

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil once.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el acusador particular, funcionario de Prisiones núm. ...28, y por Luis y Ricardo contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 12 de mayo de 2010. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por los Procuradores Sres. Martínez Fernández y Albi Murcia respectivamente y la Abogacía del Estado, en representación del Estado.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Picassent, incoó Procedimiento Abreviado con el número 43/2009, contra Luis y Ricardo, y una vez abierto el juicio oral lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección 3ª, con fecha 12 de mayo de 2.010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

“Sobre las 18'30 horas del día 23 de marzo de 2008 se encontraban internos en el Centro Penitenciario de Picassent el acusado Ricardo, mayor de edad y ejecutoriamente condenado, entre otros, por delito de detención ilegal en sentencia firme el 18 de mayo de 2007 a pena de cinco años de prisión, y el acusado Luis, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa.

Ambos acusados se encontraban en el patio del módulo 28 de la unidad de preventivos y estaban esperando para volver a sus celdas respectivas. Puestos de común acuerdo, aprovechando que el patio se abrió para que pasara solo uno de ellos, se introdujeron ambos en el interior del módulo y, eludiendo el arco detector, se dirigieron corriendo hacia la primera planta por las escaleras, saliendo en su persecución el funcionario de prisiones núm. ...96, que estaba a cargo del arco detector.

En la galería se encontraban los funcionarios de prisiones núm. ...28 y ...31, cuando llegaron corriendo los dos acusados que portaban sendas cuchillas extraídas de las maquinillas de afeitar que se proporcionan a los internos. Ricardo propinó un puñetazo en el rostro al funcionario ...28 procediendo seguidamente Luis a sujetarlo fuertemente y a intentar llevarlo al fondo de la galería, lo que no pudo conseguir al zafarse y escapar el funcionario.

Seguidamente los dos acusados intentaron coger al funcionario núm. ...96, que también había llegado a la galería y que, tras mantener un forcejeo con los acusados, pudo escapar de los mismos.

A continuación, los acusados abordaron al funcionario núm. ...31 al que pudieron reducir esgrimiendo las cuchillas que portaban. El funcionario fue conducido por Luis al fondo de la galería donde le obligó a mantenerse boca abajo e inmovilizado colocándole la cuchilla en el cuello.

Entretanto, los funcionarios núm. ...28 y ...96 trataron de aproximarse a su compañero para liberarlo, pero no pudieron porque el acusado Ricardo se interpuso esgrimiendo la cuchilla que portaba para impedir que se acercaran al tiempo que le decía a Luis que le cortara el cuello al funcionario núm. ...31 si sus compañeros seguían acercándose.

Alertados por los citados funcionarios, se personaron en el lugar el jefe de servicios y otros funcionarios que igualmente se mantuvieron sin aproximarse al núm. ...31 ante la presencia de Ricardo que seguía esgrimiendo la cuchilla y le decía a Luis “si pasan tírale, mávalo”.

Se inició entonces una conversación entre Ricardo y el jefe de servicio hasta que éste pudo convencer al primero de que depusiera su actitud, permitiendo que le fuera retirada la cuchilla. Al ver esto, Luis también entregó su cuchilla y liberó al funcionario núm. ...31.

Durante todo el incidente, que se prolongó durante una media hora, los acusados no manifestaron reivindicación alguna.

El funcionario núm. ...28 sufrió, como consecuencia del puñetazo propinado por Ricardo, lesiones consistentes en contusión en labio superior con pérdida de pieza dentaria, precisando para su curación de tratamiento farmacológico y controles odontológicos posteriores; tardó en curar 21 días durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. En concreto, sufrió la fractura de la pieza 22 y para su curación se practicó exodoncia de dicha pieza y reposición de la misma con un puente de dos piezas.

El funcionario núm. ...96 sufrió contusiones en pierna y cadera izquierda y excoiaciones en la zona tibial izquierda, de las que curó tras precisar de cura local y tratamiento farmacológico, tardando en curar 14 días de los que estuvo durante un día impedido para sus ocupaciones habituales.”

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

“En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey ha decidido:

Primero: Condenar a Ricardo y a Luis, como responsables criminalmente en concepto de autores de un delito consumado de detención ilegal y de dos delitos intentados de detención ilegal, con la concurrencia en el primero de la circunstancia agravante de reincidencia y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el segundo, a la pena, para Ricardo, por el delito consumado, de tres años y ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, por cada uno de los dos delitos intentados, de dos años, tres meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y, para Luis, por el delito consumado, de tres años y dos meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, por cada uno de los dos delitos intentados, de un año, seis meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Segundo: Condenar a Ricardo y a Luis, como responsables criminalmente en concepto de autores de un delito de atentado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tercero: Condenar a Ricardo y a Luis, como responsables criminalmente en concepto de autores de una falta de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de cuarenta y cinco días de multa

con cuota diaria de 3 euros, lo que hace un total de 135 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, y que indemnicen conjunta y solidariamente al funcionario de prisiones con carnet profesional número ...96 en 500 euros por las lesiones sufridas, todo ello más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto: Condenar a Ricardo, como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y que indemnice al funcionario de prisiones con carnet profesional número ...28 en 1.200 euros por las lesiones sufridas y 3.000 euros por las secuelas que le han quedado, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinto: Condenar a Ricardo al pago de siete dieciseisavas partes de las costas procesales causadas sin incluir las de las acusaciones particulares y condenar a Luis al pago de cinco dieciseisavas partes de las costas procesales sin incluir las de las acusaciones particulares.

Sexto: Absolver a Ricardo y a Luis de los dos delitos de atentado de que también se les acusaba por el Ministerio fiscal con declaración de oficio de cuatro dieciseisavas partes de las costas procesales causadas.

Séptimo: No ha lugar a declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los acusados todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por la acusación particular en representación del funcionario de prisiones núm. ...28 y por los condenados Luis y Ricardo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación procesal de la acusación particular basó su recurso en los siguientes motivos de casación:

Primero. Al amparo del art. 849.1 Lecrim por infracción de los artículos 123 y 124 Cpenal.

Segundo. Al amparo del art. 849.1 Lecrim por infracción de los artículos 121, 109, 110, 113, 115 CP.

Tercero. Al amparo del art. 851.1 Lecrim por quebrantamiento de forma alegando falta de claridad en los hechos probados.

Cuarto. Al amparo del art. 852 Lecrim por infracción de los artículos 14 y 24 CE.

Y la representación procesal de los condenados basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por infracción del artículo 24.2 CE.

Segundo. Al amparo del artículo 852 Lecrim por infracción del artículo 24 CE.

SEXTO.- En trámite de instrucción se dio traslado al Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos quien, en su informe, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución, solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos; la Sala los admitió quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera lo que se llevó a efecto en fecha 1 de marzo de 2011.

SÉPTIMO.- En fecha 15 de marzo de 2011 la sala resolvió los recursos mediante sentencia número 135/2011 en la que tras la estimación parcial del recurso de casación interpuesto por el acusador particular dictó segunda sentencia declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en relación con las indemnizaciones civiles fijadas en la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

OCTAVO.- En fecha 7 de abril de 2011 la Abogacía del Estado presentó escrito planteando incidente de nulidad de la sentencia 135/2011 de fecha 15 de marzo alegando, que habiendo sido parte en el procedimiento abreviado número 43/2009 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, éste órgano había omitido el preceptivo emplazamiento ante esta sala. Admitido a trámite y oídas todas las partes en el recurso de casación la sala que había conocido del recurso de casación dictó auto en fecha 1 de junio de 2011 estimando el incidente de nulidad planteado y declarando la nulidad de la sentencia en los pronunciamientos relativos a la discutida responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En el mismo auto se acordó la retroacción de actuaciones al trámite previsto en el artículo 882 Lecrim, con el consiguiente traslado a la Abogacía del Estado para el ejercicio de su derecho, y la formación de una nueva sala para conocer de los recursos interpuestos.

NOVENO.- La Abogacía del Estado presentó su escrito en fecha 15 de julio de 2011 impugnando los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto por la acusación particular. Tras el oportuno traslado a las partes el recurso de casación, admitido, quedó concluso para el señalamiento de fallo.

DÉCIMO.- Se ha señalado para deliberación y fallo el día 7 de diciembre de 2011, lo que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El auto de esta sala de 1 de junio pasado resolviendo en sentido favorable a la solicitud el incidente de nulidad promovido por la Abogacía del Estado contra la sentencia de casación primeramente dictada, afecta formalmente a esta en su integridad. Pero, no obstante, lo cierto es que lo único materialmente impugnado es el tratamiento dado en esta última a los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso interpuesto por el funcionario de prisiones con carné profesional núm. ...28.

Siendo así, aquella resolución se acogerá en esta en sus términos, en lo no afectado por la única impugnación existente al respecto, incorporándose en lo que sigue.

Recurso de Luis y Ricardo

Primero.- El motivo primero se articula por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial por violación del art. 24.2 CE por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que de lo practicado en el acto del juicio oral no ha quedado probada la autoría de los recurrentes, por cuanto la participación de los recurrentes en los hechos no es en la forma en que vienen redactados en el factum ni encuadrable en el tipo previsto en los arts. 163 y 165 CP.

En el desarrollo del motivo se entiende que el tipo de detención ilegal exige la privación de la facultad deambulatoria durante cierto tiempo, pero la retención queda embebida en el delito intentado de quebrantamiento de condena, pues la detención o retención fue de igual duración que la acción por la que los acusados trataban de escapar, que se inicia al evadir el control del arco detector finalizando dicha actuación al hacerles ver el jefe de servicio la realidad de la situación, momento en que cesa la conducta y se entregan a los funcionarios.

La finalidad perseguida sería contrarrestar la intervención de los funcionarios de prisiones, durando la inmovilización el tiempo necesario hasta desistir de su propósito, por absurdo, de escapar del control de sus custodios. Por ello el elemento subjetivo no se refleja con lógica en el relato de los hechos, ni se infiere de su literalidad una conducta típica de detención ilegal.

Por ello, considera en este sentido que en la sentencia no se sustente de forma suficientemente motivada la culpabilidad, lo que conlleva la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los acusados ya que su iter discursivo no lleva a la tipificación del art. 163 CP.

El motivo se desestima.

Con incorrecta técnica casacional formulan los recurrentes de forma conjunta lo que en realidad suponen dos motivos distintos de casación, uno por infracción de precepto constitucional y otro por infracción de Ley.

Por lo que se refiere a la presunción de inocencia como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala (por todas sentencias 753/2007 de 2 de octubre, 672/2007 de 19 de julio) cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este tribunal verificar que, efectivamente, el tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001 de 12 de julio).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios

lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 209/2004 de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS 1030/2006 de 25 de octubre).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC 123/2006 de 24 de abril, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC 300/2005 de 2 de enero, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

Segundo.- En el caso que se analiza la sentencia de instancia, fundamento jurídico primero explícita la prueba tenida en cuenta para formar su convicción sobre lo acaecido:

- 1) las declaraciones de los funcionarios, de personas implicadas que ratificaron en el plenario su denuncia inicial y sus declaraciones sumariales.
- 2) los partes de lesiones aportados por los funcionarios ...28 y ...96 que corroboran su versión de haber sufrido violencia por parte de los acusados.
- 3) las propias declaraciones de los acusados que admitieron parcialmente los hechos y que la sala contrapone a la de los funcionarios en los extremos discrepantes, como si el acusado Luis portaba una cuchilla, dando prevalencia a las declaraciones de estos últimos que fueron claras, firmes y precisas.
- 4) la declaración en el plenario del jefe del servicio que vino a confirmar la versión de los funcionarios en cuanto a la actitud de los dos acusados y la duración del incidente.
- 5) los informes de sanidad, ratificados en el acto del juicio oral, que acreditan el resultado lesivo padecido por los funcionarios núm. ...28 y ...96.

Consecuentemente ha habido prueba lícita valorada racionalmente por el tribunal de instancia suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Y por lo que se refiere al error iuris, como hemos dicho en STS 922/2010 de 28 de octubre, el bien jurídico protegido por el tipo penal de la detención ilegal es la libertad individual y consiste en encerrar o detener a una persona, privándola de su libertad, afectando, dentro de aquel genero, a la libertad deambulatoria (SSTS 79/2009 de 10 de febrero, 923/2009 de 1 de octubre): Su forma comisiva está representada por los por los verbos nucleares de “encerrar” o “detener” que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 CE. Libertad que se cercena injustamente cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado (“encierro”) o se le impide moverse en un espacio abierto (“detención”) (STC 178/1985).

La jurisprudencia de esta sala ha señalado que “el delito de detención ilegal supone la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo mediante conductas que puedan ser comprendidas en el significado de los verbos encerrar o detener. Es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante” (STS 812/2007, de 8 de octubre). En sentido similar, se decía en la STS núm. 790/2007, de 8 de octubre, que “los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son “encerrar” y “detener”.

En ambos casos, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la

persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994). Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulacion de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

El tipo descrito en el art. 163 Cpenal es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro". Y que esa privación de libertad sea ilegal.

2) El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia".

Bien entendido que el dolo no debe confundirse con el móvil "pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, (amistad, afinidad ideológica, etc...) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS. 380/97 de 25.3, 1688/99 de 1.12, 474/2005 de 17.3).

Ahora bien el tipo penal del art. 163 del Código Penal no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas, por tanto, son irrelevantes los móviles (SSTS.1075/2001 de 1 de junio, 1627/2002 de 8 de octubre, 137/2009 de 10 de febrero).

Consiguiente, no es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta. (SSTS. 1964/2002 de 25 de noviembre, 135/2003 de 4 de febrero) Esto es, el dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuales sean los móviles o ulteriores intenciones del agente -que en su caso pueden dar lugar a los concursos correspondientes (robo con violencia, agresiones sexuales, allanamiento morada...)-, de la misma forma que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia (STS 53/99 de 18 de enero) ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo (STS 1045/2003 de 18 de julio) incluido el intimidatorio (STS 1536/2004 de 20 de diciembre), y los procedimientos engañosos (STS de 8 de octubre de 1992) e incluso el de broma (SSTS 367/97 de 19 de mayo, 1239/99 de 21 de julio).

Partiendo, por tanto, de la irrelevancia de los motivos o móviles de la detención, todos los requisitos de la detención concurren en el supuesto de autos, dado que los acusados privaron de libertad deambulatoria, durante media hora, a un funcionario de prisiones, debiendo, por último precisarse que ese hipotético delito intentado de quebrantamiento de condena -que no ha sido objeto de acusación- no absorbe las detenciones ilegales, aunque éstas fueran

instrumentos mediales para el quebrantamiento, produciéndose un concurso ideal que ha de resolverse a través del art. 77 CP. (STS de 29 de enero de 1994).

Tercero.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 Lecrim por vulneración de derechos fundamentales, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, art. 24 CE y no haberse estimado la concurrencia de atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Se aduce que del examen de las diligencias se puede observar en la tramitación su plazo del preciso excesivo e irrazonable, en todo caso imputable a sujetos distintos de los recurrentes, habiendo transcurrido poco más de dos años desde la incoación de las diligencias 7 de mayo de 2008 hasta el dictado de la sentencia 12 de mayo de 2010.

Con carácter previo a la vista de la impugnación realizada por la acusación particular el motivo en orden a ser una cuestión nueva para nada alegada durante el procedimiento, en ningún momento, por lo que, de admitirse, supondría evidente indefensión para dicha parte, al ser una alegación, en todo caso, extemporánea, debemos precisar como dice en la STS. 344/2005 de 18 de marzo, el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este tramite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15 de abril, 1256/2002 de 4 de julio que precisa:

“Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

La doctrina jurisprudencial (STS 707/2002 de 26 de abril) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su abogado defensor.

Analizando, en consecuencia, la posible concurrencia de la referida atenuante de dilaciones indebidas.

Como hemos dicho en reciente sentencia 77/2011 de 23 de febrero, la reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, ya en vigor, ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 Cpenal, que es la de “dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que “se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía”.

La jurisprudencia de esta sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTS. 27 de diciembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 25 de enero, 30 de marzo y 25 de mayo de 2010).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta sala hace referencia a ello, por ejemplo STS 30 de marzo de 2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTS. 875/2007 de 7 de noviembre, 892/2008 de 26 de diciembre, 443/2010 de 19 de mayo, 457/2010 de 25 de mayo, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona “el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”, ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguiente: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio, “no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)”.

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, “en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza”. Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto “dilación indebida” es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTS.

654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS de 1 de julio de 2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009).

Asimismo las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el tribunal aprecia la atenuante y la motivación que ofrezca el tribunal debe resultar suficiente (STS. 17 de marzo de 2009).

En cuanto a las dilaciones indebidas para su aplicación como muy cualificada esta sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS de 3 de marzo y de 17 de marzo de 2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS de 31 de marzo de 2009 precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria".

En el caso presente se debe partir necesariamente de que una causa sentenciada en un plazo de dos años desde la incoación, en modo alguno puede considerarse como una dilación extraordinaria y calificar como indebida la ocasionada por la acusación particular por los recursos interpuestos para que se declarase la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, resulta inaceptable por responder al ejercicio de su derecho procesal. La solicitud de práctica de pruebas o la interposición de recursos para clarificar uno de los aspectos fundamentales cual es la responsabilidad civil comporta una dilación en la tramitación de la causa pero responden al ejercicio de elementos derechos de defensa de las acusaciones, por lo que la dilación propia de la tramitación de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida (ver STS. 356/2009 de 7.4).

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

Recurso del funcionario de prisiones núm. ...28

Primero.- El motivo primero por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 Lecrim por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivos, en concreto los arts. 123 y 124 Cpenal y doctrina legal y jurisprudencial, dado que en la condena en costas deben incluirse las generados por la personación e intervención en la causa de las acusaciones particulares. No siendo cierto que no se haya pedido las costas dado que el Ministerio Fiscal, en su calificación provisional expresamente solicitó las costas del proceso, y aunque es cierto que esta parte en su escrito de acusación provisional al respecto omitió tal pedimento, en el acto del juicio oral se adhirió a las peticiones efectuadas por el Ministerio Fiscal y sí solicitó la imposición de costas del proceso.

Por tanto cuando se solicita la imposición de costas -aunque solo lo hubiera solicitado el Ministerio Público, no hay una expresa exclusión de las de la acusación particular, por lo que

deben incluirse, conforme el art. 123 Cpenal, como regla general, dado que su actuación no ha sido inútil o superflua.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la doctrina de la Sala en relación a la imposición de las costas de la acusación particular recogida, entre otras, en SSTS 833/2009 de 28 de julio, 335/2006 de 24 de marzo, 1510/2004 de 21 de noviembre, 1731/2001 de 9 de diciembre, que recuerda, que las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones de aquél fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal o a las recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia.

En el mismo sentido la STS 430/99 de 23 de marzo destaca que “el art. 124 Cpenal que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos (SSTS 27 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995, 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables.

Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesal como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la Lecrim). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que “la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales”.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E) y a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales originados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a

obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

- 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 Cpenal).
- 2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.
- 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.
- 4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.
- 5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS 464/2007 de 30 de mayo, 717/2007 de 17 de septiembre, 750/2008 de 12 de noviembre).

Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio) porque las impone la ley (art. 123 Cpenal), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 Cpenal). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita (SSTS. 1784/2000 de 20 de enero, 1845/2000 de 5 de diciembre, 560/2002 de 28 de marzo, 1571/2003 de 25 de noviembre). Téngase presente que las costas se hallan reguladas dentro del título que reza: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", poniendo al mismo nivel normativo conceptos que justifica la similar naturaleza resarcitoria o compensatoria. Las costas ya no tienen el carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar una parte, a quien el derecho ampara, por lo que debe aplicárseles los principios de postulación y contradicción.

En similar sentido la STS1455/2004 de 13 de diciembre, considera necesaria la petición expresa no bastando con la alusión genérica a costas, razonando sobre su naturaleza privada y la exigencia de petición de parte; y la STS 449/2009 de 6 de mayo incide en que es doctrina reiterada de este tribunal que tal reclamación es presupuesto ineludible de dicha imposición, cuando se trata de las costas causadas por el ejercicio de la acusación que han de diferenciarse de las costas atribuibles al proceso mismo, de automática imposición conforme al artículo 123 Cpenal. Tanto por regir, en cuanto a la de la acusación, el principio derogación, al tratarse de materia diferenciada del derecho penal material, cuanto porque sin preceder dicha expresa petición la parte condenada no habría tenido ocasión de aprestarse a la defensa frente a la misma.

En el caso presente un examen de las actuaciones permite constatar que la parte recurrente, acusación particular, no formuló en su escrito de conclusiones provisionales de fecha 13.5.2009 pretensión relativa a la expresa condena a los acusados de las costas producidas por su intervención en el proceso en el ejercicio de las acciones civiles y penales contra aquellos.

En el trámite de conclusiones definitivas, según el acta del juicio oral, el Fiscal modificó las conclusiones primera, segunda, cuarta y quinta, manteniendo el resto de su escrito de acusación.

La acusación particular de los funcionarios núm. ...96 y ...31 en el mismo trámite, elevó a definitivas sus conclusiones, solicitando una indemnización de 600 euros al funcionario ...96, adhiriéndose a la indemnización que solicita la representación del funcionario núm. ...28 por las lesiones de éste y solicitando igualmente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

La acusación particular del funcionario ...28 también elevó a definitivas solicitando una indemnización de 1.200 euros por las lesiones, y 5000 euros por daños morales, dosificando en cuanto a las secuelas pidiendo 6.000 euros al ser dos, y no una, las piezas dentarias dañadas.

Y observado y escuchado el vídeo del juicio oral, unido al rollo de la Sala, en el trámite de conclusiones no hay referencia por las partes, a la cuestión de las costas.

Consecuentemente si no consta que la acusación formulase pretensión de abono de dichas costas, no es factible su condena, como con acierto declaró la sentencia de instancia, fundamento jurídico séptimo, último párrafo.

El motivo se desestima.

Segundo.- Lo denunciado es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim, en concreto, el art. 121 Cpenal en relación con los arts. 109, 110, 113 y 115 Cpenal, por no haberse declarado la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Esto -se dice- a pesar de que la propia Audiencia admite que por parte de la administración penitenciaria se habría incumplido un acuerdo con los funcionarios para dotar al centro de algún sistema de seguridad dirigido, precisamente, a evitar incidentes como el de los hechos. Después, la parte se extiende en diversas consideraciones de carácter legal y jurisprudencial en apoyo de su pretensión.

Al discurrir sobre este asunto la sala de instancia (fundamento jurídico décimo), se hace eco del reproche de los funcionarios afectados por los hechos, en el sentido de que, a raíz de un incidente similar ocurrido en el mismo centro penitenciario, altos cargos del ministerio se habrían comprometido a la realización de ciertas obras para reforzar las condiciones de seguridad, en concreto, la colocación de unas puertas de esclusa que impidieran el acceso, a la vez, de más de un interno desde el patio al interior del módulo. Pero, al fin, entiende que, incluso admitiendo que ese compromiso hubiera sido efectivamente asumido, no podría considerarse producida la infracción reglamentaria prevista en el art. 120,3 Cpenal.

Este es ahora el punto de vista de la Abogacía del Estado; que coincide con el del Fiscal en su informe. Ambos abundan en que, en cualquier caso faltaría el aludido presupuesto legal.

La recurrente formula su impugnación a partir del art. 121 Cpenal, pero, en cambio, tanto el Fiscal como la Abogacía del Estado operan en la perspectiva del art. 120,3 Cpenal, que, en efecto, es el precepto a tomar en consideración. Y esto, tanto porque la institución

penitenciaria, como el mismo Estado, está comprendido en la categoría de las personas jurídicas a que se refiere el texto legal; como porque la condición personal de los responsables del delito en esta causa no es de las que contempla el art. 121 Cpenal.

El examen de los hechos permite comprobar que, en efecto, no se habla expresamente de la existencia de infracción alguna de normas de cualquier rango. Pero, en cambio, es patente que allí se da por cierto que dos reclusos pasaron de forma irregular e indebida del patio de la unidad de preventivos a su interior, eludiendo el arco detector de metales y, además, teniendo en su poder sendas cuchillas extraídas de las maquinillas de afeitar que se proporcionan en el establecimiento.

Pues bien, así las cosas, no cabe cuestionar que en la situación descrita se dio una situación gravemente irregular, integrada por una secuencia de tres acciones antirreglamentarias cometidas por cada uno de los dos acusados, que denotan, siquiera en términos objetivos, el incumplimiento o deficiente cumplimiento de otras tantas cautelas esenciales en materia de seguridad. Cabe que las circunstancias de precariedad en este punto, de las que los imputados se valieron para su propósito, no sean en rigor atribuibles a la responsabilidad concreta de algún funcionario, y que el fallo fuera más bien del sistema como tal. Pero lo cierto es que, por lo que fuere, las previsiones de referencia carecieron de traducción y eficacia práctica. Y, además, se da la circunstancia de que no existe base empírica para atribuir responsabilidad alguna al respecto al funcionario concretamente perjudicado que no consta tuviera a su cargo el control del acceso eludido y tampoco el cacheo de los implicados.

Esta sala, en diversas resoluciones (SSTS 316/1996 y 1041/2001) ha resuelto que la exigencia de que concurra alguna “infracción de) los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad” debe interpretarse con amplitud de criterio, abarcando toda violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, vinculada a una acción delictiva deparadora de un daño para alguien. Bastando con que resulte acreditado que concurrió la infracción y que esta puede ponerse a cargo del titular de la entidad o de alguno de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por las dificultades de prueba no quepa mayor concreción. Y es que, efectivamente, así debe ser, ya que el precepto no mira a imputar en términos de autoría la infracción de “los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad”, sino que le basta con que se constate la realidad de la misma, así como que guarda una relación de implicación con el delito cometido en el establecimiento, del que se hubiera seguido el perjuicio. Todo, al único efecto de fijar la posible responsabilidad civil subsidiaria.

Y, en fin, lo expuesto permite concluir que en el caso a examen se dio un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte alguien -no importa quién ni de qué nivel- que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos de esta causa, en concreto perjuicio del funcionario recurrente. Así, el motivo tiene que estimarse, con la consecuente declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Tercero.- La estimación de este motivo deja sin contenido los otros dos del recurso

FALLO

Se estima el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por infracción de ley por el funcionario de prisiones número ...28, contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de mayo de 2010, y, en consecuencia, anulamos

parcialmente la referida resolución dictando segunda sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio costas del recurso.

Se desestima el recurso interpuesto por Luis y Ricardo contra la misma sentencia y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas a su instancia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de instancia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, al amparo de lo dispuesto en el art. 120.3 Cpenal.

FALLO

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la cuantía de las responsabilidades civiles fijadas en la misma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.

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