuando la sentencia dice que “la acreditación como agentes de policía no puede tenerse por probada”, es llano que se está refiriendo, aunque quizá la redacción no sea la más adecuada y acertada, a que la Sala está convencida de que lo declarado por los denunciante es cierto y, en cambio, no lo son las manifestaciones y explicaciones de los Mossos d’Esquadra.

Así las cosas, se desestima este motivo de impugnación.

**DECIMOCUARTO.** En el motivo tercero, y con base en lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con los hechos integrantes del delito de atentado contra la integridad moral. Incide por lo tanto de nuevo el recurrente en el cuestionamiento de la valoración probatoria del Tribunal de instancia sobre los hechos perpetrados en el interior de las dependencias policiales. Tales hechos ya los impugnó en el motivo primero, si bien allí lo hacía por la vía del art. 849.2º y en cambio ahora encauza la impugnación a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De todas formas, los argumentos se reiteran de forma sustancial.

En efecto, se vuelve a insistir en la prueba de los partes médicos y en los mismos términos argumentados en el motivo primero del recurso. Esto es, en los informes médicos relativos a José Antonio Medina (folios 17 y 32 de la causa) y en hipotéticas contradicciones con lo que consta en los informes relativos a los dos Mossos d'Esquadra (folios 14, 30, 237 y 238). Por lo cual, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento duodécimo.

También vuelve a cuestionar el recurrente la credibilidad de la declaración de José Antonio Medina. Y alega ahora diferentes circunstancias personales del denunciante del maltrato en comisaría: que seguía un tratamiento con orfidal y frankimazín para sanar un cuadro de ansiedad/depresión que padecía; que la noche de los hechos había bebido alcohol; y que actuaba excitado o irritado por el incidente en que se vio involucrado su amigo. Por todo lo cual, acaba concluyendo que no se hallaba en condiciones de percibir los hechos y poder describirlos después verazmente y de una forma fiable.

Sobre este particular sólo cabe argüir lo que se ha ya expresado de forma repetida en esta sentencia acerca de la valoración probatoria de las pruebas personales por la Sala de instancia, y en concreto sobre las manifestaciones de José Antonio Medina, recordando solamente que en la sentencia de instancia no se admite como probado que sus facultades psicofísicas se hallaran mermadas por el efecto del alcohol o de otras drogas.

Por consiguiente, se desestima este motivo y la integridad del recurso de este acusado, que deberá abonar por tanto las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

### **C) Recurso de Mónica Fraile Villamor**

**DECIMOQUINTO.** En el **primer motivo**, la recurrente, que sólo ha sido condenada por el delito de detención ilegal, invoca la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, apoyándose para ello en los arts. 852 de la LECr., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución.

Las alegaciones de la acusada coinciden con las formuladas por los otros dos recurrentes cuestionando la solidez de la prueba de cargo en que se fundamenta la condena por el delito de detención ilegal, y en concreto el examen de las manifestaciones de la víctima. Se vuelve a incidir en el hecho nuclear de la identificación de los agentes como tales en el interior de la discoteca y en la argumentación de la sentencia. Así las cosas, como el tema ha sido ya exhaustivamente tratado en esta sentencia, nos ratificamos en lo argumentado en los fundamentos cuarto y decimotercero.

El motivo, por consiguiente, no prospera.

**DECIMOSEXTO. 1.** En el **segundo motivo** utiliza la recurrente la vía de la infracción de ley, con cita del art. 849.1º de la LECr., y alega que se han vulnerado los arts. 167 y 163.1º y 2º del C. Penal (detención ilegal) por haber sido aplicados indebidamente. Sin embargo, la lectura del desarrollo argumental del motivo evidencia que no cuestiona de forma directa la subsunción del “*factum*” de la sentencia en la norma penal, sino que lo que realmente censura es el sustrato fáctico de la sentencia y de forma indirecta la calificación jurídica. Con lo cual vuelve a incidir de nuevo en el tema probatorio.

En efecto, en las primeras alegaciones de este motivo la acusada vuelve a objetar la prueba relativa a la identificación como policías de sus compañeros, citando una vez más los párrafos de la sentencia de instancia en los que se examina y resuelve ese extremo fáctico. Y a continuación centra la argumentación en intentar acreditar que ella ignoraba que sus compañeros no se habían identificado

ante José Antonio Medina como Mossos d'Esquadra, por lo cual concluye que faltó el elemento del dolo como presupuesto imprescindible para que pudiera exigírsele actuar como garante de aquél y obligarla a impedir la detención.

La tesis probatoria de la recurrente es, por tanto, la de que actuó sin dolo y en la creencia de que José Antonio había sido legalmente detenido al darse los supuestos que se prevén en los arts. 490.2º y 492.1º y 4º de la LECr. Sin embargo, su argumento probatorio no cabe acogerlo, vistas las razones que se han vertido en los fundamentos precedentes de esta sentencia acerca del desarrollo de los hechos. Y es que, al hallarse la acusada presente cuando tuvo lugar el incidente, ya que de hecho se inició por un roce entre Pedro Sáez con ella, no cabe alegar que ignorara la forma en que se desarrollaron los hechos. Una vez que vio el inicio del enfrentamiento y cómo actuaban sus compañeros, es claro que fue consciente del hecho negativo que centra el debate: que los dos agentes no acreditaron su condición de Mossos d'Esquadra ante José Antonio Medina.

Como ya se ha repetido en exceso en esta resolución, la dinámica de los hechos hacía imposible que, en el curso de un incidente que duró un tiempo mínimo y se inició de forma repentina, los dos Mossos d'Esquadra llegaran a identificarse mostrando a su oponente sus placas profesionales. Y como la ahora recurrente se hallaba presente en ese instante no puede alegar ignorancia de un dato crucial que, en su condición también de profesional del mismo Cuerpo policial, tenía necesariamente que conocer.

Sí concurre, en consecuencia, el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar con el fin de evitar la detención y también el conocimiento de su capacidad a tal efecto. Y tampoco puede cuestionarse que supiera las condiciones fácticas que condicionaban su actuación profesional, sin perjuicio de lo que posteriormente se argumentará sobre la calificación jurídica.

Una vez descartada la ignorancia de la acusada y acogido como cierto el dolo del tipo de la detención ilegal que es el elemento que impugna, es claro que el motivo de impugnación carece de fundamento y ha de desestimarse.

**2.** Sin embargo, resta por resolver una cuestión que ha traído a colación el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones del recurso de casación. Nos

referimos a si la subsunción de los hechos en el tipo penal de comisión por omisión (art. 11 del C. Penal) se ajusta a derecho o si lo correcto hubiera sido la condena por la modalidad de comisión activa, que es la tesis que postula el Ministerio Fiscal y que fue ya la propuesta en la instancia.

Ante todo, debe quedar claro que la parte recurrente no ha planteado esta cuestión, puesto que sólo impugnó la concurrencia de la base fáctica del dolo del delito de detención ilegal, no trayendo a colación que, aun admitiendo los hechos declarados probados, no se dieran los supuestos legales de la detención ilegal en comisión por omisión. Ni se cuestionó desde la perspectiva estrictamente jurídica la posición jurídica de garante de la acusada ni tampoco que se diera la equivalencia material que exige la ley entre la conducta omisiva y la activa. Y otro tanto debe decirse del otro acusado, Alberto Fabregat, que fue condenado también en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del C. Penal.

Ha sido el Ministerio Público quien, citando la STS 471/2006, de 6 de abril, ha discrepado del razonamiento jurídico sexto de la sentencia de instancia y ha argumentado (folio 10 de su escrito de alegaciones) que “aunque ello no altere la solicitud de confirmación de la sentencia impugnada, la actuación de la recurrente representa una ejecución directa de los elementos objetivos del tipo penal apreciado, actuación conjunta, previo pacto tácito, con sus dos compañeros acusados, siendo por tanto los tres funcionarios coautores *ex equo* de la infracción penal apreciada”.

La acusación pública alega, en apoyo de su tesis incriminatoria, que este Tribunal de Casación en la sentencia arriba citada sostiene que no cabe un delito de detención ilegal practicado por un policía en comisión por omisión si no existe subordinación jerárquica entre el supuesto garante y el ejecutor material.

El Ministerio Fiscal introduce así en el debate de esta segunda instancia la viabilidad, por ser la solución acorde a derecho, de la condena por el delito de detención ilegal en la modalidad activa en lugar de la omisiva que acogió la sentencia recurrida.

Con carácter previo, es preciso hacer dos matizaciones o aclaraciones. La primera, que al tratarse de una cuestión estrictamente jurídica y haberla planteado

la acusación en esta instancia no se suscitan objeciones procesales para examinarla y resolverla, toda vez que las restantes partes han tenido un trámite para replicar a lo alegado por el Ministerio Público. Y la segunda, que las partes afectadas no han impugnado en su recurso el hecho de que se modificara en la sentencia de instancia la condena por comisión activa que se imputaba por otra en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia.

Aclarado lo anterior, sí ha de compartirse el criterio del Ministerio Fiscal de que, a tenor de lo narrado en la sentencia recurrida, la imputación por comisión activa del delito que postula el Ministerio Público es la que se ajusta a derecho. En primer lugar, porque si bien el acusado Juan Díaz fue la persona que llevó la iniciativa en la detención de José Antonio Medina, al dar las órdenes a los Mossos d'Esquadra que comparecieron en el lugar de que se lo llevaran detenido, la conducta de los otros dos acusados también adquirió una especial relevancia, tal como se recoge en la sentencia rebatida. Pues ambos, en esa primera fase, se hallaban delante como protagonistas del incidente, conocían lo acaecido y pese a ello asintieron de forma tácita a la práctica de una detención que sabían que era ilegal.

Y ya en un segundo momento, en las dependencias policiales, la acusada, tal como se especifica en la sentencia, confeccionó la minuta policial de la detención, en la que se recogían datos inciertos —en concreto que se habían identificado como Mossos d'Esquadra ante José Antonio Medina— que legitimaban la detención de éste. Ello significa que, cuando menos, cooperó con actos necesarios para legitimar la detención y para que se prosiguiera consumando el delito permanente de detención ilegal. Y otro tanto puede decirse del coacusado Alberto Fabregat, quien no sólo suscribió un atestado que no se ajustaba a lo realmente acontecido, consolidando la situación de detención, sino que después realizó incluso actos agresivos contra el detenido cuando se encontraba custodiado en el recinto policial, agresión por la que ya sido condenado como autor de un delito de atentado contra la integridad moral.

Así las cosas, todo indica que la tesis de la comisión activa resulta más ajustada a derecho con arreglo a la narración de los hechos probados y lo realmente acontecido que la de la omisión impropia, toda vez que, cuando menos, los acusados Mónica Fraile y Alberto Fabregat cooperaron de forma necesaria en que

José Antonio Medina prosiguiera detenido en las dependencias policiales al redactar y suscribir un atestado cuyo contenido sabían que no era cierto, atestado que operó como instrumento para legitimar y mantener la situación de detención.

Ciertamente, tampoco cabe obviar que los dos acusados, en su condición de agentes de la autoridad tenían asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2.a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la obligación de impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Y la detención de José Antonio Medina era sin duda ilegal y arbitraria, pese a lo cual no hicieron nada por evitarla.

Ahora bien, la modalidad de comisión por omisión precisa de una posición jurídica de garante que la jurisprudencia de esta Sala no ha admitido en los casos en que, como aquí sucede con los acusados Mónica Fraile y Alberto Fabregat, no ostentan una jerarquía con respecto al sujeto que imparte la orden de detención, sino que se encuentran todos en plano de igualdad.

La posición de garante solamente se predica respecto del jefe o superior con relación a la conducta y actuación de sus subordinados. Así se afirma de forma clara en la STS 470/2006, de 28 de abril, que cita el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. Y también se reitera esa doctrina en la STS 891/2008, de 11 de diciembre, sentencia en la que no se consideró suficiente para que los agentes adquirieran la condición de garantes las obligaciones genéricas que con respecto a un detenido les impone el art. 5.3.b) de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado, exigiéndose al respecto a mayores una posición de jerarquía o mando sobre los compañeros que pudieran haber incurrido en una conducta delictiva. Si bien en el voto particular se mantiene una postura discrepante acerca de ese extremo, al entender que ese precepto sí otorga a los agentes la condición de garantes con respecto a la conducta ilícita de sus compañeros, condición que no se perdería por la intervención en los hechos de un superior jerárquico.

A tenor de lo razonado, ha de ratificarse el fallo de la sentencia de instancia en el sentido de que los tres acusados son autores del delito de detención ilegal, aunque en lo que respecta a la fundamentación jurídica ha de entenderse que la conducta penada lo es en su modalidad activa y no en la omisiva.

Se desestima por tanto también este recurso de casación, con imposición de la recurrente de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

### **III. FALLO**

**Desestimamos los recursos de casación** interpuestos por la representación de Juan Díaz Fortes, Mónica Fraile Villamor y Alberto Fabregat Díaz contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 10 de marzo de 2009, dictada en la causa seguida por los delitos de detención ilegal y atentado contra la integridad moral, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítense acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

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

D. Alberto Jorge Barreiro      D. Diego Ramos Gancedo

**PUBLICACION.-** Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.