



Roj: **STS 3982/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3982**

Id Cendoj: **28079120012020100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2020**

Nº de Recurso: **564/2019**

Nº de Resolución: **656/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3215/2018,**
STS 3982/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 656/2020

Fecha de sentencia: 03/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 564/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 564/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 656/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **D. Jose Carlos** representado por la procuradora D.^a Margarita María Sánchez Jiménez y defendido por el letrado D. Luis Manuel Martínez Hita y como recurrido D. Carlos Jesús representado por el procurador D. David Sarria Rodríguez y defendido por el letrado D. Francisco J. Gómez Sánchez, siendo parte el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 26 de julio de 2018, en el Rollo P.A. n.º 37/2017, seguido en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Marbella P.A. n.º 8/2013 procedente de las diligencias previas n.º 2070/2010 que condenó al recurrente por un delito de lesiones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Marbella, incoó P.A. 8/2013 en virtud de las diligencias previas 2070/2010 contra **D. Jose Carlos** y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que con fecha 26 de julio de 2018 en el Rollo P.A. n.º 37/2017, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Sobre las cinco de la madrugada del día 13 de abril de 2010, se recibió un aviso en la Comisaría de Policía que alertaba sobre un intento de robo en una hamburguesería sita en la zona del puerto Deportivo de Marbella con objeto de pasar una velada divertida.

Recibida la noticia la patrulla indicativo Z 22 formada por los agentes con placa NUM000 y NUM001 se desplazan al lugar. Se apean del coche patrulla e inicia a pie la inspección de la zona. Localizado el establecimiento conocido como "New Burger" observan una ventana rota así como fracturadas dos rejillas de metal y restos de sangre, inspeccionando el primer agente el interior del local.

También acudió a la zona la patrulla indicativo Z 11 integrada por los Agentes NUM002 y NUM003. Mientras este quedó en el vehículo policial, custodiando los coches oficiales, el primero inspeccionó varios pasajes de la urbanización cuando escucha ruido percatándose que una persona, que fue posteriormente identificada como, Carlos Jesús se encontraba tumbado en el suelo.

El agente se dirigió a este diciéndole alto policía, que no se mueva y que ponga las manos en la cabeza. Adrian se levanta e inicia la carrera alejándose del agente, momento en el que es visto por el agente, NUM001 que le grita algo policía, y comienza a correr tras el sospechoso.

El agente NUM000 al escuchar la voz de su compañero sale al exterior y comienza a correr tras el fugitivo al que ve alejarse a la carrera. El agente NUM002 cesa en la persecución y vuelve hacia donde había quedado estacionado el coche patrulla.

SEGUNDO.- En su huida, Carlos Jesús, salta dos o tres vallas. Al salir una de ellas, de considerable altura, estando en lo alto pierde el equilibrio y cae al suelo.

TERCERO.- Los agentes del indicativo Z 22 consiguen darle alcance, haciéndolo primero el agente NUM001 procediendo a su reducción, utilizando este agente su defensa reglamentaria con la que golpea en varias ocasiones el cuerpo caído de Carlos Jesús.

CUARTO.- Alertados por la central acuden otras patrullas a la zona. Los agentes NUM004 y NUM005 componentes del Z 33, al llegar al lugar observan al sospechoso en la huida, saltar una valla, llegando finalmente a la zona el paseo marítimo en cuyo lugar fue alcanzado por los indicativos del Z 22 reduciendo al sospechoso, sin que haya constancia de que los componentes del indicativo Z tuvieran intervención en la detención, pero sí que quedaron en situación de apoyo y aseguramiento de la actuación de los componentes del Z 22.

QUINTO.- El agente NUM002 llega al lugar en el que ha sido alcanzado Adrian una vez que ha sido reducido .por los agentes de Z 22 encontrándose también en la zona los agentes del Z 33 en funciones de aseguramiento de la zona.

SEXTO.- El agente NUM003, componente del indicativo Z 11, quedó custodiando el vehículo policial sin que exista constancia de que participara en la persecución y posterior detención del Sr. Adrian.

SÉPTIMO. El Sr Adrian tras la detención, fue conducido a dependencias policiales, y de allí trasladado por funcionarios de policía al centro de salud donde fue reconocido emitiéndose el primer parte a las 8,45 horas



de la mañana. Se le apreció Fractura no desplazada tercio medio rótula derecha, contusión rodilla izquierda. Bursitis rodilla izquierda, múltiples erosiones lineales en abdomen derecho y cara anterior del abdomen, hematoma de 19 x 2,5 cm. de forma transversal en región media dorsal, fractura con arrancamiento del ligamento peroneo-astragalino derecho, fractura frontal izquierda con neumocéfalo (fractura seno frontal izquierdo), contusión muñeca derecha, habiendo intervenido un periodo de 298 días para su curación (o estabilidad lesional), habiendo estado impedido para sus ocupaciones habituales durante un periodo de 139 días, quedándole como secuelas físicas "gonalgia postraumática moderada"

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

" FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos al agente la Policía Nacional nº NUM006 , NUM004 , NUM005 NUM002 , y NUM003 declarando de oficio las quintas sextas partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Julián con DNI NUM007 , agente la Policía Nacional nº NUM001 , como autor de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal, con la agravante del artículo 22.7 del Código Penal a una multa de dos meses, con cuota diaria de quince euros, debiendo indemnizar a Carlos Jesús en la cantidad de 1.200 euros, cantidad de la que deberá responder subsidiariamente el Estado, así como al pago de la sexta parte las costas procesales. [...]"

Dicha sentencia fue rectificada por error material mediante auto de 14 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva expresa: "[...] donde dice: Que debemos condenar y condenamos a Julián con DNI NUM007 [...] debe decir: Que debemos condenar y condenamos a Jose Carlos con DNI NUM008 [...]".

Con fecha 1 de octubre de 2018, fue aclarada por auto con el siguiente tenor: LA SALA ACUERDA "Aclarar la Sentencia de fecha 26 de julio de 2018, debiendo entenderse referidas todas las menciones al delito leve de lesiones del artículo 147.2 a la falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha del hecho enjuiciado".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **D. Jose Carlos** , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN Por vía de infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por la incorrecta aplicación de los preceptos del Código Penal vigente a fecha de los hechos objeto de enjuiciamiento (13 de abril de 2010), en concreto, del artículo 131 del Código Penal.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN Por vía de infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por la incorrecta inaplicación del artículo 20.7º del Código Penal, en cuanto a la concurrente eximente completa de haber obrado el Sr. Jose Carlos , como agente de policía nacional, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN Subsidiario del anterior, y para el caso de no estimarse aquel, por vía de infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por la incorrecta inaplicación del artículo 21.1ª del Código Penal, en cuanto a la concurrencia en todo caso, de la 18 eximente incompleta de haber obrado el Sr. Jose Carlos en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 13 de noviembre se señala el presente recurso para fallo para el día 1 de diciembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena al recurrente, agente de la policía nacional con carné profesional NUM001 , como autor de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal concurriendo la circunstancia de agravación del artículo 22.7 del Código a la pena de multa, y la indemnización por responsabilidad civil en favor del perjudicado en la cantidad de 1200 €. El relato fáctico es claro: ante una llamada a la policía sobre el intento de robo en el establecimiento de ese día se personan seis funcionarios policiales, uno de los cuales advierte la presencia y huida del posteriormente perjudicado



que al detectar la presencia de la policía inició una carrera alejándose del funcionario que había advertido su presencia. En su huida el perjudicado salta algunas vallas y cae al suelo. El primer agente que le da alcance es el recurrente que procede a su reducción "utilizando este agente su defensa reglamentaria con la que golpean varias ocasiones el cuerpo caído". El perjudicado fue asistido en el centro de salud que fue diagnosticado de una fractura de la rótula derecha y contusión en la rótula izquierda así como "múltiples erosiones lineales en abdomen derecho y cara anterior del abdomen, hematoma de 19 x 2,5 cm en región media dorsal..." habiendo intervenido 298 días para su curación.

El recurrente formaliza primer motivo de oposición en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de los preceptos del Código Penal referidos a la prescripción de los hechos, concretamente el artículo 131 del Código Penal, toda vez que considera que al haber transcurrido el plazo de seis meses desde la fecha de comisión de los hechos hasta que el recurrente fue citado como imputado, los hechos han prescrito. Argumenta el recurrente que los hechos tienen lugar el 13 abril de 2010 y no es citado como imputado hasta el 14 marzo de 2011, habiendo transcurrido con exceso el plazo de seis meses que señala el artículo 131, vigente al tiempo de los hechos, como término para prescripción de las faltas.

Examinamos la causa y constatamos que los hechos tienen lugar en la fecha que indica recurrente, 13 de abril de 2010 y la causa se inicia por un parte médico y se recibe declaración al perjudicado el 14 de junio de 2010. En esa fecha el perjudicado expresa su deseo de perseguir los hechos y realiza la imputación a los funcionarios de policía por una actuación desproporcionada que denuncia causante de las lesiones, señalando que podría identificar a los funcionarios de policía a los que imputa el hecho delictivo. El juzgado de instrucción tomó declaración a los funcionarios de policía, como testigos, el 28 de octubre de 2010 y al día siguiente dicta auto de sobreseimiento que es revocado por la Audiencia Provincial el 3 de febrero de 2011 siendo citados, esta vez como imputados los agentes de policía. A la hora de establecer el momento de inicio del cómputo ha de estarse a la fecha de la imputación, el 14 de julio de 2010, fecha en la cual el perjudicado concreta la denuncia e identifica, aunque de forma genérica, pero suficientemente concreta, a los funcionarios de policía respecto de los que desconoce el nombre y su número de identificación personal, pero proporciona datos suficientes para proseguir la investigación indicando el número de funcionarios que intervinieron y la conducta desarrollada por ellos. Su declaración conlleva la desproporción en el elemento de imputación delictiva por empleo de la fuerza, y a los pocos días se persona como perjudicado en el proceso penal seguido. Es a raíz de esa declaración de imputación cuando el juzgado de instrucción identifica a los funcionarios policiales y les cita a declarar bajo una condición errónea de testigos, cuando lo procedente era la condición de imputados pues contra ellos se dirigían los cargos de actuación desproporcionada generadora de lesiones que denuncia y en cuya investigación se persona como parte perjudicada, ejercitando la acción penal y civil derivada del hecho delictivo. Consecuentemente la imputación contra los funcionarios policiales no ha extravesado el término de seis meses previsto en el artículo 131 del Código Penal. El procedimiento no estuvo paralizado durante el plazo de seis meses y desde la fecha imputación hasta declaración no transcurrió el plazo de seis meses hubiera determinado la aplicación del artículo 131 del Código Penal declarando extinta la responsabilidad penal. Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima.

No obstante lo anterior, y como señala el ministerio público, por la fecha de comisión de los hechos, abril de 2010 y de acuerdo a lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal el contenido del fallo de la sentencia debió limitarse al pronunciamiento sobre responsabilidad civil, como consecuencia de la despenalización de las faltas.

Consecuentemente procede suprimir del fallo la penalidad por la responsabilidad penal declarada, manteniendo la responsabilidad civil correspondiente a la indemnización señalada en la sentencia.

SEGUNDO.- Analizamos conjuntamente los motivos segundo y tercero. En el segundo denuncia la inaplicación, al hecho probado, de las circunstancias, eximente de la responsabilidad criminal de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho oficio cargo, artículo 20.7 del Código Penal. En el tercero denuncia la inaplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.7 del Código Penal, esto es, la eximente incompleta de cumplimiento de un deber. Los motivos son opuestos por error de derecho y éste exige el respeto al hecho declarado probado el cual, como antes se expuso y figura de encabezamiento de esta sentencia, señala que el perjudicado se cae desde considerable altura al saltar una de las vallas con las que se encontró en su huida y el funcionario policial recurrente logra darle alcance cuando ya está en el suelo "procediendo a su reducción, utilizando este agente su defensa reglamentaria con la que golpean varias ocasiones al cuerpo caído". Posteriormente llegaron más funcionarios policiales.

La eximente, completa o incompleta, que postula al recurrente, supone la actuación justificada de la conducta del funcionario policial porque el hecho, en principio típico y antijurídico aparece justificado por la actuación acorde al ordenamiento que autorizan en determinadas situaciones la realización de actos en principio antijurídicos pero que por su acomodación al ejercicio del deber parece como justificado, total o parcialmente.



En el caso de fuerzas y cuerpos de seguridad, el artículo 104 la Constitución dispone su misión de "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". En cumplimiento de esa encomienda constitucional y legal el funcionario policial puede aparecer habilitado para el ejercicio de su misión con utilización de instrumentos coactivos y de fuerza. La utilización de la violencia, precisamente por su actuación acorde al ordenamiento, permite ser considerada justificada en la medida en que actúa de acuerdo a la previsión normativa. Esta justificación requiere que se actúe dentro de los límites establecidos en el propio ordenamiento jurídico. Es por ello que deberá analizarse en cada caso concreto una ponderación de las circunstancias concurrentes a fin de determinar si el actuar del funcionario policial cuando cumple con la misión constitucionalmente encomendada con utilización de medios coactivos o de fuerza, se sitúa en el ámbito de lo permitido por el ordenamiento jurídico o, por el contrario, se han producido excesos que no pueden quedar amparados por la causa de justificación. La justificación exigirá que los agentes encuentren en el desempeño de funciones propias de su cargo; que la fuerza violencia empleada en la causación del daño sea proporcionada la función a realizar, lo que comporta que la actuación del agente se muestre racionalmente imprescindible; y que se desempeñen sin extralimitación. También en el criterio de examen de la proporcionalidad hemos venido exigiendo que concurra un determinado grado de resistencia o la actitud peligrosa por parte de la víctima.

En la sentencia 608/2019, de 11 diciembre, señalamos que en el análisis de la necesidad de intervención esta Sala ha distinguido una necesidad en abstracto y en concreto. Por la primera se ha de examinar la situación *ex ante*, comprobando el riesgo que supone la situación objeto de prevención. "Un análisis de lo que acontece antes de la decisión del agente, a fin de evaluar la congruencia entre el modo concreto de intervención que se analiza y el riesgo que objetivamente se cierne sobre el bien jurídico cuya protección activa la relación del actor". De otra parte, la necesidad concreta que se proyecta sobre la materialización *ex post*: "esto es si persiste la necesidad una vez tomada la decisión de intervenir y durante la ejecución de la reacción defensiva del agente. Supone evaluar que la posible mitigación o desaparición del riesgo que desencadenó la utilización de la fuerza policial no diluya su coherencia frente a los riesgos subsistentes".

Sobre las anteriores exigencias es preciso realizar una ponderación de intereses en conflicto, una comparación de males, entre los causados por intervención por el empleo de la fuerza, y los que se derivan de la no actuación policial, y sopesar la actuación más acorde con el ordenamiento jurídico pues éste se resiente tanto cuando no se actúa debiendo ser actuada como cuando se actúa con desproporción. La ley de fuerzas y cuerpos de seguridad, Ley Orgánica 2/1987, de 13 marzo, señala como principio básico de actuación que los agentes de policía actúen "con la decisión necesaria, y sin demora, cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance".

En aplicación de los anteriores preceptos resulta que en el caso no concurrió la necesidad de actuar, porque en el hecho no aparece ninguna razón que justifique el empleo de la fuerza. En el caso, la persona a la que se imputaba la comisión de un hecho delictivo y que huía de la presencia policial estaba tendido en el suelo, y la entidad de las lesiones con rotura ósea evidencia que no podía continuar en su huida. Se trataba de una persona caída en el suelo, dolorida sin poder proseguir su huida. Consecuentemente el empleo de la fuerza no era necesaria y su utilización fue desproporcionada y, no amparada en la causa de justificación que como exigente, completa o incompleta, demanda en el recurso de casación.

Consecuentemente motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º) Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Carlos, y como recurrido D. Carlos Jesús representado por el procurador D. David Sarria Rodríguez y defendido por el letrado D. Francisco J. Gómez Sánchez, siendo parte el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 26 de julio de 2018, en el Rollo P.A. n.º 37/2017 y condenar al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

2.º) Suprimir del fallo de la sentencia dictada, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, la penalidad por la responsabilidad penal declarada, manteniendo la responsabilidad civil correspondiente a la indemnización señalada en la sentencia.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ