



Roj: **STS 3910/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3910**

Id Cendoj: **28079120012019100653**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2019**

Nº de Recurso: **1107/2018**

Nº de Resolución: **608/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 1/2018,**
STS 3910/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 608/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1107/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Gipúzkoa, Sección Primera

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1107/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 608/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde



D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1107/2018 interpuesto por Donato , representado por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia bajo la dirección letrada de don Antonio Cabezuelo Henares, contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, Sección Primera, en el Rollo Penal Abreviado 1005/2017 en el que se condenó al recurrente como autor de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.1.º del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, Tamara (acusación particular) representada por el Procurador don Javier Cuevas Rivas bajo la dirección letrada de don Íñigo Iruin Sanz, así como la Comunidad Autónoma del País Vasco (responsable civil subsidiario), representada por el procurador don Felipe de Juanas Blanco bajo la dirección letrada de don Gonzalo Conde Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 5 de los de San Sebastián incoó Procedimiento Abreviado 4316/2013 por delito de lesiones, contra Donato , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, Sección Primera. Incoado el Rollo Penal Abreviado 1005/2017, con fecha 6 de febrero de 2018 dictó sentencia n.º 32/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.-** El día 30-9-2013 se desarrolló en las inmediaciones de la Plaza Berri de la localidad de Hernani de esta provincia un operativo de la Guardia Civil, consistente en el registro de la sede de la organización Herrira.

Con motivo de dicho operativo, diferentes personas se congregaron en las inmediaciones de la Plaza. La Ertzaintza estableció un dispositivo de seguridad ciudadana para proteger la operación de la Guardia Civil, situándose agentes, por un lado, en la confluencia de la plaza mencionada con la calle Mayor y, por otro, en la confluencia de la Plaza con la calle Juan de Urbietta, para impedir el paso a Plaza Berri a las personas concentradas.

En concreto, en la confluencia con la calle Juan de Urbietta, la Ertzaintza dispuso dos líneas de contención. La primera, compuesta por agentes destinados en la Ertzaintxa de Hernani y la segunda por agentes de la Brigada Móvil, unidad especializada en intervenciones antidisturbios. El aquí acusado Donato , agente de la Ertzaintza con número profesional NUM000 , con destino en dicha Brigada Móvil, formó parte de esta segunda línea. Iba provisto del material reglamentario y portaba una porra o bastón en su mano derecha y un escudo en la mano izquierda.

Una de las personas concentradas en la calle Juan de Urbietta, en primera fila, frente a la barrera de agentes era Tamara , entonces senadora de la coalición Amaiur, quien se identificó como tal senadora mostrando a los agentes carnet o credencial acreditativa del cargo.

SEGUNDO.- Alrededor de las 22:50 horas, agentes de la Guardia Civil salieron del local registrado, llevando consigo personas detenidas, que dirigieron hacia vehículos de dicho Cuerpo que se encontraban en la Plaza. Personas concentradas profirieron gritos de protesta contra dicha actuación policial.

En la zona de la calle Mayor se produjeron incidentes y carga de los agentes de la Ertzaintza contra personas allí concentradas, incluyendo el disparo de salvas sin munición.

En la zona de la calle Juan de Urbietta la situación era más tranquila. El acusado se incorporó a la primera línea de agentes. Frente al mismo se encontraba la referida Tamara .

En un momento determinado, el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical, hacia abajo, golpeando con él en la cabeza de Tamara , provocando su caída al suelo.

TERCERO.- Como consecuencia del referido golpe, Tamara sufrió traumatismo frontal, con herida inciso-contusa de 6 cm., que se extiende desde la parte superior de la frente hasta el cuero cabelludo y cervicalgia. Requirió para su curación de sutura de la herida en cuero cabelludo. Tardó en curar 113 días, ninguno de los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales. Al curar, le restó cicatriz de 6 cm. en cuero cabelludo, no visible, por lo que no origina perjuicio estético."

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

" **FALLAMOS**



CONDENAMOS al acusado **Donato** , agente de la Ertzaintza con número profesional NUM000 , como autor de un DELITO DE LESIONES de los arts. 147.1 y 148.1° del Código Penal, a las penas de dos años de prisión y de suspensión de empleo o cargo público respecto del desempeño de funciones en la Brigada Móvil de la Ertzaintza.

Le condenamos asimismo a indemnizar a Tamara en la cantidad de 3.600 euros, más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.

Condenamos a la Comunidad Autónoma Vasca como responsable civil subsidiaria del pago de dicha cantidad.

Y condenamos a dicho acusado al pago de las costas devengadas en el proceso, incluidas las de la acusación particular de Tamara .

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar RECURSO DE CASACION en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Donato , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Donato , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim, al amparo del art. 5.4 LOPJ por lesión y violación de derechos fundamentales e infracción de precepto constitucional, en particular el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, en su modalidad del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por indebido soslayamiento de la prueba pericial forense que no fueron apreciadas por el Magistrado Ponente.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por lesión y violación de derechos fundamentales e infracción de precepto constitucional, en particular el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española y doctrina que desarrolla la presunción de inocencia por insuficiencia inculpatória, como prueba de cargo, de una grabación de imágenes parcial y no concluyente de los hechos acaecidos.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por indebida inaplicación de precepto constitucional, en particular el artículo 9.3 de la Constitución Española, en su modalidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en cuanto al análisis de la prueba forense en clara contradicción con el contenido de la misma.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por indebida inaplicación de precepto constitucional, en particular el artículo 9.3 de la Constitución Española, en cuanto a la apreciación arbitraria de falta de necesidad racional de uso de la fuerza.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim, al amparo del art. 5.4 LOPJ, sobre lesión y violación de derechos fundamentales e infracción de precepto constitucional, en particular el artículo 24.1 y 24.2, en su modalidad de derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, por indebida aplicación de la teoría de la prueba de indicios.

Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECrim., por indebida aplicación del art 148.1 del Código Penal.

Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECrim., al haberse infringido por inaplicación indebida el art 21.7 y 1, en relación con el artículo 20.7 del actual Código Penal.

Octavo.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECrim., al haberse infringido por inaplicación indebida el art 21.6 del actual Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Comunidad Autónoma del País Vasco mostró su adhesión al mismo y Tamara y el Ministerio Fiscal, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 2 de julio de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.



La Excm. Sra. doña Susana Polo García anuncia y emite voto particular expresando su discrepancia a la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en su Procedimiento Abreviado n.º 1005/2017, procedente del Procedimiento Abreviado 4316/2013 de los del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Donostia-San Sebastián, dictó sentencia el 6 de febrero de 2018 en la que condenó a Donato, agente de la Ertzaintza con número profesional NUM000, como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.1 del Código Penal, imponiéndole las penas de 2 años de prisión y suspensión de empleo o cargo público respecto del desempeño de funciones en la Brigada Móvil de la Ertzaintza; condenándole igualmente a indemnizar a Tamara en la cantidad de 3.600 euros, con responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad Autónoma Vasca.

1. Contra la referida sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación por el condenado, al que se ha adherido la Comunidad Autónoma Vasca, residenciándose la impugnación en ocho motivos casacionales, debiendo resolverse de manera conjunta los motivos primero, segundo, tercero y quinto por el similar contenido de estos alegatos.

En todos ellos el recurrente viene a denunciar la incorrecta valoración que de la prueba ha realizado el Tribunal de instancia. En el primero de los motivos (formulado por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ, al entenderse quebrantado el derecho de defensa del acusado y su derecho a un proceso con todas las garantías), el recurrente denuncia que el Tribunal no ha valorado adecuadamente el informe emitido por el Médico Forense. Destaca que en su informe la perito destacó que la hemorragia sufrida por Tamara tuvo que manifestarse de inmediato, lo que a juicio del recurso evidenciaría que la herida que presentaba Tamara no se produjo como consecuencia del porrazo propinado por el agente, puesto que en el vídeo grabado con ocasión de la intervención policial puede apreciarse que transcurrieron 35 segundos desde que el agente descargó su brazo contra la lesionada y el momento en el que la denunciante se llevó una mano para cubrirse la herida de la cabeza. En el tercer motivo (formulado por quebrantar la proscripción constitucional de la arbitrariedad recogida en el artículo 9.3 de la CE), el recurso incide en la misma idea. Denuncia que el Tribunal se ha separado arbitrariamente de dos conclusiones médico forenses, concretamente aquella en la que la perito informa de que la lesión pudo tener un origen distinto de la recepción de un porrazo, sugiriendo el recurso que pudo derivar del impacto de un objeto contundente que hubiera sido lanzado por cualquiera de los manifestantes o, incluso, por un golpe involuntario propinado con el escudo que llevaba el agente en el momento en el que la denunciante estaba caída en el suelo y forcejeaba con aquel. La segunda conclusión médico forense que entiende contradicha por el pronunciamiento de condena es el extremo ya indicado del dictamen en el que se sostuvo que la hemorragia hubo de ser inmediata a la causación de la herida.

El motivo quinto, formulado también por quebranto del derecho constitucional a la defensa y a un proceso con todas las garantías, el recurrente lo denuncia en una indebida aplicación de la teoría sobre la prueba de indicios. Aduce que en la grabación de los hechos no puede apreciarse la parte del cuerpo sobre la que el agente descargó la porra, y que esta circunstancia, puesta en relación con el informe pericial y la grabación videográfica, hacen que no exista una prueba de cargo sólida de que el recurrente causara la brecha en la cabeza. El motivo hace así referencia al mismo derecho constitucional a la presunción de inocencia cuya inobservancia se denuncia en el motivo segundo, en el que se aduce la ausencia de un cuadro probatorio claro, por esas mismas razones de no verse en el vídeo la parte del cuerpo de la manifestante sobre la que se descargó el golpe con la porra, además de asegurar que en el vídeo se oye la caída de varios objetos sobre el asfalto y que puede verse que la lesionada, tras haber mantenido desde el suelo un forcejeo con el agente que portaba el escudo, se lleva las manos a la cabeza 35 segundos después de que el acusado blandiera su porra.

2. El derecho a la presunción de inocencia ha dado lugar a una constante doctrina constitucional que, en lo que aquí interesa, se asienta sobre las siguientes notas esenciales:

a) El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, 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 unos hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTS 220/1998, de 16 de noviembre, 56/2003, de 24 de marzo o 61/2005, de 14 de marzo, entre muchas otras);

b) La carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa (por todas, STC 70/1985), de tal manera que, en el proceso penal, son las partes acusadoras quienes han de probar en el juicio



los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la defensa la prueba, normalmente inalcanzable, de los hechos negativos (SSTC 109/1986, 150/1987; 82, 128 y 187/1988);

c) Por prueba en el proceso penal, como regla general, tan solo cabe entender la practicada bajo la intermediación del órgano jurisdiccional decisor y la vigencia de los principios constitucionales de contradicción y de publicidad, esto es, "las pruebas a las que se refiere el art. 741 son las pruebas practicadas en el juicio" (STC 31/1981), pues solo así se faculta que el Tribunal pueda valorar y ponderar la prueba que se practique, con el enriquecimiento que aporta su sometimiento a la contradicción ante las partes y, particularmente, evaluar de manera adecuada la prueba de testigos, peritos y acusados, como pruebas personales que son; y

d) De la anterior regla general, tan solo cabe exceptuar los supuestos de prueba preconstituida y anticipada (SSTC 80/1986 y 37/1988), que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan solo a aquéllos con respecto de los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

3. En cuanto a la cuestión fundamentalmente sustentada en el recurso, esto es, sobre la capacidad incriminatoria del material probatorio aportado en el caso enjuiciado, como es una cuestión de atención frecuente para la Sala por la habitualidad con que se denuncia que un concreto Tribunal ha conducido su convencimiento de culpabilidad sin una sujeción rigurosa a unas reglas de valoración lógica, debe recordarse una reiterada doctrina de esta Sala que sostiene que la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo referida a todos los elementos esenciales del delito y que haya sido constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, lo que implica evaluar si de la prueba practicada puede inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

De tal manera que, salvo en supuestos en los que se constate una irracionalidad o una arbitrariedad en la valoración que de la prueba haya podido realizar el Tribunal de instancia, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración hecha por el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, realizando un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel Tribunal por la del recurrente o por la de esta Sala. Dicho de otro modo, el motivo no tiene por objeto que este Tribunal pueda alcanzar un determinado convencimiento sobre los hechos objeto de proceso y conforme al material probatorio aportado, sino evaluar si el conjunto de pruebas practicadas, racionalmente permitieron que el Tribunal de instancia pudiera alcanzar la persuasión en la que se asienta su pronunciamiento de condena.

Debe recordarse también que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (ver, entre algunas recientes, la SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Es cierto, como se indica en el recurso, que controlar la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, no solo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa (STS 500/2015, de 24 de julio).

En todo caso, la doctrina constitucional refleja que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 229/2003, de 18 de diciembre FJ 4 y 23), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado...".

4. De este modo, para la comprobación de que existe una válida justificación del pronunciamiento condenatorio no basta con que se constate formalmente que existió prueba inculpatoria, sin indagar más. Nuestra



jurisprudencia ha venido proyectando que el derecho a la presunción de inocencia se entiende enervado solo cuando se cuenta con un material probatorio que conduce, en juicio racional y lógico, a alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable; y aunque el Tribunal de casación no puede condicionar la validación de la sentencia a que él mismo alcance la certidumbre que proyecte la sentencia de instancia que revisa, es evidente que sí que nos corresponde verificar que la convicción del Tribunal de instancia está carente de vacilaciones y que contó con un material probatorio lo suficientemente sólido como para poder conducir a una persuasión a partir de una evaluación completa y lógica de la prueba practicada. Dado que este Tribunal no presencié la práctica de las pruebas en las que el Tribunal de instancia asienta su convencimiento, como ya hemos manifestado en otras resoluciones judiciales nuestra función casacional no puede consistir en constatar si esta Sala se convence de la realidad fáctica que la sentencia impugnada sostiene, sino verificar que el Tribunal de instancia contó con prueba que racionalmente le permitiera alcanzar la certeza que proclama; esto es, que la convicción del Tribunal de instancia sea "compatible" objetivamente, aunque pueda no ser "compartida" concretamente.

Por ello, aunque no basta para anular una sentencia identificar alguna discrepancia con los criterios de valoración de la prueba manejados por el Tribunal de instancia, lo que sí debe sopesar la Sala es el *iter* discursivo recorrido por el tribunal desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad, esto es, si se descubren quiebras lógicas, saltos infundados, deficiencias no asumibles racionalmente o elementos exculpatorios de calidad indebidamente soslayados. Se trata de confirmar si el acervo probatorio, examinado en su globalidad y no sesgadamente, no es concluyente y, por tanto, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad.

5. Conforme a lo expuesto, debe concluirse que existe suficiente prueba de cargo en orden a configurar racionalmente el convencimiento obtenido por el Tribunal de instancia.

El relato fáctico describe que el día 30 de septiembre de 2013 se desarrolló en las inmediaciones de la Plaza Berri de la localidad de Hernani (Guipúzcoa) un operativo de la Guardia Civil consistente en el registro de la sede de la organización *Herrira*. Con motivo de esta operación policial diferentes personas se congregaron en las inmediaciones de la Plaza, por lo que la *Ertzaintza* estableció un dispositivo para proteger la actuación policial investigadora, situándose una serie de agentes en la confluencia de la plaza Berri con la calle Mayor, y otros en la confluencia de la Plaza con la calle Juan de Urbietta. Se trataba así de impedir el paso a la Plaza Berri de las personas concentradas y que pudieran obstaculizar la actuación del registro.

La sentencia indica que una de las personas concentradas en la calle Juan de Urbietta era Tamara, entonces senadora de la coalición Amaiur. Describe que se encontraba en primera fila de los concentrados y que, sobre las 22:50 horas, cuando los agentes de la Guardia Civil salieron del local registrado llevando consigo personas detenidas y se dirigían a sus vehículos oficiales que se encontraban en la Plaza, se inició una reacción de protesta contra la actuación policial. Concretamente, en la zona de la calle Mayor se produjeron una serie de incidentes que motivaron una carga de los agentes de la *Ertzaintza* contra las personas allí concentradas, habiéndose tenido que recurrir incluso al disparo de salvas sin munición.

Respecto a la calle en la que se encontraba Tamara, la sentencia indica que la situación era más tranquila, pese a lo cual, en un momento determinado el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical hacia abajo, golpeando con él en la cabeza a la denunciante, provocando su caída al suelo. Concluye la sentencia expresando que, como consecuencia del referido golpe, Tamara sufrió traumatismo frontal, con herida inciso-contusa de 6 cm que se extendía desde la parte superior de la frente hasta el cuero cabelludo, además de una cervicalgia, requiriendo para su curación de sutura de la herida y empleando 113 días en su sanación.

Se da así por probado que las lesiones derivaron directamente del golpe propinado por el agente acusado, rechazándose la tesis que la defensa sostiene también en este recurso, esto es, que las lesiones derivan del impacto de un objeto que habría sido arrojado contra las filas policiales por alguno de los que estaban concentrados en una posición más retrasada que la de Tamara, o que las lesiones se causaran por un golpe no intencional del escudo del agente cuando Tamara se había levantado del suelo y forcejeaba con el ertzaina.

El Tribunal asienta su proclamación en el vídeo realizado por las fuerzas policiales y que recoge el momento mismo del incidente. Si bien el acusado negó en el plenario que llegara a golpear a Tamara con el bastón policial, aduciendo que se limitó a empujarla con su escudo para abrir hueco y retirarla de enfrente de su posición, acción con la que especula que pudiera haber golpeado y hecho caer al suelo a la mujer, el Tribunal desdeña esa realidad a la vista del vídeo. Ni el recurso ni la visualización directa de la grabación ofrecen una secuencia distinta de la que se describe por el Tribunal de instancia, centrándose la controversia en la reconstrucción de los hechos que el vídeo no refleja a partir de lo que sí evidencian las imágenes y del



resto de pruebas practicadas, particularmente la declaración testifical de los agentes y de otros testigos que pertenecían al grupo de los manifestantes, además de la prueba pericial médica practicada.

El Tribunal admite que en el momento de iniciarse la filmación (que no se discute que corresponde con el momento en el que los agentes de la Guardia Civil terminaron el registro y abandonaban el lugar con una serie de detenidos), se produjo un fuerte altercado en la calle Mayor. En esa bronca impulsada por los concentrados, el Tribunal visualiza el lanzamiento de algún objeto, destacando el tiro de un periódico y de una lata de bebida arrojados por los que ocupan las primeras filas. Los incidentes propiciaron una carga policial para dispersar a los congregados en la calle Mayor, llegándose a disparar varias salvas sin munición.

No obstante, el Tribunal niega que la situación en la calle Juan de Urbietta, en la que se encontraban el acusado y Tamara, fuera semejante. Respecto de esta ubicación se describe, a partir del vídeo policial, que los concentrados proferían gritos de protesta, pero sin lanzamiento de objetos ni ningún otro incidente de importancia, y sin que se produjera carga policial alguna. Frente a la alegación del acusado de que se les ordenó avanzar (lo que afirma también el agente NUM001), el Tribunal no solo valora la imagen de inactuación del resto de los agentes que refleja el vídeo, sino también la declaración del agente NUM002, quien manifestó en el acto del plenario que las órdenes fueron mantener la posición, lo que confirma además el agente NUM003 al declarar que no dio la orden de ataque en ningún momento.

Es en ese contexto en el que el Tribunal de instancia describe la actuación del acusado, detallando que lo que hizo el agente fue abrir su escudo hacia el lado izquierdo y, tras retirarlo de delante de su cuerpo y despejar así el obstáculo que suponía el escudo para la acción que iba a abordar, levantó el brazo derecho en el que blandía la porra y lo descargó hacia abajo de manera repetida. Rechaza que fuera el escudo el que impactó contra Tamara, y, aunque admite que no se visualiza el lugar sobre el que impactaron los cuatro golpes de porra, concluye que fue sobre la mujer, dado que en ese momento se encontraba frente al brazo derecho del agente. Entiende el Tribunal que Tamara fue el objetivo de la actuación del ertzaina y quien encajó el impacto de sus golpes, pues instantáneamente cayó al suelo y presenta una herida en la parte frontal de la cabeza, concretamente en el cuello cabelludo cercano a la frente.

La valoración del Tribunal se muestra adecuada a las reglas de la experiencia y de la lógica. No concurren elementos que sugieran que las lesiones se produjeran segundos después, concretamente porque la lesionada recibiera un golpe con el escudo del agente cuando forcejearon.

Tras los golpes, Tamara se desplomó. Dado que los golpes fueron verticales y descendentes; se propinaron desde una altura adecuada; y puesto que el parte médico no refleja otras lesiones que la contusión craneal inherente a la brecha, así como una cervicalgia, puede establecerse racionalmente que existe una conexión causa efecto entre los porrazos y las lesiones; particularmente cuando no se ofrece ningún vestigio ni ninguna otra explicación para que el cuerpo de Tamara se desmoronara hasta caer sobre el asfalto, visto que el vídeo no refleja la caída de ningún objeto en ese momento.

La constatación expresada cierra la posibilidad de que el golpe lesivo sobreviniera en un momento posterior, en todo caso, el tribunal desbarata ese descargo desde otras pruebas complementarias.

Describe que Tamara, tras levantarse del suelo, forcejeó con el agente. Explica que el agente la llevó inicialmente hacía el lado derecho de la imagen del vídeo, logrando ella zafarse y salir hacia la izquierda, momento en el que se agachó para recoger la documentación que se le había caído. Al incorporarse con el carnet en la mano derecha es cuando la lesionada se lleva la mano izquierda a la cabeza y se dirige hacia las personas concentradas que aparecen en un lado de la imagen, viéndose entonces brotar la sangre en el lugar en el que se dolía. La pretensión de que fuera durante esta segunda secuencia cuando recibió un impacto con el escudo en la cabeza, no solo dejaría sin explicación que Tamara se desplomara al principio, sino que tampoco se ajusta al desarrollo ulterior de los hechos. En un primer instante, puesto que la lesionada se encuentra de pie, resulta imposible que fuera golpeada en la parte superior de la cabeza con el canto del largo escudo con el que el policía protegía todo su cuerpo. Después, cuando Tamara se agachó parcialmente para alcanzar con la mano el documento que se encontraba en el suelo, la distancia que separa a los contendientes es incompatible con tal génesis en las lesiones.

Por último, debe concluirse que el posicionamiento del Tribunal de instancia no se desvirtúa por el informe pericial médico forense. Sostiene el recurrente que, puesto que la doctora dictaminó que la herida sufrida tuvo que provocar dolor y abundante sangrado desde el momento mismo de su causación, dado que la lesionada se llevó la mano a la cabeza a los 35 segundos de que el acusado descargara la porra, las lesiones no pueden derivar del porrazo, sino que tuvieron que producirse cuando Tamara se agachó a recoger la documentación que se encontraba en el suelo y se reincorporó después llevándose precisamente la mano a la frente. Sin embargo, el Tribunal de instancia rechaza expresamente la conclusión de que la mujer no estuviese herida cuando se agachó, y sostiene que el dolor y el sangrado eran previos, por más que se manifestaran más tarde.



Las razones de su posicionamiento ya se han expresado, y el informe pericial no contradice las conclusiones del Tribunal. De un lado, se ignora cual de los sucesivos porrazos pudo abrir la brecha, lo que tiene incidencia en la medición de los 35 segundos que se dicen transcurridos entre el porrazo policial y la visualización de la herida. De otro lado, la prueba pericial se pronunció sobre la necesidad de un sangrado inmediato, lo que no es equivalente a que la manifestación de la hemorragia sea instantánea, máxime cuando la herida se encuentra bajo el cuero cabelludo y se exterioriza al llegar el reguero de la sangre a la zona frontal de la cabeza. La perito no hizo ninguna concreción sobre el tiempo exacto que puede mediar entre el sangrado bajo el cuero cabelludo y su manifestación facial, y el recurso no excluye que entre ambos momentos puedan transcurrir unos segundos, apreciándose el sangrado precisamente después de que la acusada inclinara la cabeza en el ademán de agacharse. En ese momento, al percibir la sangre humedeciendo el frontal y en un instintivo gesto de taponar la herida, cuando la lesionada llevó la mano al foco del dolor.

Los motivos se desestiman.

SEGUNDO.- El cuarto motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, por indebida inaplicación del precepto constitucional contenido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, al entender el recurrente que se muestra irrazonable la conclusión de que no había una necesidad racional del uso de la fuerza.

El recurso hace referencia a la confrontación que los manifestantes sostuvieron con las fuerzas policiales a lo largo de toda la jornada y recuerda que los testimonios policiales relataron que la situación se desbordó cuando la Guardia Civil concluyó la práctica de sus registros y abandonaban el lugar con los detenidos. Entiende que, con tal material probatorio, aceptar como válida la declaración de unos testigos que fueron impulsores de los altercados, asumiendo que no existía ninguna obligación policial de actuación inmediata, se enfrenta a la razonabilidad de los acontecimientos y a las máximas de experiencia. Sostiene que los concentrados intentaron sobrepasar la línea policial de contención y que el recurrente, en virtud de la situación y por su propio criterio profesional, evaluó la necesidad de intervenir para reprimir que los manifestantes pudieran desarrollar un mayor grado de violencia.

El argumento, imbricado en la concurrencia del soporte fáctico necesario para apreciar la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, no muestra la falta de justificación razonable que se achaca a la sentencia de instancia. El Tribunal concluye que no existía una necesidad racional de intervenir porque, cuando los agentes de la Guardia Civil abandonaban la Plaza Berri y a diferencia de lo que ocurrió en la Calle Mayor, los concentrados en la calle Juan de Urbieto no propinaron ningún empujón a los agentes, ni los agredieron de ningún otro modo. Considera el Tribunal que los manifestantes no intentaron rebasar el cordón policial, ni lanzaron objetos contra los agentes, lo que extrae precisamente de las grabaciones videográficas, por más que se sostuviera lo contrario a partir de algún testimonio de los agentes declarantes. Y refuerza su convicción desde la constatación de que el resto de agentes se mantuvieron inactivos en sus posiciones. Con todo ello, el Tribunal concluye que la actuación del agente no es que fuera desproporcionada, sino que estaba carente de justificación. Una conclusión que encuentra la base objetiva que niega el alegato en la secuencia de los hechos reflejada en el vídeo aportado como prueba documental.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Su sexto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse infringido el artículo 148.1 del Código Penal.

1. Alega el recurrente que para la aplicación del subtipo agravado de lesiones del artículo 148.1 del Código Penal es necesario que concurren circunstancias objetivas y subjetivas que de manera inequívoca demuestren la intención del autor de convertir el instrumento utilizado en la causación de las lesiones en algo realmente peligroso, lo que no acontece en el caso enjuiciado, dado que la utilización de la porra no fue buscada de propósito por el recurrente para causar mayor daño, sino que respondió a que era el equipamiento policial antidisturbios con el que se le equipó para cumplir sus funciones.

Por otro lado, reprocha que se haya impuesto al condenado la pena correspondiente al subtipo agravado del artículo 148.1, aun en su mínima extensión, cuando en tales supuestos es facultativo que se agrave la pena señalada para el tipo básico y no se da tampoco ninguna explicación de por qué el recurrente se hace merecedor de la exacerbación penológica.

2. Esta Sala ha proclamado que el fundamento de la agravación penológica en supuestos de lesiones causadas mediante la utilización de armas u otros instrumentos peligrosos reside en el aumento de la capacidad agresiva del autor y en el mayor riesgo de causación de lesiones de gravedad, lo que se traduce en un mayor desvalor de la acción (SSTS 1114/07, de 26 de diciembre o 981/13, de 23 de diciembre). Se configura el subtipo agravado como un delito de peligro concreto, en el que la peligrosidad del elemento utilizado para perpetrar



la agresión viene determinada por una doble sustrato: una manifestación objetiva que deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento del que se vale el agresor, y un componente subjetivo que se construye a partir del aprovechamiento de las características lesivas a partir de la utilización que se hace del instrumento, considerando para ello la intensidad, la intencionalidad o la dirección dada a los golpes propinados a la víctima (STS 228/12, de 27 de marzo).

Esta Sala ha considerado que la exigencia objetiva de concurrir un riesgo concluyente de potenciación de las consecuencias lesivas, se da cuando se utilizan garrotes de madera o palos que, por su contundencia y ausencia de flexibilidad, sean susceptibles de causar lesiones de particular relevancia o entidad, y si bien no faltan sentencias en las que hemos rechazado considerar tal agravación con ocasión de la utilización de porras o defensas policiales reglamentarias, lo ha sido en atención al componente subjetivo en su uso, esto es, por no concurrir circunstancias que demostraran que la vida o integridad corporal hubiera corrido peligro en atención a las circunstancias del caso y responder a una actuación policial legítima (SSTS 1077/98, de 17 de octubre o 782/03, de 31 de mayo); lo que debe ponerse en relación con el dolo genérico del autor en este subtipo agravado, en el sentido de que la acción se despliegue con plena consciencia del peligro que entraña la utilización de los instrumentos dañinos (STS 104/04, de 30 de enero).

Lo expuesto muestra la improcedencia de la primera objeción del motivo. La intangibilidad del relato fáctico impone la evaluación de los hechos tal y como la sentencia de instancia los describe. Es de fácil representación la contundencia de la porra policial y su aptitud para producir lesiones importantes, describiendo el relato fáctico que el acusado se sirvió de ella en la calle Juan de Urbietta en un momento en que la situación era más tranquila que en el lugar donde se abordó la carga policial. El Tribunal detalla en su motivación que ningún otro agente de los que acompañaban al acusado en esa calle desplegó la fuerza en ese momento y que fue totalmente injustificada la actuación que se enjuicia. Narra además su comportamiento concreto, indicando que el acusado elevó su bastón por encima de su cabeza y que lo descargó en vertical sobre la cabeza de Tamara hasta provocar un traumatismo frontal, con herida inciso-contusa de 6 cm, además de una cervicalgia. Describe así la sentencia, tanto la contundencia del instrumento, como la necesaria percepción de la lesividad inherente al modo concreto en que se utilizó, pues el golpe se asestó con plena potencia muscular desde la mayor extensión del brazo, descargándolo en vertical hacia abajo (hasta en cuatro ocasiones se indica en otro pasaje de la sentencia, a la vista del vídeo registrado) y sin eludir la cabeza de la denunciante en al menos uno de los golpes propinados. Un modo de hacer cuya lesividad era plenamente perceptible para el autor y que justifica la aplicación del subtipo penal que el recurso ataca.

3. En lo que hace referencia a la penalidad, la subsunción de los hechos en el tipo penal del artículo 147.1 del Código Penal, no supone que su punición haya de sujetarse necesariamente a la pena prevista en el subtipo agravado del artículo 148.1 del Código Penal, por más que en la agresión se hubieren utilizado instrumentos peligrosos para la vida o la salud física del lesionado.

A diferencia de lo que acontece respecto de las lesiones agravadas contempladas en los artículos 149 y ss, la agravación penológica recogida en el artículo 148 del Código Penal no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa del juzgador en atención al caso concreto. El precepto recoge la facultad que tiene el juez o tribunal de ampliar discrecionalmente el marco de punición de los hechos cuando se den las concretas circunstancias previstas en la norma, siempre atendiendo al resultado causado o al riesgo producido. Una consideración que el Tribunal de instancia no ha eludido.

Contrariamente a lo que el recurso sostiene, la sentencia de instancia identifica el plus de culpabilidad que justifica que la respuesta penal sobrepase el ámbito de punición del artículo 147.1 y lo hace desde la consideración del mayor desvalor de la acción y de su resultado para las circunstancias concretas. En su fundamento séptimo el Tribunal destaca que *"No se trata (no se trata solamente) de que la actuación del agente no fuera proporcional porque debiera haber utilizado la porra de otro modo, debiera haber golpeado en otro lugar menos vulnerable del cuerpo, o debiera haberlo hecho no elevando la porra por encima de la cabeza de la persona que tenía enfrente a él y descargándola hacia abajo con fuerza sobre su cabeza, del peligroso modo en que lo hizo. Se trata de que no estaba justificado que utilizara su porra de ningún modo. No hubo ningún exceso en una actuación justificada del agente, sino una actuación injustificada, contraria a derecho, de éste"*.

Posteriormente, en su fundamento octavo, el Tribunal de instancia se sitúa en la mínima extensión prevista en el artículo 148.1 por sujeción estricta al principio acusatorio, trasluciendo que a su juicio los hechos le hubieran llevado a imponer la pena con mayor gravamen. Dice así: *"Es precisamente la pena de dos años de prisión, la mínima prevista legalmente, la que ha sido solicitada por la acusación pública y por la particular. No podemos superar dicha pena, en aplicación del principio acusatorio, tal como vienen entendiéndolo en los últimos años tanto el Tribunal Constitucional, como el Supremo, por lo que será la pena que imponemos"*.



Finalmente, si bien centrando su discurso en la pena accesoria de inhabilitación especial, el Tribunal exterioriza su consideración del desvalor de la acción que justifica el tratamiento punitivo por el que opta la sentencia al fijar esa pena y la propia pena privativa de libertad. Resalta que el recurrente forma parte de la Brigada Móvil Antidisturbios, especializada en intervenciones en situaciones de tensión y de cierto enfrentamiento personal, por lo que sus agentes pueden y deben actuar para proteger a las personas, los bienes y la paz pública frente a quienes pretenden atacarlos, al tiempo que indica que deben hacerlo solo cuando sea necesario y siempre con la proporcionalidad debida, lo que no aprecian concurrente en la actuación del agente acusado.

De este modo, los criterios por los que el Tribunal opta por la punición prevista en el subtipo agravado están claramente reflejados en la sentencia de instancia y se ajustan a los condicionantes normativos de los que el legislador ha hecho depender su aplicación, no pudiendo este Tribunal revisar el ejercicio concreto de una facultad que corresponde al órgano de enjuiciamiento y que respeta las exigencias legales de justificación y proporcionalidad.

El motivo se desestima.

CUARTO.- El séptimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse infringido el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.7 del mismo texto legal. Subsidiariamente entiende que procedería la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la circunstancia eximente de obrar en cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código Penal.

El motivo sostiene que el acusado y su unidad estaban desarrollando su función como agentes policiales antidisturbios, habiendo sido increpados por los manifestantes congregados, que les agredieron arrojando diversos objetos contra ellos. Destaca que no solo el acusado describió esa realidad, sino que objetivamente puede apreciarse en los vídeos que grabaron los servicios policiales y que se aportaron como prueba documental al acto del plenario. Por ello, considera que la reacción del agente fue acorde con el riesgo que creyó advertir en el contexto en el que se encontraba, habiendo intervenido con la intención de disuadir de su actuación agresiva y desobediente a los concentrados.

1. El cauce procesal empleado sujeta la resolución de este Tribunal al intangible relato histórico proclamado en la sentencia de instancia, pudiéndose considerar asimismo las manifestaciones con contenido fáctico que la Sala de enjuiciamiento introdujo en su fundamentación jurídica, en la medida en que operen en beneficio del recurrente y justifiquen la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que defiende el recurso.

2. La antijuricidad de cualquier comportamiento típico se manifiesta por la introducción de un riesgo para el bien jurídico objeto de protección, siempre acompañada de la intencionalidad o de la representación mental del daño por parte el sujeto (desvalor de la acción), a lo cual se añade una efectiva lesión o real puesta en peligro del derecho amparado por la norma (desvalor del resultado).

Existen sin embargo circunstancias que, proyectadas sobre una conducta típica, justifican la actuación del autor y le eximen de todo tipo de responsabilidad. Son supuestos en los que, como destaca la doctrina, concurren condiciones en el hecho típico e indiciariamente antijurídico, que convierten el comportamiento en justificado y neutralizan su antijuricidad, de ahí que no quepa imponer ninguna pena o medida de seguridad, ni siquiera una responsabilidad civil si no es en los limitados supuestos que para el estado de necesidad se fijan en el artículo 118.3.ª Código Penal.

3. El artículo 104 de la CE dispone que "*Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*". El cumplimiento de la encomienda constitucional comporta que, en ocasiones, y siempre con sujeción a sus normas legales de funcionamiento y desempeño (art. 104.2 CE), sea obligada la utilización de la coacción y la fuerza en la actuación policial, lo que puede conducir a consecuencias abarcadas en determinados tipos penales. La preservación de la función constitucional que se atribuye a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad lleva al legislador a contemplar, entre las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, concretamente en el número 7.º del artículo 20 del Código Penal, que estará exento de responsabilidad "*El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*"; habiéndose entendido jurisprudencialmente que, en supuestos de intervención policial, la eximente afectada es la del cumplimiento de un deber, pues esta previsión se ajusta a la norma jurídica que le sirve de base y sitúa sus límites en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales. De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente.



4. Destacábamos en nuestra sentencia de 14 de mayo de 1998 la facilidad de señalar los requisitos de legalidad necesarios para la viabilidad de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, frente a lo complejo que resulta desarrollar el contenido específico de tales exigencias en el caso concreto.

Como requisitos esenciales para la vigencia de la eximente, en lo que hace referencia a la actuación profesional de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, nuestra Jurisprudencia ha venido exigiendo, además de que los agentes se encuentren en el desempeño de las funciones propias de su cargo, los siguientes presupuestos: que la fuerza o violencia empleada en la causación del daño sea proporcional a la función a realizar, esto es, que la actuación del agente se muestre racionalmente imprescindible, dado que se compromete el prestigio de la autoridad tanto por dejación como por abuso; que desempeñen su cometido sin extralimitación; y que concurra con un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa procedente de la víctima.

5. En el análisis de la necesidad de intervención que hemos expresado, la jurisprudencia de esta Sala ha contemplado la transcendencia de concurrir una necesidad en abstracto y otra en concreto.

La primera deriva de una consideración *ex ante* del riesgo que es 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 reacción del actor.

Junto a ella, la necesidad concreta 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 al riesgo subsistente.

Este juicio de ponderación de intereses en conflicto o, como hemos dicho en alguna ocasión, de ponderación de males inherentes a la reacción o a la inactuación policial, se recoge en la propia definición del contenido del ejercicio del cargo, al establecer el artículo 5.2.c de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que es principio básico de actuación de sus miembros, que lo hagan "*... con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa 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*".

Reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala ha expresado que cuando no concurre una necesidad en abstracto de actuar, esto es, cuando antes del desarrollo del comportamiento policial no aparecía ninguna razón que justificara un empleo de la fuerza por su parte y, consecuentemente, no concurría causa que neutralizara la antijuricidad de su comportamiento, no cabe hablar ni de eximente completa del artículo 20.7 del Código Penal, ni de eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo ya indicado.

Por el contrario, cuando la causa de justificación concurría, de modo que la acción arrancó sin un contenido antijurídico, y lo que acontece es que durante el despliegue de la acción desaparecen las condiciones que prestaban cobertura a la intervención policial, sobreviene una desvalorización de la justificación inicial que conduce a redefinir la responsabilidad del agente, entrándose por ello en el ámbito de operatividad de la eximente incompleta (SSTS 29 de febrero de 1992; 14 de mayo de 1998 o 153/13, de 6 de marzo, entre otras).

La experiencia forense aporta coyunturas claras o de fácil definición. Supuestos en los que la posibilidad de la eximente completa o incompleta es evidente, como puede serlo también que no se aprecien circunstancias que justificaran intervenir en la forma que se debate. No obstante, no faltan casos en los que resulta confuso, en una valoración *ex ante*, evaluar si hay una necesidad de intervenir con contundencia por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Casos en los que el agente que realiza la ponderación se enfrenta a condiciones que dificultan un análisis de las circunstancias presentes y que puede conducir a una desajustada conclusión. Se trata de coyunturas en las que el correcto análisis de las circunstancias que confluyen, o incluso la alteración instantánea de alguna de ellas, evidencian que no concurrían los factores que eliminarían la antijuricidad de la reacción profesional, pero en los que convergen una serie de elementos o de circunstancias que dificultaban la decisión y que, por ello, repercuten en la culpabilidad del agente que indebidamente desdeñó su propia contención.

6. El supuesto más característico sería el error.

El error de tipo viene referido al hecho, de manera que su presencia excluye el dolo o la voluntad del agente. Lo que no acontece con el error de prohibición que, al proyectarse sobre la valoración de ilicitud, considerándose que se actúa en un modo que la ley permite, sitúa al error en el ámbito de la culpabilidad.

Nuestra sentencia 17/2003, de 15 de enero, recalca que en el error sobre la significación antijurídica de la conducta puede identificarse una distinción dogmática entre aquellos supuestos en los que el autor ignora el



desvalor que el derecho atribuye a su comportamiento (error directo), y el que acontece cuando se conoce la desvalorización del derecho, pero cree erróneamente que el reproche está desvirtuado por la concurrencia de una causa de justificación (error indirecto).

Pese a la discrepancia doctrinal que existe sobre la regla penológica aplicable a aquellos supuestos en los que el error sobreviene sobre el presupuesto objetivo de la justificación, nuestra jurisprudencia ha aplicado la solución que para el error de prohibición refleja el artículo 14 del Código Penal, con independencia de que el error fuera vencible o invencible. Es indiscutible que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad criminal, pero aunque algunos sectores doctrinales sostienen que cuando el error es vencible y recae sobre los presupuestos determinantes de la justificación nos encontramos ante un error de tipo que conduce a que los hechos se sancionen a título de imprudencia, nuestra jurisprudencia ha destacado la plena aplicación de la regla penológica que para el error vencible de prohibición establece el artículo 14.3 del Código Penal; no solo respecto de la legítima defensa putativa y el error sobre sus presupuestos objetivos (SSTS 4 de junio de 1992; 17 de mayo de 1999; 22 de julio de 2002; 10 de diciembre de 2004 o 22 de septiembre de 2016), sino también cuando la creencia equivocada se proyecta sobre los presupuestos que impulsan la actuación profesional defensiva en el cumplimiento de un deber (SSTS 1526/1999, de 2 de noviembre o 17/2003, de 15 de enero).

7. En todo caso, la culpabilidad del agente respecto de su cumplimiento profesional no solo resulta afectada cuando se tiene una convicción errónea de la realidad.

En determinadas ocasiones concurren elementos objetivos que previenen al agente sobre la perentoria necesidad de tener que proteger un bien jurídico, pero en los que la situación de riesgo no termina de materializarse. Son supuestos de correcta percepción de la realidad y finalmente carentes de la necesidad en abstracto que prestaría soporte a la exención, completa o incompleta, de responsabilidad, pero que pueden coexistir con circunstancias que dificultan el juicio sereno, reflexivo, cuidadoso y legal que debe presidir la evaluación sobre la oportunidad de intervenir, así como sobre la proporcionalidad y lesividad del comportamiento. Circunstancias que objetivamente dificultan una evaluación correcta de la contención, modulando el reproche culpabilístico del agente desde una similitud intrínseca a la que se aprecia en la eximente incompleta, esto es, a aquellos otros supuestos en los que la causa de justificación desaparece o se modifica durante la actuación defensiva, justificándose con ello la apreciación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 20.7 del mismo texto punitivo.

Cuando objetivamente se percibe el riesgo de que un determinado bien jurídico pueda resultar atacado, el tiempo racionalmente requerido para poder abordar una defensa que aspire a prevenirlo de manera eficaz, es una referencia esencial para medir el reproche personal del agente. La rapidez decisiva perjudica la profundidad de un juicio, pero el reproche a la premura se desdibuja en la medida en que se perciba la necesidad de una reacción inmediata para esquivar eficazmente un grave y concreto proceso lesivo que se ha detectado.

Son también referencias principales, en orden a evaluar el reproche culpabilístico del agente: el número y la importancia de los indicadores de riesgo que confluyen; la intensidad con la que se muestre el riesgo que trata de evitarse; o la gravedad del ataque. También lo es si ha existido una previa supervisión o validación de la peligrosidad de los medios defensivos que van a emplearse o, por el contrario, si nunca se ha evaluado u homologado el riesgo que introducen. Y son circunstancias también determinantes de la culpabilidad de una decisión desafortunada: el contexto analítico del agente; las dificultades de evaluación de los riesgos en conflicto; la influencia que en esa dificultad tenga el comportamiento del sujeto que amenaza al bien jurídico y que motiva la intervención policial; o, entre muchos otros, la divergente magnitud entre el riesgo que trata de prevenirse y el que se introduce.

Cuando todas o algunas de estas circunstancias perturban de manera objetiva y profunda la evaluación correcta de la necesidad de la intervención, así como las reglas de su contención, modulan en realidad el reproche de culpabilidad del agente y deben tener un reflejo punitivo de la mano de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 20.7 del mismo texto legal.

8. Lo expuesto expresa la razón por la que debe denegarse la eximente incompleta que se postula. El numeral segundo del relato fáctico proclamado en la instancia describe que: "*Alrededor de las 22:50 horas, agentes de la Guardia Civil salieron del local registrado, llevando consigo personas detenidas, que dirigieron hacia vehículos de dicho Cuerpo que se encontraban en la Plaza. Personas concentradas profirieron gritos de protesta contra dicha actuación policial.*

En la zona de la calle Mayor se produjeron incidentes y carga de los agentes de la Ertzaintza contra personas allí concentradas, incluyendo el disparo de salvas sin munición.



En la zona de la calle Juan de Urbieta la situación era más tranquila. El acusado se incorporó a la primera línea de agentes. Frente al mismo se encontraba la referida Tamara .

En un momento determinado, el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical, hacia abajo, golpeando con él en la cabeza de Tamara , provocando su caída al suelo".

De este modo, no solo la sentencia de instancia no aprecia el sustrato fáctico que preste soporte a la necesidad *ex ante* que la exigente incompleta precisa, sino que expresamente analiza: " *No hemos declarado probado que las personas concentradas propinasen ningún empujón a los agentes, ni que los agredieran de ningún otro modo, ni que golpearan a los escudos que portaban los agentes, ni que intentaran rebasar el cordón policial, ni que lanzaran objetos contra los agentes, o que cayeran objetos donde éstos se encontraban*". Y añade después que: " *No concurría, por tanto, ningún motivo que justificara la actuación violenta del agente acusado. Ni de ningún otro de los agentes que se encontraban con él en el lugar, ninguno de los cuales actuó de manera violenta, ya que sólo lo hizo el acusado. No concurre el elemento de la necesidad abstracta de dicha actuación, requisito esencial de la circunstancia que nos ocupa. No se trata (no se trata solamente) de que la actuación del agente no fuera proporcional, porque debiera haber utilizado la porra de otro modo, debiera haber golpeado en otro lugar menos vulnerable del cuerpo, o debiera haberlo hecho no elevando la porra por encima de la cabeza de la persona que tenía enfrente de él y descargándola hacia abajo con fuerza sobre su cabeza, del peligroso modo en que lo hizo. Se trata de que no estaba justificado que utilizara su porra de ningún modo. No hubo ningún exceso en una actuación justificada del agente, sino una actuación injustificada, contraria a derecho, de éste*".

9. No obstante, la propia Sala identifica una serie de circunstancias que, desde el plano de la culpabilidad, debilitan la responsabilidad del agente. La sentencia refleja que la concentración ciudadana estaba carente de autorización, siendo además reactiva al cumplimiento policial de las órdenes dadas por la autoridad judicial. Describe su contenido generalizadamente violento, haciéndose eco de que la concentración empezó varias horas antes de que acaecieran los hechos enjuiciados y que se perpetuó a lo largo de toda la jornada, motivando el despliegue de importantes efectivos policiales y antidisturbios, no solo en la confluencia de la calle Mayor con la Plaza de Berri de la localidad de Hernani, sino también en la de la calle Juan de Urbieta con esa misma plaza. En ambas vías existió la necesidad de contener la movilización con dos líneas de agentes, la primera compuesta por agentes destinados en la Ertzaintzea de Hernani, y la segunda por agentes de la Brigada Móvil, unidad especializada en intervenciones antidisturbios. Describe además cómo el desorden ciudadano se incrementó en el momento en el que los agentes de la Guardia Civil terminaron el registro de la sede de la organización Herrera y abandonaban la Plaza Mayor de Hernani con varias personas detenidas. En dicho momento, la contención y los enfrentamientos del resto del día se desbordaron respecto de los agentes del orden actuantes en la calle Mayor, destacando la sentencia que los incidentes protagonizados por los manifestantes obligaron a las fuerzas policiales a cargar contra los concentrados, disparando incluso salvas sin munición. Al tiempo, en la colindante calle Juan de Urbieta la situación no era carente de riesgo para el orden público y los agentes actuantes. El Tribunal admite una mayor tranquilidad, en una indicación de contraste que, en todo caso, asume la ruptura del orden público, así como la situación de tensión y riesgo que describe el recurso. Con todo ello: la larga continuidad de los altercados; la circunstancia de que vinieran propiciados por una actuación policial que tocaba a su fin y que, al detener a las personas a cuyo favor actuaban los manifestantes, impulsó la manifestación a momentos de extremo desorden; el hecho de que la coyuntura estuviera obligando a una actuación policial contundente en la calle colindante, cuya tensión debió trasladarse a todos los agentes por los gritos que refleja el vídeo y los disparos de salvas que la sentencia describe; así como la propia tensión existente en la calle en la que el acusado actuaba; definen un contexto que explica la precipitada fuerza policial desplegada, más aún cuando el acusado conoce estar pertrechado de instrumentos de contención que están inicialmente diseñados para no introducir riesgos lesivos inasumibles en el empleo de la fuerza. Concorre así la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la exigente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.7 del Código Penal.

El motivo debe ser estimado.

QUINTO.- Su octavo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente inaplicado el artículo 21.6 del Código Penal.

Destaca el recurso que, acaeciendo los hechos en septiembre de 2013, no se dictara auto de procedimiento abreviado hasta el 17 de agosto de 2015. Considera que la demora en este periodo justifica la apreciación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad, lo que se potencia desde el reproche de que no se presentara el escrito de acusación por el Ministerio Fiscal hasta junio de 2016 y que no se efectuara el enjuiciamiento hasta diciembre de 2017.

A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un " *plazo razonable*", referido en



el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el " *derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable*" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las " *dilaciones indebidas*" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el " *plazo razonable*" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/10, de 15 de febrero o 416/13, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10 de diciembre).

La Sala de instancia concluye en su fundamento jurídico noveno que las paralizaciones observadas en la causa, que son detalladas en la propia sentencia, podrían determinar la apreciación de la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, lo que finalmente rechaza en consideración a la nula repercusión que tendría respecto de una pena que se ha impuesto en su mínima extensión legal. De este modo, la denegación de la circunstancia atenuante no solo se enfrenta a una base fáctica que le prestaría soporte, sino que impacta contra la minoración de pena que, conforme con el artículo 66.1.2.^a del Código Penal, comporta la concurrencia de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y la atenuante analógica anteriormente declarada.

El motivo debe estimarse.

SEXTO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar los motivos séptimo y octavo formulados por la representación de Donato , en el sentido de entender indebidamente inaplicada la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, e indebidamente inaplicada la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber de los artículos 21.1 y 20.7 del mismo texto legal. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de declarar la concurrencia de ambas circunstancias atenuantes respecto del delito de lesiones por el que viene condenado el recurrente. Todo ello, desestimando el resto de pretensiones sostenidas por el recurrente y manteniendo en lo demás el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación del recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 1107/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto la causa Rollo Penal Abreviado 1005/2017, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, dimanante del Procedimiento Abreviado 4316/2013, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 5, de los de San Sebastián, por un delito de lesiones, contra Donato, con DNI n.º NUM004, nacido el NUM005 de 1972 en Baracaldo, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 6 de febrero de 2018, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El fundamento cuarto de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que por infracción de ley formuló la representación de Donato, en el sentido de entender concurrente la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber de los artículos 21.1 y 20.7 del Código Penal. La proximidad entre la necesidad en abstracto de actuar en cumplimiento de un deber policial, y la realidad fáctica en la que se ha asentado en este caso la apreciación de la atenuante analógica, concretamente por la proximidad de que llegara a materializarse el riesgo contra el que el agente había sido movilizado; unido a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, justifican que la Sala, de conformidad con el artículo 66.1.2.^a del Código, rebaje en dos grados la pena prevista en el artículo 148 del mismo texto legal; lo que resulta particularmente apropiado considerando el carácter facultativo de la exacerbadón punitiva recogida en dicho precepto.

Del mismo modo, dado que el comportamiento penal que se sanciona deriva del ejercicio profesional por el acusado, y que la culpabilidad del agente está mitigada por las especiales, abruptas y arduas condiciones en las que hubo de evaluar el adecuado ejercicio de su profesión, no se aprecian especiales razones que justifiquen la pena accesoria de suspensión del empleo o cargo público a la que venía condenado.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Donato, agente de la Ertzaintza con número profesional NUM000, como autor de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.1.º del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, así como la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber de los artículos 21.1 y 20.7 del Código Penal, a la pena de prisión por tiempo de 6 meses.

No procede la imposición de la pena accesoria de suspensión del empleo o cargo público respecto del desempeño de funciones en la Brigada Móvil de la Ertzaintza a la que venía condenado.



Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

VOTO PARTICULAR

que formula la Excm. Sra. Dña. Susana Polo García, a la Sentencia dictada en el recurso de Casación nº 1107/2018.

Con el respeto y consideración hacia mis compañeros expreso a través de este voto particular mi discrepancia a la sentencia de la mayoría.

1.- La sentencia, después de hacer una serie de consideraciones de carácter general sobre los requisitos de legalidad necesarios para la viabilidad de la eximente completa o incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber, en el Fundamento de Derecho Cuarto, llega a la conclusión de que no existe sustrato fáctico que preste soporte a la necesidad "ex ante" que la eximente incompleta precisa, recogiendo no solo una parte del relato de hechos probados, sino también los argumentos al respecto dados por la sentencia de instancia, en concreto " *No hemos declarado probado que las personas concentradas propinasen ningún empujón a los agentes, ni que los agredieran de ningún otro modo, ni que golpearan a los escudos que portaban los agentes, ni que intentaran rebasar el cordón policial, ni que lanzaran objetos contra los agentes, o que cayeran objetos donde éstos se encontraban*". Y añade después que: "*No concurría, por tanto, ningún motivo que justificara la actuación violenta del agente acusado. Ni de ningún otro de los agentes que se encontraban con él en el lugar, ninguno de los cuales actuó de manera violenta, ya que sólo lo hizo el acusado. No concurre el elemento de la necesidad abstracta de dicha actuación, requisito esencial de la circunstancia que nos ocupa. No se trata (no se trata solamente) de que la actuación del agente no fuera proporcional, porque debiera haber utilizado la porra de otro modo, debiera haber golpeado en otro lugar menos vulnerable del cuerpo, o debiera haberlo hecho no elevando la porra por encima de la cabeza de la persona que tenía enfrente de él y descargándola hacia abajo con fuerza sobre su cabeza, del peligroso modo en que lo hizo. Se trata de que no estaba justificado que utilizara su porra de ningún modo. No hubo ningún exceso en una actuación justificada del agente, sino una actuación injustificada, contraria a derecho, de éste*".

No obstante, la Sala llega a la conclusión de que concurren una serie de circunstancias que debilitan la responsabilidad del agente, haciendo mención a los incidentes ocurridos con anterioridad en las calles adyacentes, ninguno relativo a la actuación de la víctima -incluso algunos de ellos no recogidos en el relato fáctico-, por lo que entiende que resulta de aplicación la atenuante analógica del art. 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta del art. 21.1, en relación a su vez con la eximente del art. 20.7 del Código Penal, punto donde muestro mi discrepancia con el parecer mayoritario de la Sala.

2.- El cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propio con exclusividad.

En este sentido, estimo que es clara la improcedencia del motivo alegado por el recurrente y estimado por la Sala, puesto que la inmodificable descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento del Juzgador no ampara en modo alguno la pretensión del recurso, ya que en el mismo se hace constar que:

" *PRIMERO.- El día 30-9-2013 se desarrolló en las inmediaciones de la Plaza Berri de la localidad de Hernani de esta provincia un operativo de la Guardia Civil, consistente en el registro de la sede de la organización Herrira.*

Con motivo de dicho operativo, diferentes personas se congregaron en las inmediaciones de la Plaza. La Ertzaintza estableció un dispositivo de seguridad ciudadana para proteger la operación de la Guardia Civil, situándose agentes, por un lado, en la confluencia de la plaza mencionada con la calle Mayor y, por otro, en



la confluencia de la Plaza con la calle Juan de Urbietta, para impedir el paso a Plaza Berri a las personas concentradas.

En concreto, en la confluencia con la calle Juan de Urbietta, la Ertzaintza dispuso dos líneas de contención. La primera, compuesta por agentes destinados en la Ertzaintxea de Hernani y la segunda por agentes de la Brigada Móvil, unidad especializada en intervenciones antidisturbios. El aquí acusado Donato, agente de la Ertzaintza con número profesional NUM000, con destino en dicha Brigada Móvil, formó parte de esta segunda línea. Iba provisto del material reglamentario y portaba una porra o bastón en su mano derecha y un escudo en la mano izquierda.

Una de las personas concentradas en la calle Juan de Urbietta, en primera fila, frente a la barrera de agentes era Tamara, entonces senadora de la coalición Amaiur, quien se identificó como tal senadora mostrando a los agentes carnet o credencial acreditativa del cargo

SEGUNDO.- Alrededor de las 22:50 horas, agentes de la Guardia Civil salieron del local registrado, llevando consigo personas detenidas, que dirigieron hacia vehículos de dicho Cuerpo que se encontraban en la Plaza. Personas concentradas profirieron gritos de protesta contra dicha actuación policial.

En la zona de la calle Mayor se produjeron incidentes y carga de los agentes de la Ertzaintza contra personas allí concentradas, incluyendo el disparo de salvos sin munición.

En la zona de la calle Juan de Urbietta la situación era más tranquila. El acusado se incorporó a la primera línea de agentes. Frente al mismo se encontraba la referida Tamara. Una de las personas concentradas en la calle Juan de Urbietta, en primera fila, frente a la barrera de agentes era Tamara, entonces senadora de la coalición Amaiur, quien se identificó como tal senadora mostrando a los agentes carnet o credencial acreditativa del cargo.

En un momento determinado, el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical, hacia abajo, golpeando con él en la cabeza de Tamara, provocando su caída al suelo.

TERCERO.- Como consecuencia del referido golpe, Tamara sufrió traumatismo frontal, con herida inciso-contusa de 6 cm., que se extiende desde la parte superior de la frente hasta el cuero cabelludo y cervicalgia. Requirió para su curación de sutura de la herida en cuero cabelludo. Tardó en curar 113 días, ninguno de los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales. Al curar, le restó cicatriz de 6 cm. en cuero cabelludo, no visible, por lo que no origina perjuicio estético."

3. En nuestra sentencia 46/2014, de 11 de febrero, hemos puesto de relieve que es "Es doctrina jurisprudencial consolidada, entre otras, SSTs. 277/2004, de 5.3, 1262/2006, de 28,12, la que establece que la exigencia 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 jurídicas 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)".

Como recuerda la STS n.º 1.401/2.005 mencionando a su vez la STS n.º 17/2.003, con cita de otras muchas anteriores, conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la exigencia de cumplimiento del deber cuando se trata de la actuación de un agente de la autoridad, que tiene no sólo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando -si resultan necesarios- medios violentos, e incluso las armas reglamentariamente asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y de servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad", como dice el apartado c) del Artículo Quinto, apartado 2, de la L.O. 2/86, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (dictada en cumplimiento del artículo 104.2 de la Constitución, al regular las "Relaciones con la comunidad", y cuyo apartado d) concreta que "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior". Todo ello responde al mandato del artículo 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la "Declaración de la Policía", hecha por el Consejo de Europa de 8-5-79, y por el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-79. Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la exigencia de cumplimiento del deber es



necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º) 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.º) Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º) Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si falta cualquiera de esos tres primeros requisitos, que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta; 4.º) 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, 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 dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º) Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

Por tanto, el elemento de la necesidad o imprescindibilidad de la acción violenta se destaca como factor insustituible para la apreciación de la eximente, (STS de 5 de noviembre de 2.002).

El mismo criterio lo mantiene la STS de 19 de enero de 2005 cuando excluye la aplicación de la eximente, ni siquiera incompleta, "... pues se echa en falta el requisito básico o imprescindible de la "necesidad" de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el 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 fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe".

La STS 153/2013, de 6 de marzo, indica que "Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 que "tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad".

4. Aplicando la anterior jurisprudencia al presente caso, entiendo que, si bien, tal y como razona la sentencia mayoritaria debe denegarse la concurrencia de la eximente incompleta que se postula por el recurrente, también procede la denegación de la circunstancia analógica del art. 21.7 del Código Penal en relación con la eximente incompleta del art. 21.1, en relación a su vez con la eximente del art. 20.7 del Código Penal. Punto donde discrepo con el parecer mayoritario de la Sala.

En efecto, tal y como apuntábamos en nuestra sentencia 575/2008, de 7 de octubre, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencia de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998).

Esta Sala ha considerado que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.



Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80, (SSTS. 27.3.83, 11.5.92, 159/95, de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004).

En el supuesto analizado entiendo que faltan los requisitos básicos para estimar que concurre la atenuante del art. 21.1, en relación con el 20.7 del Código Penal, ya que la "necesidad en abstracto" siempre es inexcusable para la consideración de la merma, reducción o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes, al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos, una de las personas concentradas en la calle Juan de Urbietta, en primera fila, frente a la barrera de agentes era Tamara , entonces senadora de la coalición Amaiur, quien se identificó como tal senadora mostrando a los agentes carnet o credencial acreditativa del cargo, y pese a afirmar que en la zona de la calle Juan de Urbietta la situación era más tranquila, sigue relatando el Tribunal que el acusado se incorporó a la primera línea de agentes, y cuando frente al mismo se encontraba la referida Tamara , en un momento determinado, el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical, hacia abajo, golpeando con él en la cabeza de Tamara provocando su caída al suelo, y causándole las lesiones que describe, sin que conste que la misma u otras personas del entorno intentaran agredir a los agentes, ni siquiera que la actitud de la víctima o de otras personas que se encontraran en las inmediaciones fuera amenazante.

Por tanto, entiendo que es clara la improcedencia del motivo, toda vez que, de acuerdo con la literalidad del relato fáctico de la sentencia recurrida, no se señala cual fue la razón, situación o motivo que amparase la actuación del agente, ni estado análogo que pudiera mínimamente justificar su conducta, puesto que el cumplimiento de un deber como ejercicio legítimo de un derecho no constituye una patente para justificar todos los actos que se realicen, y en este caso, tal y como afirma el Tribunal de instancia, no existió motivo alguno que justificara la actuación violenta del acusado, ni ninguno de los otros agentes que se encontraban en el lugar actuó de forma violenta, sin que existiera justificación alguna para que utilizara la porra, por tanto, no hubo ningún exceso sino "una actuación injustificada, contraria a derecho".

En consecuencia, faltan los requisitos básicos para apreciar la atenuante analógica cuya concurrencia ha sido estimada en la sentencia mayoritaria, por lo que debería confirmarse la sentencia de instancia en el citado extremo, así como las penas contenidas en la misma, ya que la apreciación de la atenuante simple de dilaciones indebidas estimada por la Sala, no haría variar la penalidad fijada en la sentencia pues ha sido impuesta en su mínima expresión.

Fdo.: Susana Polo García