



Roj: **STS 8273/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:8273**

Id Cendoj: **28079120012006101257**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2006**

Nº de Recurso: **1054/2006**

Nº de Resolución: **1262/2006**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 448/2006,**
STS 8273/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Diciembre de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Serafin , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito de atentado contra la integridad moral y falta de lesiones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el Abogado del Estado, estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Leal Labrador.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Granada, incoó Procedimiento Abreviado con el número 138 de 2005, contra Serafin , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, cuya Sección Segunda, con fecha 20 de enero de 2006 , dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.- Sobre las 14'30 horas del día 23 de abril de 2005, el acusado Serafin , mayor de edad, sin antecedentes penales, funcionario del Centro Penitenciario de Albolote (Granada), subió a la planta alta del modulo 7 del referido centro, a efectuar el recuento de los internos, ocultando entre su chaqueta una porra de goma, y una vez efectuado el mismo volvió hasta la celda núm. 48, que había dejado abierta, en donde se encontraba el interno Ernesto , en calidad de preso preventivo a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santa Fe, y sacando la porra le propinó varios golpes en espalda y muslo, diciéndole que se abstuviera de tratarlo como si fuese un mariquita; ocasionándole llanto y lamentaciones, así como lesiones consistentes en hematoma de 12 centímetros de diámetro en cara lateral externa de raíz del muslo izquierdo; contusión de 4 por 3 centímetros en región superior izquierda de la espalda; contusión de 5 por 5 centímetros en región superior derecha de la espalda; contusión de 4 por 3 centímetros en región media-izquierda de la espalda y contusión de 10 por 3 centímetros en región inferior izquierda de la espalda. Lesiones de las que tardó en curar 15 días con una sola asistencia medica y estando impedido para sus ocupaciones habituales durante cinco días.

Como tardase Serafin en bajar a la cabina de control del modulo para dar los datos del recuento efectuado, el acusado Jesús Manuel , también funcionario de Instituciones penitenciarias, subió a la planta superior del modulo 7 a comprobar si ocurría algo anormal, observando que estaba la celda 48 abierta, y al llegar hasta ella preguntó a Serafin si ocurría algo y si había salido el recuento, diciéndole éste que no pasaba nada, que hablaba con Ernesto y el recuento estaba bien; bajando los dos hacia el control, sin que Narciso observase nada anormal en el interno, ni que Serafin portase la defensa de goma.



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

FALLO: Que ABSOLVIENDO libremente a Narciso del delito por el que venia acusado, con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de 1/3 de las costas de oficio, debemos CONDENAR y condenamos al acusado Serafin como autor criminalmente responsable de un delito de atentado contra la integridad moral y de una falta de lesiones ya definidas, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN Y DOS AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL por el delito y a la pena de 45 días de multa por la falta, con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como a que indemnice a Ernesto en la cantidad de 500 euros por las lesiones sufridas. Dicha cantidad devengará el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la firmeza de esta sentencia.

Como accesoria por el delito se le impone la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el pago de la referida indemnización.

Finalmente imponemos al condenado Serafin , las costas causadas en el proceso por las infracciones de que ha sido objeto de condena.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Serafin , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

SEGUNDO.- Se renuncia al mismo por el recurrente.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. se invoca infracción de Ley , por inaplicación indebida de la exigente de legitima defensa.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se invoca la indebida inaplicación del art. 20.7 CP .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia del letrado recurrente D. Gaspar pidiendo la estimación del recurso. El Ministerio Fiscal ratifica el informe obrante en el rollo de fecha 11 de julio de 2006.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la Vista prevenida el día catorce de diciembre de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ. por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE . en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional , por cuanto en el presente caso no existen pruebas suficientes para desvirtuar tal derecho dado que la única prueba de cargo tenida en cuenta por el Juzgado ha sido el testimonio del propio interno, que no reúne los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo y Tribunal constitucional para enervar la presunción de inocencia, rechazando la versión exculpatoria del acusado y de los testigos de descargo

El motivo deviene improsperable.

Ha reconocido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala en reiterada jurisprudencia cuya cita resulta ociosa, que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías y también que son hábiles, por si solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en aquellos delitos en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de testigos.

Ahora bien, como ha dicho esta Sala en sentencias 10.3.2000 y 249.4 .97, la declaración de la víctima, cuando es única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su



credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa. Ponderación que debe hacerse por la Sala de instancia, sin limitarse a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino constatando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonable sobre la realidad de lo acontecido en ejercicio de la valoración en conciencia de la prueba practicada (art. 741 LECrim.) ajeno al ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia.

Por ello las notas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo, según la doctrina reiterada de esta Sala, son las siguientes:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusado/víctima que pongan de relieve su posible móvil espurio de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, que puede enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de su convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones; 2º) verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que como señala la STS. 12.7.96, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho; 3º) persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones.

Bien entendido que se trata de unos parámetros de valoración a los que debe atenderse por los Tribunales enjuiciadores al valorar la prueba, que son los que en su día permitirán aquietar la razonabilidad del proceso de valoración de esa prueba que efectuó el Tribunal de instancia. En todo caso, como se ha encargado de recalcar esta Sala no se trata de requisitos o condiciones determinantes de la existencia de prueba, sino parámetros o reglas orientativos que deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia en su operación valorativa.

En esta dirección la STS. 15.6.2000 nos dice que "No se trata de requisitos que hayan de concurrir necesariamente en el caso para que el Juzgado o Tribunal pueda considerar suficiente la declaración del testigo como prueba de cargo, sino de unos elementos que han de servir para profundizar en la reflexión que debe hacerse a fin de que el propio órgano que presidió el juicio oral valore la suficiencia de esa prueba, siendo necesario, eso sí, que en la propia sentencia condenatoria se exprese de modo razonado el uso que se haya hecho de este método, para que, si se recurre, las partes puedan argumentar, y el Tribunal superior pueda en definitiva examinar, si es o no razonable una condena con esa sola prueba de la declaración de un testigo".

Criterio reiterado en las más recientes de 13.7.2006 y 16.11.2005 que insisten en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo: lo que importa es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria.

El examen de tales tres elementos es sólo un método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad derivada de las dificultades que con mucha frecuencia le acreditan los Tribunales en estos casos.

SEGUNDO: Pues bien la Sala de instancia analiza la concurrencia de los anteriores parámetros (Fundamento Jurídico cuarto) valorando el conjunto de las pruebas practicadas (documental, testifical, pericial y declaraciones de los propios acusados) y en virtud de la inmediación, dada la versión contrapuesta del acusado y víctima junto al resto de testimonios obrantes en los autos y los examinados en el plenario, no aprecia una incredibilidad subjetiva derivada de una disputa verbal previa y si, por el contrario, la verosimilitud del testimonio, coincidente en el motivo y modo de la agresión, la persistencia en la incriminación y la existencia de corroboraciones periféricas.

Debemos recordar que el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen el acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave



del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

Es decir que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecto a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario constituye doctrina de esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.

En este sentido se ha señalado reiteradamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan en la valoración probatoria la inmediación y la contradicción (STS. 28.1.2001).

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional. El recurrente no alega la inexistencia de pruebas incriminatorias pues admite que se produjeron como tales, pruebas en el juicio oral, fundamentalmente las declaraciones de los perjudicados y las testificales de dos compañeros de celdas contiguas que oyeron sus lamentos o quejas, sino las contradicciones de aquella declaración incriminatoria y la intranscendencia de éstas, contraponiéndolas con su propia declaración y las de los testigos firmantes de los documentos obrantes a los folios 324 y 325, olvidando que la credibilidad de los testigos, valorada por la Sala sentenciadora y extraída de elementos objetivos de los testimonios, razonándolo así en la sentencia, está fuera de control casacional.

En definitiva, este Tribunal ha de compartir los criterios valorativos de la sentencia pues se aprecia una argumentación lógica, en relación a la persistencia en la incriminación, en porqué no considera relevante que el perjudicado en un primer momento señalase que las heridas se las produjo al caerse por las escaleras, y sin que conste circunstancia alguna que haga irrazonable la apreciación de la prueba, pues como ya hemos señalado la relevancia del juicio oral residen en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan en su presencia, que en el caso de testifical adquiere su mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios, máxime cuando:

a) La versión de la víctima viene corroborada objetivamente por un elemento periférico o circunstancial a la conducta objeto de la acusación, que aunque no acredite la realidad de la agresión o la autoría del recurrente, permite constatar objetivamente la verosimilitud del relato del denunciante, cual son las lesiones sufridas por éste, dictaminadas por el medido forense como de origen traumático y la propia declaración del Centro precisando que aunque podía haber más hematomas con distinta data, las que reseñó eran las más recientes, descartando que fuera por una caída por las escaleras.

b) El testimonio a que se refiere los documentos folios 324 y 325 solo acreditaría que el interno profirió aquellas frases amenazantes pero no la realidad de la agresión y en todo caso, no justificarían el porte anterior por parte del funcionario de las defensas de goma.

TERCERO: El motivo tercero -el recurrente ha renunciado el motivo segundo por infracción de precepto legal al haberse aplicado indebidamente el art. 175 CP .- se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por infracción de precepto legal, al no haberse aplicado el art. 20.4 CP . en relación con lo establecido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El motivo deviene inadmisibile.

En efecto, en términos generales y con carácter previo, debemos recordar que esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, tal como señala la STS. 3.6.2003 , está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un "animus defendendi" que, como ya dijo la Sentencia de 2 de octubre de 1981 , no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor ("animus necandi o laedendi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesarios para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en "estado" o "situación defensiva", vale decir en "estado de necesidad defensiva", necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para



que se postule la exigente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la exigente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la S. 1760/2000 de 16.11, esta exigente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente (STS. 12.7.94), exigiéndose "un peligro real y objetivo con potencia de dañar" (STS. 6.10.93).

La defensa a su vez, requiere:

a) animo de defensa, que se excluye por el "pretexto de defensa" y se completa con la "necessitas defenssiones" cuya ausencia da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como exigente incompleta (SSTS. 74/2001 de 22.1, 794/2003 de 3.6).

b) Necesidad racional del medio empleado, que supone: necesidad o sea, que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (STS. 1766/99 de 9.12); y proporcionalidad, en sentido racional no matemático "que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo" (STS. 16.12.91), "en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva, en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que "esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado", de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS. 444/2004 de 1.4).

Si falta la proporcionalidad de los medios -dice la STS. 705/96 de 10.10)- nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, que no impide la apreciación de una exigente incompleta y que incluso "puede ser cubierto por la concurrencia de un error invencible de prohibición" y también "por la aplicación de la exigente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa" (STS. 1708/2003 de 18.12).

CUARTO: Ahora bien constituye doctrina procesal reiterada, en cuya cita pormenorizada no es necesario insistir, que la declaración de hechos probados de la sentencia es inatacable por la vía del art. 849.1 LECrim . al no constituir el recurso de casación una apelación ni una revisión de la prueba, se trata en este supuesto, de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiera hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Consecuentemente, cuando se utiliza la vía del art. 849.1 LECrim . el relato fáctico tiene que ser aceptado por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente se perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados basando en recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes, como si se formulan alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido, esto es, más que modificándolo radicalmente en su integridad, alteran su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermeneútica subjetiva e interesada, o interpolan frases, alterando, modificando, sumando o restando a la



narración fáctica extremos que no contiene, o expresan intenciones inexistentes, o deducen consecuencias, que de consumo tratan de desvirtuar en su tipicidad o atipicidad, y que necesita de la indudable y categórica sumisión de las partes, utilizando un juego leal y no arbitrario y personal.

En el caso presente el recurrente no respeta los hechos probados, introduciendo en la narración fáctica elementos que no contiene, como que fue el interno Sr. Ernesto quien dejó la puerta de la celda abierta y estaba esperando al funcionario con intención de agredirle y que están en abierta contradicción con aquel relato de hechos probados en el que expresamente se recoge que fue el acusado, funcionario del Centro Penitenciario de Albolote quien entró a la planta alta del modulo 7 a efectuar el recuento de los internos, ocultando entre su chaqueta una porra de goma y una vez efectuado el mismo, volvió hasta la celda nº 48, que había dejado abierta, en donde se encontraba el interno Ernesto y sacando la porra le propició varios golpes en espalda y muslo.....

El motivo, consecuentemente debe ser desestimado.

QUINTO: El motivo cuarto se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim ., por infracción de precepto penal, al no haberse aplicado el art. 20.7 CP ., al cumplirse todos y cada uno de los requisitos de dicha eximente, por la persona que cumplió el deber fue un funcionario, el posible delito se cometió en ejercicio de sus funciones, el uso de la fuerza fue necesario para cumplir con el deber de hacer el recuento y dejar a todos los internos encerrados en sus respectivas celdas, y el tipo de violencia utilizada fue la que el Reglamento permite a los funcionarios y proporcionada puesto que solo se dio dos veces con la defensa de goma.

El motivo debe ser desestimado.

Es doctrina jurisprudencial consolidada, entre otras STS. 277/2004 de 5.3, la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según lo señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS. 1810/2002 de 5.11).

Por ello la eximente que se invoca prevista en el art. 20.7 CP . requiere, con carácter general, la concurrencia de los siguientes requisitos sintéticamente expuestos, según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponente, entre otras las SSTS. 1284/99 de 21.9, 1682/2000 de 31.10, 601/2003 de 25.4.

1- que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2- que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.

3- que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente nº 7 art. 20 , no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta).

4- que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5- Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública (SSTS. 19.6.98, 1.12.99, 18.9.2001, 22.1.2005).

Y en cuanto a los funcionarios de prisiones en particular, la Ley Orgánica 1/79 de 26.9 , General Penitenciaria exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior (art. 4 b) sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios (art. 4 c) señalando que el "régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por RD 190/96 de 9.2 , art. 72 , atribuye al director, entre otras funciones, la de "autorizar la utilización de los medios coercitivos, comunicando su adopción y cese al Juez de Vigilancia", y



dentro de estos medios coercitivos se encuentra el uso de las defensas de goma, art. 45 de la LGP. y 72.1 del Reglamento .

No debe olvidarse, que entre los deberes de los internos se encuentran el acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario, colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, funcionarios, reclusos y demás personas, art. 5 del Reglamento .

Igualmente, de conformidad con el art. 71 del Reglamento , "las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente los que se practiquen directamente sobre las personas. Cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad, detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciaria de una posible perturbación de la vida norma del centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de servicio, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente. "Como dijimos, entre dichos medios, se encuentran según el art. 45.1 de la LOGP . el aislamiento provisional y el empleo de las defensas de goma, cuyo uso, será proporcional al fin pretendido y solo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario, art. 72.1 del Reglamento " .

Confrontando la actuación del funcionario recurrente que se describe en los hechos probados con la del recluso, se colige que la de aquel fue en todo momento contraria a la normativa del régimen penitenciario al estar en total desconexión con la actividad desarrollada por el preso, y además el empleo de la defensa de goma no lo fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario (para que se "abstuviera de tratarlo como si fuese un mariquita" .

El motivo por lo expuesto, se desestima.

SEXTO: El motivo quinto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba, al no tenerse en cuenta los documentos consistentes en sendos escritos firmados por los internos Alvaro , folio 324 y Carlos Alberto , folio 325, en los que se relata como oyeron que Ernesto amenazó con agredir a Serafín y sin intención de encerrarse en su módulo cuando fuera el recuento para esperar al funcionario y agredirle.

Con la apreciación de estos documentos se desprende que la intención del interno era la de agredir al Sr. Serafín , y la de éste la de evitar la agresión y reducir al interno para terminar de hacer el recuento y cerrar todas las celdas del módulo, faltando, por tanto, el elemento subjetivo de la intención de vejear y denigrar al interno propio del delito imputado.

El motivo deviene inadmisibile.

Es reiterada la doctrina jurisprudencia que priva de carácter documental en casación a las declaraciones de acusados y testigos aún cuando éstas se realizan en el plenario y ello porque como decíamos en las SSTS. 10.5.2005 y 30.9.2005 , no son documentos las declaraciones de testigos, ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por los manifestantes, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del secretario judicial y sometidas como el resto de las probanzas o la libre valoración del Juzgador de instancia (SSTS. 26.3.2001, 3.12.2001) .

El acta del juicio oral, que es documento público por su propia naturaleza al proceder de un fedatario público en el ejercicio de sus funciones, solo puede acreditar la realidad de las manifestaciones y demás actos que en tal diligencia judicial acontecieron, pero no la verdad o falsedad de las declaraciones que en el mismo se recogen, que es lo que precisamente ha de valorar el Tribunal que presidió el acto con la libertad de criterio que la Ley le reconoce (ssTS. 28.1.95 y 25.2.97), en definitiva, mediante el acto del juicio las pruebas testificales no se transforman en prueba documental (SSTS. 1714/2002, 117/2000, 32/2000 y 1479/99) .

La STS. 1075/2004 de 24.9, es clara en este sentido al señalar respecto al acta del juicio oral que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador.

Como señala la STS 1866/2000, de 5 de diciembre , "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien



competente valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el Juicio Oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 de la LECrim.), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediatez que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver STS 446/98, de 28 de marzo y STS 219/96 de 1 de abril, entre otras)."

No de otra forma decíamos en la reciente S 155/2005 de 15.2: "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tienen la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y "lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación".

En el caso presente los firmantes de los documentos comparecieron al acto del juicio oral y la Sala de instancia pudo valorar libremente dichas pruebas personales y su incidencia en el relato fáctico controvertido, y en ello no puede intentarse el pretendido error en la apreciación de la prueba vía art. 849.2 LECrim.

SEPTIMO: Desestimándose el recurso las costas se imponen a la parte recurrente, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por vulneración precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por Serafin, contra sentencia de 20 de enero de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que le condenó como autor de un delito de atentado con la integridad moral y falta de lesiones; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador 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 D. Julián Sánchez Melgar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.