

# **TRIBUNAL SUPREMO**

## **Sala de lo Penal**

### **Sentencia 1191/2010, de 27 de noviembre de 2010**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 10822/2009

Ponente Excmo. Sr. ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR

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

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por los FUNCIONARIOS DE PRISIONES CON NÚMEROS PROFESIONALES NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004, como Acusación particular, Juan Pablo, Bartolomé, Cornelio, Eutimio, Gustavo, Julio, Moises, Rogelio, Vidal, Luis Miguel, Adolfo, contra Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, seguida por delitos de homicidio en grado de tentativa, lesiones y atentado en concurso ideal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dichos recurrentes representado por los Procuradores Sres. Martínez Benítez por los funcionarios de prisiones, López-Puigcerver Portillo, por el segundo, tercero y cuarto, Sr. Mardomingo Herrero por el quinto y sexto, Sra. Caro Romero por el séptimo, Sra. Ruiz Esteban por el octavo, Sr. Rodríguez Perez por el noveno, Sra. Mesa Teicman por el décimo, y la Sra. Gil Segura por el undécimo y duodécimo. Siendo parte recurrida la Generalidad de Cataluña representada por el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar y el Sr. Mauricio representado por el Procurador Rodríguez García. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Granollers instruyó Sumario con el número 1/2005, contra Juan Pablo, Bartolomé, Cornelio, Eutimio, Gustavo, Julio, Moises, Rogelio, Vidal, Luis Miguel, Adolfo, Enrique, Indalecio, Mauricio, Roberto, Vicente Y Pedro Miguel y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. Sexta) que, con fecha cuatro de febrero de dos mil nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“PRIMERO.- Se declara probado que el día 30 de abril de 2004, poco antes de las 18 horas, se produjo un incidente en el Módulo Uno del Centro Penitenciario de Quatre Camins, sito en la Roca del Valles, Barcelona, al impedir la entrada en la lavandería a un interno en aplicación de la prohibición en este sentido que dos días antes había sido acordada por la dirección del Centro. En este incidente resultó con lesiones el interno, lo que dio lugar a cierto malestar de los demás internos y motivó que el Subdirector de Régimen Interior, Baldomero, se personara en el módulo a supervisar la situación.

Estando en el patio del módulo el Subdirector referido, el procesado Juan Pablo, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencia de 23-3-98 por un delito de homicidio, interno en el Centro Penitenciario mencionado, intentó hablar por teléfono, actuación que le fue impedida por un funcionario por no corresponderle, enfadándose el interno y dirigiéndose al fondo del patio, donde se reunió con otros compañeros, hablando durante un breve período de tiempo.

A continuación, este grupo de internos se dirigió al Subdirector Sr. Baldomero, quien estaba acompañado en ese momento por los funcionarios de prisiones con carnet profesional n.º NUM003, NUM002 y NUM000, aproximadamente en el centro del patio, y le pidieron explicaciones sobre lo sucedido con el interno lesionado.

El grupo de internos estaba integrado por los procesados Juan Pablo, Bartolomé, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencia de 31-1-92 por un delito de asesinato, Vidal, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencia de 6-6-2003 por un delito de homicidio y condenado ejecutoriamente por sentencia de 15-10-2001 por un delito de homicidio, Julio, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencia de 27-5-2003 por un delito de asesinato, Gustavo, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, Eutimio, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencia de 9-2-96 por un delito de asesinato, Pedro Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, Moises, mayor de edad y sin antecedentes penales computables y Rogelio, mayor de edad y sin antecedentes penales computables. El interno Juan Pablo interpeló al Subdirector de forma intimidatoria, quien le sujetó del brazo para sacarlo del patio, siendo, a continuación, golpeado por Juan Pablo en la cabeza con un fuerte puñetazo que le hizo caer al suelo. Seguidamente, el grupo de internos referidos agredió de forma indiscriminada al subdirector y a los funcionarios NUM003, NUM002 y NUM000 que estaban junto a éste.

El funcionario NUM000 fue agredido, concretamente, por los internos Pedro Miguel y Vidal, quienes le cayeron encima, consiguiendo zafarse de ellos y correr hacia el vestíbulo, donde entró, sujetando la puerta para que no entraran los internos citados quienes le habían perseguido hasta allí.

Al mismo tiempo, el funcionario NUM002 fue también agredido por el grupo de internos referidos cayendo al suelo donde le golpearon varios de ellos, que cesaron en esta agresión para centrarse en el subdirector. Aprovechó este momento para levantarse y correr hacia el vestíbulo, siendo interceptado por el interno Pedro Miguel, quien le cogió y le golpeó contra la reja de la entrada del mismo, al tiempo que el interno Vidal le daba patadas, pese a todo lo cual consiguió ponerse a salvo, entrando en el vestíbulo y cerrándose la puerta por otros funcionarios, entre ellos el NUM001 y el NUM000 que habían conseguido entrar antes.

Mientras los funcionarios NUM002 y NUM000 lograban ponerse a salvo como se ha descrito, los internos Juan Pablo, Bartolomé, Julio, Gustavo, Eutimio, Moises y Rogelio permanecieron rodeando al subdirector, tirado en el suelo, al que golpearon de forma repetida, preferentemente con patadas dirigidas a la cabeza, con la intención de acabar con su vida o, cuanto menos, sabiendo que tales golpes podían resultar mortales.

El funcionario NUM001, quien estaba también en el patio, más próximo al lugar donde estaban las cabinas telefónicas, intentó acercarse para ayudar a sus compañeros, pero al verle, se encararon contra él los internos y optó por dirigirse hacia el vestíbulo y pedir auxilio, recibiendo por el camino empujones, ignorando de quién procedieron.

Tras la agresión al subdirector, éste yacía en el suelo, inconsciente. Algunos funcionarios entraron en el patio para retirarlo, lo que impidió el interno Juan Pablo colocando un punzón en el cuello del Subdirector, amenazando con clavárselo si no desistían, logrando que en un primer momento los funcionarios se retiraran, hasta que volvieron con mas refuerzos, momento en el que, al gritar algunos internos "déjalo que ya está muerto" "ya tenemos a otro", pudieron retirar al herido.

SEGUNDO.- El funcionario NUM003, al iniciarse la agresión contra el subdirector, intentó ayudarlo, siendo intimidado por los internos Bartolomé y Moises, portando el primero un objeto punzante para que se apartara, haciéndole retroceder. Empujó a Bartolomé y se dirigió hacia la puerta de salida del patio, viendo en ese momento como internos que no puede identificar golpeaban al subdirector, quien estaba tendido en el suelo. No consiguió alcanzar la puerta porque el procesado Vicente, mayor de edad y sin antecedentes penales computables le pegó una patada en la cara, el procesado Roberto, mayor de edad y condenado ejecutoriamente en sentencia de 16-6.-93 por un delito de atentado y en sentencia de 27-11-2000 por delito de lesiones, le golpeó en la cabeza con la pata de una mesa y el interno Eutimio le dio un puñetazo en la cara, golpeándole la cabeza contra el cristal del bunker, rodeándole entre todos.

En ese momento se acercó el interno Bartolomé, quien llevaba un punzón en la mano y cogiéndole, le condujo a la lavandería, durante el camino nuevamente Roberto le pegó con la pata de la mesa en la cara. El interno Julio le golpeó en las piernas con una pata de una mesa una vez que ya estaba en la lavandería.

Al cabo de un rato Vidal y Bartolomé decidieron sacarlo al patio, primero le tumbaron boca arriba, colocándole Bartolomé el pincho en el cuello y finalmente decidieron sentarlo en una silla, le quitaron la chaqueta del uniforme y le colocaron una de un chandal, atándole los cordones de las botas, por decisión del interno Vidal.

Permanece unas tres horas de esa forma, siendo custodiado principalmente por los internos Bartolomé y Vidal, mientras otros internos se le acercaban para increparle como Juan Pablo quien le dijo "mira que habéis hecho", Julio quien dijo "matadle ya", el procesado Eutimio, quien pedía un teléfono a los funcionarios diciéndoles "que si no lo conseguían le iba a romper las piernas" y Mauricio, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, quien también pedía un teléfono y hablar con la Consellera Tura diciendo que si no lo iba a pasar algo al funcionario. También se le acercó el procesado Luis Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, quien le dijo que le iba a matar.

Esta situación se prolonga hasta que el director del Centro Penitenciario a lo largo de las conversaciones que mantiene para que cesara la retención del funcionario NUM003 con los internos Bartolomé, Vidal, Eutimio, Pedro Miguel, Juan Pablo y Mauricio, éste último quien solamente pedía que viniera la Consellera Tura, consigue convencerles de que no habría represalias, abandonando los internos el patio hacia sus celdas, hasta que los internos Bartolomé e Juan Pablo acompañan al funcionario mencionado hasta donde está el Director y los demás funcionarios retirándose también a sus celdas.

TERCERO.- Como consecuencia de las agresiones descritas se produjeron las siguientes lesiones:

Baldomero sufrió traumatismo craneo encefálico con conmoción cerebral recuperada, traumatismo facial con fractura cerrada de la base piramidal nasal derecha, contusiones craneales y faciales múltiples, contusiones y erosiones en antebrazos y policontusiones en la región torácica anterior. Estas lesiones requirieron para su sanidad tratamiento médico-quirúrgico consistente en analgésicos, antiinflamatorios, aplicación de antibioterapia y tratamiento psiquiátrico con ansiolíticos, hipnóticos, antidepresivos y reactivadores de la actividad cerebral. Las lesiones tardaron en curar 180 días de los que 48 fueron de estancia hospitalaria y el resto fueron incapacitantes y dejaron como secuela un cuadro de ansiedad residual con stress postraumático de carácter temporal. En fecha 2-12-2008 dicho funcionario se reserva de forma expresa las acciones civiles y manifiesta su intención de ejercitarlas en otro procedimiento.

El funcionario NUM001 sufrió lesiones consistentes en contusión y herida superficial en codo izquierdo, contusión en tórax con esguince intercostal y contusión maleolar externa en tobillo izquierdo que requirieron para su sanidad cura tópica, no sutura, reposo funcional, analgésico oral a demanda y psicofármacos y que tardaron en curar 45 días impeditivos, dejando como secuela un síndrome de stress postraumático que continúa en la actualidad.

Por su parte, el funcionario NUM000 sufrió, como consecuencia de la agresión, lesiones consistentes en gonalgia izquierda y contusión facial con pérdida parcial de incisivo; lesiones que requirieron para su sanidad tratamiento médico quirúrgico consistente en reconstrucción de incisivo, antiinflamatorios y seguimiento psiquiátrico y tardaron en curar 45 días impeditivos, dejando como secuela un síndrome de stress postraumático que continúa en la actualidad.

El funcionario NUM002 sufrió lesiones consistentes en fractura de la apófisis transversa izquierda de la tercera vértebra lumbar, lumbalgia con erosión, contusión y hematoma facial, tendinitis supraespinoso derecho y erosiones varias; lesiones que requirieron para su sanidad tratamiento médico consistente en inmovilización mediante cabestrillo, reposo y antiinflamatorios y tardaron en curar 35 días impeditivos, dejando como secuela un síndrome de stress postraumático que continúa en la actualidad.

Por último, el funcionario NUM003 sufrió lesiones consistentes en traumatismo facial con hematoma en ojo derecho, herida incisa en región parietal, epistaxis nasal, contusión en espalda y hombro derecho, herida incisa en zona supraumbilical, contusiones múltiples en extremidades superiores y fractura apófisis trasversa derecha de tercera vértebra lumbar; lesiones que requirieron para su sanidad tratamiento médico quirúrgico consistente en reposo funcional, sutura, tratamiento con psicofármacos y programa de psicoterapia y que tardaron en curar 90 días, 4 de los cuales requirieron ingreso hospitalario y el resto fueron impeditivos. Estas lesiones dejaron como secuela un síndrome de stress postraumático que continúa en la actualidad.

El funcionario NUM004, como consecuencia de haber presenciado los hechos descritos desde el interior del bunker, sufrió un cuadro de stress postraumático que curó en noventa días de los que cuarenta y cinco estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela un síndrome de stress postraumático que continúa en la actualidad.

CUARTO.- Durante el tiempo en el que sucedieron los hechos descritos varios internos del Módulo 1 causaron diversos destrozos en las instalaciones, concretamente los procesados Adolfo y Cornelio, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales computables en este proceso, causaron daños en la lavandería que han sido valorados en 9.668,91 euros.

QUINTO.- No ha quedado acreditado que el procesado Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales computables y el procesado Indalecio, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, hayan tenido ninguna intervención en los hechos relatados.

SEXTO.- El procesado Julio presenta una inteligencia normal en el rango más bajo y un trastorno mixto antisocial y límite de la personalidad con déficit de control de los impulsos, agresividad heterodirigida, escasa introyección de la norma, inestabilidad emocional y suspicacia.

El procesado Eutimio presenta una inteligencia normal, en un rango más bajo y un trastorno antisocial de la personalidad con déficit de control de los impulsos, agresividad heterodirigida y escasa introyección de la norma.

El procesado Moises es consumidor de sustancias estupefacientes por vía parenteral sin poder precisar dosis ni frecuencias y presenta un trastorno antisocial de la personalidad con déficit de control de los impulsos.

El procesado Roberto es consumidor de sustancias estupefacientes tipo opiáceo, estando afectadas levemente sus facultades volitivas en aquellos hechos relacionados con la obtención de ingresos para subvenir a este consumo. El procesado Cornelio ha sido diagnosticado de trastorno antisocial de la personalidad, sin signos de dependencia física o psíquica a sustancias estupefacientes ni antecedentes de haberla tenido”“.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

““Que debemos condenar y condenamos a Juan Pablo, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de reincidencia en el primer delito y la de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones. Como autor responsable de un delito de detención ilegal le condenamos a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Bartolomé, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de reincidencia en el primer delito y la de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones, como autor responsable de un delito de detención ilegal le condenamos a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Eutimio, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de reincidencia en el primer delito y la de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, DOS PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por dos de los delitos de lesiones y la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN por el tercer delito de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos a Julio, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de reincidencia en el primer delito y la de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE prisión por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y DOS PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones del tipo básico y una pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN por el delito de lesiones agravado.

Que debemos condenar y condenamos a Gustavo, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de OCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos a Moises, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de OCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos a Rogelio, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tres delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de OCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por el delito de homicidio en concurso con el de atentado, y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos a Vidal, como autor responsable de cuatro delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad en todos ellos, a la pena de DOS AÑOS Y CUATRO MESES Y MEDIO DE PRISIÓN por el concurso ideal y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los restantes delitos de lesiones. Como autor responsable de un delito de detención ilegal le condenamos a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Pedro Miguel, como autor responsable de cuatro delitos de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad en todos ellos a la pena de DOS AÑOS Y CUATRO MESES Y MEDIO DE PRISIÓN por el concurso ideal y TRES PENAS DE UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN por cada uno de los restantes delitos de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos a Vicente como autor responsable de un delito de lesiones y un delito de atentado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad, a la pena de DOS AÑOS Y CUATRO MESES Y MEDIO DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Roberto, como autor responsable de un delito de lesiones con instrumento peligroso y un delito de atentado agravado en concurso ideal, concurriendo la agravante de abuso de superioridad y de reincidencia en ambos delitos, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Luis Miguel como autor responsable de un delito de atentado, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN.

Que debemos condenar y condenamos a Adolfo, como autor responsable de un delito de daños, sin concurrir instancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE TRES EUROS.

Que debemos condenar y condenamos a Cornelio, como autor responsable de un delito de daños, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE TRES EUROS.

En responsabilidad civil, los condenados Juan Pablo, Bartolomé, Julio, Gustavo, Eutimio, Moises y Rogelio, Pedro Miguel y Vidal indemnizarán, conjunta y solidariamente al funcionario NUM000 en la cantidad de 2700 euros por los días de curación y 9.000 euros por la secuela resultante y al

funcionario NUM002 en la cantidad de 2100 euros por los días de curación y 9.000 euros por la secuela resultante.

Los condenados Juan Pablo, Bartolomé, Julio, Gustavo, Eutimio, Moises, Rogelio, Pedro Miguel, Vidal, Vicente y Roberto indemnizarán, conjunta y solidariamente al funcionario NUM003 en la cantidad de 280 euros por los días de hospitalización, la de 5160 euros por los días de curación incapacitantes y 12.000 euros por la secuela resultante.

Todos los condenados en esta sentencia indemnizarán, conjunta y solidariamente, al funcionario NUM004 en la cantidad de 5400 euros por los días de curación y 9.000 euros por la secuela resultante.

Que debemos absolver y absolvemos a los procesados Enrique, Indalecio y Mauricio de todos los delitos de los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables y levantamiento de todas las medidas cautelares adoptadas contra ellos, con declaración de oficio de tres diecisieteavas partes de las costas del proceso.

ABSOLVEMOS a la GENERALITAT DE CATALUNYA de la responsabilidad civil subsidiaria que se le reclamaba.

Absolvemos a todos los procesados de todos aquellos delitos de los que eran acusados, por los que no hayan sido específicamente condenados.

Las penas privativas de libertad llevan como accesoria la pena de inhabilitación absoluta o especial para el derecho de sufragio pasivo, según corresponda legalmente, durante el tiempo de duración de la respectiva condena.

Se impone a todos los condenados el pago de una diecisieteava parte de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta les abonamos todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, si no lo tuviera aplicado en otras.

Notifíquese a las partes la presente resolución notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACION para ante el TRIBUNAL SUPREMO en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación”“.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales, por los recurrentes, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de los funcionarios de prisiones números profesionales NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004.

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida no aplicación del art. 120.3.º del CP.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal y al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 147 CP.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECriminal, por falta de motivación art. 120.3 de la CE.

MOTIVO CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3.º en relación con el art. 11.3 de la LOPJ.

MOTIVO QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, por vulneración de los arts. 14,15,24.1,24.2 y 120.3 de la CE.

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal y al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida inaplicación de los arts. 550 y 551.1.

MOTIVO SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida inaplicación de los arts. 163.1 y 2 y 165.

MOTIVO OCTAVO.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 165 del CP.

MOTIVO NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida inaplicación del art. 148.2 del CP.

MOTIVO DÉCIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida inaplicación del art. 150 CP.

MOTIVO UNDÉCIMO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal por vulneración principios constitucionales de igualdad art. 14 de la CE y proporcionalidad y de los art. 24.1, 24.2, y 120.3 de la CE.

Motivos aducidos en nombre de Juan Pablo.

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación de los arts. 138 y 16 del CP.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE.

Motivos aducidos en nombre de Bartolomé.

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación de los arts. 138 y 16 CP.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE.

Motivos aducidos en nombre de Eutimio.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional el art. 24.2 de la CE.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 por indebida aplicación de los arts 138 y 16 CP.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 147 del CP.

MOTIVO CUARTO y QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal.

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por no aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Motivos aducidos en nombre de Gustavo.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la Ce, en relación al derecho a la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación de los arts. 138 y 16 del CP.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 147 del CP.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal.

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal.

Motivos aducidos en nombre de Julio.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal y art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida aplicación de los arts 138 y 16 e indebida no aplicación del art. 147 CP.

MOTIVO TERCERO y QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación de los arts 148 y 552.1 del CP.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida aplicación del art. 147 del CP.

Motivos aducidos en nombre de Moises.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal y art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 de la CE en relación al derecho a la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO y TERCERO.- Al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal por error en la apreciación de la prueba.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación de los arts. 138 y 16, e indebida no aplicación del art. 147 del CP.

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 28 del CP.

Motivos aducidos en nombre de Rogelio.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal, y art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE en relación al derecho a la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 138 del CP.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 28 del CP.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal, por error en la valoración de la prueba.

Motivos aducidos en nombre de Vidal.

MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE, en relación al derecho a la presunción de inocencia, y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida aplicación del art. 147 del CP.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 163.1 y 2 CP.

Motivos aducidos en nombre de Luis Miguel.

MOTIVO ÚNICO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional el art. 24.2 de la CE, en relación al derecho a la presunción de inocencia.

Motivos aducidos en nombre de Adolfo.

MOTIVO ÚNICO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 de la CE, en relación al derecho a la presunción de inocencia.

Motivos aducidos en nombre de Cornelio.

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, el art. 24.2 en relación al derecho a la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por indebida no aplicación del art. 21 del CP.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por los recurrentes, apoyando los motivos séptimo y octavo del recurso interpuesto por los Funcionarios de Prisiones números profesionales NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004 e impugnando el resto de ellos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día diecinueve de octubre de dos mil diez.

6. - Con fecha veintinueve de octubre de dos mil diez se dictó Auto en el que se acuerda prorrogar el término para dictar sentencia en la presente causa por treinta días.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A) Recurso de la Acusación Particular.**

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal se formaliza el primero de los once motivos de este recurso, alegando la indebida inaplicación del art. 120.3.º del Código Penal al no apreciarse la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña, no obstante suceder los hechos en el interior del Centro Penitenciario, propiciados -dicen los recurrentes- por la inobservancia de todas las medidas de seguridad que estaban al alcance de dicho Centro; inobservancia que hace aplicable el invocado precepto, que convierte en civilmente responsables, en defecto de los que lo sean criminalmente, a las personas naturales o jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidas en los establecimientos de que sean titulares cuando, por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

1. - La alegada infracción del art. 120.3.º del Código Penal no puede determinarse sino a partir del presupuesto fáctico ineludible del relato histórico de la Sentencia recurrida, puesto que la vía casacional elegida del art. 849.1.º, está destinada, no a modificar el relato de los hechos declarados probados, sino la infracción de las leyes penales sustantivas en la operación jurídica de subsunción de las normas y los hechos declarados probados. En este sentido el art. 849.1.º de la LECriminal entiende infringida la ley, en esta vía casacional, cuando "dados los hechos que se declaran probados" se hubiera infringido un precepto penal sustantivo u otra norma que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. Y el art. 884.3.º de la LECriminal establece como causa de inadmisibilidad del recurso que "no se respeten los hechos que la Sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el n.º 2 del art. 849 " vía ésta que en este punto de los presupuestos fácticos de la responsabilidad civil subsidiaria no se utiliza. La jurisprudencia de esta Sala viene reiteradamente declarando que la del n.º 1 del art. 849 de la LECriminal exige un respeto absoluto al hecho probado, pues cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento desencadenan inexcusablemente la inadmisión del motivo (art. 884.3.º de la LECriminal) y en trámite de Sentencia su desestimación ( SS 17 de diciembre de 1996, 18 de julio de 2001, 6 de febrero de 2003, entre otras muchas).

2. - En este caso la infracción denunciada no se fundamenta en la hipotética inaplicación incorrecta del art. 120.3 del Código Penal a los hechos declarados probados en la Sentencia, sino en datos de hecho diferentes y aún contrarios a lo que la Sentencia recurrida recoge en su relato histórico.

A) En efecto, fundamentan los impugnantes el motivo en que existía un plan preconcebido para atentar contra el subdirector y funcionarios de la prisión; que los recurrentes habían puesto de manifiesto en un informe anterior la tensión y el malestar en el módulo penitenciario; que no se disponía del número necesario de funcionarios; que carecían de los medios e instrumentos coercitivos para dominar la situación; que no contaban con un encargado o jefe de seguridad; y que los refuerzos tardaron en llegar unos diez o quince minutos.

B) La Sentencia impugnada declara que "ninguno de estos hechos ha quedado acreditado" y afirma, en el fundamento sexto, complementando el relato histórico que no había creada situación conflictiva alguna que pudiera hacer previsible lo que sucedió; que no tenían dato alguno que les llevara a pensar que se estaba organizando un motín; que la situación fue sobrevenida y espontánea, y por ello impredecible. Añade que la alegación sobre la falta de efectivos personales tampoco ha quedado probada; que estaban en el patio cuatro funcionarios con el Subdirector y otro funcionario en el búnker o cabina de seguridad; que no hay pruebas sobre las supuestas quejas de los Sindicatos sobre una insuficiencia de efectivos personales en el Módulo 1; que tampoco hay prueba acerca de que los medios coercitivos estuvieran en lugar inidóneo, siendo la rapidez de los acontecimientos lo que imposibilitó contar con ellos en los primeros momentos de la agresión; y que los instrumentos peligrosos utilizados por los internos fueron en su mayor parte palos obtenidos del rompimiento de las mesas del recinto. Por todo ello concluye la Sala de instancia que no se ha aportado prueba alguna del incumplimiento de preceptos legales o reglamentarios que pudiera servir de base para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña.

3. - En consecuencia lo que los recurrentes discuten no es la subsunción del art. 120.3.º del Código Penal a partir de los presupuestos fácticos probados, ni su discrepancia se dirige a combatir, desde esos datos de hecho, la falta de apreciación de infracciones reglamentarias penitenciarias, sino directamente a sostener la existencia de éstas y la necesidad de aplicar la norma invocada del Código Penal, a partir de unos hechos diferentes y aún contrarios a los que expresamente se recogen en la Sentencia recurrida, alegando como ciertos los mismos que esta Sentencia expresamente declara como improbados. Planteamiento que por lo expuesto conduce a la desestimación del motivo por incurrir en la causa de inadmisión del art. 884.3.º de la LECriminal.

El motivo primero se desestima.

SEGUNDO.- El motivo cuarto se plantea por quebrantamiento de forma del art. 851.3.º de la LECriminal alegando incongruencia omisiva, fundada en que, a pesar de obrar en las actuaciones documentación médica sobre el funcionario número NUM001 y las secuelas por éste sufridas a raíz de los hechos, no ha sido siquiera referida a lo largo de la Sentencia, omitiendo así que tal funcionario tiene estrés postraumático derivado de los hechos vividos en primera persona en el amotinamiento (sic) sucedido el día de autos.

En definitiva la queja se refiere a la falta de inclusión de un determinado dato de hecho, considerado probado por la documentación médica. Planteamiento que conduce a la desestimación:

A) En primer lugar porque el cauce casacional destinado a la rectificación de errores fácticos fundados en la prueba documental es la del n.º 2 del art. 849 de la LECriminal, y no la de quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva. Acerca de este vicio procesal señala la Sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2009 que, como recuerdan las Sentencias de esta Sala n.º 825/2000 de 20 de julio y 181/2001 de 11 de octubre, entre otras muchas, la doctrina recogida en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997 viene declarando como requisitos de este vicio procesal de incongruencia omisiva los siguientes:

a) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas;

b) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: 1.º) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996 ); y 2.º) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida ( SSTC 169/94; 91/95; y 143/95 ) lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia es incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita ( SSTS 263/1993; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997 ). Y

c) Que aún existiendo el vicio éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

B) en segundo lugar porque la Sentencia recurrida sí describe las lesiones del funcionario NUM001 y declara probado que le quedó como secuela "un síndrome de estrés postraumático que continúa en la actualidad". Secuela que no cuantifica en una equivalencia económica indemnizatoria por no existir sujeto a quien atribuir la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, como consecuencia de no estimar probada la identidad de quienes le agredieron; lo que obviamente nada tiene que ver con la omisión de respuesta alguna a una pretensión jurídica previamente deducida.

El motivo cuarto se desestima.

TERCERO.- El motivo tercero, compuesto incorrectamente por una doble impugnación, que debió formalizarse en motivos distintos y diferenciados, invoca en su primera parte al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, la vulneración del art. 120.3 de la Constitución Española por falta de motivación al rechazar la Sentencia la apreciación del delito de atentado en relación al funcionario n.º NUM001.

El motivo carece de fundamento: en efecto la Sentencia razona expresamente en el Fundamento Primero abrigar dudas, al valorar las pruebas contradictorias, acerca de la correcta identificación de los internos que empujaron al citado funcionario dada la confusión del momento, la rapidez con la que se produjeron los diferentes hechos y que el testigo, que en principio señaló a dos de los

acusados como autores de esa agresión, se encontraba en el interior del búnker realizando otras tareas de vigilancia. Y en el Fundamento Segundo la Sentencia razona que "no se acoge la acusación por lesiones y atentado en la persona del funcionario NUM001 " sostenida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular "porque no se ha declarado probada la autoría de tales delitos". Por lo tanto no es la negación de la comisión del delito de atentado lo que fundamenta la ausencia de condena por tal delito sino la falta de determinación de su autoría por ignorarse la identidad de quienes lo cometieron. Desde la perspectiva del motivo planteado es evidente la existencia de motivación bastante y por ello la procedencia de su desestimación.

Por lo expuesto se desestima la parte primera del motivo tercero.

CUARTO.- El motivo segundo, que también contiene dos impugnaciones distintas que debieron ser objeto de motivos separados, plantea en su primera parte al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal error en la valoración de la prueba, invocando como documento la grabación del Juicio Oral y en particular la declaración testifical del funcionario NUM004. Alegan los recurrentes que "del resultado de la propia prueba practicada en el acto del Juicio Oral se concluye quienes fueron los internos autores" de las lesiones causadas al funcionario NUM001.

1. - Esta Sala tiene declarado retiradamente que la apreciación del error valorativo de la prueba prevista en el art. 849.2.º de la LECriminal está condicionado a la concurrencia de determinados requisitos. La Sentencia de 28 de julio de 2010, reiterando lo ya dicho por Sentencia de 9 de octubre de 2009, y de 15 de febrero de 2010 entre otras muchas, señala los siguientes:

a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas; b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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 el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997 y 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

A partir de esa general doctrina, el acta del Juicio Oral acredita lo que refleja como sucedido en este acto procesal, y por tanto que se produjeron las declaraciones testificales que el acta recoge, pero no demuestra la veracidad o credibilidad de las declaraciones prestadas, que siendo prueba personal documentada, y no documento casacional, está sometida al proceso valorativo del Tribunal ante el que se presta, al que compete la ponderación de las distintas pruebas practicadas (art. 741 de la LECriminal). Lo que los recurrentes impugnan no es la declaración atribuida por el Tribunal al testigo sino la escasa credibilidad que le concede, por razones que explicita en la motivación; lo cual es un problema de ponderación de una prueba personal, que se sitúa fuera del ámbito casacional del art. 849.2.º de la LECriminal.

Por lo expuesto la primera parte del motivo tercero se desestima.

QUINTO.- La segunda parte del motivo segundo y la segunda parte del motivo tercero, ambas por la vía del art. 849.1.º de la LECriminal denuncian la infracción legal por indebida inaplicación del

art. 147 y 116 del Código Penal, y del art. 550 y 551.1.º del Código Penal, respectivamente, al no apreciarse el delito de lesiones y el delito de atentado, en la persona del funcionario n.º NUM001.

Aunque la Sentencia recurrida no contiene una expresa afirmación de que los hechos declarados probados cometidos sobre la persona de tal funcionario son constitutivos de los delitos referidos, no por ello deja de apreciar su comisión como hechos típicos al razonar la desestimación de la acusación sostenida por ellos, ya que la Sala se apoya en que no está probada la autoría "de tales delitos". De este modo debe entenderse que afirmando su comisión, aún sin autor conocido, no ha dejado de aplicar los preceptos cuya infracción invocan los recurrentes. Los preceptos no aplicados a los acusados son por tanto los de la autoría y la participación (arts 27 y siguientes) cuya vulneración no se plantea, y que en todo caso estarían correctamente inaplicados por no contenerse en el relato histórico el presupuesto fáctico necesario -la intervención en el hecho típico de un acusado identificado- para su apreciación.

Por lo expuesto las segundas partes de los motivos segundo y tercero se desestiman.

SEXTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, denuncian en el motivo quinto la vulneración de los arts. 14,15,24.1,24.2 y 120.3 de la Constitución Española porque no se ha condenado por los hechos cometidos sobre el funcionario n.º NUM001, y porque habiendo vivido éste los hechos de igual modo por el resto de sus compañeros ha recibido un tratamiento diferente en la sentencia.

La falta de fundamento del motivo es manifiesto:

A) Desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución Española, porque no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona ( STC 67/1998 de 18 de marzo ), y el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi no puede confundirse con un derecho material a penar de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado ( STC 232/1998 de 1 de diciembre ). Los recurrentes han accedido libremente a la jurisdicción penal, han formalizado su acusación y han practicado las pruebas que han estimado oportunas, obteniendo finalmente una Sentencia judicial que da respuesta razonada a sus acusaciones con acceso al recurso de casación con relación a lo desestimado. No hay por tanto vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que evidentemente no incluye el que el pronunciamiento judicial haya de ser necesariamente estimatorio.

B) Desde la perspectiva del derecho a la igualdad que proclama el art. 14 de la Constitución Española no se aprecia vulneración alguna. Como declara la STC de 27 de febrero de 2006 se infringe en la aplicación judicial de la ley cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación legal seguida en casos esencialmente iguales. El supuesto actual no es ese: la Sentencia fundamenta de forma razonada el porqué de la absolución por los hechos cometidos en la persona del funcionario NUM001, que no es otro que la ausencia de autoría probada en esos delitos, frente a lo que sucede en los cometidos sobre los demás, y al razonar así ni interpreta la ley de manera distinta en uno y otros caso, ni se da un tratamiento desigual a supuestos idénticos puesto que no es lo mismo un delito sin autor conocido, que con autoría probada, y al absolver en aquél y condenar en éste no se trata desigualmente supuestos iguales sino muy diferentes.

C) En cuanto a los demás derechos fundamentales no contiene el motivo desarrollo argumental alguno, por lo que su invocada infracción carece de contenido casacional.

Por lo expuesto el motivo quinto se desestima.

SÉPTIMO.- El motivo sexto impugna la absolución de los acusados Indalecio y Mauricio, acumulando incorrectamente la infracción de ley del art. 849.2.º y la del art. 849.1.º de la LECriminal, que debieron plantearse como motivos separados.

1. - En cuanto al error del art 849.2.º de la LECriminal basta, para desestimarlos, que no se expresa en el motivo documento casacional alguno que fundamente el supuesto error fáctico, lo que imposibilita la apreciación del error de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de esta vía casacional expresados en el Fundamento Tercero y que en este otro damos por reproducidos.

2.- Igualmente con relación a Indalecio se ha de rechazar la infracción de los arts. 550 y 551.1.º, por inaplicación que se denuncia al amparo del art. 849.1.º. Los hechos probados son de inexcusable respeto en este motivo por infracción de ley penal sustantiva y no pueden modificarse, sustituirse, omitirse ni contradecirse; de modo que como ya hemos dicho a partir del relato histórico de la Sentencia lo que la vía casacional del art. 849.1.º permite es la impugnación de la subsunción legal es decir de la calificación jurídica de los hechos declarados probados hasta el punto de que su contradicción es causa de inadmisión del motivo (art. 884.3.º de la LECriminal) que es fase decisoria lo es ya de desestimación.

Los hechos probados dicen que no ha quedado acreditado que Indalecio tuviera intervención en los hechos. A partir de ahí es obvio que en su comportamiento no son apreciables los delitos mencionados en el motivo.

3.- Tampoco es apreciable la infracción que se denuncia respecto a la acción declarada probada del acusado Mauricio. El motivo hace caso omiso del relato histórico y se retrotrae a la fase probatoria para a partir de una personal valoración de las pruebas practicadas presentar diferente versión de los hechos; versión que no se corresponde con la que la Sentencia recoge al declarar probado únicamente que "pidió un teléfono y hablar con la Consellera Tura diciendo que si no le iba a pasar algo al funcionario"; y que "solamente pedía que viniera la Consellera Tura". La falta de sujeción del motivo al concreto relato histórico conduce a la desestimación; que en todo caso viene impuesta por la nula relevancia típica del comportamiento probado en Mauricio con relación al delito de atentado del art. 550 del Código Penal, como la Sentencia razona en el Fundamento Segundo de la Sentencia recurrida, en el último párrafo de su apartado B).

Por lo expuesto el motivo sexto se desestima.

OCTAVO. - Los motivos séptimo y octavo amparados en el art. 849.1.º de la LECriminal y apoyados por el Ministerio Fiscal denuncian la infracción por indebida inaplicación de los arts. 163.1 y 2 y 165 del Código Penal respecto al acusado Julio (motivo séptimo) y del art. 165 del Código Penal respecto a los acusados Juan Pablo Bartolomé y Vidal (motivo octavo).

Ambos motivos han de ser estimados:

1.- Con relación al motivo séptimo lo que en realidad sostiene el recurrente es que también el acusado Julio participó en el delito de detención ilegal cometido en la persona del funcionario n.º NUM003.

A) El Hecho Probado de la sentencia relata cómo el interno Bartolomé llevando un punzón en la mano cogió al funcionario y le condujo a la lavandería, de donde después le sacaron llevándolo al patio; y allí una vez primero le tumbaron boca arriba y después le sentaron en una silla atándole los cordones de las botas. En esta acción de privación de libertad calificada en la sentencia como detención ilegal del art. 163.1 y 2 del Código Penal, la intervención que se describe del acusado Julio es que "le golpeó en las piernas con una pata de una mesa una vez que ya estaba en la lavandería". El Tribunal considera que siendo la iniciativa de llevarle a la lavandería sólo "el momento en que empieza a gestarse" la voluntad de retenerlo, no es clara la intención de quienes en ese momento le golpean, de donde deduce la falta de intervención de Julio en un delito de detención ilegal, en el que la intención de privar al funcionario de su libertad deambulatoria solo se manifiesta en el momento posterior en que, tras sacarle de la lavandería, se le tiende en el suelo del patio y allí le atan los cordones de los zapatos.

B) Sin embargo la consumación del delito de detención ilegal se ha de determinar como declaró esta Sala en Sentencia de 7 de abril de 2006 atendiendo a dos aspectos: en primer lugar que se haya producido la conducta que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse; y en segundo lugar que tal privación de libertad se haya extendido durante un período de tiempo mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas o fugaces. En este sentido la doctrina jurisprudencial viene señalando que se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o encierro tuviera lugar ( SS 1 de diciembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 10 de febrero de 2009 ), es decir desde que alguien es colocado, mediante fuerza o intimidación, en una situación de privación efectiva de la posibilidad de usar la propia libertad de desplazarse a otro lugar ( S. 24 de noviembre de 2004 ).

C) En este caso la privación de libertad deambulatoria del funcionario, mantenida durante un tiempo significativo, se inició, consumándose el delito de detención ilegal, desde que fue llevado forzosamente a la lavandería contra su voluntad; por lo que no hay obstáculo a la posible intervención participativa del acusado que durante el traslado le golpeó en las piernas. Siendo un delito de consumación instantánea y de efecto permanente esa acción contribuyó a la privación de libertad iniciada porque ayudó a asegurar de forma relevante que el funcionario no escapara. A esto se añade que, permaneciendo unas tres horas privado de su libertad, Julio se le acercó luego diciendo a quienes le custodiaban "matadle ya", contribuyendo con su presencia inmediata y su actitud intimidatoria a mantener la privación de libertad que sufría la víctima, lo que integra una autoría sucesiva porque implica condominio del hecho en un delito que ha empezado a ejecutarse, y en el que la común decisión de ejecución conjunta se expresa aquí, sin necesidad de acuerdo previo, por la voluntaria contribución del acusado al mantenimiento de la detención iniciada.

Procede en consecuencia la estimación del motivo séptimo por inaplicación del art. 163.1 y 2 del Código Penal respecto al acusado Julio; y del art. 165 del Código Penal, este último por las razones que se expresan a continuación.

2. -Con relación al motivo octavo, también apoyado por el Ministerio Fiscal, se ha de estimar la indebida inaplicación del subtipo agravado del art. 165 del Código Penal, en el delito de detención ilegal, tanto respecto al acusado Julio, una vez estimado el motivo séptimo, como respecto a los acusados Juan Pablo, Bartolomé y Vidal, condenados en la Sentencia recurrida como autores del delito de detención ilegal del art. 163.1 y 2.

En efecto el detenido era un funcionario de prisiones que ejercía sus funciones en el Centro Penitenciario y obviamente su condición de tal era conocida por los internos, que lo detuvieron

precisamente con motivo y con ocasión de ellas. Es pues aplicable el subtipo agravado del art. 165 lo que conduce a la imposición de la pena en la mitad superior.

Por lo expuesto se estiman los motivos séptimo y octavo.

NOVENO.- El noveno motivo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, denuncia la inaplicación del art. 148.2 del Código Penal.

Se alega que el ataque de los internos fue alevoso porque se perpetró de forma sorpresiva provocando la indefensión de los lesionados.

1. - Hemos dicho en la Sentencia 863/2010 de 11 de octubre que en la alevosía lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren significación solamente en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido.

Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deja a la víctima margen alguno de reacción defensiva; y cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido podrá calificarse la agresión como "suceso inesperado" pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de "su material forma de ejecución", desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía.

2. - No puede acogerse en este caso al carácter alevoso de las lesiones: el hecho de que la Sentencia considere, al rechazar la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad, que no existía situación conflictiva que pudiera hacer previsible lo que sucedió, y que no había datos que llevaran a pensar que se estaba organizando un motín, solo permite calificar de sorpresiva la ocurrencia del motín como suceso, pero no necesariamente las acciones ejecutivas de las lesiones causadas durante su desarrollo. Las agresiones se produjeron tras una progresión en el enfrentamiento incompatible con la sorpresa de las lesiones finales: primero se desencadenó un malestar entre los internos, al que siguió el enfado de uno de ellos que le llevó a interpelar de forma intimidatoria al Subdirector del Centro, y que culminó en la agresión física a éste y a los funcionarios. Agresión que se fue haciendo cada vez más previsible a lo largo del incidente iniciado anteriormente. No hubo indefensión porque dado el cariz que tomaban los acontecimientos cabía la adopción de medidas precautorias, aunque existió una aminoración de las posibilidades defensivas derivada del muy superior número de atacantes, que ya es apreciada por la Sala de instancia como agravante de abuso de superioridad, considerada como alevosía menor o de segundo grado.

Por lo expuesto el motivo noveno se desestima.

DÉCIMO.- Por igual cauce del art. 849.1.º de la LECriminal se denuncia la indebida inaplicación del art. 150 del Código Penal (deformidad) respecto de las lesiones sufridas por el funcionario n.º NUM000, que sufrió la rotura de un incisivo en un 20% y que exigió su reconstrucción.

El motivo no puede acogerse porque la Sentencia recurrida, al rechazar la apreciación del tipo penal del art. 150, (lesiones que causan deformidad) se acomoda a la jurisprudencia de esta Sala: las SS. de 1 de octubre de 2008 y 17 de diciembre de 2008, señalan que este Tribunal en Junta General celebrada el 19 de abril de 2002 ha resuelto que si bien la pérdida de piezas dentales ocasionada por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal, el criterio admite modulaciones en atención a la relevancia de la afectación y a las posibilidades de reparación de la deformidad ocasionada, cuando el tratamiento pueda llevarse a cabo sin riesgo mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica.

Las fracturas, que no pérdida, de piezas dentarias, corregidas, sin que queden secuelas visibles integran el tipo ordinario de lesiones ( S.<sup>a</sup> 19 de mayo de 2006 ). En consecuencia no es apreciable en este caso el tipo de lesiones con deformidad del art. 150 ya que el resultado se limitó a la pérdida de un 20% en un incisivo, que fue reconstruido.

UNDÉCIMO. - El motivo undécimo, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal denuncia la vulneración de los principios constitucionales de igualdad (art. 14 de la CE ) y proporcionalidad; y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE ) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE ) y del art. 120.3 de la CE, por falta de motivación en la determinación de la responsabilidad civil.

Esta serie de vulneraciones constitucionales están referidas a lo que la Sentencia de instancia resuelve en materia de responsabilidad civil cuando determina la indemnización del funcionario n.º NUM003, argumentando el motivo que su daño moral fue manifiestamente superior al de los demás ya que fue objeto de detención ilegal durante horas y sometido a amenazas y continuas agresiones.

El planteamiento del motivo desde esa perspectiva exclusivamente constitucional, y ajena a las normas del Código Penal reguladoras de la responsabilidad civil derivada del delito de los arts 109 a 114, cuya hipotética infracción ni siquiera se invoca, debe necesariamente desestimarse:

1. - En primer lugar la respuesta del Tribunal de instancia a la pretensión indemnizatoria no adolece de falta de motivación ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente postuló la indemnización que consideró oportuna según sus intereses, alegó lo que estimó conveniente, practicó las pruebas necesarias, y obtuvo una respuesta concreta que se apoya en una razonada motivación suficientemente argumentada y que explicita el criterio jurídico determinante de la indemnización fijada. El que lo concedido no estime íntegramente lo postulado podrá no coincidir con el personal criterio del postulante, o acomodarse o no a las normas del Código Penal reguladoras de la determinación de las responsabilidades civiles que derivan del delito, (cuya hipotética infracción no se aduce por el recurrente) pero en cuanto decisión que resuelve la pretensión, y que decide motivadamente con fundamentación suficiente, no incurre en falta de motivación ni en infracción de la tutela judicial efectiva.

La doctrina constitucional viene declarando que la tutela judicial efectiva, que reconoce y garantiza el art. 24.1 de la CE no supone el éxito de las pretensiones o de las razones de quien promueve la acción de la justicia ( S. 52/1992 de 8 de abril ). No comprende la obtención de pronunciamientos conformes con las peticiones o intereses de las partes, ni cuya corrección o acierto sea compartida por éstas, sino razonadas judicialmente y que ofrezcan respuesta motivada a las cuestiones planteadas ( SS 202/1987 de 17 de diciembre; 2/1988 de 20 de enero; 33/1988 de 29 de febrero; 40/1989 de 16 de febrero; 230/1992 de 14 de diciembre; y 50/1997 de 11 de marzo

). En definitiva el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo razonada y razonable ( SS 163/1989 de 16 de octubre; 2/1990 de 15 de enero ).

En el caso presente el Ministerio Fiscal interesó para este funcionario 5.520 euros por las lesiones y 12.000 euros por la secuela, consistente ésta en un síndrome de estrés postraumático que continúa -dice la Sentencia- en la actualidad. La acusación particular de este funcionario interesó 18.630 euros por un total de 355 días improductivos, y la cantidad de 27.000 "por la secuela psicológica de carácter permanente (incluido daño moral)". La Sentencia resuelve las pretensiones indemnizatorias, diferenciando razonadamente los días empleados en la curación y las secuelas resultantes, acude para la cuantificación a los criterios del baremo de la ley 30/1995, aumentando las cantidades por considerar -muy acertadamente- mayor el daño moral que provoca la lesión dolosa frente a la causada en el ámbito de la circulación, y señala al funcionario impugnante 280 euros por días de hospitalización (que fueron cuatro), más 5.160 euros por los restantes días de curación incapacitante (que fueron ochenta y seis), y 12.000 euros por la secuela resultante, es decir lo interesado por el Ministerio Fiscal, que considera como más proporcionada y adecuada que la de la acusación particular que estima excesiva. Por lo tanto desde la perspectiva constitucional con que el motivo combate la decisión judicial, no incurre en carencia de motivación ni en vulneración de la tutela judicial efectiva.

2. - Tampoco la indemnización fijada es contraria al principio de igualdad: en primer lugar porque siendo singular y única su personal experiencia en el motín, en lo que se refiere a la detención ilegal padecida, no existe ninguna otra de funcionario distinto que, siendo idéntica a la suya, haya obtenido una injustificada mayor indemnización que la concedida al impugnante; de modo que no hay aquí ninguna arbitraria diferenciación en la aplicación de la ley en situaciones iguales. En segundo lugar porque tampoco existe tratamiento igual de situaciones distintas que olvide la singularidad de la del impugnante. El daño moral por sus cuatro horas de detención lo incluyó ya éste en la indemnización por la secuela del estrés postraumático, pretendiendo por ella la cifra de 27.000 euros, que la Sentencia concede en lo que fue interesado por el Ministerio Fiscal, que es en todo caso una cifra superior en 3.000 euros a la concedida por idéntica secuela a los restantes funcionarios que la padecieron. Por lo tanto toda la cuestión queda reducida a determinar si el plus de sufrimiento moral que representó estar privado de libertad a merced de los amotinados durante cuatro horas, está correctamente compensado con esos 3.000 euros de diferencia. Cuestión que nada tiene que ver con los principios constitucionales invocados, y sí con las normas del Código Penal sobre responsabilidad civil, ninguna de las cuales invoca el recurrente como infringida. En todo caso ha de recordarse que la cuantificación de la indemnización por daño anímico, moral o psicológico al carecer de equivalencia económica exacta corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de instancia puesto que, como señala la S.<sup>a</sup> de 30 de junio de 2.008, no existe un baremo o referencias preestablecidas que puedan objetivar un daño de esa naturaleza, razón por la cual el Tribunal ejerce una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto. Que además en este caso coincide con la valoración del Ministerio Fiscal.

Por todo lo expuesto el motivo undécimo se desestima.

B) Recursos de los condenados.

DUODÉCIMO.- Los once recursos interpuestos por los acusados condenados, aún formalizados con independencia, en gran parte son coincidentes en las cuestiones suscitadas y similares en la argumentación; Por lo que, para evitar inútiles reiteraciones o cansinas remisiones, se examinarán

no de forma sucesiva sino simultáneamente siguiendo el orden de materias afectadas por los distintos motivos de los recursos.

DÉCIMOTERCERO.- La vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.1 de la Constitución Española, es lo que al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia en el motivo segundo de los respectivos recursos de Juan Pablo, y de Bartolomé; en el motivo primero de los respectivos recursos de Eutimio, de Gustavo, de Julio, de Moises, de Rogelio, de Vidal; en el único motivo de los recursos de Luis Miguel y de Adolfo, y en el primero de Cornelio. Motivos que se examinarán a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre presunción de inocencia, aplicable a todos ellos.

DÉCIMOCUARTO.- Ha dicho con reiteración esta Sala que el control casacional de la observancia por el Tribunal Juzgador de este derecho fundamental, alcanza a la comprobación de que su relato de hechos probados cuente con el soporte suficiente de una prueba de cargo lícita, válida y de contenido incriminador; pero no se extiende a la revaloración de la prueba presenciada por el Tribunal de instancia con las ventajas de la inmediación, a excepción del control sobre la propia racionalidad de su juicio valorativo expresado en la motivación de la Sentencia.

Por consiguiente la comprobación en casación de que se ha desvirtuado la presunción de inocencia exige, como señala la Sentencia de 10 de mayo de 2010: a) que concurra prueba de cargo practicada con pleno respeto a los derechos fundamentales (lícita), y acomodada a las normas que disciplinan su práctica procesal (válida); b) que el Tribunal Juzgador operando sobre esa base objetiva haya obtenido la convicción subjetiva sobre lo que relata como probado, pues si expresara dudas o falta de convencimiento la absolucón se impondría por exigencias del principio "in dubio pro reo"; c) que entre ambas exigencias -el presupuesto probatorio objetivo, y la convicción subjetiva resultante- exista un enlace de racionalidad y lógica, comprobable objetivamente, cuyo control corresponde al Tribunal de casación, a través de la motivación expresada en la Sentencia recurrida; lo cual no puede confundirse con la formación de una nueva convicción propia sustitutiva, que resulta imposible sin la inmediación de la prueba. Como dice la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 y reiteran las posteriores de 2 de febrero y 11 de marzo de 2010, el control consiste en determinar si, más allá del convencimiento subjetivo que adquirió el Tribunal de instancia sobre la veracidad de la acusación, al valorar los medios de prueba, puede estimarse que los medios valorados autorizan verdaderamente a tener su convicción por objetivamente aceptable y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justifica la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existen buenas razones que obsten aquella certeza objetiva.

DÉCIMOQUINTO.- En el marco de la doctrina jurisprudencial recogida en el Fundamento anterior han de hacerse las siguientes consideraciones:

1. - Los recurrentes Juan Pablo y Bartolomé en sus respectivos motivos de casación, niegan la existencia de prueba de cargo contra ellos con relación exclusivamente del delito de detención ilegal.

Del segundo dice el hecho probado que esgrimiendo un punzón llevó al funcionario n.º NUM003 a la lavandería; que de allí lo sacó al patio, donde en unión de otros le tumbaron boca arriba, le sentaron en una silla y le ataron los cordones; que fue uno de los que custodiaron al secuestrado durante tres horas, y de los que intervinieron en las conversaciones con el Director para liberarlo. Las pruebas de cargo están integradas por su propia declaración reconociendo que se lo llevó a la

lavandería, por la declaración testifical de la víctima detenida, por las declaraciones del Director incluyéndole entre los "negociadores" y por la declaración del funcionario n.º NUM005 que le señala como uno de los que llevaban la voz cantante. Declaraciones todas ellas válidas, lícitas, de contenido incriminador cuya valoración por la Sala no contiene nada ilógico, absurdo o irracional, pretendiendo el recurrente hacer una personal revaloración de la prueba que no puede sustituir la ponderación razonada del Tribunal que la presencié, con el débil argumento de que se lo llevó para protegerle de la agresividad de otros internos, porque nada hay que avale esa versión contradicha además por su intervención en las negociaciones para la liberación del detenido.

De Juan Pablo dice el Hecho Probado que, estando el funcionario privado de libertad se le acercó para reprocharle lo que estaba sucediendo y que también fue uno de los interlocutores que negociaron con el Director su puesta en libertad. Afirmación fáctica que contó con la declaración testifical del propio Director de la prisión, y con la de los funcionarios NUM006 y NUM005 que le señalaron como uno de los que, junto a Bartolomé llevaba la "voz cantante" durante la privación de libertad, interviniendo de manera significativa en la negociación y permaneciendo hasta en el último momento en que fue entregado el funcionario.

2. - Los recurrentes Eutimio, Gustavo, Julio, Moises y Rogelio, condenados como autores del homicidio intentado en la persona del Subdirector y de tres delitos de lesiones en las personas de los funcionarios NUM000, NUM002 y NUM003, en concurso ideal con el delito de atentado, aparecen en el relato histórico como agresores físicos de estas personas, en los términos que se declaran en los Hechos Probados.

No existe vulneración de su presunción de inocencia, porque la prueba de cargo estuvo constituido por las declaraciones testificales de los tres funcionarios agredidos que identificaron a los cinco como parte del grupo que les atacó a ellos y al Subdirector, y por la testifical de otros dos funcionarios (n.º NUM001 y NUM004 ) que en coincidencia con los otros tres reiteraron la integración de todos ellos en el grupo agresor que pateó al Subdirector y agredió a sus tres compañeros. Y por los informes forenses demostrativos de las lesiones causadas, emitidos en fase sumarial y luego ratificados en el Juicio Oral. Pruebas valoradas por el Tribunal juzgador que, con las ventajas de la inmediatez y en juicio contradictorio, ponderó sus resultados de manera razonable expresada de manera lógica en la Fundamentación de la Sentencia.

La consulta de notas en el Juicio Oral, autorizada por el Tribunal por parte del Subdirector y de los otros funcionarios en nada empaña la credibilidad de sus testimonios, como pretende el recurrente Julio. Y tampoco puede acogerse su alegación de que no se prueba su personal e individual acción agresora y su incidencia causal en las lesiones definitivamente causadas, porque tratándose de una agresión colectiva en la que todos participan con sus golpes, las lesiones resultantes de la acción conjunta son imputables a todos los individuos del grupo agresor, bastando así para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente la prueba de cargo, existente, de que participó activamente en el ataque común perpetrado por el grupo.

3. - El recurrente Vidal condenado como autor de detención ilegal y por tres delitos de lesiones en las personas del Subdirector y de los funcionarios n.º NUM000 y NUM002, en concurso con delito de atentado, niega la existencia de prueba de cargo respecto a los tres delitos de lesiones.

La Sentencia de instancia contiene al respecto tres afirmaciones en el relato histórico: a) que formaba parte del grupo de internos que, tras interpelar y seguidamente tirar al suelo, "agredió de forma indiscriminada al Subdirector"; b) que en unión del interno Pedro Miguel agredió al funcionario n.º NUM000 cayéndole encima hasta que consiguió zafarse y huir; y c) que estaba en

el grupo que agredió al funcionario n.º NUM002 el cual tras levantarse y correr volvió a ser golpeado por Pedro Miguel y por el recurrente que "le daba patadas".

Estas tres afirmaciones fácticas no carecen de prueba de cargo válida y lícita: la primera cuenta con la declaración testifical de dos funcionarios que la presenciaron desde el lugar en que se encontraban: uno a quince metros y otro desde el búnker. Las otras dos cuentan con las declaraciones de los propios agredidos y por la del funcionario del búnker que vio a Vidal y a Pedro Miguel pegando al funcionario NUM002.

No existe razón alguna para anular la credibilidad de los testimonios y no hay en su valoración por la Sala ningún criterio de ponderación absurdo o irracional. El recurrente se limita a dudar sin fundamento alguno de que caer encima del funcionario NUM007 sea idóneo para romperle un incisivo, y a poner de relieve que el testigo situado a quince metros dijo no haberle visto agrediendo al Subdirector, afirmación que se refiere, no a la primera agresión cometida por el grupo inicial en que el recurrente estaba, sino a la ejecutada después por el grupo, reducido ya a siete internos, que le patearon la cabeza en lo que se califica como homicidio intentando y por cuyo delito no ha sido condenado el recurrente. No hay pues respecto a los concretos hechos que de él se afirman vulneración de la presunción de inocencia.

4. - Luis Miguel niega también la prueba de cargo sobre el hecho que de él se relata en la Sentencia. Pero el hecho, consistente en acercarse al funcionario NUM003, cuando estaba inmovilizado en el patio y decirle que le iba a matar, se apoya en la propia declaración testifical del funcionario. Y no se da ninguna razón para poner en duda la veracidad de ese testimonio que apreció por sí mismo el Tribunal de instancia.

5.- Los condenados Adolfo y Cornelio, sostienen en sus respectivos recursos no estar probada la causación de daños materiales en la lavandería de la prisión. Pero la Sala de instancia contó con el testimonio directo del funcionario retenido en ella que declaró haberles visto causando destrozos en ella llevando cada uno un palo, dato éste que de sí mismo reconoció Cornelio, y que de ambos fue corroborado por el testimonio de otros funcionarios que les vieron esgrimiéndolos.

Se trata pues de prueba testifical cuya valoración compete a la Sala de instancia y en cuya ponderación nada se advierte que sea absurdo, ilógico o irracional.

Por todo lo expuesto se desestima todos los motivos en que se invoca la vulneración de la presunción de inocencia, referenciados en el Fundamento Decimotercero.

DÉCIMOSEXTO.- El error de la ponderación de las pruebas, invocado al amparo del art. 849.2.º de la LECriminal, es el objeto del motivo segundo y del motivo tercero en el recurso de Moises, y del motivo cuarto del recurso de Rogelio.

1. - El cauce casacional elegido está sometido a exigencias de prosperabilidad que la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene reiterando de forma constante.

Entre otras muchas sentencias la de 9 de octubre de 2009, n.º 1020/2009 señala 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) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) sin que el dato que el documento acredite se

encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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 el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997 y 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

2. - Los dos motivos del recurrente Moises no cumplen estas exigencias. Ambos se apoyan en su personal valoración de distintas declaraciones testificales y de los acusados, prestadas en el Juicio Oral, esto es en pruebas personales, que no dejan de serlo por estar su práctica documentada en el acta del Juicio Oral, y como tales sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación las percibe ( SS. 5 de junio de 2000; 16 de junio de 2004; y 5 de diciembre de 2007 ). Por otra parte sus razonamientos en el motivo cuarto acerca de la falta de concurrencia del ánimo de matar, es evidente que no aparece acreditado en la literosuficiencia probatoria directa de ningún documento, sino que es un juicio de inferencia, es decir una deducción razonada y lógica ajena al estricto cauce casacional del art. 849.2.º de la LECriminal.

3. - El motivo cuarto del recurrente Rogelio invoca como documento acreditativo del error el informe médico de los Doctores Pablo y Victorio ratificados en Juicio Oral, alguno de cuyos fragmentos cita expresamente para considerar erróneo que el Subdirector agredido se encontrara en situación de riesgo vital.

Pero lo cierto es que ni ese riesgo se afirma como dato probado en la Sentencia, ni expresamente se excluye en la literalidad del informe. Esta Sala tiene dicho además que los peritajes no son documentos sino pruebas personales documentadas valorables por el Tribunal según su conciencia (art. 741 de la LECriminal); sólo excepcionalmente admite esta Sala (Sentencia 11 de noviembre de 1996, entre otras) la virtualidad de la pericia para fundar la modificación del "factum" de la Sentencia por la vía del art. 849.2.º de la LECriminal cuando, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal acoge la pericia como base única de los hechos declarados probados, incorporando el dictamen de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, alterando gravemente su originario sentido, o bien el Tribunal llega a conclusiones divergentes a las de los citados informes sin expresar las razones que lo justifican, ofreciendo así un razonamiento disconforme con las reglas de la lógica, la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

En este caso la Sentencia no incorpora fragmentariamente el dictamen ni se aparta de sus conclusiones, sino que a partir de los informes Médico Forenses ratificados y ampliados en el Juicio Oral describe las lesiones del Subdirector sin contradecir la pericia, y es sobre la base de estas lesiones y de otros datos fácticos referentes al modo de comisión del ataque, al número de personas que lo golpeaba pateándole la cabeza, y a las expresiones de los propios atacantes, como deduce el ánimo de matar a cuya impugnación se dirigen otros motivos que se verán a continuación.

Por lo expuesto los motivos examinados en este Fundamento se desestiman.

DÉCIMOSEPTIMO.- La infracción del art. 138 y 16 del Código Penal es lo que se denuncia al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal en los motivos primero de los recursos de Juan Pablo y

de Bartolomé, segundo de los recursos de Eutimio, de Gustavo, de Julio y de Rogelio; y cuarto del recurso de Moises.

Aparte de la negación de su participación en el hecho por los recurrentes Eutimio y Gustavo, que por contradecir el relato histórico de la Sentencia incurre en la causa de inadmisión del art. 884.3.º de la LECriminal, que es en esta fase decisoria una causa de desestimación, el argumento común de los recurrentes para fundamentar la invocada infracción es la inexistencia del ánimo de matar al Subdirector de la prisión al que según ellos agredieron con la intención de causarle lesiones como escarmiento. Tesis que en el conjunto de los motivos se apoya principalmente en un doble argumento: que si realmente hubiesen querido matarlo lo hubiesen hecho dada su evidente superioridad física y capacidad para acabar con su vida, y que la Sentencia no dice que las lesiones causadas al agredido le hubiesen colocado en riesgo de morir. Razones a las que por Rogelio se añade que no hubo decisión conjunta en la acción ni en su caso se describen los actos agresivos realizados por él. Nada de esto puede estimarse:

1. - La Sentencia de instancia califica acertadamente el hecho como tentativa de homicidio, apreciando el ánimo de matar en los agresores de acuerdo con la doctrina jurisprudencial según la cual la *animus necandi* como elemento subjetivo del tipo de homicidio es lo que diferencia el homicidio en grado de tentativa del delito de lesiones. Elemento interno que, exceptuada la infrecuente confesión por el agente, ha de obtenerse mediante juicio de inferencia a partir de cuantas circunstancias concurren en la conducta enjuiciada, anteriores, concomitantes o subsiguientes al hecho ( SS. 20 de febrero de 2002, 11 de noviembre de 2003, 25 de noviembre de 2003, entre otras).

Son numerosos los indicios habitualmente utilizados, pero en principio tienen un valor de primer grado, según la doctrina de esta Sala, a) la naturaleza del arma empleada en el ataque; b) la zona del cuerpo a la que se dirige el golpe contra la víctima. Ha de ser una zona vital para que pueda afirmarse ese ánimo de matar; c) la intensidad del golpe, de modo que éste sea apto para causar la muerte; d) las manifestaciones del propio sujeto, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito; (En este sentido, recogiendo todos o parte de estos indicios las SS. de 29 de enero de 2009; 12 de febrero de 2009; 26 de noviembre de 2008, entre otras muchas).

Por otra parte como ya declaró la Sentencia de 11 de septiembre de 2000 "no se trata de un grupo de requisitos conjuntamente exigibles sino de la indicación *"ad exemplum"* de distintos indicios susceptibles de valorarse en la construcción de una deducción lógica, a través de la cual obtener la certeza razonable sobre algo no perceptible sensorialmente (el ánimo de matar, de lesionar, etc...) a partir de los datos y circunstancias objetivas y materiales. El que la concurrencia de muchos de esos datos intensifique el rigor lógico de la deducción no significa que no quepa obtener la misma conclusión a partir de solo alguno o algunos de esos criterios cuando su importancia significativa permite por su misma elocuencia construir la inferencia con el mismo rigor lógico".

2. - En este caso razona correctamente la Sala de instancia la inferencia por la que llega a la conclusión lógica de que los agresores del Subdirector que le patearon la cabeza actuaron con la intención de matarle, al valorar los múltiples golpes dados, el lugar seleccionado de sus patadas, la cabeza -cráneo y cara- y las palabras reveladores de su propósito que no dejan lugar a dudas sobre el ánimo homicida, como "hay que matarlos", y la conducta "oponiéndose a que se retirara del patio el cuerpo de este funcionario, no siendo hasta que, pesando en el ambiente la idea de que está muerto, cuando dejan que se lo lleven".

Es correcto considerar ánimo homicida en la acción de patear la cabeza de una persona que se encuentra inerte en el suelo, y aún más si por quedar inconsciente carece de toda capacidad de cubrirse o defenderse, y son siete las personas que le patean la cara y el cráneo. La contundencia de las patadas se evidencia por el traumatismo craneoencefálico con conmoción cerebral y el traumatismo con fractura de huesos nasales, entre otras lesiones descritas en el hecho probado. Añádese la zona vital lesionada, la brutalidad y fuerza empleada en el golpeo a patadas, y las expresiones indicativas de su deseo de matarle, más la negativa a la retirada del cuerpo hasta que lo consideraron muerto. Elementos cuyo conjunto permite inferir lógicamente el ánimo homicida con que actuaron los agresores.

Esta Sala ha considerado en numerosas ocasiones que patear la cabeza es una agresión de capacidad mortal indicativa del ánimo de matar. Así en las Sentencias 26 abril de 1999, 22 de diciembre de 2008, y 6 de febrero de 2002. La Sentencia 8 de septiembre de 2003 aprecia el *animus necandi* en la acción en que varios golpearon a la víctima hasta hacerle caer al suelo en donde le dieron múltiples patadas.

3. - De contrario los recurrentes articulan, en unos u otros de los motivos formalizados sobre esta cuestión, tres tipos de argumentos, que deben desestimarse:

A) Se alega que no tuvieron intención de matar porque, de haberla tenido, habrían acabado con la vida del Subdirector puesto que tenían la fuerza y la capacidad suficientes.

Es cierto que no provocar, pudiendo hacerlo, un concreto resultado puede ser a veces indicativo de la voluntad de no producirlo. Pero no necesariamente es así puesto que también cabe tener sobrevenidamente la voluntad de no causarlo, después de haber ejecutado parcialmente la acción material emprendida con la intención de producirlo. Y si tal acción, en la parte ejecutada -una brutal paliza con patadas en la cabeza- expresa por sí misma la voluntad de matar como aquí sucede el posterior cese en la agresión solo excluye la tentativa de homicidio si, según el art. 16 del Código Penal, integra un verdadero desistimiento voluntario, que precisamente no es apreciar cuando -entre otros casos- la finalización del ataque responde a la creencia errónea de que el agredido ya está muerto, que es lo que aquí sucedió, según el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia.

B) Se alega también que las lesiones sufridas no llegaron a poner al agredido en riesgo vital. Sin embargo, dependiendo el curso interno de las lesiones de factores ajenos al dominio del agresor, como es la mayor o menor fortaleza y la capacidad de reacción en el organismo lesionado, lo relevante es la potencialidad mortal de la acción ejecutada según los datos y circunstancias de su concreta realización por el sujeto. Es obvio que igual que disparar hacia el corazón de alguien permite inferir por su potencialidad mortal el ánimo de matar aunque la víctima tenga la fortuna de sufrir una trayectoria balística no letal, el patear siete individuos la cabeza de un hombre tirado en el suelo en estado de inconsciencia con la contundencia suficiente para provocarle una conmoción cerebral y la fractura de huesos de la cara encierra por sí solo una potencialidad mortal suficiente como para inferir la intención de matar, por más que las lesiones orgánicas internamente sufridas por la víctima no la colocaran afortunadamente en situación de inminente riesgo de muerte.

C) En tercer lugar se alega -concretamente por el recurrente Rogelio - que no hubo decisión conjunta de matarle, ni constan individualizados sus personales actos de agresión. Planteamiento que no combate la tipificación del hecho como tentativa de homicidio sino la coautoría del recurrente, y que debe rechazarse: el hecho probado, de inexcusable respeto en esta vía casacional le incluye entre quienes rodearon al Subdirector tirado en el suelo, y le golpearon de forma

repetida preferentemente con patadas dirigidas a la cabeza; y esa conjunta acción simultáneamente realizada por todos los miembros del grupo atacante ya expresa un concierto de voluntades que no precisa ni una explicitación expresa ni su aparición previa a la acción, por ser posible su simultaneidad con ella a través de una consciente ejecución conjunta de la acción común que por sí misma manifiesta la tácita conjunción de voluntades de los que la realizan.

Por lo expuesto procede desestimar los motivos examinados en este Fundamento.

DÉCIMOCTAVO. - La infracción por aplicación indebido del art. 147, delito de lesiones, es lo que al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal plantean los motivos tercero del recurso de Eutimio y del formulado por Gustavo; cuarto del de Julio; y segundo del de Vidal.

Los cuatro motivos adolecen del mismo defecto causante de su inadmisibilidad que es introducir en la fundamentación argumental afirmaciones de hecho claramente discordantes con la declaración de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, que en esta vía casacional destinada únicamente a la impugnación de las subsunciones legales, se ha de respetar íntegramente, sin que se puedan contradecir, ni alterar, ni adicionar, ni omitir, so pena de incurrir -lo volvemos a repetir- en la causa de inadmisión del art. 884.3.º de la LECriminal que en la fase decisoria es ya causa de desestimación. Los cuatro motivos niegan la intervención material de los recurrentes en las agresiones que precisamente la Sentencia declara probado que todos ellos cometieron sobre las personas de los funcionarios.

Por lo expuesto los referidos cuatro motivos se desestiman.

DÉCIMONOVENO.- Los motivos tercero y quinto del recurso interpuesto por Julio denuncian con apoyo en el art. 849.1.º de la LECriminal la infracción por indebida aplicación del art. 148 del Código Penal (motivo tercero ) y del art. 552.1.º del Código Penal (motivo quinto ), alegando la incorrecta apreciación en el delito de lesiones y en el de atentado de los subtipos agravados previstos en esos preceptos cuando en su comisión se hubieran utilizado instrumentos peligrosos. Razona el recurrente que ni aparecen en el hecho probado las características de la pata de la mesa con que se dice que agredió al funcionario, ni consta que las lesiones causadas lo fueran precisamente por el uso de ese instrumento.

1. - El fundamento de la agravación prevista en el Código Penal por el uso de un instrumento peligroso en el delito de lesiones (art. 148 ) y en el atentado de agresión o acometimiento (art. 552.1.º ), no está en la relación causal entre el empleo del instrumento y las materiales lesiones producidas al agredido, sino en el incremento del riesgo que para su integridad física representa su empleo, tanto si se traduce en una más grave lesión directamente derivada de su utilización, como si el riesgo se mantiene como mera potencialidad de un mayor daño físico que finalmente no se concreta en una lesión más grave. Por ello si se agredió con la pata de una mesa al funcionario golpeándole las piernas con ella, no es relevante que no conste que las lesiones sufridas resulten precisamente del instrumento peligroso utilizado; bastando con que al agredirle lo hiciera el recurrente usando un instrumento peligroso.

2. - En cuanto a la calificación misma del objeto como instrumento peligroso, es cierto que la falta de descripción suficiente del medio es un obstáculo para fijar el grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado. Sin embargo hay supuestos en los que la sola denominación del instrumento o medio empleado es suficiente para apreciar el plus de peligrosidad o riesgo que entraña para la vida o salud de las personas, teniendo en cuenta sus características y condiciones, así como su morfología ( Sentencia 19 de octubre de 2005 ).

Si esta Sala ha dicho que es instrumento peligroso un palo de un metro de largo y cinco centímetros de grosor ( S.<sup>a</sup> 10 de septiembre de 2001 ), o un palo bastón ( S.<sup>a</sup> 13 de diciembre de 2002 ) o una garrota de madera de un metro de longitud y dos centímetros de ancho ( S.<sup>a</sup> 5 de noviembre de 1999 ), lo es también la pata de una mesa, porque, precisamente por serlo es decir por tener la robustez y grosor necesarios para, sea de madera o de metal, poder sostener el peso de aquélla y por tener la longitud que exige su normal altura, es evidente su idoneidad para causar golpeando con ella graves y peligrosas lesiones en el agredido.

Por todo lo expuesto los dos motivos examinados se desestiman.

VIGÉSIMO.- Al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal el motivo quinto de Moises y el tercero de Rogelio denuncian la indebida aplicación del art. 28 del Código Penal por estimarse la coautoría del primero en los delitos de homicidio intentado y de lesiones; y apreciarse la coautoría del segundo en los delitos de lesiones sobre los funcionarios n.º NUM000, NUM002 y NUM003.

1. - La argumentación de Moises se concreta en la negación de su codominio del hecho alegando que no hubo reparto de papeles y que en todo caso su aportación fue innecesaria.

En esta vía casacional ya se ha dicho repetidamente que el respeto a los hechos probados ha de ser absoluto incurriéndose en otro caso en causa de inadmisión (art. 884.3.º de la LECriminal). La Sentencia incluye a este acusado en el grupo de nueve internos que, una vez golpeado el Subdirector por uno de ellos derribándole al suelo, "agredió de forma indiscriminada al Subdirector y a los funcionarios números NUM003, NUM002 y NUM000 que estaban junto a éste". Añade el relato histórico que el funcionario n.º NUM002 fue también agredido por el grupo de internos referidos, cayendo al suelo donde le golpearon varios de ellos, que cesaron en esta agresión para centrarse en el Subdirector. Y lo vuelve a incluir seguidamente en ese grupo, reducido ya a siete internos, que "permanecieron rodeando al Subdirector, tirado en el suelo, al que golpearon de forma repetida, preferentemente con patadas dirigidas a la cabeza, con la intención de acabar con su vida o cuando menos sabiendo que tales golpes podían resultar mortales".

De este modo, siendo, como apunta el Ministerio Fiscal, un componente del grupo agresor y propinando como el resto de sus integrantes, golpes al Subdirector y funcionarios, es autor, conjuntamente con los demás, de los delitos cometidos por las siguientes razones: a) el dominio funcional del hecho no consiste en el caso concreto en tener la posibilidad de impedir el hecho objetivamente realizado oponiéndose a la acción de los demás, sino en la de suprimir su personal y propia aportación absteniéndose de agredir, es decir de intervenir activamente en la agresión de todos; b) existió división de papeles o tareas porque cada uno contribuyó con sus propios golpes a la total agresión ejecutada por el conjunto del grupo, asumiendo cada uno de sus componentes, a través de la aportación propia singular, la acción de todos, lo que supone la singular forma de dividir el esfuerzo para la realización del proyecto criminal compartido; c) la aportación del esfuerzo personal simultáneamente a la aportación de los demás en una acción de agresión perpetrada por todos implica el concierto de voluntades propio de la coautoría para cuya apreciación no se necesita un acuerdo explícito anterior es decir previo el comienzo de la acción sino que basta se manifieste de forma coetánea por la conjunción de voluntades durante su ejecución por todos, aportando cada uno su personal esfuerzo; d) aportación que, individualmente considerada, no exige la material realización íntegra del verbo nuclear del tipo, con tal de que sea esencial, y relevante en fase ejecutiva, como lo es siempre la acción de aportar sus propios golpes en la acción agresiva de todos. No importa cuales fuesen de todos los golpes recibidos los más relevantes desde un punto de vista causal pues todo el que con su aporte lleva la probabilidad de

éxito del plan delictivo, como ya declaró la Sentencia de 21 de diciembre de 1992, "tiene una función relevante en la ejecución y deviene por ello, cotitular del dominio del hecho".

2. - Rogelio limita la infracción a los delitos de lesiones sobre los funcionarios diciendo que no intervino ni participó en ningún acuerdo previo. Pero lo cierto es que el hecho probado lo incluye en el mismo grupo inicial de nueve que "agredió de forma indiscriminada al Subdirector y a los tres funcionarios números NUM003, NUM002 y NUM000 que estaban junto a él", para añadir seguidamente que "al mismo tiempo el funcionario n.º NUM002 fue también agredido por el grupo de internos referidos cayendo al suelo donde le golpearon varios de ellos que cesaron en esta agresión para centrarse en el Subdirector", figurando el recurrente entre estos "varios" puesto que la Sentencia también lo incluye en el grupo de siete que pateó seguidamente al Subdirector.

El respeto a los hechos declarados probados no permite atender su alegación de que no intervino en esas agresiones; y en cuanto a que no hubo acuerdo previo, damos por reproducido lo expresado al respecto en el apartado anterior.

Por lo expuesto desestimamos los dos motivos examinados.

VIGÉSIMOPRIMERO. - La infracción del art. 163, 1.º y 2.º del Código Penal es denunciada al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, en el motivo tercero del recurso formulado por Vidal. Alega el recurrente con relación a la detención ilegal del funcionario n.º NUM003 que no concurren sus elementos típicos, dando una versión de los hechos que contradice la que declara probada la Sentencia de instancia.

Incurre por ello el motivo en la causa de inadmisión del art. 884.3.º de la LECriminal. El recurrente aparece en el relato histórico de la Sentencia como uno de los internos que sacaron al funcionario detenido desde la lavandería al patio, donde le tumbaron boca arriba, luego lo sentaron y le ataron los cordones de las botas, por decisión precisamente del recurrente. Figura también como uno de los que custodió al detenido durante las tres horas que permaneció privado de libertad, y como uno de los interlocutores que negoció con el Director su liberación.

Dado que la ausencia de los elementos típicos de la detención ilegal se apoya en una versión distinta, propia del recurrente que elabora mediante su personal revaloración de las pruebas, y que son evidentes las exigencias del tipo penal en el relato que se declara probado por el Tribunal de instancia por las razones que la Sentencia expresa en sus Fundamentos no desvirtuados por ningún razonamiento en contrario, procede la desestimación del motivo.

Se desestima así el motivo tercero del recurso de Vidal.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El cuarto motivo del recurso de Gustavo se formaliza alegando que la calificación jurídica de los hechos como atentado "es discutible" (sic). Tras esta formulación inicial el contenido argumental del motivo se limita a lo siguiente: "¿Qué atentado cometió Gustavo ? ni vídeo, ni fotos, ni testimonios, NADA, NADIE". Y así acaba, porque ese es todo su desarrollo.

El motivo debe obviamente desestimarse. Suponiendo que se apoye en la vía casacional del art. 849.1.º de la LECriminal, carece de todo contenido casacional porque aparte la pregunta retórica que formula, y negar la existencia de toda prueba sobre los hechos, que es lo propio del motivo primero sobre presunción de inocencia ya desestimado, la verdad es que no contiene ningún razonamiento impugnatorio de la calificación jurídica de atentado que la Sentencia dictada

fundamenta en las agresiones perpetradas contra los funcionarios de prisiones que estaban en el ejercicio de sus funciones. Fundamento que por ello se mantiene intacto y que aquí damos por reproducidos.

El motivo en consecuencia se desestima.

VIGÉSIMOTERCERO.- El motivo sexto de Eutimio, sin invocar el cauce casacional en que se apoya, plantea una genérica invocación de "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal". Sin invocar ningún precepto que estime vulnerado ni la infracción por inaplicación indebida de ninguna concreta circunstancia de exención o de atenuación, lo que supone el incumplimiento de las exigencias de interposición del art. 874.1.º y 2.º y la causa de inadmisión del art. 884.4.º de la LECriminal.

En todo caso las referencias al supuesto e improbadamente consumado de cocaína y heroína, y a su trastorno de personalidad, carecen de relevancia jurídico penal cuando probado ésta, y así se declara en la Sentencia, que presenta una inteligencia normal y un mero trastorno "antisocial" de la personalidad con déficit en el control de los impulsos y agresividad, que sin embargo no le supone alteración alguna que implique que no supiera lo que hacía o que sufriera detrimento de su voluntad en la ejecución de las acciones.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMOCUARTO.- El motivo segundo de Cornelio, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal denuncia la infracción por inaplicación de las eximentes 1.ª, 2.ª, 5.ª y 6.ª del art. 20 y de las atenuantes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 6.ª del art. 21; todas ellas sobre la base de entender que su trastorno antisocial de la personalidad, aunque no le afecte normalmente su voluntad imposibilitando el control de sus impulsos, "le puede influir en circunstancias concretas" -dice el recurrente- si implican "un grado especial de tensión emocional".

Aparte de que el argumento utilizado no alcanza a cubrir las exigencias típicas de las cuatro eximentes y las cuatro atenuantes invocadas, limitándose su posible relevancia al ámbito de la alteración psíquica con valor de eximente completa o incompleta (art. 20.1.º y 21.1.º del Código Penal ), debe señalarse que su trastorno antisocial de personalidad sin signos -dice el hecho probado- de dependencia física o psíquica a sustancias estupefacientes ni antecedentes de haberlo tenido, carece por sí sola del valor de una exención completa o incompleta si no está calificada de grave o está asociada a otras patologías relevantes, lo que no sucede en este caso, concluyendo así la Sala de instancia que tenía perfecta comprensión de la significación de sus actos y ninguna afectación de su voluntad para controlar sus impulsos; que es la dimensión psicológica de las anomalías psíquicas cuya afectación total o parcial ha de concurrir para la apreciación de la exención completa o incompleta, o para la apreciación de la atenuante por analogía del n.º 6 del art. 21.

El motivo por ello se desestima.

VIGÉSIMOQUINTO.- El quinto motivo del recurso de Gustavo impugna la falta de apreciación de su drogadicción como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, invocando para ello el informe psicológico del Centro Penitenciario.

No se precisa la vía casacional utilizada lo que es causa de inadmisión según el art. 884.4.º en relación con el 874.2.º de la LECriminal. Además dispuso la Sala de peritajes en el Juicio Oral que

negaron alteración alguna en el acusado, y el propio Psicólogo del Centro expresa que no constan datos de dependencia al tiempo de la comisión de los hechos.

El motivo por tanto se desestima.

VIGÉSIMOSEXTO.- Carecen de virtualidad casacional los motivos cuarto y quinto de Eutimio por referirse a un delito de amenazas del que no ha sido condenado el recurrente en la Sentencia dictada.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por LOS FUNCIONARIOS DE PRISIONES PROFESIONALES N.º NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 Y NUM004 contra Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, seguida por delitos de homicidio en grado de tentativa, lesiones y atentado en concurso ideal; por estimación de su motivo séptimo y octavo; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio, así como a la devolución del importe del depósito si éste se hubiera efectuado.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Juan Pablo, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Bartolomé, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Eutimio contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Gustavo contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Julio, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Moises, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Rogelio, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Vidal, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Luis Miguel, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Adolfo, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Cornelio, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

## **SEGUNDA SENTENCIA**

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

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción n.º tres de los de Granollers, fallada posteriormente por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, y que fue seguida por delitos de asesinato en grado de tentativa, atentado, lesiones, delito de secuestro de funcionario público, coacciones, y delito de daños, contra Juan Pablo, Bartolomé, Vidal, Julio, Gustavo, Eutimio, Pedro Miguel, Moises, Rogelio, Roberto, Vicente, Mauricio, Indalecio, Luis Miguel, Enrique, Cornelio, y Adolfo, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hechos y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Los Hechos declarados Probados calificados en la Sentencia de instancia como delito de detención ilegal del art. 163.1.º y 2.º del Código Penal lo son asimismo del subtipo agravado del art. 165 del Código Penal. Y del referido delito así calificado también es autor, además de los ya expresados en la Sentencia de instancia, el acusado Julio. Todo ello por los razonamientos ya expresados en nuestra Sentencia de Casación que aquí damos por reproducidos.

SEGUNDO.- En todo lo demás hacemos propios dándolos aquí por reproducidos los Fundamentos de la Sentencia de instancia.

### **III. FALLO**

1. - Condenamos al acusado Julio como autor de un delito de detención ilegal de funcionario público a la pena de TRES AÑOS y ONCE MESES de prisión.
2. - Modificamos la pena impuesta a los condenados Juan Pablo, Bartolomé y Vidal, como autores del mismo delito, imponiéndoles la de TRES AÑOS y ONCE MESES de prisión.
3. - En todo lo demás no modificado por los anteriores pronunciamientos se dan aquí por reproducidos los de la Sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

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